



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Niklas Johanson

Inommärkeskonkurrens
i Europa
*osund konkurrens eller
bara god ekonomi.*

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Katarina Olsson

Konkurrensrätt/EG-rätt

VT 04

Innehåll

SAMMANFATTNING	4
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Frågeställningar och syfte	8
1.3 Material	8
1.4 Metod	9
1.5 Avgränsningar	9
1.6 Disposition	10
2 KONKURRENSRÄTT I EG	12
3 VERTIKALA AVTAL	14
3.1 Inledning	14
3.2 Allmänt om vertikala avtal	17
3.3 Exklusiv distribution (Ensamåterförsäljaravtal)	17
3.3.1 Kommissionens riktlinjer för vertikala begränsningar	18
3.3.2 Fast prissättning	19
3.3.3 Consten och Grundig mot kommissionen	20
3.3.4 Centrafarm BV och Adriaan de Peijper mot Sterling Drug Inc respektive Withrop BV	22
3.4 Exklusiv tilldelning av kunder	22
3.5 Selektiv distribution	24
3.5.1 Kommissionens riktlinjer för vertikala begränsningar	24
3.5.2 Leveransbegränsningar	26
3.5.3 Metro mot Kommissionen	26
3.5.4 Hasselblad mot kommissionen	27
3.5.5 Stergios Delimitis mot Henninger Bräu	28
3.6 Sammanfattning	28
4 GRUPPUNDANTAGETS BEGRÄNSNING	30

4.1	Viho mot kommissionen	31
4.2	Joynson mot kommissionen	31
4.3	Sammanfattning	32
5	MOTORFORDONSSEKTORN	34
6	EKONOMISKA ASPEKTER AV VERTIKALA AVTAL	37
6.1	Ridyard & Lewis	37
6.2	Lever & Neubauer	38
6.3	Spiegel & Yehezkel	40
6.4	Sammanfattning	41
7	ANALYS	42
7.1	Grund för att begränsa distribution inom ett varumärke	42
7.2	Inommarkeskonkurrensens effekt	43
7.3	Slutsatser	46
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	47
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING OCH MYNDIGHETSBESLUT	50

Sammanfattning

God konkurrens bygger på den enskildes förmåga att anpassa sig till den rådande marknaden. Ju bättre marknadsanpassning ett företag genomför desto bättre möjligheter har det att konkurrera. Avtal som begränsar andra aktörers möjligheter att ta sig in eller påverka marknaden är därför viktiga för att skapa gynnsammare förutsättningar för den egna varan eller tjänsten.

Avtalen bygger ofta på att det egna varumärket skall få bästa möjlig övertag mot andra varumärken. Med få konkurrenter blir märket ledande och kan därmed göra större vinster. Om ett företag dessutom kan dela in sin egen marknad, inom varumärket, i olika segment kan prisbilden ändras efter betalningsviljan inom varje del. Mindre betalningsvilliga kunder betalar mindre medan mer betalningsvilliga betalar mer för samma produkt eller tjänst. Vinstmarginalerna blir större för företaget när större volymer kan säljas till högsta möjliga pris inom varje segment.

Genom vertikala samarbetsavtal förhindras de olika återförsäljarna från att köpa samma varumärke av varandra eller från andra segment för att på så vis bedriva parallellimport och därmed sänka sina kostnader. Något som skulle kunna leda till minskat monopolförhållande för producenten.

Inom EU har detta setts som ett hinder för europaidéen om fri rörlighet och fri konkurrens. Därför har EU låtit införa förbud mot vissa konkurrensbegränsande avtal inom ett varumärke. Förbuden i sig påverkar konkurrensen och medför att företagen därmed inte endast behöver värdera konkurrenternas påverkan, utan även förbudens inverkan och begränsningar av samarbetsavtalen.

EU:s konkurrensbegränsningsregler leder till att flera av de alltför långtgående effekterna av konkurrenshämmande avtal inom ett varumärke försvinner. Samtidigt uppkommer frågan om var gränsen ska gå för fri avtalsbildning, myndigheternas skäl till att skapa konkurrensbegränsande hinder och gränsdragningarna mellan olika intressen på en marknad av fria avtal.

Förord

”All animals are equal but some animals are more equal than others”.

- Ur Animal Farm av George Orwell

I och med inlämningen av detta examensarbete avslutas 4,5 år av bitvist hårt och mödosamt arbete. Mina juridikstudier i Lund har nått sitt slut och jag påbörjar än en gång en ny fas av mitt liv. Jag har haft kul, riktigt kul under min studietid. Olika fall visserligen ödets lotter, men jag känner uppriktigt att det inte alltid spelar så stor roll vad man gör i sitt liv bara man gör det med engagemang och insikt. Till skillnad från många i min omgivning som nu har genomfört sina hundår av studier och som nu ska börja sina lyckliga liv, så har jag levt hela tiden och avser att fortsätta med det. För livet är det som passerar när vi gör planer för framtiden.

Jag vill samtidigt tacka för all den hjälp som jag fått av universitetslektor Katarina Olsson. Det var under en föreläsning i specialkursen ”Företagens expansion på en internationell marknad” som hon ställde frågan som denna uppsats avser att svara på. Katarina har i sin handledning gett mig stöd att utveckla mitt arbete självständigt samtidigt som hon har uppmuntrat mig till att prova nya idéer. Jag vill också tacka för allt det engagemang hon har visat inför min framtid och mina möjligheter att nå fram till mina mål.

Flera andra har också, direkt eller indirekt, bidragit till detta arbete genom korrekturläsning, konstruktiv kritik och mentalt stöd. Tack till er alla. Jag vill framförallt nämna Petter Anefur, Louise Bengtsson, min syster och min fader som trots begränsat med tid gav mer än jag kunnat begära.

Slutligen vill jag framföra mitt uppriktiga tack till min familj som fått stå ut med mina sporadiska men ofta krävande samtal av mer eller mindre, för dem, intressant natur. Utan ert stöd och uppskattning hade alla dessa år varit avsevärt besvärligare.

Lund i juni 2004, i väntan på midsommar

Niklas Johanson

Förkortningar

CMLR	Common Market Law Review
ECJ	EG-domstolen (European Court of Justice)
ECLR	European Competition Law Review
ECR	EG-domstolens rättsfall, engelsk upplaga
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
IntTLR	International Trade Law & Regulation
KRVB	Tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer om vertikala begränsningar (2000/C291/01)
REG	EG-domstolens rättsfall, svensk upplaga
SvJT	Svensk juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I den Europeiska gemenskapsrätten (EG-rätten) har det alltsedan den ursprungligen tog sin form funnits en avsikt att minska handelshindren mellan medlemsstaterna. I artikel 3c och 3g EG fastställs att den fria rörligheten av varor, personer, tjänster och kapital skall vara vägledande vid arbetet att skapa ett öppet EU, samtidigt som konkurrensen skall skyddas mot snedvridning. Arbetet med att begränsa den nationella påverkan har fortskridit långt. Samtidigt har det uppkommit nya hinder mot den fria rörligheten. Dessa hinder består ofta av avtal mellan företag som befinner sig i en konkurrenssituation. För att uppnå målet med god konkurrens måste därför EG-rätten anpassa sig efter rådande omständigheter och förhindra långtgående kartellbildning mellan företag.

En företeelse, av flera, som framstår som konkurrensbegränsande är varumärken. Genom att särskilja en vara eller tjänst med hjälp av ett varumärke uppkommer en distinktion på flera olika plan. Varumärken kan förväntas innebära att varan eller tjänsten innehåller olika egenskaper som andra varumärken inte innehåller. Den ökade eller minskade förväntan är ofta beroende av vilka erfarenheter en köpare eller användare av tjänster erhållit vid tidigare kontakter med varumärket. Begränsningar i förväntan grundar sig alltså inte enbart på varans kvalitativa eller kvantitativa egenskaper, utan i motsvarande mån av vilket varumärke som presenteras vid produktövergången. Vid en första anblick kan detta förefalla orimligt och konkurrensvidrigt ur ett europeiskt konkurrensperspektiv. Det kan också vara en fullt naturlig del av marknadsekonomin funktioner.

Det är däremot inte bara mellan olika varumärken som en differentiering uppkommer. Samma vara och tjänst kan tillhöra samma varumärke, t o m modellbeteckningen kan vara den samma, och trots detta kosta eller framställas annorlunda. Dels beror detta på att olika återförsäljare marknadsför och säljer sina produkter på olika vis och har olika kostnader för detta. Dels har olika samarbetsavtal olika effekt på prissättning och service, beroende på var tjänsten eller produkten tillhandahålls.

Med en väl genomtänkt strategi kan en varumärkesinnehavare styra och dela in sin marknad utan att erbjuda varken kvantitativa eller kvalitativa förändringar. Bortsett från transaktionsrelaterade kostnader föreligger det ingen skillnad i produkten eller tjänsten. Ändå kan slutanvändaren tvingas att acceptera differentierad prissättning för både vara och leverans.

För att komma till rätta med olika typer av snedvridning av konkurrensen inom varumärken har kommissionen inrättat ett antal riktlinjer.¹ Riktlinjerna skall ge vägledning åt företag vid deras avtalslut. Samtidigt som riktlinjerna har till uppgift att förklara var viss konkurrens övergår från att vara tillåten till att vara otillåten. Framförallt strävar kommissionen efter att förekomma konkurrensbegränsande avtal. Viss inommärkeskonkurrens är därmed tillåten, även om den synes vara till nackdel för slutanvändaren. Det vill säga avtal som gynnar konsumentkollektivet men kan leda till att den enskilde konsumenten missgynnas.

1.2 Frågeställningar och syfte

Det torde vara i strid med EU:s grundtanke om fri rörlighet av varor och tjänster att tillåta en snedvridning av konkurrensen.

Trots detta finns både tillåtna och otillåtna indelningarna av marknaden. Var gränsen går mellan vilka avtal som är giltiga och vilka som inte är det förefaller vara luddigt och har inte alltid en klar linje. Samtidigt är de flesta frågorna inom detta område okontroversiella. Okontroversiella eftersom de flesta debattörer delar varandra åsikter om att vissa begränsningar är ofrånkomliga. Faktiskt mer okontroversiella än vad som skulle kunna förväntas.

Syftet med detta arbete är därför att ta reda på vad det finns för skäl för att tillåta inommärkesrättsliga vertikala avtal och marknadsuppdelning, som inte grundar sig på transaktions- och produktionskostnader, när detta leder till att slutanvändaren får betala mer för en vara än den faktiskt har kostat att placera på marknaden.

Leder inommärkesavtal och konkurrensbegränsande lagstiftning till en snedvridning av konkurrensen eller är de enbart en nödvändig del för att uppnå god ekonomi?

1.3 Material

En stor del av det relevanta källmaterialet består av gemenskapens rättsliga dokument utgivna av rådet och kommissionen. Dessa lägger grunden till arbetet. Dessutom har ett antal domar meddelats av EG-domstolen i frågor som varit av avgörande betydelse för förståelsen av problematiken.

Materialet till detta arbete har ofta en ekonomisk vinkling. Dels beror detta på att konkurrensrätten är ekonomiskt betingad, dels på att de domar som EG-domstolen lämnat också riktar sig till en ekonomisk marknad. Det är ofrånkomligt att ekonomi och juridik därmed flyter samman utan att för den

¹ Tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer om vertikala begränsningar (2000/C291/01).

skull alltid behöva kräva långtgående resonemang kring ekonomiska modeller. Därmed är det inte heller möjligt att föra samma eller liknande resonemang kring domskälen utan att samtidigt fundera över innebörden av en ekonomisk analys. Såsom författare, och säkerligen läsare, kan detta verka frustrerande i ett försök att föra en tydlig juridisk argumentation utifrån gällande rätt samtidigt som det skapar utrymme för fler och vidare tolkningar och tillämpningar.

I arbetet redogörs för stora delar av kommissionens riktlinjer för bedömning av vertikala begränsningar. Dessa utgörs av en mängd påståenden som inte hänvisar till var de har sitt ursprung. Det kan upplevas som frustrerande att inte kunna avgöra om kommissionens värden synes korrekta eller inte. Dessvärre redogör kommissionen inte för hur dessa tal har framkommit. Säkert är däremot att dessa värden ska användas vid marknadsbedömningar i konkurrensfrågor.

Doktrinen som redovisas i detta arbete är relativt samstämmig. Det kan uppfattas som negativt att inte bifoga fler skiljaktiga meningar. Doktrinen skall dock ses som skiljaktig från kommissionens riktlinjer. Doktrinen går med andra ord isär i sitt bedömande från var gränsdragningen ska gå, för vad som skall tillåtas i avtal.

Vid flera tillfällen hänvisas till Valentine Korah. Det kan också uppfattas som en brist att arbetet inte hänvisa till flera andra källor. Efter att studerat flera andra källor framgår det tydligt att dessa delar hennes uppfattning, varför det inte sker hänvisningar även till dessa.

1.4 Metod

Arbetet grundar sig på kommissionens riktlinjer för tolkning av direktiv och beslut fattat av EU-institutionerna. Riktlinjerna ger i sin tur stöd för tolkning av lagtexten och bygger på en sammantagen syn av gällande rätt. Dels den rätt som framkommer ur tidigare domar i EG-domstolen, dels den doktrin som framkommit under årens lopp. Artiklar med kritik belyses som inlägg i en debatt om rimligheten och rättsutvecklingen inom området.

1.5 Avgränsningar

Som tidigare sagts behandlar detta arbete frågan om vilken påverkan EG:s konkurrensrätt har på avtal eller samarbete som berör endast ett varumärke. Titeln kan uppfattas som om arbetet också tar en immaterialrättslig vinkling vilket inte sker i någon större omfattning. Inte heller de mest grundläggande delarna av konkurrensrätten kommer att behandlas i någon större omfattning. Som utgångspunkt används istället vertikala avtal. Samma rättsliga regler som påverkar konkurrensen inom ett varumärke har ofta inverkan på konkurrensen mellan olika varumärken. Konkurrensen mellan varumärken är däremot inte tänkt att vara en del av denna uppsats. Arbetet

är inte tänkt att ge ledning i eventuell nationell eller utomeuropeisk lagstiftning även om det kan förekomma enstaka liknelser med sådan. Liknelserna har enbart till uppgift att skapa förståelse för den europeiska konkurrensrätten, dess uppbyggnad och effekt.

Arbetet behandlar inte frågor som rör franchise även om de utgör vertikala begränsningar som kan ha stor inverkan på etablerade företag. Affärsidén är inte helt avlägsen från agentförhållanden när stora delar av de immateriella rättigheterna överläts tillsammans med en färdig försäljningsstrategi, som försvårar för köparen att avgöra vem som är säljare, enskild återförsäljare eller producent/leverantör, exempelvis Baker & McKenzie respektive White & Case. Franchising handlar också till stor del om att ett koncept av rättigheter och skyldigheter förvärvas men som endast har en indirekt inverkan på varan eller tjänsten. De vertikala avtalen inom franchising styrs på samma sätt som andra begränsningar av konkurrensen inom ett varumärke.

1.6 Disposition

Arbetet kommer inledningsvis att redogöra för gällande europeisk konkurrenslagstiftning med en genomgång av artiklarna 81 och 82 EG. De förklaras med hjälp av doktrin och med tyngdpunkt på sin generella innebörd. Artiklarna är begränsade med ett antal undantag, gruppundantag, som påverkar deras rättskraft. Utifrån gruppundantagen finns enskilda avtalssituationer som utgör en viss särprägel från varandra.

Därefter följer huvudavsnittet som behandlar vertikala avtal. Avsnittet inleds med att belysa kommissionens riktlinjer för vertikala avtal. Riktlinjernas indelning ligger som grund för arbetets struktur, såsom ett skelett, att bygga resonemangen kring. Varje underkapitel inleds med en presentation av vad kommissionen har kommit fram till vara specifika egenskaper för respektive avtalstyp. Inte sällan smälter dessa typer av avtal samman och blir svårdefinierade och svårskiljbara från varandra. Arbetet strävar dock efter att ge en helhet som ska förklara dessa skillnader. Riktlinjerna är utformade som ett resonemang av tankar och idéer som skall beaktas vid bedömningen av vertikala avtal. Nedanstående sammandrag kan därför uppfattas som mina tankar eller åsikter men så är alltså inte fallet.

Varje underkapitel behandlar en del av den doktrin och rättspraxis som växt fram inom respektive område, dels såsom en förklaring, dels som en exemplifiering av vad rätten innebär eller har inneburit. Till detta kopplas Grönboken om vertikala begränsningar för EG:s konkurrensolitik.² Grönboken ligger till grund för EG:s konkurrensrätt idag även om den inte tillfullo överensstämmer med lagstiftningen. Några av de synpunkter som

² Grönbok om vertikala begränsningar i EG:s konkurrensolitik, Com (96) 721 final (Grönbok). Grönboken är ursprungligen utlämnad som remiss inför kommande lagstiftning och behandlar därmed också frågor som är av politisk vikt.

delgivits i den publikationen har övergivits och ersatts med andra. Grönboken är inte heller gällande för vertikala avtal som behandlar motorfordon.³

Därefter redogörs för speciallagstiftningen inom motorfordonsförordningen. Motorfordonsförordningen gäller också för vertikala avtal men är helt specialiserad på motorfordon och deras service. Parallella mönster framträder samtidigt med skillnaderna. Skillnaderna är framförallt intressanta för att visa på exempel av lagstiftning som är annorlunda utformad för att uppnå så god konkurrens som möjligt.

Utomstående observationer delges i efterföljande kapitel där olika ekonomiska aspekter belyses för att ge en ökad förståelse för syftet med lagstiftningen och vertikala avtal. Konkurrensrätt kan svårligen diskuteras utan eftertanke på vad den innebär ur ett ekonomiskt perspektiv. Valet av placering av detta kapitel och dess utformning är medvetet för att inte blanda ihop juridiska bedömningar med syftet bakom lagstiftningen. Flera av argumenten vid förordningarnas tillämpningar och ekonomiska bedömningar känns säkerligen igen men ska inte blandas samman utanför sin kontext.

Slutligen presenteras analysen med förtydliganden och slutsatser som följer av det resonemang som förts i de tidigare delarna av arbetet.

³ Grönboken, s 2.

2 Konkurrensrätt i EG

Såsom en del av all marknadsekonomi uppkommer konkurrens mellan olika parter.⁴ Konkurrensen kan sägas vara den mest grundläggande egenskapen i en marknadsekonomi och detta oavsett var i världen den förekommer. Konkurrensen uppmuntrar forskning och nyskapande samtidigt som den förhindrar prissättningsmissbruk. Vid de tillfällen som konkurrensen sätts ur spel försvinner även incitamenten till att anpassa sig till sin kundkrets vilja och behov, vilket i sin tur gör det mindre angeläget att skapa förbättrade tjänster eller produkter.

Inom EU har flera delmål satts upp för att reducera eller helt ta bort hinder för en fri marknadsekonomi. EU-fördragets första pelare bygger på fri rörlighet av varor, tjänster, arbetskraft och kapital samt möjligheten att etablera handel över de nationella gränserna. Det är med andra ord av stor vikt att marknaden utsätts för så få begränsade hinder som möjligt för att på så vis skapa goda förutsättningar för handel över gränserna. Tanken att handeln inte skall begränsas nationellt är gammal, men har flera hinder att övervinna innan den blir allmängiltig. Dels finns naturligtvis kulturella, språkliga och sociala skäl som är svåröversägliga och dels finns det nationellt lagstadgade regleringar som måste anpassas och förändras. Om denna anpassning och förändring därefter kan kringgå genom samarbetsavtal och kartellbildning skulle EU-fördragets grundtanke omöjliggöras.⁵

Artiklarna 81 och 82 EG utgör EU:s huvudsakliga konkurrenslagstiftning. Artikel 81 EG begränsar marknadsaktörernas möjligheter att avtala fram karteller eller andra samarbetsavtal som leder till osund konkurrens.⁶ Artikel 82 förbjuder missbruk av en dominerande ställning.⁷

Artikel 81 EG är uppdelad i tre stycken. I det första stycket framgår att samordnade förfarande är förbjudna. I det andra stycket ogiltigförklaras klausuler som bryter mot förbudet i stycke ett. I det tredje stycket föreskrivs om möjligheter till undantag från förbudet i första stycket för de fall som anses gynna konkurrensen mer än de skadar. Rådet har i detta syfte tilldelat kommissionen befogenhet att besluta om tillämpningsregler för artikel 81.3 EG.⁸ Kommissionen har därefter arbetat fram gruppundantagsförordningen såsom ett styrdokument som meddelar gränsdragningen för den allmänna

⁴ Konkurrenspolitiken i Europa – Konkurrensreglerna för leverans- och distributionsavtal, s 5, (Konkurrenspolitiken i Europa).

⁵ Korah Valentine – An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 7 uppl. 2000, s 1, (Korah, 2000).

⁶ Konkurrens som i alltför stor omfattning begränsar den fria marknaden och därmed inte anses konvergera med EG-fördragets huvudsyfte om fri rörlighet.

⁷ Konkurrenspolitiken i Europa, s 5.

⁸ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpningen av konkurrensreglerna i artikel 81 och 82 i fördraget.

tillämpningen av undantagen.⁹ Till detta kommer mer specialiserade förordningar som behandlar ytterligare sär tillämpning.¹⁰

Varumärken, i detta sammanhang även kallade för märken, som egen företeelse är inte en del av gruppundantagsförordningen. Detta framgår av artikel 2.3. Det är med andra ord endast vid de tillfällen när varumärket är en del av helhetsintrycket av en vara eller tjänst som gruppundantagsförordningen har betydelse för det. För den eventualitet att varumärket får en konkurrensbegränsande verkan kan detta leda till att avtalet helt faller utanför undantagsreglerna. Det finns inget särskilt gruppundantag för varumärkeslicensavtal. Dessa har tidigare ansetts ingå i övriga befintliga gruppundantag och då framförallt under gruppundantaget 240/96 för tekniköverföringsavtal.¹¹ Så är däremot inte längre fallet. Sedan den 1 maj 2004 finns en ny teknikförordning.¹² Denna förordning är inte utarbetad för detta ändamål och därmed inte aktuell.¹³

I kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar (KRVB) framkommer EU:s bedömningsgrunder för när vertikala avtal kan påverka konkurrensen inom unionen.¹⁴ Dessa riktlinjer kommer att behandlas mer detaljerat i kapitel 3 och kommer att användas som grund för övriga exempel och typsituationer.

⁹ Kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden (Text av betydelse för EES)

¹⁰ Exempelvis Teknikförordningen som behandlas nedan.

¹¹ Kommissionens förordning (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring (Text av betydelse för EES). Se även Ståhl, s 12.

¹² Kommissionens förordning (EG) nr 772/2004 av den 27 april 2004 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om tekniköverföring. Se även Korah Valentine och O'Sullivan Denis – Distribution Agreements under the EC Competition Rules, 2002, s 237 (Korah & O'Sullivan).

¹³ Tal (speech/04/19) av Mario Monti den 16 januari 2004 med anledning av presentationen av det nya gruppundantaget för tekniköverföringsavtal.

¹⁴ Tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer om vertikala begränsningar (2000/C291/01). (KRVB).

3 Vertikala avtal

3.1 Inledning

Samarbete som bedrivs av två eller flera parter kan innebära en konkurrenshämmande åtgärd. Detta gäller framförallt vid så kallade horisontella samarbeten, när parterna befinner sig på samma nivå och samma marknad. Vid dessa tillfällen är parterna faktiska eller potentiella konkurrenter. Vid de tillfällen när två eller fler parter inte befinner sig på samma nivå uppkommer istället vertikala samarbeten som även dessa kan vara konkurrensbegränsande, även om detta sällan framträder lika tydligt som vid horisontella samarbeten. Kommissionens definition av vertikalt samarbete framgår i Artikel 2.1 gruppundantagsförordningen och lyder:

*”... avtal eller samordnat förfarande som ingås mellan två eller flera företag som vart och ett, inom ramen av 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”.*¹⁵

Vertikala samarbeten kan exemplifieras genom agent- eller kommissionsavtal, distributions-, återförsäljar- eller inköpsavtal, selektiva distributionsavtal, franchiseavtal, återförsäljar- och legotillverkningsavtal eller en kombination av dessa.¹⁶

Syftet med vertikala avtal är att säkerställa eller trygga försörjning av produkter eller tjänster respektive beställningar av desamma. Här uppstår samtidigt ett problem med att förhindra att avtalen medför en alltför långtgående låsning av parterna och deras möjligheter att agera så självständigt som möjligt. Utan möjligheten att ändra beställningar, inträda i nya avtal mm riskerar marknaden att stagnera och att formas efter endast ett fåtal aktörers vilja och godtycke. Beroende på hur starka dessa aktörer är leder detta till utestängning eller begränsningar som får stor inverkan även på parter som inte ingått avtal med annan part. Genomgående vid vertikala avtal är att de påverkar distributionssystemen av varor och tjänster. Flera olika distributionsformer har därmed särskild inverkan på förhållandena mellan leverantör och distributör. Mer om dessa distributionsmodeller följer i nedanstående underkapitel.

¹⁵ Kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfarande (Text av betydelse för EES). Definitionen av vertikala avtal är bredare än den som används av de amerikanska myndigheterna (anti-trust). Inom amerikansk rätt ses avtal mellan potentiella konkurrenter alltid som horisontella avtal, även om denna konkurrens främst påverkar de vertikala förhållandena. Det spelar med andra ord ingen roll huruvida så faktiskt är fallet.

¹⁶ Wetter Carl, Karlsson Johan, Rislund Olle och Östman Marie – Konkurrenslagen - en handbok, 2 uppl. 2002, s 417, (Wetter m. fl.).

Allmänt hållna pris- och kvantitetsavtal är inte konkurrensbegränsande utan följer av normal avtalsbildning vid köp och tjänsteförsäljning. Däremot begränsas konkurrensen av konkurrensklausuler eller exklusiva leverantörsavtal. Dessa typer av avtal kan ålägga köpare skyldigheter att inte köpa produkter från konkurrerande företag respektive skyldigheter att endast leverera varor till särskilt utvalda köpare.¹⁷

Här bör det samtidigt påpekas att inte alla vertikala avtal är av negativ betydelse för konkurrensen på en marknad. Det finns överhängande risker för att konkurrerande företag åker ”snålskjuts” vid de tillfällen när begränsande avtal inte tillåts.¹⁸ Snålskjutsproblemet förekommer inte vid alla typer av produkter. Bland annat krävs det att produkten är relativt ny på marknaden eller tekniskt mycket komplicerad och att det inte finns många konkurrerande produkter. I motsatsförhållandet är köparen väl införstådd med vad han önskar och vad han kan förvänta sig av en liknande produkt. Prissättningen måste dessutom vara relativt hög. Utan en avgörande prissättning kommer kunden inte att söka upp en billigare generisk produkt utan kommer istället att göra sitt inköp där produkten först påträffas.¹⁹ Med avgörande menas om varans pris motsvarar kundens betalningsvilja eller inte. Snålskjutsbegreppet framstår med andra ord som tämligen smalt och används främst vid selektiv distribution.²⁰

Tillfälliga eller tidsbegränsade undantag kan möjliggöra att enskilda produkter får ett positivt inträde på en ny marknad samtidigt som produkten inledningsvis får en tydlig konkurrenskraftig effekt. Behovet uppstår inte i lika stor omfattning när ett varumärke eller en viss produkt haft en längre tids inarbetning på en ny marknad.

Att förhindra producenter från vertikala avtal, som till del är konkurrenshämmande, kan leda till en försämrad konkurrens. Alternativet till att sluta enskilda samarbetsavtal är att endast föra ut sina varor inom den egna koncernen. Därigenom blir samtliga förbud enligt artikel 81.1 EG overksammas eftersom dess regler endast gäller för avtal mellan självständiga företag, utan bindning förutom samarbetsavtal. Koncernuppträdande av detta slag, integrerad distribution, skulle leda till ökade produktkostnader. Företagen skulle exempelvis tvingas att vara insatta i samtliga nationella lagstiftningar för att kunna utföra kostnadsberäkningar. Det förefaller därmed lämpligare om dessa åtagande utfördes av mindre och mer insatta distributörer på olika marknader, distributörer som anpassat sig efter marknadsspecifika förhållanden.²¹

¹⁷ Konkurrenspolitiken i Europa, s 7.

¹⁸ Ordet ”free-rider” översätts, i denna text, till ”[att åka] snålskjuts”. Begreppet innebär att konkurrenter använder sig av andra företagens prestationer eller image för att skapa fördelaktiga förutsättningar för sitt eget utbud.

¹⁹ KRVB, s 23 p 116 (1).

²⁰ Korah Valentine – Cases and Materials in EC Competition Law, Uppl. 2, 2001. s 373 p 34 (Korah, 2001).

²¹ Korah & O’Sullivan, s 4.

Samtidigt kan det vara fördelaktigt för en produkt att placeras bredvid en annan, mer känd sådan. På detta vis kan den förstnämnda produkten komma att förknippas med den sistnämnda. Om möjligheterna att upprätta vertikala avtal skulle begränsas i alltför stor omfattning kan det leda till att vissa produkter och tjänster aldrig skulle finnas på vissa marknader och därmed leda till högre transaktionskostnader på grund av minskad konkurrens.²²

Vertikala avtal får olika effekt på konkurrensen beroende på marknadens mognad. När det är stor konkurrens mellan olika varumärken ger exempelvis selektiv distribution eller ensamåterförsäljaravtal liten om någon effekt i negativ riktning. Ibland kan dessa typer av avtal vara enda sättet att motivera en återförsäljare att investera i ett märke. Risken skulle annars vara att konkurrenter åkte snålskjuts på tidigare gjorda investeringar. Men det kan också vara en marknad med begränsad konkurrens mellan olika varumärken. Där får begränsningar i inommärkeskonkurrensen stor inverkan, som torde blockera konkurrenter att alls ta sig in på marknaden.²³

Kommissionen räknar, i punkten 103, upp vilka negativa effekter vertikala avtal kan få på marknaden.²⁴ De är:

- i. *Utestängning, antingen av andra leverantörer eller andra köpare [sic!], genom inträdeshinder.*
- ii. *Minskning av konkurrensen mellan olika varumärken mellan de företag som är verksamma på marknaden, bland annat begränsningar som underlättar samverkan mellan leverantörer eller köpare. Med samverkan avses både uttrycklig och tyst samverkan (medvetna parallella beteenden).*
- iii. *Minskning av konkurrensen inom ett varumärke mellan återförsäljare av samma varumärke.*
- iv. *Uppkomsten av hinder för marknadsintegrationen och framförallt begränsningar av friheten för konsumenter inom EU att köpa varor eller tjänster i vilken medlemsstat de vill.*

Den gängse uppfattningen är dock att vertikala samarbetsavtal är av godo och att distributionssamverkan mellan icke-konkurrenter ökar utbudet som i sin tur förstärker konkurrensen och pressar priserna.²⁵ Avtalens negativa sidor framkommer framförallt när konkurrensen mellan olika märken är obefintlig eller svag. Åtminstone om dess effekt bedöms efter att ha vägt för- och nackdelar mot varandra.²⁶

²² Ibid.

²³ Korah & O'Sullivan, s 10.

²⁴ KRVB, s 21.

²⁵ Lidgard Hans Henrik - The modernization of the Community competition rules on verticle agreements, 1997, s 619.1 (Lidgard), se även Editorial comments – The Modernization of the Community Competition Rules of Vertical Agreements, CMLR, vol 35, 1998, s 1230.

²⁶ The modernization of the Community competition rules on vertical agreements, s 1230.

3.2 Allmänt om vertikala avtal

För det fall leverantörens marknadsandelar inte överstiger 30 % av den totala marknaden faller samtliga vertikala avtal inom gruppundantaget enligt artikel 81.3 EG. Vid beräkningen av marknadsandelar skall hänsyn tas till samtliga konkurrensbegränsande avtal om dessa leder till kumulativa effekter på konkurrensen, såsom kvalitetsbegränsningar eller exklusiv distribution. Vid högre marknadsandelar än 30 % finns det risk för en betydande minskning av inommärkeskonkurrensen. Bristen på denna konkurrens måste därför uppvägas av verkliga effektivitetsvinster för att undantag skall beviljas.

Kommissionen uppmuntrar företag att göra egna bedömningar huruvida ett avtal skall förväntas vara tillåtet även om det inte faller inom gruppundantagsförordningen. ”Vertikala avtal som inte innefattas av gruppundantagsförordningen presumeras inte vara olagliga men kan kräva en individuell granskning”.²⁷ Avtal som inte faller inom gruppundantagens marknadsandelar är alltså inte per definition otillåtna. Dessa avtal presumeras däremot inte att vara tillåtna i samma utsträckning som avtal med färre marknadsandelar.²⁸ Det bör påminnas om att även dessa kan ha eller har inverkan på konkurrensen mellan varumärken.

Lidgard menar att de alltmer långtgående avtalsbegränsningarna på det vertikala planet har lett till att allt fler företag strävar mot företagskoncentrationer istället för samarbetsavtal. För flertalet av de små och medelstora företagen finns inte samma möjligheter vilket leder till att dessa får stå risken att deras avtal kontrolleras. Företagskoncentrationerna leder till motsvarande fördelar men påverkas inte av samma avtalsbegränsande regler.²⁹

3.3 Exklusiv distribution (Ensamåterförsäljaravtal)

Ensamåterförsäljaravtal innebär att en distributör åtar sig att endast leverera till en säljare inom ett *speciellt geografiskt område*. Återförsäljaren förbinder sig också till att inte bedriva aktiv försäljning utanför sitt tilldelade område. Detta leder till minskad konkurrens eftersom ett varumärke generellt sett endast får en inkörsport på marknaden.

Inommärkeskonkurrensen påverkar den totala konkurrenssituationen mindre än mellanmärkeskonkurrensen. Genom exklusiva distributionsavtal kan vissa återförsäljare begränsas från att köpa in varor från valfria leverantörer.

²⁷ KRVB, s 14, p 62.

²⁸ The modernization of the Community competition rules on vertical agreements, s 1231.

²⁹ Jfr Lidgard, s 624f.

En begränsning av *vilka* varumärken som får säljas skulle däremot helt förhindra vissa märken från att ta sig in på en ny marknad.³⁰

Nedanstående avsnitt bygger på kommissionens riktlinjer för vertikala begränsningar, s 32 ff (punkterna 161 – 177), där inget annat meddelas.

3.3.1 Kommissionens riktlinjer för vertikala begränsningar

Ensamåterförsäljaravtal kan leda till effektivitetsvinster som är skyddsvärda. Detta är bland annat fallet när en ny produkt eller varumärke skall introduceras på en ny marknad. Framförallt vid introduktionen av nya komplicerade och svårbedömda produkter eller varumärken uppkommer vinster, vilkas egenskaper är svåra att bedöma innan de konsumerats. Det vill säga vinster eller värden som framgår och uppfattas av köparen först efter en tids användning av produkten eller tjänsten. Efter konsumtion uppkommer därmed erfarenheter som förknippas med varumärket eller produkten.

Effekterna av höga marknadsandelar påverkar bedömningen av konkurrenternas ställning. Ju större konkurrensen är utanför varumärket desto mindre behöver den vara inom detsamma. Därmed är det också av betydelse att bedöma hur många konkurrenter som finns och i vilken mån dessa använder sig av motsvarande avtal. Om det endast finns ett begränsat antal konkurrenter med liknande distributionskanal ökar också risken för samverkan mellan dessa. Situationen kan också uppstå när en återförsäljare får ensamrätt på två eller fler konkurrerande varumärken. Denna situation riskerar att begränsa konkurrensen avsevärt. Om den kumulativa verkan tillsammans leder till en alltför stor konkurrensbegränsning återkallas gruppundantaget på denna grund, även om de enskilda varumärkena var för sig understiger tröskelvärdena i gruppundantaget.

Utestängningen av andra återförsäljare kan leda till problem om det finns få auktoriserade återförsäljare som i sin tur begränsas från att sälja till icke-auktoriserade. Eventuella begränsningar av kundgrupper kan innebära försämrade konkurrens, framförallt om ensamåterförsäljaren har stort marknadsinflytande och marknaden är stabil.

Hur pass tydlig effekten blir av ett återförsäljaravtal beror också till stor del på vilket handelsled, grossist eller detaljist, som påverkas. Ju närmre handelsledets slut desto större effekt får avtalet. Detta, torde enligt min mening, vara anledningen till att ensamåterförsäljaravtal främst används nära slutledet när produkterna övergår till konsumenterna.

När ensamåterförsäljaravtalet begränsas till en grossist som har möjligheter att fritt sälja till vem denne så önskar, påverkas marknaden oftast endast marginellt, såvida inte tillverkaren har en dominerande ställning. Även om ett ensamåterförsäljaravtal kan komma att begränsa konkurrensen inom ett

³⁰ KRVB, s 25 p 119 (2).

område kan möjligheten att samordna distribution minska de negativa effekterna. Enskilda ensamåterförsäljare kan samtidigt motiveras att inrikta sina ansträngningar på just det varumärket genom vetskapen om försäljningsexklusivitet.

Kombinationen av ensamåterförsäljaravtal och exklusiva inköpsavtal ökar risken för minskad inomvarumärkeskonkurrens och uppdelning av marknaden. Återförsäljarnas möjligheter att bedriva aktiv försäljning minskar samtidigt som möjligheterna till alternativa återförsäljare minskar. Kombinerat detta även med exklusiva inköpsavtal som tvingar återförsäljaren att göra sina inköp direkt hos tillverkaren reduceras även den passiva försäljningen. Leverantören bereder sig därigenom möjligheten att tillämpa olika försäljningsvillkor för olika återförsäljare. Riskerna för att detta ska ske har medfört att gruppundantag i undantagsfall kan återkallas även för leverantörer som har mindre än 30 % av marknadsandelarna.

3.3.2 Fast prissättning

I artikel 4.2 gruppundantagsförordningen fastställs att det är förbjudet avtala om fast prissättning. Detta skulle förhindra en återförsäljare att bestämma priset fritt. Begränsningen framkommer inte enbart av ett fastställt pris, utan kan också bestå av minimiprissättning. Maximiprissättning kan godtas om den inte får till effekt att bli styrande för prissättningen. Risken för en sådan utveckling är dock begränsad om prisbildningen på marknaden tydligt skiljer sig från dessa nivåer. Maximiprissättning torde därmed snarare ha en positiv karaktär som prisdämpande på en marknad med få återförsäljare. Även olika modeller av rekommenderatpriser kan få motsvarande effekt som fastprissättning. Dessa skulle i så fall också vara otillåtna och leda till ogiltighet. Rekommenderat pris, som är tillåtet, skall istället ses i ljuset av maximipris så länge det inte får prissättande effekt.

Tidigare har maximi- och rekommendationspriser ansetts helt strida mot konkurrensbestämmelser. Så är det inte längre. Risken för konkurrensbegränsningar är större desto tidigare i distributionsleden som rekommendationerna sätts. Prisbildningen kan då styras av en hög prissättning, som begränsar den sista återförsäljarens möjligheter, att föra en självständig prisstrategi.³¹

Korah uttrycker sin förvåning över att kommissionen inte fastställt en svartlista för maximipriser och rekommenderatpriser. Hon anser att det vore bättre om kommissionen helt förbjöd användningen av dessa typer av styrningar eller åtminstone förklarade det bakomliggande syftet till att prisstyrning av detta slag finns kvar.³²

³¹ Korah & O'Sullivan, s 173f.

³² Korah 2001, s 371 p 12.

Viss prisstyrning finns dock kvar. Förtryckta prisuppgifter på tidningar är ett exempel. Där anses det vara acceptabelt efter att kommissionen beslutat om undantag, i enlighet med artikel 81.3 EG, 1999.³³

3.3.3 Consten och Grundig mot kommissionen

I juli 1966 avkunnade EG domstolen domslut i målet *Consten och Grundig mot kommissionen*.³⁴ Domslutet kom att bli prejudicerande för tillämningen av konkurrensbegränsande klausuler. I detta arbete tas endast de delar av domen upp som behandlar vertikala begränsningar med anknytning till artikel 81.1 EG (dåvarande artikel 85.1 EG-fördraget). Avtalet mellan Consten och Grundig är ett exempel på ett exklusivt distributionsavtal där ingen av parterna fick leverera till någon annan inom tilldelade geografiska område. Consten var förhindrad att bedriva försäljning till någon annan återförsäljare, utanför sitt eget tilldelade område. Dessutom var Grundig förhindrad att sälja till andra återförsäljare inom Constens område.

Begränsningarna, som var av två olika typer, ansågs strida mot artikel 81.1. Dels var det frågan om vilka geografiska områdesbegränsningar som kan påtvingas en kontraktspart vid ett vertikalt avtal, dels vilka varumärkesrättsliga begränsningar som är acceptabla vid vidareförsäljning av produkter.

Genom att förbjuda all återförsäljning till annan återförsäljare begränsades möjligheterna till parallellimport. Detta gav samtidigt möjligheter för Grundig att dela in marknaden, på motsvarande vis som tidigare hade gjorts, i nationella områden. Således begränsades konkurrensen över gränserna och därmed också grundtanken med Europafördraget, om fri rörlighet av varor och tjänster.

Innebörden av domen var att efter att en vara placerats på en marknad var den tillåten att återsäljas var som helst. Detta gällde dock endast i fallet för passiv försäljning där återförsäljaren inte var den drivande för avtalet. Aktiv försäljning där återförsäljaren särskilt riktar sig till en marknad får fortfarande begränsas av distributören.

Vidare framkom att Consten hade registrerat samtliga rättigheter till det nationella franska varumärket GINT (Grundig International). Detta var samma varumärke som Grundig använde på samtliga varor runt om i världen. Genom att inneha rättigheterna för varumärket GINT avsåg Consten att angripa konkurrenter som förde in varumärket på den franska marknaden. EG-domstolen förklarade detta som otillåtet och därmed ogiltigt. För även om innehavet av varumärket till sin natur inte var konkurrensbegränsande, utan endast särskiljande, skulle tillämning i detta

³³ Smith Kassie - Vertical restraints in Domestic & EC competition Law, not 13, 2002 (Smith).

³⁴ Consten och Grundig mot kommissionen, C-56 och 58/64.

fall få till effekt att konkurrensen riskerade att snedvridas. Principen om varumärkeskonsumtion framkom och innebar att en produkt eller tjänst som placerats på en marknad, med varumärkesinnehavarens tillstånd, inte skulle kunna förhindra att exporteras eller importeras på grund av att varumärkesinnehavaren inte var delaktig i distributionen.³⁵

Exempel på när geografisk prisdifferentiering tillåts finner man i Silhouette-målet.³⁶ Där exporterade ett österrikiskt företag fjolårets modeller av glasögon till en återförsäljarkedja i Bulgarien, ett land utanför EES, som i sin tur sålde hela partiet till ett lågprisföretag i Österrike. Därmed blev glasögonen en konkurrerande produkt på den österrikiska marknaden. Ur målet kan slutsatsen dras att det österrikiska företaget inte hade exporterat sin produkt, glasögon, om det funnits en presumtion att en återimport varit tillåten till unionen och Österrike. Domstolen följde kändens yrkande att varumärkets betydelse inte var konsumerad inom EES eftersom varan placerats på marknaden utanför EES. Den fria rörligheten av varor och tjänster begränsades med andra ord till EES området och tillät därmed differentiering utanför detta område. Den regionala konsumtionsprincipen etablerades.

Lidgard uttrycker en viss skepsis till hur Consten och Grundig-domen skall tolkas. Visserligen har den varit vägledande för hur vertikala avtal har hanterats, men samtidigt anser han att domen innehåller oklarheter på flera punkter.³⁷

En av hans reflektioner i målet var att man i domskälen inte tog upp de ekonomiska aspekterna eller helheten för dessa.³⁸ Istället valde domstolen att föra en översiktlig analys och formellt resonemang.³⁹ Detta har senare visat sig bli de lege lata. Idag skulle snarare en ekonomisk bedömning vara aktuell för att på så vis inte missa viktiga delar för helhetsbedömningen. Lidgard pekar på att integrationen inom unionen var viktigare för detta domslut än de konkurrensrättsliga bedömningarna.⁴⁰

³⁵ Jfr Parfums Christian Dior SA och Parfums Christian Dior BV mot Evora BV (Dior-målet) C-337/95. I detta senare mål framhöll EG-domstolen att varumärken inte får leda till konkurrensbegränsning av nya återförsäljare.

³⁶ Silhouette International Schmied GmbH & Co KG mot Hartlauer Handelsgesellschaft mbH, C-355/96.

³⁷ Lidgard, s 620.

³⁸ Consten och Grundig mot kommissionen, s 343.

³⁹ Lidgard, s 622.

⁴⁰ Ibid.

3.3.4 Centrafarm BV och Adriaan de Peijper mot Sterling Drug Inc respektive Withrop BV⁴¹

I fallet Centrafarm BV och Adriaan de Peijper mot Sterling Drug Inc respektive Withrop BV tog EG-domstolen upp frågan om parallellimport av patent- och varumärkesskyddade preparat.

I målen framkom att Sterling producerade medicinska preparat som såldes runt om i Europa, bland annat i Nederländerna och Storbritannien. Preparaten hade olika varumärken i olika länder. En annan skillnad var att preparatet var kraftfullt subventionerat, av de nationella myndigheterna, i Storbritannien. Centrafarm påbörjade därmed import av läkemedlet till Nederländerna för att där sälja det till ett lägre pris än det inhemska varumärket.

Sterling/Withrop stämde därmed Centrafarm för patent- och varumärkesintrång. Den nederländska domstolen ansökte om ett förhandsavgörande i EG-domstolen.

EG-domstolen fann att frågan handlade om parallellimport av ett och samma preparat, även om olika patent användes i de olika länderna. Visserligen erkände domstolen att de nationella immateriella rättigheterna var giltiga och skulle skyddas men att dessa vid detta tillfälle skulle vika för konkurrensrätten. I domskälen framkom att indelningen av nationella immateriella rättigheter i denna fråga inte var nödvändigt eftersom målet inte behandlade skydd mot utomstående konkurrenter utan endast en annan del av samma koncern. Att tillåta marknadsindelning, på grund av uppdelning av immateriella rättigheter i olika länder, skulle indirekt leda till en uppdelning av unionens inre marknad och därmed vara ett hinder mot den fria rörligheten av varor.

3.4 Exklusiv tilldelning av kunder

Vid denna typ av avtal begränsas leverantören till att endast sälja till en återförsäljare, som i sin tur endast säljer till en viss kundkategori. Vanligen kombineras detta med en begränsning av den aktiva försäljningen till andra exklusivt tilldelade kundkategorier. Detta påverkar framförallt inommarknadskonkurrensen, något som underlättar för prisdiskriminering. Samtidigt underlättas samverkan mellan leverantörer och återförsäljare.

Nedanstående avsnitt bygger på kommissionens riktlinjer för vertikala begränsningar, s 35 f (punkterna 178 - 183), där inget annat meddelas.

⁴¹ Centrafarm BV och de Peijper mot Sterling Drug Inc (15/74) - Parallellimport. Jfr Centrafarm BV och Adriaan de Peijper mot Withrop BV (16/74) – Varumärkesrättigheter..

Kombineras exklusiv tilldelning med exklusiv distribution gäller de regler som tillämpas vid distribution. Tilldelning av kunder försvårar generellt sett möjligheterna till skatte- och kostnadsplanering som skulle kunna genomföras vid gränsöverskridande leveranser. Genom att kundkretsarna begränsas så hårt finns få möjligheter att leta alternativa vägar för distribution och leverans.

Tilldelningen av kundkrets försvårar framförallt för icke-auktoriserade återförsäljare att ta sig in på marknaden eftersom de endast har få, om några, leverantörer. Att rikta sig till en speciell kundkrets är därmed tillåtet främst efter en bedömning av produkt- och utvecklingsfas. Bedömningen utgår bland annat ifrån eventuella investeringarna som är gjorda. Dessa kan vara kraftigt ekonomiskt betungande men har behövts för att kunna tillgodose den specifika kundkretsen. Genom att tillåta tillfälliga konkurrensfördelar kan konkurrenter motiveras att introducera en ny produkt eller ett nytt varumärke. Genomslaget för denna typ av åtgärder är främst aktuellt på mellannivåer som inte direkt påverkar konsumenter.

Marknadsuppdelning av detta slag kan uppnås på olika vis. Ett exempel är om repressalier mot återförsäljaren om denne inte uppfyller vissa, till leverantören, utställda löften. Exempel på repressalier kan vara sänkta eller uteblivna rabatter, minskade leveransvolymmer eller hot om uppsägning av avtal.⁴² Utförande av avtal som innebär att en återförsäljare för över beställningar till en annan förutbestämd försäljare, i enlighet med en marknadsindelning, är också förbjudet om det inte leder till kostnadsreduktion åtminstone för kunden.

Begränsningar av kundkretsen som gäller för samtliga återförsäljare, inklusive leverantören, utgör däremot inte en otillåten klausul om försäljningsförbudet tillkommit genom lag eller beslut av myndighet. Sådana förbud meddelas för farliga ämnen, bland annat om det är påkallat av hälso- eller säkerhetsskäl.⁴³

Passiv återförsäljning är undantaget från förbudet. Det vill säga vid de tillfällen kunden söker kontakt med återförsäljare och detta inte beror på någon åtgärd från denne. Uppdelning av kundkrets är också tillåten av kvalitativa skäl.⁴⁴ En återförsäljare kan exempelvis rikta sig till storförpackningskunder, företagskunder eller konsumenter. Kundgrupperna kräver eventuellt olika typer av service eller transporter som kan vara svårt att hantera för olika återförsäljare.

⁴² KRFV, s 11.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ KRFV, s 12.

3.5 Selektiv distribution

Denna typ av avtal innebär i likhet med ensamåterförsäljaravtal att antalet auktoriserade återförsäljare, men också att möjligheterna till återförsäljning, begränsas. Begränsningen består varken i antalet detaljister inom ett visst område eller till vilket område försäljning får ske. Istället begränsas detaljisternas rätt, grundat på produktspecifika omständigheter, att sälja till icke-auktoriserade återförsäljare. Återförsäljarkretsen i sin helhet begränsas till dem som har avtalat särskilt med produktinnehavaren. Selektiv distribution används därmed nästan uteslutande i syfte att distribuera varumärken.

Kommissionen har ställt upp tre olika typsituationer som innebär att selektiv distribution inte är undantaget enligt gruppundantagsförordningen:

1. Minskning av konkurrens mellan varumärken
2. Marknadsutestängning av andra distributörer eller köpare
3. När den kumulativa effekten av parallella nätverk av selektiva distributionsnätverk leder till gemensamt marknadsagerande.⁴⁵

Selektiva distributionssystem syftar inte i motsats till exklusiv distribution till att dela upp marknaden i territoriella områden. Istället är uppdelningen beroende av specificerade begränsningar av återförsäljarens distributionsnät. Efter en kvantitativ och kvalitativ bedömning uppmuntras eller förhindras återförsäljaren från att sälja utan förbehåll. Förbehållen leder till att marknaden delas upp i olika kundgrupper och kundkategorier. Denna modell är därmed särskilt lämpad för sista handelsledet, det vill säga vid försäljning till slutanvändare och konsumenter.⁴⁶

Nedanstående avsnitt bygger på kommissionens riktlinjer för vertikala begränsningar, s 36 ff (punkterna 184 – 198), där inget annat meddelas.

3.5.1 Kommissionens riktlinjer för vertikala begränsningar

Genom att välja ut sina kanaler för distribution kan varumärkesinnehavaren styra och begränsa både inom- och mellanmärkeskonkurrensen. Vissa grupper av återförsäljare stängs därigenom ute från marknader samtidigt som annan samordning av verksamheter kan underlättas för befintliga återförsäljare och leverantörer.

⁴⁵ Korah & O'Sullivan, s 268f. Se Metro-målen nedan.

⁴⁶ Bellamy Christopher and Child Graham - European Community Law of Competition, Uppl. 5, s 539, 2001 (Bellamy & Child).

Selektiv distribution kan delas in i två delar, *kvalitativ* och *kvantitativ*.

Den *kvalitativa selektionen* anses inte vara konkurrenshämmande om den uppfyller tre krav.

1. Om det finns produktrelaterade skäl med hänsyn till produktens art och användningsområde.
2. Val av återförsäljare sker med hjälp av oberoende, objektiva kriterier som gäller för alla återförsäljare.
3. Att kriterierna inte är mer långtgående än nödvändigt.

Den *kvantitativa selektionen* begränsar återförsäljarskaran genom krav på ex vis minimi- eller maximiförsäljning.

Vid alla typer av konkurrenshindrande regler förekommer inträdeshinder. Detta är ett problem som är än tydligare vid selektiv distribution än vid ensamåterförsäljning eftersom begränsningen påverkas av vem köparen är. Icke-auktoriserade återförsäljare kan därmed inte finna inköpskanaler och därmed inte införskaffa ett varulager. Detta påverkar framförallt lågprisdetaljister som avskämmas från att utöva prispress på andra återförsäljare och deras vinstmarginaler.

För det fall 50 % eller mer av den totala kumulativa produktmarknaden består av selektiva distributionsnät uppkommer ökad risk för konkurrensbegränsning. Dock förefaller riskerna vara relativt begränsade för den eventualitet att de fem största konkurrenterna inte tillsammans når upp till dessa 50 procentandelar. Bedömning är också beroende av om de största konkurrenterna uppnår marknadsandelar om 50 % på grund av selektiv distribution eller på annat vis. Ju starkare ställning konkurrenter som inte tillämpar selektiv distribution har, desto mindre sannolikhet är det att andra återförsäljare utestängs. Kvantitativa begränsningar i distribution som tjänar till att få en återförsäljare att sälja en minimimängd av en bestämd produkt orsakar sannolikt mindre negativa nyttoeffekter om en sådan mängd inte utgör en betydande del av återförsäljarens totala omsättning av den ifrågavarande produkttypen.

Avtal som begränsar kretsen av leverantörer är tillåtna om dessa inte inverkar på konkurrensen mellan varumärken, det vill säga också innehåller en konkurrensklausul.⁴⁷ Denna regel gäller däremot inte för de fem största leverantörerna om dessa ensamma eller tillsammans innehar 50 % eller mer av samtliga marknadsandelar. De begränsas från att förbjuda sina återförsäljare att göra sina inköp från andra leverantörer (av samma märke).

Även vid de tillfällen när konkurrensen mellan varumärken kvarstår finns en kvarvarande vertikal begränsning. Om en leverantör ålägger sina återförsäljare inte bara att inhandla förutbestämda kvantiteter, utan också ställer krav på ytterliggare skyldigheter, kan dessa ålägganden leda till

⁴⁷ Jfr Joynson mot kommission, mål T-231/99. Ref nedan.

ogiltighet om dessa villkorar försäljningsrättigheterna. Exempel på sådana skyldigheter kan vara att förbehålla ett visst minimiutrymme av plats på försäljningshyllorna eller ett krav på en minimiförsäljningsnivå av återförsäljarens totala omsättning.

De positiva egenskaperna av selektiv distribution kan leda till vinster för slutanvändarna. Genom selektiv distribution uppkommer ofta insparade logistikkostnader genom stordriftsfördelar vid transporter. Även småskjutsproblematiken ”Free rider” minskar när den märkesintroducerande återförsäljaren kan begränsa konkurrenternas produktinköp och på så sätt bygga upp en varumärkesimage.

3.5.2 Leveransbegränsningar

Av artikel 4 d gruppundantagsförordningen framgår att begränsningar som får till effekt att en återförsäljare endast får beställa från en leverantör är ogiltiga. Eventuella korsvisa avtal, såsom parallellimport, får med andra ord inte förhindras genom avtal.

Avtal som begränsar den köpande återförsäljarens valfrihet att välja vilka produkter denne säljer till sina kunder är också otillåtna. Exempel på begränsningar som åsyftas kan vara förhindrande av försäljning till icke-auktoriserade återförsäljare. Här skall samtidigt påpekas att en auktoriserad återförsäljare kan åläggas att inte sälja till andra återförsäljare som inte är auktoriserade.⁴⁸ En sådan begränsning måste beläggas med objektiva krav som möjliggör särskiljning på grund av kvalitet. Utan sådana krav gäller inte förbehållet för selektiv distribution.⁴⁹

3.5.3 Metro mot Kommissionen

I två uppmärksammade mål, Metro-målen, förtydligade EG-domstolen var gränserna går för selektiva distributionsavtal.⁵⁰ I nedanstående referat tas endast de frågor upp som har betydelse för vertikala begränsningar.

Metro var en dagligvarukedja (wholesaler) som önskade saluföra tekniska produkter från företaget SABA, men fick inte till stånd ett avtal med dem.⁵¹ Som motiv till avslaget hänvisade SABA till förutbestämda riktlinjer som företaget krävde skulle uppfyllas för att inleda affärsförbindelser med nya återförsäljare. Dessa riktlinjer bestod i både kvalitativa och kvantitativa krav. Bland kraven fanns dels krav på tekniskt utbildad service- och säljpersonal, dels krav på försäljningsmängder, inköpskvoter, lagerhållning

⁴⁸ Se KRFV, s 12f.

⁴⁹ Korah & O’Sullivan, s 188f.

⁵⁰ Metro SB-Großmärkte GmbH & Co KG mot kommissionen, 26/76 (Metro I) och 75/84 (Metro II).

⁵¹ SABA, Schwartzwälder Apparate-Bau Anstalt August Schwer und Söhne, var en tillverkare av tekniska apparater såsom tv-apparater och radiomottagare.

av nya produkter samt att aktivt föra fram SABAs produkter som en del av dess företagsnätverk. Eftersom Metro inte uppfyllde dessa krav kom parterna aldrig till avtalsslut.

Eftersom kommissionen hade godkänt utformningen av SABAs riktlinjer lämnade Metro in besvär över kommissionens beslut och yrkade på att EG-domstolen skulle ogiltigförklara SABAs individuella undantag från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i artikel 81.1 EG.

I Metro I bedömde EG-domstolen att riktlinjerna av *kvalitativ karaktär, såsom tekniskt kunnande och särskilt utbildad personal föll utanför tillämpning av artikel 81.1 EG* (artikel 85.1 EG-fördraget) och därmed inte var föremål för undantag.⁵² De kvantitativa kraven ansågs däremot strida mot artikel 81.1 EG och var inte av sådan art att de ansågs kunna undantas i enlighet med artikel 81.3 EG.⁵³

Metro II förtydligade domen i Metro I. Här gjorde domstolen ett påpekande i sina domskäl att även kvalitativa riktlinjer som i samverkan med andra riktlinjer i samma eller andra företags riktlinjer fick till följd att konkurrensen allvarligt begränsades, kunde komma att innefattas av artikel 81.1 EG.⁵⁴ Detta innebär att *kvalitativa begränsningar är tillåtna men inte kvantitativa*. Dessa krav får däremot *inte vara mer långtgående än nödvändigt*.⁵⁵

Kommissionen anser idag inte att inomvarumärkeskonkurrens är ett problem så länge konkurrensen mellan varumärken inte är nedsatt, något som framgår av KRFV punkterna 6 och 119.⁵⁶

3.5.4 Hasselblad mot kommissionen

I början av februari 1984 dömde EG-domstolen i målet mellan Hasselblad och kommissionen.⁵⁷ Domstolen fastställde att kommissionen hade gjort en korrekt bedömning när de inte medgav undantag från artikel 81.1 EG (Dåvarande artikel 85.1 EG-fördraget) för de standardavtal som Hasselblad hade till sina återförsäljare. Bland klausulerna i avtalen fanns begränsningar till vem återförsäljarna fick sälja. Dessa begränsningar var inte främst riktade mot slutanvändare utan mot försäljning till icke-auktoriserade återförsäljare. Visserligen kunde en sådan begränsning tillåtas, om den baserades på kvalitativa begränsningar hos återförsäljare nummer två, men inte beroende på kvantitativa begränsningar. I målet framkom att Hasselblad begränsade konkurrensen genom att endast tillåta en begränsad del av alla kvalitativt godtagbara återförsäljare att ta del av produkten. Därmed

⁵² Metro I, punkt 20.

⁵³ Jfr Bellamy & Child, s 541 f

⁵⁴ Ibid. samt Korah & O'Sullivan, s 86 f.

⁵⁵ Jfr Korah & O'Sullivan, s 88.

⁵⁶ KRVB, s 3 (p 6) och 24 (p 119).

⁵⁷ Hasselblad (GB) Limited mot kommissionen, 86/82.

undveks kvantitativ konkurrens inom varumärket och inom marknadssegmentet.

3.5.5 Stergios Delimitis mot Henninger Bräu

Målet Stergios Delimitis mot Henninger Bräu handlade om huruvida konkurrensbegränsningarna i avtalet var en överträdelse av artikel 81.1 EG.⁵⁸ Fakta i målet var att Henninger Bräu hyrde ut en pub till Stergios Delimitis mot att denne, förutom att betala hyra, endast sålde öl producerat av Henninger Bräu. Avtalet innebar att en viss *kvantitet* av öl var förutbestämd men inte från vem denna skulle levereras.

Frågan som EG-domstolen skulle besvara var huruvida denna typ av begränsning av varumärke föll inom gruppundantaget.⁵⁹ Domstolen kom fram till att denna typ av avtal var en överträdelse av artikel 81.1 EG men endast om två kriterier uppfylldes. Den första förutsättningen handlade om hur övriga delar av marknaden såg ut. Om denna typ av avtal var vanligt förekommande skulle en utvidgning med fler likvärdiga avtal begränsa möjligheterna för andra konkurrenter att ta sig in på marknaden. Den andra förutsättningen var om det nämnda avtalet påverkade den totala marknaden i stor utsträckning.⁶⁰

Enligt Korah skulle därmed hänsyn tas till det individuella fallet vid bedömning av vad som är skäliga varumärkesavtal. Ett avskärmande vertikalt avtal kan få effekten att andra varumärken helt utestängs från inträde. Oavsett om varumärket har höga marknadsandelar påverkas avtalet av dess varaktighet. Ett avtal med högt ställda krav på parterna kan vara tillåtet om detta har en övergående effekt medan andra avtal med mindre omedelbar inverkan fast med längre varaktighet påverkar marknaden i än större omfattning.⁶¹

3.6 Sammanfattning

Kommissionen anser att vertikala avtal inte inkräktar på artikel 81 EG med undantag från de klausuler som räknas upp i artikel 4 gruppundantagsförordningen. Detta är en utveckling som har inneburit en förändring under de senare 10 åren då EG-domstolen har ändrat praxis jämfört med tidigare domar.⁶²

⁵⁸ Stergios Delimitis mot Henninger Bräu AG, C-234/89.

⁵⁹ Dåvarande: Kommissionens gruppundantag (EEC) nr 1984/83 av den 22 juni 1983 om tillämningen av artikel 85.3 EG-fördraget på grupper av exklusiva inköpsavtal.

⁶⁰ Stergios Delimitis mot Henninger Bräu AG, C-234/89, Domslutets första stycke.

⁶¹ Korah 2001, s 340.

⁶² Korah & O'Sullivan, s 121f och 251.

Det bör påpekas att förekomsten av flera vertikala begränsningar inte alltid innebär att konkurrensen begränsas i proportion till deras antal.⁶³ Flera mindre begränsningar kan med andra ord vara utan betydelse för helheten. Som exempel på detta kan nämnas exklusiva återförsäljaravtal som begränsas med pristak. Båda åtgärderna har en konkurrensbegränsande effekt var för sig men tillsammans kan de upplevas som positiva för den konkurrensrättsliga enheten.⁶⁴ Enskilda avtalsbestämmelser eller olika typer av vertikala begränsningar kan inte i sig anses ha negativa eller positiva verkningar på konkurrensen.⁶⁵

I nästföljande kapitel redogörs för när artikel 81.1 EG inte leder till förbud mot vertikala avtal. Kapitlet tar sin utgångspunkt i situationer som förefaller vara likvärdiga med situationer när förbud tillämpas vid andra tillfällen och när artikel 81.3 EG torde vara tillämplig.

⁶³ Grönboken, s 21.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Grönboken, s 26.

4 Gruppundantagets begränsning

I den femte punkten av förordet till gruppundantagsförordningen står det att ”*Gruppundantagsförordningen bör begränsas till att avse vertikala avtal som med tillräckligt stor säkerhet kan antas uppfylla villkoren i artikel 81.3 [EG]*”. Innebörden är att det finns avtal som borde falla under undantagsreglerna i artikel 81.3 EG, men där dessa inte gör det på grund av oklarheter i artikelns begränsningar.⁶⁶ Dessa avtal har tidigare bland annat varit föremål för individuella undantag efter anmälan eller förfrågan hos kommissionen. Möjligheten att begära en bedömning, om huruvida ett avtal eller en avtalsklausul kan undantas från artikel 81.1 EG, kvarstår.⁶⁷ Bedömningen är dessvärre inte bindande längre, utan endast rådgivande. Kommissionen avser på detta vis att klargöra otydligheter på ett principiellt plan.⁶⁸

Huvuddelen av alla avtal som sluts mellan konkurrenter undantas i enlighet med artikel 81.3 EG, om de ens berörs av artikel 81.1 EG. Om de berörs av ”svartlistning” enligt artikel 4 gruppundantagsförordningen råder det sällan någon tvekan om att dessa inte skall undantas.⁶⁹

Genom att tillämpa integrerad distribution undgår ett samarbete att alls behandlas av artikel 81.1 EG, och därigenom faller avtalen också utanför tillåtlighetsprövning av konkurrensmyndigheterna inom unionen.⁷⁰ Försäljning eller stöd som utbyts mellan sådana parter är inte en del av tillämpningsområdet för konkurrenslagstiftningen. Huruvida detta kräver ett ägande av 50 % eller mer framgår inte av praxis på området. Ägandet i sig kan vara avgörande vid beräkningen av marknadsandelarna. Avgörande är dock till vilken grad företagen är oberoende av varandra i sitt marknadsagerande. Skulle dotterföretaget vara beroende eller tvingas att agera efter instruktioner från moderföretaget framstår deras agerande som gemensamt.⁷¹ Därmed kan endast få företag med tillräckligt stor omsättning uppfylla kraven på gemensamt agerande och samägande, något som i sig blir begränsande för vilka företag som har möjligheten att använda detta vid avtalsplanering.⁷²

⁶⁶ Korah & O’Sullivan, s 227 f.

⁶⁷ Så kallade vägledande skrivelser (Guidance Letters).

⁶⁸ Kommissionens tillkännagivande om informell vägledning vid nya frågor rörande artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget som uppstår i enskilda fall (vägledande skrivelser) (2004/C 101/06).

⁶⁹ KRFV, s 11. Se Korah & O’Sullivan s 251.

⁷⁰ Integrerad distribution är sådan distribution som sker inom en koncern, inom ett företag eller motsvarande samägandeförhållande.

⁷¹ Viho mot kommissionen, C-73/95.

⁷² Korah & O’Sullivan, s 253.

4.1 Viho mot kommissionen

Fallet tar sin utgångspunkt i att Viho yrkade att kommissionens beslut att inte fälla Parker Pen Ltd (Parker) för att snedvrیدا konkurrensen i Europa skulle upphävas.⁷³

Fakta i målet var att Parker ägde flera dotterbolag, till 100 %, runt om i Europa. Genom sina dotterbolag eller deras återförsäljare sålde bolaget sina produkter, bland annat pennor, till sina kunder. Såsom huvudaktieägare kontrollerade Parker dotterbolagens skötsel och affärsverksamhet.

Efter att Viho försökt att inleda en affärsförbindelse med Parker under samma förutsättningar som dotterbolagen, utan att lyckas, klagade företaget till kommissionen. Viho menade att genom att förbjuda sina dotterbolag att sälja till utomstående återförsäljare så konkurrensbegränsades marknaden av Parker. Samtidigt delades marknaden upp genom de olika nationella dotterbolagen.

Varje dotterbolag var ansvarigt för egna exklusivt tilldelade geografiska områden. Även eventuella köpare var begränsade till att beställa sina varor från respektive områdesansvarigt dotterbolag. Dessutom fanns en differentierad prissättning efter vilket område eller dotterbolag som skulle sköta försäljningen.

Kommissionen tog upp frågan vid två olika tillfällen efter att både Viho och Parker anfört besvär över kommissionens första beslut. Det andra beslutet, det som nu prövades av EG-domstolen, innebar att Parker inte kunde anses bryta mot artikel 81.1 EG (dåvarande artikel 85.1 EG-fördraget) genom att endast sälja till sina dotterbolag och därmed dela in marknaden i olika geografiska områden. Eftersom Parkers dotterbolag ägdes till 100 % av Parker, och följaktligen styrdes av Parker, var bolagen inte att se som självständiga bolag. Genom sin *osjälvständighet från moderbolaget Parker fanns heller inga självständiga avtal* som ansågs strida mot bestämmelserna i artikel 81.1 EG.

4.2 Joynson mot kommissionen

I fallet Joynson mot kommissionen behandlades huruvida kommissionens beslut om att godkänna ett exklusivt inköpsavtal var i samstämmighet med EG-rätten.⁷⁴

Kommissionen hade, tidigare, på begäran av Bass bedömt om ett exklusivt avtal mellan Bass och Joynson var tillåtet enligt artikel 81.1 EG. Kommissionen hade då beslutat att avtalet kunde undantas i enlighet med artikel 81.3 EG. Kommissionens beslut grundade sig inte på

⁷³ Viho mot kommissionen C-73/95 P.

⁷⁴ Joynson mot kommissionen, T-231/99.

gruppundantagsförordningen utan var ett resultat av ett individuellt undantag.⁷⁵

Joynson yrkade på att kommissionens beslut skulle upphävas eftersom det inte uppfyllde de konkurrensfördelar som kommissionen påstod. Istället menade Joynson att avtalet var alltför konkurrenshämmande för att bli undantaget enligt gruppundantagsförordningen. Kommissionen bestred ändringen.

Av målet framkom att Joynson hade ingått ett avtal med Bass om att hyra en publokal samt att endast göra sina, till lokalen beroende, öl inköp från hyresvärdens bryggerier. Inköpen fick inte göras från andra återförsäljare vare sig om dessa levererade samma öl eller inte. Dock var det möjligt att sälja annan öl som förpackats i mindre behållare såsom glas eller burk. Endast den öl som serverades från tapp var med andra ord påverkad.

Kommissionens bedömning av frågan utgick från att det uppstod distributionsfördelar genom att leverantören kunde samordna sina leveranser till fasta återförsäljare. Fakta i målet var också att Bass tog ut ett högre pris för avtalsbundna pubägare än de som Bass inte hade ingått avtal med. Prisdifferensen, menade kommissionen, var inte oskäligen eftersom ölpriset skulle sammanräknas med de besparingar som uppkom genom det samordnade hyresförhållandet. Genom de totalt sänkta transaktionskostnaderna torde konsumenterna gynnas av samordningen enligt kommissionen.

I sitt domslut kom EG domstolens förstainstansrätt fram till att Joynsons yrkande skulle ogillas och att kommissionens beslut kvarstå. Därmed framkom att det var tillåtet att skriva vertikalt exklusiva distributionsavtal, utanför gruppundantagsförordningens verkansområde, om det kunde påvisas att konkurrensen gynnades.

4.3 Sammanfattning

I Joynson mot kommissionen användes inte gruppundantagsförordningens verksamhetsområde för att undanta avtalet från artikel 81.1EG. Istället utfördes en individuell prövning. Inte heller i Viho målet användes gruppundantagsförordningen för att undgå förbud mot konkurrensbegränsande avtal. Båda målen gav att konkurrensbegränsande avtal kan upprättas även om de leder till långtgående effekter utanför riktlinjerna för vertikala begränsningar.

Hur långtgående effekterna kan vara är dock oklart. Det bör påpekas att Joynson målet grundade sig på rättsläget innan den 1 maj 2004, och därmed

⁷⁵ Bass PLC var ett börsnoterat bolag som arbetar inom hotell-, bryggeri- och dryckessektorn. Bass ägde vid tillfället för domen 4182 utskänkningstillfällen i Storbritannien. Joynson var en pubägare med kontrakt att föra Bass varumärke.

inte har samma betydelse idag som vid tillfället för beslutet. Idag skulle de vertikala riktlinjerna sannolikt anses innehålla även denna situation. Det framgår däremot av målen att det finns ett utrymme för tolkningar av ett avtals inverkan på den totala marknaden, som sträcker sig utöver de presumtiva marknadsandelsvärdena som omtalats i kapitel 3.

5 Motorfordonssektorn

Kommissionen beslutade 2002 om en förordning som avdelade motorfordon från övriga vertikala avtal.⁷⁶ Den så kallade motorfordonssektorn fick därmed separata regler, i jämförelse med andra delar av konkurrensrätten, för hur dess avtal fick begränsa konkurrensen. Bakgrunden till denna differentiering förklaras genom att det finns ett kontinuerligt behov av efterarbete och service på dessa produkter.⁷⁷ Detta påverkar därmed inte endast köpeavtal utan också efterservice samt fristående serviceavtal. Behovet är inte lika tydligt inom andra sektorer som när det handlar om motorfordon vilket är anledningen till att det inte finns så många specialförordningar. Avtalen kan komma att påverka inte bara vilket varumärke som säljs i det inledande skedet av försäljningen utan även vilka varumärken som kommer att gynnas mer indirekt exempelvis vid service.

Framförallt reglerar förordningen avtal som rör service och distribution. Flera av dessa avtal är därmed endast relevanta vid köp eller försäljning av motorfordon eller dess reservdelar samt motsvarande hantering av tjänster inom dessa områden. Begreppet vertikala avtal är samstämmigt med gruppundantagsförordningen och kommer därmed inte att behandlas särskilt i detta kapitel.

Under förutsättning att samarbetsavtal leder till att transaktions- och distributionskostnader sänks och till att investerings- och försäkringsnivåer optimeras kan undantag enligt denna förordning godtas. Detta förväntas däremot bara vara konkurrensgynnande till dess att vissa marknadsandelar uppnås. För den eventualitet att marknadsandelarna överstigs förväntas konkurrensfördelarna minska för att därefter vara konkurrenshämmande. Därmed behandlas selektiv distribution särskilt styvmoderligt då den har störst inverkan inom denna sektor. På marknader för *försäljning av nya fordon eller marknader för reservdelar* får samarbetet endast påverka upp till 30 % av marknadsandelarna respektive 40 % av marknadsandelarna inom *kvantitativ försäljning av nya motorfordon*.⁷⁸ Motsvarande 30 % gäller för leverantörernas nät av auktoriserade reparatörer så länge avtalet inte innehåller exklusiva leveransskyldigheter. Vid exklusiva leveransskyldigheter utgår denna beräkning istället från köparens marknadsandel.⁷⁹

⁷⁶ Kommissionens förordning (EG) nr 1400/2002 av den 31 juli 2002 om tillämning av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfarande inom motorfordonssektorn.

⁷⁷ Motorfordonsförordningen, p 3.

⁷⁸ Begreppen grundar sig på såljud. ”Kvantitativ försäljning av nya motorfordon” sker från producent till återförsäljare medan försäljning av ”nya fordon eller marknader för reservdelar” sker till slutanvändare och konsumenter.

⁷⁹ Motorfordonsförordningen, p 5 - 7.

Enskilda samarbetsavtal som är särskilt inskränkande kan, trots att marknadsandelarna inte överstiger 30 %, vara otillåtna om de inte är nödvändiga för att uppnå positiva effekter såsom tidigare omtalats. Avtalen kan exempelvis vara minimiprissättning eller områdesbegränsningar av försäljning.⁸⁰ Även indirekta försäljningsbegränsningar är otillåtna. Exempel på sådana begränsningar är om återförsäljarna åläggs att anpassa sin prissättning beroende på slutanvändarens hemvist eller fordonets bestämmelseort. Även bonussystem som baserar sig på fordonets bestämmelseort eller diskriminering vid fordonsleveranser är exempel på sådana begränsningar.⁸¹

Serviceavtal som begränsar fordonsinnehavarens möjligheter att söka service där varumärket i allmänhet har auktoriserat serviceställe är också ett exempel på indirekt konkurrensbegränsning. Framförallt framträder denna begränsning vid återkallelse av ett företags produkter. Härmed ges köparen möjlighet att söka service hos auktoriserad reparatör oavsett var i gemenskapen fordonet har inhandlats eller har sin bestämmelseort.⁸²

Oberoende reparatör skyddas också av denna förordning. Dessa skall medges tillstånd att inhandla och sälja originalreservdelar eller reservdelar av motsvarande kvalité utan begränsning. Inskränkningar av denna rätt leder till en indirekt konkurrensfördel för auktoriserade verkstäder som därefter vore utan yttre konkurrens. I samband med detta bör också påpekas att även möjligheten att använda sig av motsvarande reservdelar skall skyddas. Konkurrensen mellan underleverantörer skall på så vis gynnas genom att produkter med motsvarande egenskaper kan användas vid service, det vill säga generiska produkter.⁸³

All teknisk information, felsökningsutrustning, relevant programvara och annan utrustning som används eller behövs för att utföra god service skall finnas att tillgå för samtliga återförsäljare och reparatörer, oberoende av om de är auktoriserade eller inte. Informationen skall lämnas omedelbart på begäran. Immateriella tillgångar och know-how skall dock skyddas mot varje form av missbruk.⁸⁴ Återförsäljare av fordon kan lägga ut sitt serviceansvar på entreprenad till utomstående verkstad. Därmed uppfyller en återförsäljare sitt följdansvar genom att hänvisa kunden till var service kan ges i samband med problem eller garantier i framtiden.⁸⁵

Som exempel på när motorfordonsförordningen använts kan nämnas ett avtal i Volkswagenkoncernen. I januari 2003 meddelade kommissionen att Audi, del i Volkswagenkoncernen, hade skrivit avtal med ett antal serviceverkstäder i enlighet med motorfordonsförordningen.⁸⁶ Innebörden

⁸⁰ Motorfordonsförordningen, p 12.

⁸¹ Motorfordonsförordningen, p 16.

⁸² Motorfordonsförordningen, p 17.

⁸³ Motorfordonsförordningen, p 19, 23-24.

⁸⁴ Motorfordonsförordningen, p 26.

⁸⁵ Motorfordonsförordningen, p 21.

⁸⁶ Pressmeddelande från kommissionen IP/03/08, 20 januari, 2003

av avtalen var att oberoende om en verkstad har varit eller inte varit en auktoriserad verkstad skulle den bli auktoriserad. Detta skulle uppnås genom att särskilt uppställda kvalitativa kriterier skulle uppfyllas. Dessa kriterier skulle dessutom inte leda till diskriminering av eller mellan olika serviceverkstäder. Resultatet av denna förändring kommer därmed att leda till att fler serviceverkstäder kommer att konkurrera om samma arbeten. Den verkstad som kan erbjuda bäste möjliga kvalité med en ekonomiskt hållbar utveckling  r därmed också den som f r jobbet.⁸⁷

⁸⁷ Tal av Mario Monti, ansvarig kommissionär f r konkurrensfrågor, SPEECH/03/59, 6 februari, 2003.

6 Ekonomiska aspekter av vertikala avtal

Kommissionen uttalar tydligt i sina riktlinjer att vertikala avtal kan ha en positiv inverkan på ekonomin.⁸⁸ Till denna ståndpunkt sluter sig flera framstående forskare och praktiker. Dessa personer, framförallt jurister och nationalekonomer, med skiftande ansvarsområde argumenterar utifrån olika vinklingar. Gemensamt är att vertikala avtal ses som något positivt. I nedanstående underkapitel framkommer några av dessa personers argument för och emot dessa typer av avtal. Framförallt påpekas vikten av fria avtal och riskerna av alltför långtgående begränsningar av dessa. Istället säger de att konkurrensen är beroende av nyskapande avtal som ger fördelar till producenterna, återförsäljarna men även kunder. Det är, enligt nedanstående personer, inte önskvärt att bolag begränsas från att själva få avtala sig till gångbara lösningar

6.1 Ridyard & Lewis⁸⁹

1998 skrev Derek Ridyard och David Lewis (R & L) i sin artikel ”Parallel Trade in Patented Medicines – Economics in Defence of Market Segmentation” om sin syn avseende huruvida uppdelning av kundgrupper alltid innebär ett hot mot konkurrensen.⁹⁰ Av artikeln framgår att de anser att en uppdelning av marknaden är ett måste för att lönsamhet skall uppnås på olika marknader.

R & L hävdar i sin artikel att det är en vanföreställning att företag, som använder sig av differentiering av prissättning, uppnår en oskäligen profit gentemot de företag som inte använder sig av samma metod. Istället anser de att skillnaderna gör det möjligt att finnas kvar på mindre köpstarka marknader och därmed utgöra konkurrenter till andra varumärken. Att inte tillåta prisdifferentiering skulle därmed leda till att parallellimporten missgynnar köpsvaga marknader som inte kan betala fullpriset av en vara eller tjänst. Genom parallellimport kan företag tvingas att alltid ta full betalning på samtliga marknader för att täcka produktionskostnaderna med den innebörden att köpsvaga kundmarknader inte kan betala för produkten.

⁸⁸Jfr KRVB, p 6 – Konkurrensproblem vid vertikala begränsningar uppstår ”endast om konkurrensen mellan varumärken är otillräcklig”.

⁸⁹ Derek Ridyard, arbetar vid företaget RBB Economics (Ridyard, Bishop & Baker) och är specialiserad vid de ekonomiska aspekterna av konkurrensrätt, och David Lewis, ekonom med specialisering på immaterialrätt och har bl a arbetat för kommissionen i dessa frågor. För närvarande arbetar han för NERA Economic Consulting (National Economic Research Associates).

⁹⁰ Parallel Trade in Patented Medicines – Economics in Defence of Market Segmentation, *International Trade Law & Regulation*, 4 (1), 14 - 19, 1998. Artikeln är skriven som ett inlägg i debatten om marknadsindelning. Detta kapitel är därmed delvis ett referat ur en gemensam artikel

Utan ersättning kommer därmed inte heller företag att släppa produkter på denna marknad som i sin tur leder till att mellanvarumärkeskonkurrensen kan förväntas minska.

Vidare skriver de i sin artikel att det sedan lång tid tillbaka funnits differentiering mellan kundgrupper inom olika marknader. Som exempel kan nämnas olika prissättning mellan studenter, pensionärer eller affärsresenärer. Dessa priser är inte relaterade till den kostnad som uppkommer för transporten eller servicen. Istället försöker företaget skapa en naturlig relation mellan kunden och företaget. Det ska bli naturligt att nyttja deras tjänst eller vara framför andras. Ännu ett exempel kan vara att priserna relateras till vilken dag eller vilken tid en resa skall genomföras. Ju mer attraktiv tidpunkt för resan desto dyrare blir biljetten eller transporten. Inte för att det är billigare att transportera eller ge service vid den specifika tidpunkten utan därför att det finns ett mervärde för båda företag och kund att differentiera prissättningen.

R & L har inte för avsikt att övertyga sina läsare om att företagen strävar efter att uppnå social jämlikhet. Istället handlar det om goda ekonomiska övervägande för företaget. Överväganden som i sin tur också kommer kunderna till godo. För den eventualitet att det skulle gynna kunderna har det därmed också ett företagsgynnande syfte. Om ett företag inte kan sprida sina kostnader på olika kund- eller prisgrupper kommer vissa produkter inte att stanna på samtliga marknader. Detta innebär i sin tur att en utarmning av marknaden kommer att ske, till ett minimiantal respektive endast lågprisprodukter av dålig kvalitet.

6.2 Lever & Neubauer⁹¹

I ECLR nr 21, 2000, sidan 20 och framåt förespråkar Lever och Neubauer möjligheten att avtala vertikalt och därmed möjliggöra en utestängning av återförsäljare. De menar i sin artikel att prestigevarumärken ger marknaden ett utökat utbud av produkter. Visserligen kan tillfälliga konkurrensfördelar uppnås efter att ett varumärke med hög prestige finns att tillgå i en ”lågprisbutik” men samtidigt kommer varumärket tappa en del av sin attraktion.⁹² I avsaknad av möjligheten att anpassas till en specifik kundgrupp riskerar varumärket att också förlora en del av sin särskiljbarhet från andra motsvarande produkter. Därmed skulle produkten i ett längre perspektiv också förlora kundgrupper som söker enskilda egenskaper i sina inköp. Detta leder i sin tur till att varumärken inte kan konkurrera och därmed försvinner de från marknaden.⁹³

⁹¹ Sir Jeremy Lever, delägare vid Monckton Chambers i London, Storbritannien och verkar i Queens Court. Silke Neubauer, doktorand vid Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung

⁹² Lever & Neubauer använder sig av orden ”Outlet” samt ”discount warehouse” vilket, i denna text, översätts till lågprisbutiker.

⁹³ Lever & Neubauer, s 21.

Den stora skillnaden mellan varumärkena är just dess prestige. Utan denna prestige torde varumärket bli oattraktivt, både hos återförsäljare av prestigevarumärke och hos lågprisbutiker, något som i sin tur skulle leda till att varumärket inte längre har säljkraft och därmed utgår ifrån sortimentet.

Ovanstående gäller inte för alla förekommande varumärken på marknaden. Det finns undantag från regeln. Alla varumärken behöver inte avtala sig till förmånliga vertikala avtal. Detta gäller framförallt sådana produkter eller tjänster som har en hög efterfrågan på tilläggservice, som lågprisbutiker svårligen kan erbjuda.

Lever och Neubauer resonerar vidare om vad som skulle hända om vertikala avtal förbjöds. Det skulle med andra ord vara förbjudet att avtala om ensamrätter och begränsningar av utomstående konkurrenters varumärken. Det skulle inte heller finnas någon möjlighet att sluta avtal för att förhindra ”snyltare” från att föra varumärken. Därmed skulle försäljningspriset vara det enda särskiljande i konkurrenshänseende. Eventuella serviceavtal skulle vara en tilläggsprodukt som därmed också skulle kosta extra. Lågprisprodukter utan service torde därmed konkurrera ut genomsnittsprodukter med service eftersom servicen hade kostat alltför mycket när en vara gått sönder. Kvalitén på försäljningsmarknaden hade därmed också sjunkit om servicekostnaden blivit för hög.⁹⁴

Lever och Neubauer för ett resonemang om att vertikala avtal till sin form och till sitt syfte har motsvarande funktion som vid en integrerat distribution. De ställer också frågan ”varför anses vertikala avtal vara sämre för konkurrensen än integrerad distribution”? Att ha flera av varandra oberoende återförsäljare kan t o m vara fördelaktigt då dessa kan konkurrera på vissa plan samtidigt som de samarbetar på andra.⁹⁵

Genom att tillåta olika typer av vertikala avtal undgår marknaden ”snyltare”. Detta är av stor vikt för att ge incitament för företag att investera tid och pengar i att föra ett varumärke. Utan särskilt fördelaktiga avtal skulle antalet återförsäljare som var villiga att föra nya märken begränsas, eftersom de skulle riskerade att stängas ute ekonomiskt när nya konkurrenter trädde in på marknaden. Dessa konkurrenter skulle ha en fördel, eftersom de inte har haft liknande omkostnader som den märkesintroducerande återförsäljaren. Denna utestängningseffekt skulle därmed leda till att färre återförsäljare vågade introducera nya märken vilket i sin tur skulle leda till en minskad konkurrensnytta för slutanvändaren eller konsumenten.⁹⁶

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Lever & Neubauer, s 20.

⁹⁶ Lever & Neubauer, s 8.

6.3 Spiegel & Yehezkel⁹⁷

I sin artikel från 2003 i tidningen *International Journal of Industrial Organizations* beskriver Spiegel och Yehezkel (S & Y) varför vertikala avtal bör tillåtas och vilka effekter de får på marknaden.⁹⁸ S & Y visar i ett antal, hypotetiska, exempel vilken inverkan dessa får på konkurrensen och marknaden.

Genomgående är att vertikala begränsningar inte bör anses vara konkurrenshämmande per definition. Istället finns det flera olika aspekter som talar för motsatsen. Utgångspunkten för vilket val en producent har att göra är beroende av vilken förståelse och vilken inblick en producent har över marknaden. Ju bättre inblick desto mer riktad differentiering kan genomföras. Differentiering som ökar vinsten genom god vinstmarginal för varje såld vara, genom fler sålda varor till lägre pris eller genom att kombinera antal och intäkt av respektive såld enhet.

I varje exempel används samma marknadsaktörer. Dessa består av producenten och två olika återförsäljare, den med höga kostnader (per såld enhet) på grund av exklusiva åtagande eller den med låga kostnader (per såld enhet) på grund av låga åtaganden. Med åtagande menas här lokaler, serviceavtal, leveranser et cetera. Som effekt av bättre service förväntas att kunden upplever goodwill som återspeglar sig i kvalitetstänkande. Sammantaget leder detta, enligt S & N till att två huvudsakliga samband framträder.

1. På en okänd eller otydlig marknad som inte kan delas upp vertikalt efter konsumentgruppernas betalningsvilja, för service, kommer producenterna att eftersträva en utestängning av billiga återförsäljare. På så vis skyddas återförsäljare med högre servicenivåer från konkurrenstryck som skulle leda till vinstbortfall, något som i sin tur hade minskat incitament till att erbjuda produkten eller tjänsten. Utestängning kan uppnås genom exempelvis selektiv distribution eller prisbindningsavtal.
2. På en marknad som kan differentieras, beroende av konsumenttyp, kommer producenter att genomföra kundindelningar som begränsar återförsäljare till egna kundkategorier. Återförsäljare med begränsad service säljer till kundgrupper som kräver mindre sådan och återförsäljare med hög grad av service säljer till kundgrupper som kräver detta. Denna slutsats är att föredra även när överblickbarheten av kundgrupper är begränsad. Vinsten är därmed att återförsäljare med hög service inte blir utsatta för

⁹⁷ Spiegel är docent i affärsrätt & Yehezkel doktorerar i ekonomiska aspekter av vertikala avtal vid Tel Aviv universitet i Israel.

⁹⁸ Price and non-price restraints when retailers are vertically differentiated s 923 – 947.

konkurrens av återförsäljare med en lägre service. Olika kundgrupper åtnjuter därmed möjligheten att få den service och de varor som dessa efterfrågar. Framförallt gäller detta om återförsäljare med lägre servicenivå är billiga.

6.4 Sammanfattning

Samtliga författare i detta avsnitt ser till effektivitetsvinsterna för företagen vid nyttjandet av vertikala avtal. Vinster som i detta sammanhang leder till konsumentfördelar. Dessa fördelar tillfaller inte alltid den individuella konsumenten utan oftare konsumenterna som en grupp. Härigenom begränsar inte den fria marknaden utan gynnar istället konkurrensen utanför det inommarkesrättsliga förhållandet. Prestigemärken och differentierad prissättning är därmed ett sätt att skapa en fördelaktig konkurrens mellan varumärken.

Spiegel och Yehezkels artikel sammanfattar de andra två artiklarna på ett fördelaktigt vis. Genom sin indelning och konsekvensanalys i kända och okända marknader framträder ett mönster som bör beaktas vid en bedömning av effekterna av vertikala avtal. Endast vid en full förståelse av marknadskrafterna kan en begränsning av inommarkesavtalen vara fullt motiverat. Vid brister i avtalens översiktbarhet kan en begränsning av avtalsfriheten komma att stjälpa eller till och med förorsaka konkurrensnackdelar för de grupper i samhället som lagstiftningen har till syfte att ge stöd åt.

7 Analys

7.1 Grund för att begränsa distribution inom ett varumärke

Den övergripande frågan som ligger till grund för utformningen av arbetet är vilka skäl som finns för inommärkesrättsliga vertikala avtal och marknadsuppdelning, som inte grundar sig på transaktions- eller produktionskostnader, när detta ledde till att slutanvändaren tvingas att betala mer för en vara än den faktiskt kostar att placera på en marknad.

Enkelt sett skulle svaret kunna bli: därför att det är god ekonomi som gynnar konsumenterna som en grupp. Som individ drabbas somliga med högre kostnader medan andra gynnas. I arbetet har det argumenterats att denna uppdelning av marknad inte får ske i större utsträckning än nödvändigt. Nackdelen är att det är svårbedömt att avgöra var nödvändighetsgränsen går.

Argument som innebär att de rikare köparna subventionerar de fattigare bygger på att kostnaden för varje producerad enhet är konstant. Att oberoende om det produceras 1000 eller 10000 exemplar så kostar varje enhet lika mycket. Så är dock inte fallet. Första varan kostar nästan alltid mer än den senare. Företag som önskar att expandera måste finna köpare till samtliga sina varor. Med en trogen kundkrets som förmedlar denna tilltro ökar försäljningen. Vid tillräckligt hög tilltro kommer nya köpare att värdera mervärdet och därmed också köpa produkten eller tjänsten. Nyproduktion uppkommer och varje nyproducerat exemplar blir billigare.

Genom att möjliggöra differentierad distribution, även inom bestämda områden och kundgrupper som inte kan betala hela kostnaden för produktion eller övriga transaktionskostnader, kan viss goodwill uppkomma. Goodwill som betalar sig i form av försäljning av andra produkter till lägre kostnad, men också goodwill som bereder väg för en framtida försäljningsutveckling. Som så många andra företagslösningar måste företagen planera långsiktigt om de avser att vara kvar under längre tid. Köparkollektiv kan gynnas genom att stora kvantitativa produktioner medför att priset på varan blir lägre, även för dem som betalar mer än produktionskostnaden per såld enhet. Vad som händer imorgon är med andra ord en fråga som skall lösas idag.

Hur gynnas då konkurrensen av att vertikala avtal tillåts och att inommärkeskonkurrensen begränsas? För att svara på den frågan följer härunder några exempel på olika marknader.

7.2 Inommärkeskonkurrensens effekt

Bortse inledningsvis från frågor om jurisdiktion och EES-områdets gränser. Företaget Canada Goose har sålt stora mängder vinterjackor i Sverige under de senaste tre vintrarna. Deras jackor anses av många vara av bättre kvalitet samt ha en hög status, och får därmed vara ett exempel på ett prestigevarumärke. En vinterjacka från detta företag kostar fyra- eller femtusent kronor i en svensk affär. I Kanada, produktens hemland, säljs samma jackor till ett betydligt lägre pris. I Kanada anses Canada Goose inte vara av särskilt speciell kvalitet. Därmed inte sagt att de anses vara av dålig kvalitet. Är därmed den svenske konsumenten lurad? Den svenske konsumenten skulle troligen inte anse det. Dennes bedömning av jackan bygger på alltifrån erfarenhet till maggropskänsla. Den genomsnittlige svenske konsumenten vet tvärtom sannolikt inte att jackan har lägre status och pris i Kanada.

Vad skulle då hända om en parallellimportör förde in jackorna via alternativa vägar utan begränsningar i form av vertikala avtal? Sannolikt hade priset på produkten minskat något. Kanske hela mellanskillnaden mellan priset i de svenska butikerna och priset hos den kanadensiska återförsäljaren inklusive transaktionskostnaderna för importen. Skulle detta gynna den enskilde konsumenten? På en direkt fråga svarar sannolikt de flesta människor ja. Men om frågan hade inneburit en nyansering av innebörden skulle flera aspekter vara tvungna att beaktas.

Produkten är fortfarande densamma kvalitetsmässigt sett men eventuellt innebär bristen på avtal mellan leverantörer och återförsäljare att en del av varumärkesimagen försvinner. Kanske erbjuder den nye återförsäljaren inte motsvarande service och känsla som den auktoriserade gör. Trygghetsåtgärder såsom efterservice och garantier är kanske färre eller obefintliga. Exklusiviteten ute i samhället skulle utan tvekan minska om fler människor hade råd att köpa en Kanada Goose-jacka.

Kommer förändringarna att påverka kundens syn på jackan? Med minskad service kanske jackan inte anses vara lika prisvärd. Framförallt inte om den kan köpas på annan plats för lägre pris. Känslan av att göra en god investering kommer att minska eftersom varken personalen i butiken eller någon annan kan tala om vad som skiljer denna jacka från alla andra jackor. Efterfrågan för denna vara minskar om inget särskiljer denna produkt från andra som synes likvärdiga. Känslan av att vara unik minskar troligen hos kunden när denne vet att många kommer ha precis samma jacka ute på stan. Samtidigt vet kunden precis som alla andra att jackan inte längre signalerar att innehavaren har ”god” smak eller hög ekonomisk status. Dessa är sådana egenskaper som den enskilde eventuellt eftersträvade vid sitt köp av jackan. Denna typ av egenskaper går inte alltid hand i hand med den faktiska kvalitén, men genom ett samfällt agerande hos individen och dess omgivning leder detta till att innehavaren sticker ut och syns bland andra.

Vart leder då detta exempel i frågan om vertikala avtal? De vertikala avtalen gör det möjligt att samordna en gemensam linje av marknadsföring och försäljning av märken. Ett samarbete som ger konsumenter möjlighet att särskilja och känna igen produkten och varumärket även efter att desamma har hanterats i flera led av olika återförsäljare och distributörer. De vertikala avtalen skyddar också de återförsäljare som ger stöd för varumärkenas integritet. Utan en begränsning skulle andra återförsäljare kunna åka snålskjuts på de reklam- och goodwillkampanjer som den auktoriserade återförsäljaren lagt tid och pengar på. Pengar som denne avsett att återhämta i ökade försäljningsintäkter. Om incitamentet, pengarna för att marknadsföra produkten, utebli finns risken att denna typ av åtaganden försvinner och varumärket inte kommer att introduceras på marknaden. Detta får till följd att konkurrensen från ytterligare varumärke helt uteblir. Här bör det än en gång påpekas, såsom kommissionen gjort vid ett flertal tillfällen, att vertikala avtal inte är konkurrenshämmande om det finns en sund mellanmärkeskonkurrens. En konkurrens som, enligt ovanstående, skulle ha begränsats genom ett fullständigt förbud mot vertikala avtal.

Inommärkeskonkurrensen har olika uttryck beroende av vilken produkt eller tjänst som åsyftas. Bland annat beror det på geografisk indelning, vinterprodukter säljer dåligt i varma länder, men också på den faktiska produkten. För att det ska vara lönsamt att skydda produkter och tjänster måste det finnas något som gör dessa speciella. Prestigevarumärken eller motorfordon har kostnaderna vid försäljning. Om mervärdet, det vill säga imagen eller fordonsservice, inte motsvarar förväntningarna förlorar varumärket köpare. Framförallt om billigare produkter ger lika mycket eller mer för pengarna.

Här skiljer sig tillvägagångssätten för att behålla kundkretsen. Båda metoderna, det vill säga allmänna vertikala avtal och avtal inom motorfordonsförordningens område, syftar till samma sak. *Att skapa lojala kundkretsar* som återkommer med sina inköp. Genom att ha olika förordningar har marknaderna anpassats. Det finns inget som säger att det ena tillvägagångssättet är bättre eller sämre än det andra. Motorfordonsförordningen har däremot anpassats till varan efter hur denna används. Köp av ett motorfordon ses som ett mer långsiktigt köp som innebär en medvetenhet hos kunden att det kommer att behöva service allt eftersom tiden går. Det är därför viktigt att redan vid inköpet räkna med dessa extrakostnader för att få en helhetsbild av produktköpet. Ett prestigevarumärke innebär inte tvunget att kostnaderna kommer att stiga allt eftersom tiden går. Istället betalar köparen för den trygghet som det innebär i kvalitet eller långtgående garantier. Motorfordonsförordningen begränsar framförallt de vertikala avtalen till att endast gälla där det är nödvändigt. Tjänster som inte behövs eller inte kostar skall därmed inte heller begränsas. Likaså skall likvärdiga underleverantörer eller serviceverkstäder inte förhindras att konkurrera. Behovet av motsvarande förbehåll finns inte på ordinarie prestigevarumärken. Få parfymtillverkare garanterar långtgående serviceavtal för sina produkter. Vid normal användning kommer produkten

att försämrans efter köp. Om den skulle försämrans snabbare än förväntat byts hela produkten ut och ersätts.

Nästa exempel har tagits med för att visa på alternativa marknader för samma produkt och på hur en differentiering av kundgrupper kan ske utan att vara beroende av geografiska skillnader. Någon utförlig analys av exemplet kommer inte att ske. Lacknafta är en färgborttagningsprodukt som fungerar genom att den löser upp färg så att denna blir flytande och därmed lättare att hantera eller att torka bort från underlaget. Lacknafta är en homogen produkt som fungerar lika mellan användningstillfällena. Den säljs samtidigt i många olika sorters butiker och då i olika utförande beroende på kundgrupp. Dels säljs lacknafta i 5 liters plastdunkar i färghandeln, vanligen till människor som avser att måla eller tapetsera, dels säljs det som nagellackborttagningsmedel i 10 till 15 cl burkar, till människor som avser att rengöra eller ta bort mindre fläckar av färg på naglar eller andra ytor. Dunkar är avsevärt billigare i förhållande till volympriset. Nagellackborttagningsmedlet säljs däremot inte i färghandeln utan istället i dagligvarubutiker eller i snabbköp. Finns det några skillnader i produkten eller dess användning? Ja, det finns skillnader men inte i frågan om användningen, färgborttagning, eller i kvalitet. Priset är oberoende av användningsområdet. Skillnaden är istället användningsplatsen och användningstillfället. Dessutom skiljer priset på förvaringsplatsen av produkten. Produkterna konkurrerar inte med varandra utan påverkas mer av hur och var de ska förvaras eller användas.

Det finns många skäl för varför det är av väsentlig vikt att tillåta vertikala avtal inom ett varumärke. För vissa personer har det en principiell betydelse att det inte skall finnas snedvridningar i den totalt fria konkurrensen. Strävan blir därmed att hitta andra vägar för att uppnå motsvarande mål som uppnås genom styrningar.

Den europeiska konkurrensrätten får till effekt att den fria marknaden begränsas. Genom sin utformning innebär konkurrensrätten att den är indispositiv. Oavsett vad som avtalats måste parter i mål eller avtal ta hänsyn till den. Liknande lagstiftning hittas enklast i 36 § Avtalslagen som tvingar fram en skälighetsbedömning i samtliga avtal. Motsvarigheten finns i artikel 81.2 EG gällande ogiltighet för långtgående klausuler.

Der finns dock skillnader i tillämpning av artikel 81.2 EG och 36 § Avtalslagen. Tillämpningen av artikel 81 EG är beroende av att det vertikala avtalet är slutet mellan flera av varandra oberoende parter, det vill säga att parterna inte ingår i en koncern tillsammans. Genom att genomföra integrerad distribution kringgås förbuden mot samarbeten. Det vill säga om deras mellanhavande skulle vara koncernliknande faller konkurrensbegränsningen som i Viho mot kommissionen.⁹⁹ Detta får till följd att konkurrenslagstiftningen medvetet kan kringgås av parter som så önskar. Kringgång uppnås genom ett tätare samarbete som torde vara

⁹⁹ Se ref ovan.

utdraget under lång tid något som också kräver att företagen uppnår en viss dignitet för att detta alternativ skall vara möjligt.

Innebörden blir att många avtal inte ingås och konkurrensen blir lidande. Lever och Neubauer har en poäng när de föreslår att integrerad distribution och vertikala distributionsavtal borde likställas för att skapa stabilitet och konsekvent handlande mellan olika företagsmodeller. Det torde dock inte vara rimligt oavsett viljan att gynna fritt företagande och fri avtalsbildning. Artikel 81 EG syftar just till att begränsa olika modeller av monopol och större företag som använder sig av integrerad distribution begränsas istället av artikel 82 EG, förbud mot missbruk av dominerande ställning.

7.3 Slutsatser

Vertikala avtal som de framställs i detta arbete är av godo. Samtliga källor är överens om detta i huvudsak även om ingen av dem förespråkar en helt oreglerad marknad. Gränsdragningen är således oklar. Med vertikala avtal finns möjligheten att begränsa andra aktörers möjligheter att konkurrera inom den egna marknaden samtidigt som det egna agerandet kan stå ohotat. Bristen på hot skulle kunna leda till oskäliga fördelar som inte varit syftet med konkurrenslagstiftningen vid dess instiftande. Tvärtom är det just vetskapen om faktiska eller potentiella hot som skapar sund konkurrens.

En väl utvecklad konkurrens ger det bästa skyddet mot att ett bolag tar ut överpriser för varor och tjänster som kan utföras till ett lägre pris. Konkurrensbegränsningarna får däremot inte vara så utförliga att de kommer att kväsa viljan och förmågan hos företagen att hitta nya och smidigare lösningar att sluta avtal. En alltför kontrollerad och styrd marknad kan få till följd att den blir eller uppfattas som statisk och incitamenten för nyskapande och utveckling upphör.

Genomgående vid tolkningen av kommissionens riktlinjer är att det inte med absolut tydlighet framgår var gränsen går för vad som bör vara tillåtet eller inte i ett vertikalt avtal. Det torde däremot vara svårt att uppnå större tydlighet. Riktlinjerna ger en mängd instruktioner om vad som bör eller skall beaktas vid bedömningen av huruvida ett avtal omfattas av gruppundantagen eller inte. Samtidigt förefaller det som att undantag från gruppundantagen fortfarande är fullt tillåtna och därmed kommer att leda till ett betydande antal avsteg från undantagen. Vid bedömningen kommer därmed förvaltningsavgörandena att bli beroende av partsinlagornas utformning och anpassning till det enskilda fallet. Detta är inte fel i sig, men kan komma att påverka förutsebarheten och därmed opartiskheten hos förvaltning eller domstol.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfarande
(Gruppundantagsförordningen)

Kommissionens förordning (EG) nr 1400/2002 av den 31 juli 2002 om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfarande inom motorfordonssektorn
(Motorfordonsförordningen)

Kommissionens förordning (EG) nr 772/2004 av den 27 april 2004 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om tekniköverföring
(Tekniköverföringsförordningen)

Kommissionens förordning (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring

Kommissionens tillkännagivande om informell vägledning vid nya frågor rörande artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget som uppstår i enskilda fall (vägledande skrivelser) (2004/C 101/06)

Tilkännagivande från kommissionen – Riktlinjer om vertikala begränsningar (2000/C 291/01)
(KRVB)

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

Grönbok om vertikala begränsningar i EG:s konkurrenspolitik, Com (96) 721 final.

Europeiska kommissionen

Konkurrenspolitiken i Europa – Konkurrensreglerna för leverans- och distributionsavtal, ISBN 92-894-3911-4, 2002.
(Konkurrenspolitiken i Europa)

Doktrin

Bellamy Christopher och Child Graham

European Community Law of Competition, 5:e uppl, Sweet & Maxwell, 2001. (Bellamy & Child)

Korah Valentine

An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 7:e uppl, Hart Publishing, 2000. (Korah, 2000)

Korah Valentine

Cases & Materials on EC Competition Law, 2:a uppl, Hart Publishing, 2001. (Korah, 2001)

Korah Valentine och O'Sullivan Denis

Distribution Agreements under the EC Competition rules, Hart Publishing, 2002. (Korah & O'Sullivan)

Wetter Carl, Karlsson Johan, Rislund Olle och Östman Marie

Konkurrenslagen – en handbok, 2:a uppl, Thomson Fakta AB, 2002. (Wetter m fl)

Artiklar

Editorial comments

The modernization of the Community competition rules of verticle agreements, CMLR, vol 35, s 1227 – 1233, 1998.

Lever Jeremy och Neubauer Silke

Verticle Restraints, Their Motivation and Justification, ECLR nr 21 s 7 – 23, 2000. (Lever & Neubauer)

Lidgard Hans Henrik

Begränsar distributionssamverkan konkurrensen?, SvJT, s 619-638, 1997. (Lidgard)

Ridyard Derek och Lewis David

Parallel Trade in Patented Medicines – Economics in Defence of Market Segmentation, Int T L R, 4 (1), s 14 – 19, 1998. (Ridyard & Lewis)

Smith Kassie

Vertical Restraints in Domestic & EC Competition Law, Monckton Chamber, 2002,
<http://www.monckton.com/doc/Vertical%20Restraints.pdf>,
2004-05-28 (Smith)

Spiegel Yossi & Yehezkel Yaron

Price and non-price restraints when retailers are vertically differentiated, International Journal of Industrial Organization, nr 20, s 923 – 947, 2003. (Spiegel & Yehezkel)

Pressmeddelande

Kommissionen

Volkswagen and Audi to conclude agreements with repair shops for the provision of after-sales services, IP/03/80.

Uttalanden

Mario Monti

The new legal framework for car distribution, SPEECH/03/59, 6 februari, 2003, ansvarig kommissionär för konkurrensfrågor

i Europa

Rättsfallsförteckning och myndighetsbeslut

Mål 56 och 58/64 Consten och Grundig mot kommissionen
ECR 1966, s 556

Mål 56/65 Société La Technique Minière mot Maschinenbau Ulm GnbH,
ECR 1966 s 235

Mål 15/74 Centrafarm BV och Adriaan De Peijper mot Sterling Drug Inc,
ECR 1974, s 1174

Mål 16/74 Centrafarm BV och Adriaan De Peijper mot Winthorp BV,
ECR 1974, s 1183

Mål 26/76 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co KG mot kommissionen,
ECR 1977, s 1875. (Metro I)

Mål 86/82 Hasselblad (GB) Limited mot kommissionen,
ECR 1984, s 883

Mål 75/84 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co KG mot kommissionen,
ECR 1986, s 3021. (Metro II)

Mål C-234/89 Stergios Delimitis mot Henninger Bräu AG,
ECR I-1991, s 935 (Svensk refsaml 1991, s 65)

Mål C-73/95 Viho mot kommissionen,
REG I-1996, s 5457

Mål C337/95 Parfums Christian Dior SA och Parfums Christian Dior BV
mot kommissionen,
REG I-1997, s 6013

Mål C-355/96 Silhouette International Schmied GmbH & Co KG mot
Hartlauer Handelsgesellschaft mbH
REG I-1998, s 4799

Mål T-231/99 Colin Joynton mot kommissionen
REG II-2002, s 2085

Kommissions beslut av den 30 oktober 2002 om ett förfarande enligt artikel
81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (2003/675/EG) (Nintendo)