



LUNDS UNIVERSITET

Ekonomihögskolan

Institutionen för handelsrätt

# **EU och Resale Price Maintenance**

– ökad osäkerhet eller nya möjligheter?

Tomasz Doweyko Jurkowski

Kandidatuppsats

15 högskolepoäng

Handledare

Henrik Norinder

HARK11 Kandidatuppsats i handelsrätt

Konkurrensrätt

VT 2010



# Summary

<b>Title</b>	EU and Resale Price Maintenance
<b>Author</b>	Tomasz Doweiko Jurkowski
<b>Supervisor</b>	Henrik Norinder, Department of Business Law at Lunds University School of Economics and Management

## **Purpose**

The purpose with this thesis is to clarify how the European Commission currently relates to RPM and investigate whether the divided opinions among lawyers, economists and various organisations as well as the development on the subject in the US can affect the Commission's future approach toward these kinds of restrictions and consequently result in a shift in the legal position of RPM in the EU.

## **Method**

The method that has been the basis for the thesis has been one of investigational nature and is based on an initial clarification of the current view on RPM in the EU and a subsequent analysis if and possibly in what way a change of view is likely. The method can therefore be thought of as a comparative analysis between the present and the possible future situation.

## **Conclusion**

The investigation and analysis has shown that there still exist a presumption from the view of the Commission that RPM in the form of fixed or minimal resale prices conflict with article 101.1 TFEU and that it is unlikely to fulfill the conditions in article 101.3 TFEU. At the same time the Commission has made some significant changes within the new guidelines for vertical restraints in relation to RPM. A change in the view of the EU regarding such restraints is therefore plausible. It is however uncertain whether this change is strong enough for companies to be more willing to include RPM-conditions in their future contracts and if a change in the legal position in reality has been established.

## **Key words**

Resale Price Maintenance (RPM), competition law, EU



# Sammanfattning

<b>Titel</b>	EU och Resale Price Maintenance
<b>Författare</b>	Tomasz Dowejko Jurkowski
<b>Handledare</b>	Henrik Norinder, Institutionen för handelsrätt, Ekonomihögskolan vid Lunds universitet

## Syfte

Syftet med uppsatsen är att klargöra hur EU-kommissionen i dagsläget förhåller sig till RPM samt utreda om huruvida de delade åsikterna bland jurister, ekonomer och diverse organisationer samt utvecklingen på området i USA kan tänkas påverka kommissionens framtida förhållningssätt till dessa typer av restriktioner och därmed leda till en förändring i rättsläget kring RPM inom EU.

## Metod

Den metod som ligger till grund för uppsatsen är i huvudsak av utredande karaktär och bygger på att först tydliggöra hur synen på RPM inom EU är utformad i dagsläget för att därefter analysera om och eventuellt hur en förändring i denna syn är trolig. Man kan därför tänka sig att metoden innefattar en jämförande analys mellan nuläget och den eventuellt tänkbara framtida situationen.

## Slutsats

Utredningen och analysen har visat att det fortfarande föreligger en presumtion från kommissionens sida att RPM i form av fasta och lägsta återförsäljningspriser strider mot artikel 101.1 FEUF och att det är sannolikt att villkoren i artikel 101.3 FEUF inte uppfylls. Samtidigt har kommissionen gjort väsentliga förändringar i de nya riktlinjerna för vertikala begränsningar i förhållande till RPM. En förändring i EU:s syn på sådana begränsningar är därför trolig. Det är dock osäkert om denna förändring är tillräckligt stark för att företag i framtiden kommer att vara mer villiga än hittills att inkludera RPM-villkor i sina avtal och om en förändring i rättsläget i praktiken därmed kan konstateras.

## Nyckelord

Resale Price Maintenance (RPM), konkurrensrätt, EU



# Förord

Förevarande uppsats utgör den avslutande delen av min kandidatexamen i handelsrätt på institutionen för handelsrätt vid Ekonomihögskolan och Lunds universitet. Ämnet behandlar frågan om synen på resale price maintenance inom EU och valdes huvudsakligen på grund av ett allmänt intresse för konkurrensrättsliga problem samt på grund av frågans särskilda aktualitet.

Jag skulle vilja rikta ett tack till min handledare Henrik Norinder som har varit till god hjälp under hela arbetets genomförande.

27 maj 2010, Malmö, Sverige

*Tomasz Doweyko Jurkowski*





# Innehållsförteckning

<b>1. Inledning .....</b>	<b>1</b>
<b>1.1 Bakgrund.....</b>	<b>1</b>
<b>1.2 Syfte och frågeställning.....</b>	<b>1</b>
<b>1.3 Metod och material.....</b>	<b>2</b>
<b>1.4 Avgränsning .....</b>	<b>3</b>
<b>1.5 Disposition.....</b>	<b>3</b>
<b>2. Artikel 101 FEUF och vertikala distributionsavtal.....</b>	<b>4</b>
<b>2.1 Artikel 101 .....</b>	<b>4</b>
<b>2.2 Vertikala distributionsavtal .....</b>	<b>6</b>
2.2.1 Kommissionens syn och gruppundantag 2790/1999.....	6
2.2.2 Riktlinjer om vertikala begränsningar och RPM.....	8
<b>3. Utredning .....</b>	<b>11</b>
<b>3.1 EU-praxis.....</b>	<b>11</b>
3.1.1 Märkbar effekt på handeln.....	11
3.1.2 Syfte eller resultat att begränsa konkurrensen .....	12
3.1.3 Märkbar effekt på konkurrensen.....	13
3.1.4 Artikel 101.3 .....	13
<b>3.2 Det nya gruppundantaget.....</b>	<b>15</b>
3.2.1 Gruppundantag 330/2010.....	16
3.2.2 Riktlinjer om vertikala begränsningar – en jämförelse.....	16
3.2.3 Kommentarer gällande nytt gruppundantag och riktlinjer .....	20
<b>3.3 Rättsutvecklingen i USA.....</b>	<b>25</b>
3.3.1 Per se och rule of reason .....	26
3.3.2 Vertikala begränsningar.....	27
3.3.3 Leegin.....	28

<b>3.4 Doktrin</b> .....	<b>30</b>
3.4.1 Fördelar och nackdelar med RPM.....	30
3.4.2 Leegin-fallet och dess konsekvenser .....	32
3.4.3 EU:s ståndpunkt .....	33
<b>4. Analys och avslutande kommentarer</b> .....	<b>35</b>
4.1 Analys.....	35
4.2 Slutsats .....	39
4.3 Avslutande kommentarer .....	40
<b>Källförteckning</b> .....	<b>41</b>
<b>Rättsfallsregister</b> .....	<b>45</b>
<b>Bilaga A</b> .....	<b>46</b>
<b>Bilaga B</b> .....	<b>47</b>
<b>Bilaga C</b> .....	<b>48</b>

# Förkortningar

FEUF	Fördraget om europeiska unionens funktionssätt
RPM	Resale price maintenance
TFEU	Treaty on the functioning of the European Union



# 1. Inledning

## 1.1 Bakgrund

Vertikala distributionsavtal är ett område som i konkurrensrättens historia alltid har varit föremål för diskussion och lagstiftning. Avtal mellan leverantörer och distributörer innehåller ofta flera restriktioner som leverantören ålägger distributörerna och som i många fall begränsar distributörernas handlingsfrihet. Viktiga frågor ur konkurrensrättslig synpunkt har därför varit om och i så fall på vilket sätt sådana restriktioner eventuellt kan anses begränsa konkurrensen för den aktuella produkten. Inom den europeiska konkurrensrätten utgör vertikala distributionsavtal ett av huvudområdena som kommissionen ständigt granskar. Kommissionens syn på vanligt förekommande vertikala distributionsavtal har dock inte alltid varit entydig. Från att ha varit fientligt inställda till alla former av restriktioner som företag ålägger varandra har man på flera områden lämnat denna strikt negativa syn och tillåter idag stora delar av de vertikala restriktioner som frekvent används av företag, såsom selektiva distributionssystem eller diverse konkurrensklausuler. Trots denna dynamiska utveckling är kommissionens syn på diverse vertikala distributionsavtal i dagsläget relativt väl dokumenterad och tydlig.

En restriktion som kommissionen alltid har betraktat och fortfarande betraktar som konkurrensbegränsande är sådana begränsningar i form av fasta eller lägsta återförsäljningspriser som en leverantör ålägger sina distributörer som, tillsammans med begränsningar i form av högsta och rekommenderade återförsäljningspriser, normalt samlas under begreppet resale price maintenance (RPM). Denna uppfattning delas dock inte av alla. Många jurister och ekonomer har under lång tid argumenterat både för och emot denna strikta negativa syn på RPM och det finns idag ingen dominerande syn på vad som anses vara optimalt. Debatten i EU har dessutom påverkats av utvecklingen i USA där Supreme Court i ett fall från 2007 förkastade den stränga syn på RPM som hade gällt som praxis i landet sedan 1912. Än mer intressant och aktuellt kan frågorna kring RPM anses vara sett ut ett EU-perspektiv då det nuvarande gruppundantaget för vertikala avtal skall ersättas med ett nytt den 1 juni 2010.

## 1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med uppsatsen är att klargöra hur EU-kommissionen i dagsläget förhåller sig till resale price maintenance (RPM) i form av lägsta och fasta återförsäljningspriser. Den har

till uppgift att utreda om huruvida de delade åsikterna bland jurister, ekonomer och diverse organisationer kan tänkas påverka kommissionens framtida förhållningssätt till dessa typer av restriktioner och därmed leda till en förändring i rättsläget kring RPM i EU. Detsamma gäller den utveckling på området som har skett i USA och som eventuellt kan tänkas inverka på kommissionens ställningsstagande. Mest intressant i detta avseende är kommissionens utformning av det nya gruppundantag som träder i kraft den 1 juni 2010 och som skall gälla fram till den 31 maj 2022. Uppsatsens huvudsakliga frågeställning kan därmed formuleras som:

*Vilken grad av rättssäkerhet och förutsebarhet erbjuds rörande RPM i form av lägsta och fasta återförsäljningspriser i och med EU-kommissionens nya riktlinjer om vertikala begränsningar?*

### **1.3 Metod och material**

Den metod som ligger till grund för uppsatsen är i huvudsak av utredande karaktär. Med utredande metod menas i detta avseende en metod som bygger på att utifrån syftet och frågeställningen utreda och försöka klargöra hur den framtida synen på RPM inom EU kan tänkas komma att formuleras och utvecklas. Metoden bygger vidare på att först och främst tydliggöra hur synen på RPM inom EU är utformad i dagsläget och därefter, med hjälp av diverse material, analysera om och eventuellt hur en förändring i denna syn är trolig. Man kan därför tänka sig att metoden innefattar en jämförande analys mellan nuläget och den eventuellt tänkbara framtida situationen.

Det material som i första hand kommer att ligga till grund för denna utredning och analys är de diverse EU-dokument som har högst relevans för det aktuella ämnet. Gruppundantaget för vertikala distributionsavtal och tillhörande riktlinjer utgör en naturlig utgångspunkt. Till detta kommer även övriga dokument av relevans för det valda området, såsom exempelvis kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3. Kommissionens nya gruppundantag och riktlinjer kommer naturligtvis att ha en stor betydelse för den jämförande analysen. Den EU-praxis i form av rättsfall av relevans för det valda ämnesområdet kommer även att nämnas och behandlas. På grund av dess betydelse för den internationella opinionen och debatten i ämnet kommer delar av rättsutvecklingen kring RPM i USA att få en plats i uppsatsen. Vid sidan av detta rättsliga material kommer en mängd artiklar kring ämnet att inkluderas och behandlas vid själva utredningen och analysen. Urvalet kommer här att baseras på en ambition från min sida att kunna presentera en, så långt det är möjligt, heltäckande bild på det som sägs om RPM i vilken jag, vid själva beskrivningen, försöker inta en objektiv position. I och med att det nya gruppundantaget träder i kraft den 1 juni 2010 finns det även en uppsjö av bidragande kommentarer från organisationer runt om i världen som delger sin syn på kommissionens förslag om ett nytt gruppundantag och riktlinjer, varav en del av dessa kommer att behandlas och analyseras. Urvalet kommer att göras av både språkmässiga samt innehållsmässiga skäl. En del av bidragen är skrivna på andra språk än engelska och dessa kommer överhuvudtaget ej att behandlas. Av de engelska bidragen finns det vidare

flertalet som inte alls eller bara till liten del ägnar tid åt att diskutera frågan kring RPM och faller därmed också bort. Av de resterande kommer några av mig bedömda representativa bidrag att väljas ut för att i bästa möjliga mån täcka in de viktigaste kommentarerna och synpunkterna. De bortvalda bidragen är dels de som upprepar aspekter som andra, redan medtagna, bidrag har kommenterat och dels de som utslutande fokuserar på de ekonomiska sidorna kring RPM.

#### **1.4 Avgränsning**

Denna uppsats kommer, som redan nämnts, att fokusera på en utredning och en analys av EU-kommissionens troliga framtida förhållningssätt till RPM. Uppsatsen har inte för avsikt att diskutera eller värdera trovärdigheten eller sanningen i alla ekonomiska argument för och emot en mindre respektive mera strikt syn på RPM. Detta skulle rikta uppsatsen alldeles för långt åt det ekonomiskt resonerande hållet, vilket inte är dess syfte. Dessutom finns det redan en uppsjö av artiklar och uppsatser som diskuterar den ekonomiska frågan kring RPM och ännu en uppsats skulle därmed inte tillföra mycket nytt till denna diskussion. Frågan om kommissionen borde ändra sin syn på RPM faller därmed utanför det huvudsakliga syftet för denna uppsats, även om en del av argumenten för och emot denna fråga kommer att presenteras och kort diskuteras. Istället avgränsas syftet med denna uppsats till att utreda frågan om det går att konstatera en förändring i kommissionens synsätt på RPM och om denna förändring är tillräckligt stor för att en förändring i rättsläget i EU på området därmed kan bekräftas.

#### **1.5 Disposition**

Uppsatsens framställning består av tre huvudsakliga kapitel, ej medräknat detta inledningskapitel. I kapitel 2 kommer en grund för den kommande utredningen och analysen att läggas. Tanken är här att på ett kort och koncist sätt presentera de delar inom den europeiska konkurrensrätten som har högst relevans för uppsatsens valda ämnesområde och syfte. Detta kapitel kommer inte på något sätt att vara heltäckande eller bidra till någon djupare förståelse för de alla problemområden som den europeiska konkurrensrätten behandlar. Då uppsatsen förutsätter grundläggande kunskaper kring vanliga konkurrensrättsliga problem hos läsaren är detta deskriptiva kapitel istället tänkt som en kort repetition av de mest väsentliga delarna av den europeiska konkurrensrätten som direkt berör vertikala distributionsavtal i allmänhet och RPM i synnerhet.

I kapitel 3 kommer själva utredningen att presenteras. I denna utredning kommer det nya gruppundantaget för vertikala distributionsavtal och de tillhörande riktlinjerna att utgöra utgångspunkten. Därtill kommer betydelsefulla EU-rättsfall, utvalda delar av den amerikanska rätten, relevanta artiklar samt bidrag och kommentarer att behandlas och diskuteras.

I kapitel 4 kommer en analys av detta material att presenteras, i vilken jag framställer mina personliga åsikter kring det behandlade materialet och därmed försöker besvara uppsatsens inledande frågeställning.

## 2. Artikel 101 FEUF och vertikala distributionsavtal

Detta kapitel lägger grunden för den utredning och analys som följer i nästkommande kapitel. Presentationen tar sin början i artikel 101 (tidigare 81) i fördraget om europeiska unionens funktionssätt för att därefter fokusera på vertikala distributionsavtal.

### 2.1 Artikel 101

Artikel 101.1 FEUF presenterar ett antal, kumulativa, rekvisit som måste vara uppfyllda för att en viss handling skall omfattas av förbudet i samma artikel, se bilaga A. Bland annat måste ett avtal, beslut eller samordnat förfarande kunna påverka handeln mellan medlemsstater och det måste också ha till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den inre marknaden. Som exempel nämns bland annat sådana avtal, beslut och samordnade förfaranden som innebär att inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs.

Av kommissionens riktlinjer framgår det att kriteriet påverkan på handeln avgör tillämpningsområdet för gemenskapens konkurrenslagstiftning och att denna inte är tillämplig på avtal och förfaranden som inte märkbart kan påverka handeln mellan medlemsstaterna.<sup>1</sup> Avtal och förfaranden faller utanför tillämpningsområdet för artiklarna 101 och 102 om de endast påverkar marknaden i obetydlig omfattning med hänsyn till att de berörda företagen har en svag ställning på marknaden för de ifrågavarande produkterna.<sup>2</sup> Det framhålls bland annat också att avtal mellan leverantörer och återförsäljare som innehåller bestämmelser om prisbindning (RPM) och som omfattar två eller flera medlemsstater kan normalt sett genom själva sin art påverka handeln mellan medlemsstater. Sådana avtal förändrar de prisnivåer som sannolikt skulle ha rått om inte avtalen hade funnits och påverkar därför handelsmönstret.<sup>3</sup>

Kommissionen har även gett ut ett tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen (de minimis). I detta tillkännagivande anger

---

<sup>1</sup> Tillkännagivande från kommissionen - Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget (2004/C 101/07), punkt 3.

<sup>2</sup> A.a., punkt 44.

<sup>3</sup> A.a., punkt 72.



kommissionen med hjälp av tröskelvärden för marknadsandelar vad som inte är en märkbar begränsning av konkurrensen enligt artikel 101 i EG-fördraget.<sup>4</sup> Där anges, genom gränsvärden på avtalsparternas marknadsandelar, vilka avtal som av kommissionen presumeras inte märkbart begränsar konkurrensen i den betydelse som avses i artikel 101.1. Gränsvärdena definierar därmed de situationer i vilka kommissionen inte kommer att inleda några förfaranden. Särskilt allvarliga begränsningar såsom RPM i form av minsta och fasta återförsäljningspriser faller dock utanför tillkännagivandets tillämpningsområde och måste behandlas separat utifrån artikel 101.1.<sup>5</sup>

Ett avtal, beslut eller samordnat förfarande kan endast omfattas av förbudet i artikel 101.1 om det har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen. Syfte och resultat är alternativa rekvisit. När det fastställs att ett avtal har till syfte att begränsa konkurrensen behöver inte de konkreta, eventuellt konkurrensbegränsande, effekterna av avtalet påvisas.<sup>6</sup> I kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 101.3 förklarar kommissionen utförligt hur syfte och resultat skall tolkas. Av dessa går det att utläsa att RPM i form av fasta eller lägsta återförsäljningspris betraktas som att det har till syfte att begränsa konkurrensen och en granskning av ett sådant avtals resultat på konkurrensen är därför inte nödvändig under artikel 101.1.<sup>7</sup>

Det går emellertid inte att uteslutande använda sig av artikel 101.1 för att avgöra om ett avtal kommer att förklaras ogiltigt enligt artikel 101.2. Även om ett avtal, beslut eller samordnat förfarande har förklarats ha som syfte eller resultat att begränsa konkurrensen så kan de inblandade företagen slippa att få sitt avtal ogiltigförklarat med hjälp av artikel 101.3. För att företag skall kunna dra nytta av denna undantagsartikel måste fyra kumulativa rekvisit uppfyllas, två positiva och två negativa, se bilaga A. I kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3, förklaras utförligt hur kommissionen förhåller sig till de fyra rekvisiten. När det gäller sådana konkurrensbegränsningar som kommissionen ser som särskilt allvarliga, såsom exempelvis RPM i form av fasta eller lägsta återförsäljningspriser, anges det i riktlinjerna att även om artikel 101.3 inte på förhand utesluter vissa typer av avtal från sitt tillämpningsområde är det dock osannolikt att allvarliga konkurrensbegränsningar, ex. sådana som av kommissionen har identifierats som särskilt allvarliga begränsningar, uppfyller villkoren i artikel 101.3. Avtal av detta slag uppfyller i regel (åtminstone) inte de två första villkoren i artikel 101.3. De skapar varken objektiva fördelar eller är till fördel för konsumenterna.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Tillkännagivande från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i fördraget (de minimis) (2001/C 368/07), punkt 2.

<sup>5</sup> A.a., punkt 11.

<sup>6</sup> Meddelande från kommissionen – Tillkännagivande – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget (2004/C 101/08), punkt 20.

<sup>7</sup> A.a., punkt 21-24.

<sup>8</sup> A.a., punkt 46.

## 2.2 Vertikala distributionsavtal

Vertikala avtal är avtal om försäljning och inköp av varor eller tjänster som ingås mellan företag som är verksamma i olika led i produktions- eller distributionskedjan. Typiska exempel är distributionsavtal mellan tillverkare och återförsäljare såsom grossister eller detaljister. Distribution av varor är vanligtvis en mycket viktig del i de affärer som en tillverkare bedriver och det sätt som en producent organiserar sin distribution på har ofta stor inverkan på det slutliga försäljningsresultat som erhålls. Viktiga aspekter för tillverkaren med avseende på distributionen är därför att distributionskostnaderna minimeras samtidigt som de producerade varorna distribueras effektivt och når ut till så många kunder som möjligt. För att optimera distributionen av sina produkter måste tillverkaren ofta utforma detaljerade distributionsavtal med sina återförsäljare. Även om dessa avtal kan anses optimala och vinstmaximerande utifrån producentens eller återförsäljarens perspektiv är det inte alltid lika säkert att de leder till liknande nyttoeffekter för konsumenterna och den totala välfärden i samhället då de ofta på ett eller annat sätt kan vara konkurrensbegränsande. Rent generellt kan man säga att ett distributionsavtal innehåller restriktioner av olika slag som begränsar producentens och/eller återförsäljarens handlingsfrihet. Vissa av dessa restriktioner kan ibland vara nödvändiga för att ett avtal över huvud taget skall komma till stånd. I andra fall kan de anses vara nödvändiga från de båda parternas perspektiv för att ett avtal skall vara ekonomiskt gångbart. Frågan om vilka restriktioner som faktiskt begränsar konkurrensen och vilka som normalt kan anses ha positiva verkningar är en komplicerad fråga som i regel kräver en situationsspecifik analys för att kunna svara på. Marknadsstruktur, typ av produkt, antal aktörer både på producent och konsumentensida och liknande aspekter utgör viktiga delar i en sådan analys. På grund av detta uppkommer den naturliga frågan ur konkurrenssynpunkt om, eller vilka, olika restriktioner i vertikala distributionsavtal skall anses begränsa konkurrensen enligt formuleringen i artikel 101.1.

### 2.2.1 Kommissionens syn och gruppundantag 2790/1999

Kommissionens syn på vertikala distributionsavtal har historiskt sett orsakat stora oenigheter och livliga diskussioner. Under en lång period ville kommissionen inte acceptera argument att vertikala restriktioner kunde ha positiva verkningar i form av effektivitetsvinster inom distributionen. En av huvudorsakerna till denna strikt negativa syn på vertikala restriktioner har varit det faktum att sådana restriktioner ofta avgränsar områden mellan distributörer, isolerar de nationella marknaderna, skapar handelsbarriärer och upprätthåller prisskillnader mellan medlemsstaterna. Eftersom konkurrenspolitiken i EU inte bara har som syfte att se till att konkurrensen inte begränsas eller snedvrids utan också att integrera marknaderna inom gemenskapen, uppstår det ofta motstridiga intressen. Även när dessa motstridiga intressen inte existerade så var kommissionen länge negativt inställd till alla typer av avtal som begränsar parternas ekonomiska frihet. Denna breda syn från kommissionens sida på vad som utgör en konkurrensbegränsning blev hårt

kritiserad av många.<sup>9</sup> Kritiken ledde dock till förändringar. Bland annat infördes 1999 en ny allmän gruppundantagsförordning på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden. I maj 2000 publicerade kommissionen även riktlinjer i vilka kommissionen bland annat förklarar hur gruppundantaget är tänkt att fungera samt hur kommissionen kommer att förhålla sig till och analysera de avtal som inte omfattas av gruppundantaget.

Gruppundantaget för vertikala avtal möjliggör att artikel 101.1 förklaras icke tillämplig på avtal eller samordnade förfaranden som ingås mellan två eller flera företag som vart och ett, inom ramen för avtalet, är verksamt i olika led i produktions- eller distributionskedjan, och som avser villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster (vertikala avtal).<sup>10</sup> Gruppundantaget innehåller vissa krav som måste vara uppfyllda för att förbudet i artikel 101.1 skall kunna förklaras icke tillämpligt på ett visst vertikalt avtal. Huvudkravet är tröskelvärdet för marknadsandelen. Undantaget skall tillämpas under förutsättning att leverantörens marknadsandel, eller köparens då det vertikala avtalet innehåller exklusiva leveransskyldigheter, inte överstiger 30 % av den relevanta marknad på vilken denne säljer/köper varor eller tjänster som omfattas av avtalet.<sup>11</sup> Det andra viktiga kravet är att avtalet inte innehåller någon av de särskilt allvarliga begränsningar som anges i gruppundantagsförordningen. Dessa definieras i gruppundantagsförordningens artikel 4 med delpunkt a) av speciellt intresse för denna uppsats:

*Artikel 4. Undantaget i artikel 2 skall inte tillämpas på vertikala avtal som direkt eller indirekt, ensamt eller i kombination med andra faktorer som parterna kontrollerar, har följande syfte:*

- a) *Begränsningar av köparens möjligheter att bestämma försäljningspriset, med undantag för leverantörens möjlighet att fastställa ett högsta försäljningspris eller ett rekommenderat försäljningspris, under förutsättning att dessa inte som en följd av påtryckningar eller incitament från någon av parterna får karaktären av ett fast eller lägsta försäljningspris.*

Det tydliggörs således här att RPM-avtal i form av fasta eller lägsta återförsäljningspriser betraktas som en särskilt allvarlig begränsning som inte kan dra fördel av det undantag som förordningen medger. Även om jag väljer att nämna gruppundantaget först nu, efter att jag kort har redogjort för både artikel 101.1 och 101.3, så är det i realiteten som så att gruppundantaget för vertikala avtal normalt utgör den första kontrollstationen för företag när det gäller att bedöma huruvida det är troligt att ett vertikalt avtal kommer att förbjudas eller godkännas. Om gruppundantaget är tillämpligt så godkänns avtalet. Om det däremot skulle visa sig att gruppundantaget inte gäller för det aktuella avtalet så måste det bedömas individuellt utifrån artikel 101.1 och 101.3 enligt redogörelsen tidigare i kapitlet. Som vi redan har konstaterat är det högst osannolikt att avtal innehållande klausuler som bestämmer fasta eller lägsta återförsäljningspriser kommer att accepteras

---

<sup>9</sup> Jones, A. – Sufrin, B., *EC Competition Law – text, cases, and materials*, Oxford University Press (2004), s. 618-619.

<sup>10</sup> 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, artikel 2.

<sup>11</sup> A.a., artikel 3.

efter att en sådan individuell granskning har genomförts. Kommissionens syn på sådana avtal är därför ganska entydig. Det aktuella gruppundantaget trädde i kraft den 1 januari 2000 och upphör att gälla den 31 maj 2010.<sup>12</sup> Ett nytt gruppundantag tillsammans med nya riktlinjer har dock utarbetats och antagits och dessa kommer att träda i kraft den 1 juni 2010. Innan vi går vidare till uppsatsens tredje kapitel innehållande utredningen av uppsatsens frågeställning kan det vara lämpligt att titta på de, för uppsatsen, relevanta delarna av kommissionens nuvarande riktlinjer om vertikala begränsningar.

### **2.2.2 Riktlinjer om vertikala begränsningar och RPM**

Som redan nämnts behandlar kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar frågan hur gruppundantagsförordningen är tänkt att tillämpas samt hur kommissionen förhåller sig till och kommer att analysera sådana avtal som inte omfattas av gruppundantaget. I och med detta innehåller riktlinjerna även en hel del ekonomiska och konkurrenspolitiska argument som presenterar kommissionens syn på konkurrensrätten i allmänhet och hur denna bör regleras och kontrolleras för att fungera optimalt.

Kommissionens syfte med att utfärda riktlinjerna är att hjälpa företag att göra en egen bedömning av vertikala avtal enligt EU:s konkurrensregler.<sup>13</sup> I riktlinjernas inledning diskuteras den allmänna tillämpligheten av artikel 101 på vertikala avtal. Bland annat framhålls det att artikel 101 ger en lämplig rättslig ram för en bedömning av vertikala begränsningar, vilken beaktar skillnaden mellan konkurrenshämmande och konkurrensfrämjande effekter. Artikel 101.1 förbjuder avtal som märkbart begränsar eller snedvrider konkurrensen, medan artikel 101.3 tillåter att det beviljas undantag för sådana avtal som ger tillräckliga effektivitetsvinster för att uppväga de konkurrensbegränsande effekterna.<sup>14</sup> Kommissionen är dessutom av den åsikten att i fråga om de flesta vertikala begränsningar kan konkurrensproblem uppstå endast om konkurrensen mellan varumärken är otillräcklig, det vill säga om det finns en viss grad av marknadsinflytande på leverantörs- eller köpnivå eller på båda dessa nivåer. Om konkurrensen mellan varumärken inte är tillräcklig anser kommissionen att det är viktigt att skydda konkurrensen mellan och inom varumärken.<sup>15</sup> I riktlinjerna tillkännages också kommissionens generella syn på EU:s konkurrenspolitik. Enligt kommissionen är huvudmålet för EU:s konkurrenspolitik att skydda konkurrensen, eftersom detta förbättrar konsumenternas välfärd och skapar en effektiv resursfördelning. När kommissionen tillämpar EU:s konkurrensregler använder den sig av en ekonomisk metod som bygger på en undersökning av effekterna på marknaden. Kommissionen framhåller vidare att vertikala avtal bör analyseras i sitt marknadsmässiga sammanhang, dock vad gäller sådana vertikala begränsningar som har till syfte att begränsa konkurrensen, dvs. begränsningar som nämns i artikel 4 i gruppundantagsförordningen (däribland RPM),

---

<sup>12</sup> A.a., artikel 13.

<sup>13</sup> Tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer om vertikala begränsningar (2000/C 291/01), punkt 3.

<sup>14</sup> A.a., punkt 5.

<sup>15</sup> A.a., punkt 6.

behöver kommissionen inte bedöma de verkliga marknadseffekterna. Det framhålls också att integreringen av marknaderna är ett ytterligare mål för EU:s konkurrenspolitik, att denna marknadsintegration ökar konkurrensen inom gemenskapen och att företag inte bör tillåtas att återskapa privata barriärer mellan medlemsstaterna.<sup>16</sup>

I riktlinjernas andra del nämns hur avtal av mindre betydelse behandlas. Vertikala avtal mellan företag vars marknadsandel på den relevanta marknaden inte överstiger 10 % anses i allmänhet falla utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1 med förbehåll för särskilt allvarliga begränsningar. När det gäller särskilt allvarliga begränsningar kan artikel 101.1 tillämpas under tröskelvärde på 10 %, förutsatt att de har en märkbar påverkan på handeln mellan medlemsstater och på konkurrensen.<sup>17</sup> När det gäller särskilt allvarliga begränsningar såsom RPM poängteras det i riktlinjerna att det är föga troligt att det beviljas individuella undantag för sådana avtal.<sup>18</sup> I en annan del av riktlinjerna klargörs det dock att vertikala avtal som inte omfattas av gruppundantagsförordningen inte presumeras vara olagliga men kan kräva en individuell granskning. Om kommissionen gör en individuell granskning kommer den att ha bevisbördan för att avtalet i fråga strider mot artikel 101.1. Om väsentliga konkurrenshämmande effekter påvisas, kan företagen lägga fram bevis för att avtalen leder till effektivitetsvinster och förklara varför det är troligt att ett visst distributionssystem ger fördelar som är av betydelse med avseende på villkoren för undantag enligt artikel 101.3.<sup>19</sup> I riktlinjernas sjätte del presenteras detaljerat hur kommissionen kommer att behandla och analysera enskilda fall av vertikala avtal, dvs. sådana som inte omfattas av gruppundantaget. Punkt 112 tar exempelvis upp frågan om prisbindning:

*112. Prisbindning påverkar konkurrensen negativt framför allt på två sätt: 1) En minskning av priskonkurrensen inom enskilda varumärken och 2) större öppenhet kring priserna. I fråga om prisbindning i form av fasta eller lägsta priser kan inte återförsäljarna längre konkurrera med priset för en viss produkt, vilket leder till att priskonkurrensen beträffande ett visst varumärke helt sätts ur spel. Ett högsta eller rekommenderat pris kan tjäna som ett riktmärke för återförsäljarna, vilket kan medföra en mer eller mindre enhetlig tillämpning av prisnivån i fråga. Större öppenhet kring priserna och ansvar för prisförändringar gör det lättare för tillverkarna eller återförsäljarna att samverka horisontellt, åtminstone på koncentrerade marknader. Eftersom den minskade konkurrensen beträffande ett visst varumärke leder till ett minskat tryck att hålla nere priset på dessa varor, kan det indirekt leda till att konkurrensen mellan varumärken minskar.*

Kommissionen påpekar också att det är viktigt att inse att vertikala begränsningar ofta har positiva effekter särskilt genom att de främjar konkurrens i andra avseenden än priskonkurrens samt i form av högre kvalitet på tjänsterna.<sup>20</sup> Det ges också några förslag på orsaker som kan berättiga tillämpning av vissa vertikala begränsningar, exempelvis för att lösa ett snålskjutsproblem, att öppna eller träda in på nya marknader, lösa det s.k.

---

<sup>16</sup> A.a., punkt 7.

<sup>17</sup> A.a., punkt 9-10.

<sup>18</sup> A.a., punkt 46.

<sup>19</sup> A.a., punkt 62.

<sup>20</sup> A.a., punkt 115.

hold-up-problemet etc.<sup>21</sup> I punkt 119 10) nämns det att i fråga om en ny produkt eller en befintlig produkt som säljs för första gången på en annan geografisk marknad så brukar det inte föreligga några större problem, eftersom vertikala begränsningar i samband med öppnandet av nya produktmarknader eller geografiska marknader i allmänhet inte begränsar konkurrensen. Denna regel gäller under två år efter det att produkten första gången släpptes ut på marknaden, oavsett företagets marknadsandel. Det påpekas dock att denna regel endast gäller sådana vertikala begränsningar som inte betecknas som särskilt allvarliga.

I punkterna 120-136 i riktlinjerna beskrivs de analysmetoder som kommer att användas och de faktorer som kommissionen anser är särskilt viktiga för att fastställa om ett vertikalt avtal förorsakar en betydande konkurrensbegränsning enligt artikel 101.1. Slutligen avslutas riktlinjerna med att i punkterna 137-229, med hjälp av denna analysmetod, analysera de vanligaste vertikala begränsningarna. Mest intressant ur ett RPM-perspektiv är punkterna 225-228 som behandlar frågan om rekommenderade och högsta återförsäljningspriser. Som redan har framhållits i detta kapitel utgör inte sådana restriktioner enligt kommissionen särskilt allvarliga begränsningar. Dock påpekar kommissionen i riktlinjerna att högsta och rekommenderade återförsäljningspriser kan innebära en risk för eventuella konkurrenshämmande verkningar i de fall då dessa fungerar som ett riktmärke som alla eller nästan alla återförsäljare kan välja att följa. De skulle också kunna underlätta samverkan mellan leverantörer. De viktigaste faktorerna vid bedömningen av eventuella konkurrenshämmande effekter av högsta eller rekommenderade återförsäljningspriser är leverantörens marknadsställning och konkurrenternas marknadsställning. Ju större och viktigare en leverantör är på marknaden desto större är risken att sådana restriktioner leder till att dennes återförsäljare tillämpar prisnivån mer eller mindre enhetligt. Under sådana omständigheter kan sådana restriktioner utgöra en överträdelse av artikel 101.1. Detsamma gäller för smala oligopol där restriktioner av denna typ kan underlätta samverkan mellan leverantörerna genom att dessa utbyter information om den prisnivå som föredras.<sup>22</sup> I denna del av riktlinjerna nämns inget angående fasta och lägsta återförsäljningspriser, då det redan har framförts att de betraktas som särskilt allvarliga och att det är föga troligt att sådana RPM-avtal beviljas ett individuellt undantag.

Sammantaget kan vi alltså konstatera att det från kommissionens sida existerar en presumtion om att RPM i form av fasta eller lägsta återförsäljningspriser strider mot förbudet i artikel 101.1 samt att det även föreligger en presumtion om att dessa sannolikt inte uppfyller villkoren i artikel 101.3.

---

<sup>21</sup> A.a., punkt 116.

<sup>22</sup> A.a., punkt 226-228.

## 3. Utredning

Utredningen i denna uppsats tar sin början i en kort analys av relevant EU-praxis. Därefter kommer det nya gruppundantaget och dess riktlinjer att granskas, efterföljt av att rättsutvecklingen på området i USA kort kommer att beröras och paralleller till den europeiska utvecklingen kommer att dras. Avslutningsvis presenteras en del av de åsikter, argument och resonemang som har framförts i doktrinen rörande dilemmat och frågorna kring RPM.

### 3.1 EU-praxis

Antalet rättsfall rörande fasta eller lägsta återförsäljningspriser som har tagits upp i EU-domstolarna är få till antalet, vilket med stor sannolikhet har att göra med den tydliga och bestämda negativa syn som kommissionen har haft på sådana avtal ända sedan gemenskapens konkurrensrättsliga begynnelse.

#### 3.1.1 Märkbar effekt på handeln

EU-domstolen har vid flertalet tillfällen poängterat att för att ett avtal skall ogiltigförklaras enligt artikel 101.1 så måste avtalet märkbart påverka handeln.<sup>23</sup> Detta gäller också för de särskilt allvarliga begränsningarna. Faktum är att EU-domstolen uttryckligen har framfört att avtal som ålägger en part att följa vissa bestämda lägsta återförsäljningspriser hamnar under förbudet i artikel 101.1 endast om man finner att avtalet är kapabelt att påverka handeln mellan medlemsstater på ett märkbart sätt.<sup>24</sup> Domstolen har även tagit avstånd från att man på förhand ska kunna klassificera en viss typ av avtal som förbjudet eller tillåtet enligt artikel 101. Frågan om ett avtal är förbjudet beror istället på om detta avtal objektivt sett, med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet, uppfyller alla de kriterier som är nödvändiga för att förbudet skall vara uppfyllt och som anges i artikel 101.1.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Se t.ex. mål 27/87, *SPRL Louis Erauw-Jacquery mot La Hesbignonne SC.*, ECR 1988, punkt 17.

<sup>24</sup> A.a., punkt 20.

<sup>25</sup> Mål 56/65, *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH*, ECR 1966, s. 248.

Av relevans för begreppet påverkan på handel har även parternas marknadsställningar. Vid ett tillfälle har frågan diskuterats i samband med ett återförsäljaravtal, där återförsäljaren hade ett absolut områdeskydd vilket, precis som lägsta och fasta återförsäljningspriser, klassificeras som särskilt allvarliga begränsningar och presumeras vara konkurrensbegränsande. Kommissionens beräkningar visade att den ena parten hade en marknadsandel gällande tillverkning av tvättmaskiner på endast 0,08 % inom hela gemenskapen, 0,2 % i Tyskland och 0,6 % i Belgien och Luxemburg.<sup>26</sup> I ett förhandsavgörande där det frågades om, då ett fall bedöms utifrån artikel 101.1, hänsyn ska tas till de inblandade parternas marknadsandelar svarade EU-domstolen att villkoret om påverkan på handel skall förstås mot bakgrund av de faktiska omständigheterna kring avtalet. Ett avtal kan följaktligen undgå att träffas av förbudet i artikel 101.1 om avtalet, med hänsyn till de berörda parternas svaga ställning på den relevanta produktmarknaden, endast obetydligt påverkar marknaden.<sup>27</sup> Även avtal som innehåller särskilt allvarliga begränsningar kan således undgå förbudet i artikel 101 om parternas marknadsandelar på den relevanta marknaden är tillräckligt låga. Det är dock oklart var gränsen för en tillräckligt låg marknadsgräns går. EU-domstolen har dock meddelat att ett företag som täcker minst 5 % av den berörda marknaden är ett tillräckligt stort företag för att dess beteende i princip skall kunna påverka handeln mellan medlemsstaterna.<sup>28</sup>

### 3.1.2 Syfte eller resultat att begränsa konkurrensen

Ett av huvudrekvisiten för att artikel 101.1 skall bli tillämplig är att ett avtal måste ha som syfte eller resultat att begränsa konkurrensen. Som vi redan har konstaterat anser kommissionen att lägsta och fasta återförsäljningspriser har till syfte att begränsa konkurrensen, en uppfattning som i stort sett delas av EU-domstolen. Bland annat har domstolen ansett att priskonkurrens är så pass viktigt att den aldrig får elimineras.<sup>29</sup> Vid ett annat tillfälle ansåg domstolen att bestämmelser som påverkar en franchisetagarens möjlighet att fritt fastställa sina priser innebär en begränsning av konkurrensen.<sup>30</sup> När det gäller RPM har EU-domstolen uttryckt det som så att avtalsvillkor som fastställer vilka priser som återförsäljare skall hålla sig till har som syfte att begränsa konkurrensen enligt lydelsen i artikel 101.1. I de situationer där en påverkan på handeln mellan medlemsstater existerar och där ett avtal innehåller sådana villkor kan avtalet undantas från förbudet i artikel 101.1 endast genom att uppfylla de villkor som ställs upp i artikel 101.3.<sup>31</sup>

---

<sup>26</sup> Jones A. - Sufirin B. (2004), s. 159.

<sup>27</sup> Mål 5/69, *Franz Völk mot S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, ECR 1969, punkt 5/7.

<sup>28</sup> Mål 107/82, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Kommissionen*, ECR 1983, punkt 58.

<sup>29</sup> Mål 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mot Kommissionen*, ECR 1977, punkt 21.

<sup>30</sup> Mål 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH mot Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, ECR 1986, punkt 25.

<sup>31</sup> Mål 243/83, *SA Binon & Cie mot SA Agence et messageries de la presse*, ECR 1985, punkt 44.



### 3.1.3 Märkbar effekt på konkurrensen

Genom rättspraxis har det också visat sig att det måste finnas en märkbar effekt på själva konkurrensen för att ett avtal skall fångas av förbudet i artikel 101.1.<sup>32</sup> EU-domstolen har i ett tidigt rättsfall framfört att om en analys av ett avtals samtliga bestämmelser inte påvisar en tillräckligt stor skada för konkurrensen bör avtalets verkningar prövas. För att avtalet skall kunna omfattas av förbudet bör man kräva att sådana kriterier samtidigt skall föreligga som visar att konkurrensen faktiskt på ett märkbart sätt har hindrats, begränsats eller snedvridits.<sup>33</sup> I ett utlåtande några år senare framhölls det också att rekvisitet syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen skall förstås mot bakgrund av de faktiska omständigheterna kring avtalet och de berörda parternas marknadsställning på den relevanta marknaden.<sup>34</sup> Slutsatsen är således att även avtal som innehåller särskilt allvarliga begränsningar kan undantas från artikel 101.1 om avtalen inte märkbart påverkar konkurrensen. Troligtvis måste det i sådana situationer dock handla om väldigt små marknadsandelar för de inblandade parterna.

### 3.1.4 Artikel 101.3

I föregående kapitel konstaterades det att ett avtal innehållande särskilt allvarliga begränsningar och som förklaras förbjudet enligt artikel 101.1 fortfarande har möjlighet att undantas i enlighet med artikel 101.3. Det framgick dock att kommissionen ställer sig tveksam till om det är möjligt för ett sådant avtal att uppfylla villkoren i artikel 101.3 och presumptionen är att avtal innehållande fasta eller lägsta återförsäljningspriser inte kan dra nytta av undantaget. EU-domstolarna har inte haft många tillfällen att yttra sig i frågan. Förstainstansrätten har dock påpekat att det i princip inte finns några konkurrensbegränsande handlingar som inte kan undantas, förutsatt att samtliga rekvisit i artikel 101.3 är uppfyllda.<sup>35</sup>

I ett fall diskuterar EU-domstolen selektiva distributionssystem och medger där att priskonkurrens i sådana system inte alltid är den viktigaste faktorn eller det viktigaste målet med sådana avtal och att denna, även om den inte får elimineras, inte alltid måste prioriteras. Av samma fall framgår det att i enlighet med artikel 101.3 är vissa konkurrensbegränsningar tillåtna så länge de är nödvändiga för att uppnå dessa andra mål och så länge de inte leder till att konkurrensen slås ut för en betydande del av den gemensamma marknaden. För vissa återförsäljare kan en önskan att upprätthålla en viss prisnivå, för att på så sätt i konsumenternas intresse kunna fortsätta erbjuda en särskild typ av distributionskanal, utgöra ett sådant mål som kan försöka uppnås utan att

---

<sup>32</sup> Se t.ex. mål 22/71, *Béguelin Import Co. mot S.A.G.L. Import Export*, ECR 1971, punkt 16.

<sup>33</sup> Mål 56/65, *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH*, ECR 1966, s. 249.

<sup>34</sup> Mål 5/69, *Franz Völk mot S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, ECR 1969, punkt 7.

<sup>35</sup> Mål T-17/93, *Matra Hachette SA mot Kommissionen*, ECR 1994, punkt 85.

fördenskull nödvändigtvis falla under förbudet i artikel 101.1 eller, om så ändå blir fallet, antingen helt eller delvis tillmötesgå kraven i artikel 101.3.<sup>36</sup>

Ett intressant fall ur ett RPM-perspektiv rörde en utgivare som fastställde priserna på sina tidningar och tidskrifter.<sup>37</sup> En tysk domstol skickade en begäran till EU-domstolen om förhandsavgörande i vilken det frågades om huruvida ett sådant fastställande innebar att avtalet strider mot artikel 101. Även den tyska regeringen bidrog med sin åsikt i frågan och framförde bland annat att tidningar och tidskrifter samt deras distribution har väldigt speciella egenskaper, bl.a. det faktum att de kräver ett extremt snabbt distributionssystem med tanke på den begränsade period under vilken de kan säljas. Man ansåg också från tyskt håll att marknaden för tidningar och tidskrifter är så pass speciell att de konkurrensrättsliga principer som har utvecklats i andra sammanhang måste modifieras innan de kan appliceras på denna produkttyp samt att om fastställandet av priser för tidningar och tidskrifter inte skulle godtas så skulle det innebära en katastrof för mångfalden och tryckfriheten. Det ansågs också vara viktigt att notera att system med fasta återförsäljningspriser inom distribution av tidningar och tidskrifter var tillåtna enligt lag i många medlemsstater eller att sådana upprätthålls där utan några problem.<sup>38</sup> EU-domstolen inleder sitt svar på frågan med påpekandet att fastställandet av priser begränsar konkurrensen enligt lydelsen i artikel 101.1. I de situationer då avtal i ett selektivt distributionssystem påverkar handeln mellan medlemsstaterna och innehåller sådana villkor, kan ett undantag endast tilldelas genom att rekvisiten i artikel 101.3 uppfylls. Domstolen anför vidare att om, när det rör distributionen av tidningar och tidskrifter, fastställande av återförsäljningspriserna utgör det enda sättet för att stödja den finansiella börda som uppkommer vid återtagandet av osålda exemplar och om detta tillvägagångssätt utgör den enda metod med vilken ett brett utbud av tidningar och tidskrifter kan göras tillgängligt för läsarna så måste kommissionen ta hänsyn till dessa faktorer när den bedömer avtalet utifrån artikel 101.3.<sup>39</sup>

Ett liknande fall rörde villkor om fasta återförsäljningspriser från diverse förläggare på den belgiska och holländska marknaden.<sup>40</sup> De av kommissionen anklagade parterna försökte till en början införa kommissionen påvisa att avtalet uppfyllde rekvisiten i artikel 101.3. Bland annat argumenterades det för att RPM-villkoren bidrog till att förbättra produktionen och distributionen av varorna, ex. genom att ett fast pris på populära böcker möjliggjorde för förläggare att ge ut ett bredare sortiment som även inkluderade mindre populära böcker. Fasta priser innebar en säkerhet som var nödvändig för att en förläggare skulle kunna erbjuda flera olika sorters böcker.<sup>41</sup> I och med det bredare sortimentet

---

<sup>36</sup> Mål 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mot Kommissionen*, ECR 1977, punkt 21.

<sup>37</sup> Mål 243/83, *SA Binon & Cie mot SA Agence et messageries de la presse*, ECR 1985.

<sup>38</sup> A.a., punkt 41-42.

<sup>39</sup> A.a., punkt 44-46.

<sup>40</sup> Förenade målen 43/82 och 63/82, *VBVB och VBBB mot Kommissionen*, ECR 1984

<sup>41</sup> Kommissionens beslut 82/123/EEC den 25 november 1981, *VBVB/VBBB*, OJ L 54/36, punkt 50.

menades det också att konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av fördelarna.<sup>42</sup> Det argumenterades också för att RPM var nödvändigt för att uppnå förbättringar inom produktionen och distributionen<sup>43</sup> samt att konkurrensen inte eliminerades från en väsentlig del av marknaden för produkterna, bland annat därför att inte alla förläggare på marknaden använde sig av RPM.<sup>44</sup> Kommissionen höll inte med på någon av punkterna och nekade till undantag enligt artikel 101.3.<sup>45</sup> Fallet kom så småningom upp till EU-domstolen. Domstolen ansåg bland annat att den aktuella marknads särskilda karaktär inte gav de inblandade parterna tillstånd att upprätta ett system som medför att distributörerna fräntas all handlingsfrihet i fråga om att fastställa sina försäljningspriser, då detta strider mot artikel 101.1.<sup>46</sup> Domstolen angav även att om man utgår från att böckers särskilda karaktär som handelsvaror kan berättiga vissa särskilda distributions- och prisförhållanden, måste man trots detta dra den slutsatsen att just den omständigheten att två stora nationella sammanslutningar av förläggare och bokhandlare har utvidgat de strängt övervakade regler som gäller för deras medlemmar till handeln inom gemenskapen, utgör en tillräckligt kvalificerad konkurrensbegränsning för att berättiga kommissionens bedömning.<sup>47</sup>

De ovan nämnda fallen visar att även EU-domstolen verkar vara av åsikten att RPM i form av fasta eller lägsta återförsäljningspriser till viss del alltid kan presumeras vara konkurrensbegränsande. Å andra sidan är man lite mer försiktiga i sina uttalanden än vad kommissionen är när det gäller att fastställa en allmän regel. Domstolens yttranden, speciellt i de två sistnämnda fallen, tyder på att även särskilt allvarliga begränsningar såsom RPM har en chans att kunna dra fördel av undantaget i artikel 101.3, även om detta lär vara svårt att bevisa för de inblandade företagen.

### 3.2 Det nya gruppundantaget

I samband med att gruppundantag 2790/1999 för vertikala avtal närmade sig sitt slut påbörjades arbetet med det nya gruppundantag och de riktlinjer som träder i kraft den 1 juni 2010. I juli 2009 skickade kommissionen ut ett meddelande i vilket man bad om kommentarer på de förslag som hade upprättats. Intresserade parter hade möjlighet att skicka in sina synpunkter fram till och med september 2009.<sup>48</sup> Efter att ha mottagit mer än 150 dokument med synpunkter antog kommissionen slutligen den 20 april 2010 ett nytt gruppundantag med tillhörande riktlinjer.<sup>49</sup> Nedan kommer en kort beskrivning av

---

<sup>42</sup> A.a., punkt 54.

<sup>43</sup> A.a., punkt 57.

<sup>44</sup> A.a., punkt 61.

<sup>45</sup> A.a., punkt 63.

<sup>46</sup> Förenade målen 43/82 och 63/82, *VBVB och VBBB mot Kommissionen*, ECR 1984, punkt 45.

<sup>47</sup> A.a., punkt 46.

<sup>48</sup> IP/09/1197

<sup>49</sup> IP/10/445

detta nya gruppundantag att göras efterföljt av en jämförelse mellan de nya och gamla riktlinjerna. Avslutningsvis kommer några av de inskickade kommentarerna att nämnas.

### 3.2.1 Gruppundantag 330/2010

Det nya gruppundantaget för vertikala avtal träder i kraft den 1 juni 2010 och upphör att gälla den 31 maj 2022.<sup>50</sup> Det är i stora drag utformat på samma sätt som dess föregångare. I skälen till det nya gruppundantaget framförs det att med tanke på att erfarenheterna av tillämpningen av den tidigare förordningen på det hela taget varit positiva och med hänsyn till de ytterligare erfarenheter som gjorts sedan den förordningen antogs, är det lämpligt att en ny gruppundantagsförordning antas.<sup>51</sup> En skillnad som kan uppmärksammas i skälen till det nya gruppundantaget är att det där särskilt påpekas att för sådana vertikala avtal där tröskelvärdet på 30 % överstigs finns det ingen presumtion att dessa vertikala avtal omfattas av artikel 101.1 eller att de inte uppfyller villkoren i artikel 101.3 i fördraget.<sup>52</sup> När det gäller särskilt allvarliga begränsningar så anges det, precis som tidigare, att gruppundantaget särskilt inte bör omfatta vertikala avtal som innehåller vissa typer av allvarligt konkurrenshämmande begränsningar, såsom lägstapriser eller fasta återförsäljningspriser.<sup>53</sup>

På samma sätt som i gruppundantag 2790/1999 omnämns de särskilt allvarliga begränsningarna i artikel 4:

*Artikel 4. Undantaget i artikel 2 skall inte tillämpas på vertikala avtal som direkt eller indirekt, ensamt eller i kombination med andra faktorer som parterna kontrollerar, har följande syfte:*

- b) Begränsning av köparens möjligheter att bestämma försäljningspriset, utan att det påverkar leverantörens möjlighet att fastställa ett högsta försäljningspris eller rekommendera ett försäljningspris, under förutsättning att dessa inte som en följd av påtryckningar eller incitament från någon av parterna får karaktären av ett fast eller lägsta försäljningspris.*

Denna formulering är i princip identisk med den förra. Det är således entydigt att RPM i form av lägsta eller fasta återförsäljningspriser inte omfattas av det nya gruppundantaget.

### 3.2.2 Riktlinjer om vertikala begränsningar – en jämförelse

Även de nya riktlinjerna om vertikala begränsningar behåller samma struktur som dess föregångare och förklarar hur det nya gruppundantaget är tänkt att tillämpas samt ger detaljerade beskrivningar rörande hur kommissionen kommer att behandla och utvärdera enskilda fall av vertikala avtal som inte omfattas av gruppundantaget. I riktlinjernas inledning nämns det, till skillnad från innan, att vertikala restriktioner i regel är mindre skadliga än horisontella restriktioner och att de kan ge goda möjligheter till

---

<sup>50</sup> Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, artikel 10.

<sup>51</sup> A.a., punkt 2.

<sup>52</sup> A.a., punkt 8.

<sup>53</sup> A.a., punkt 10.

effektivitetsvinster.<sup>54</sup> Precis som i de föregående riktlinjerna betonas det fortfarande att marknadsintegrationen ökar konkurrensen inom gemenskapen samt att företag inte bör tillåtas att återskapa privata barriärer mellan medlemsstaterna där statliga barriärer har avskaffats med framgång.<sup>55</sup>

I riktlinjernas avsnitt om avtal av mindre betydelse och små och medelstora företag har man omformulerat den punkt som tidigare angav att vertikala avtal som ingås mellan företag vars marknadsandel på den relevanta marknaden inte överstiger 10 % anses i allmänhet falla utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1, med förbehåll för de villkor som anges i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse om särskilt allvarliga begränsningar. Nu gäller istället samma antagande med en marknadsandel som inte överstiger 15 %.<sup>56</sup> Vidare betonas det i samma avsnitt att i fråga om särskilt allvarliga begränsningar så kan man behöva bedöma dess positiva och negativa effekter på det sätt som beskrivs särskilt i punkt 47 i riktlinjerna.<sup>57</sup>

Punkt 47 har genomgått en tämligen stor omformulering. I de förra riktlinjernas motsvarande punkt 46 framgick det att kommissionen ansåg det vara föga troligt att det beviljas individuella undantag för vertikala avtal som innehåller särskilt allvarliga begränsningar.<sup>58</sup> Detta uttryck är numera borttaget. Istället framförs det att om särskilt allvarliga begränsningar införs i ett avtal så ger det upphov till en presumtion om att avtalet omfattas av artikel 101.1. Det ger också upphov till en presumtion om att avtalet sannolikt inte uppfyller villkoren i artikel 101.3 och att gruppundantagsförordningen därför inte är tillämplig. Företagen har emellertid möjligheten i ett enskilt ärende att yrka att det rör sig om effektivitetsvinster i enlighet med artikel 101.3. Om företagen kan visa att det är sannolikt att ett avtal med den allvarliga begränsningen kommer att leda till effektivitetsvinster och att villkoren i artikel 101.3 generellt sett är uppfyllda, kommer kommissionen att tvingas bedöma de sannolika negativa effekterna på konkurrensen innan den gör den slutliga bedömningen av om villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda.<sup>59</sup> Även om det som sägs i punkten kan, utifrån de slutsatser vi hittills har dragit, tyckas redan ha gällt så behöver det inte vara helt utan betydelse att kommissionen i de nya riktlinjerna väljer att tydliggöra detta faktum på ett bevisligen utförligt vis. Bara den omständigheten att man från kommissionens sida väljer att poängtera att även avtal innehållande särskilt allvarliga begränsningar kan bli undantagna förbudet med hjälp av artikel 101.3, är värd att uppmärksammas. Med detta sagt går det dock inte att utifrån

---

<sup>54</sup> Meddelande från Europeiska unionens institutioner, byråer och organ – Europeiska kommissionen – Riktlinjer om vertikala begränsningar (2010/C 130/01), punkt 6.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>58</sup> Se avsnitt 2.4.2

<sup>59</sup> Meddelande från Europeiska unionens institutioner, byråer och organ – Europeiska kommissionen – Riktlinjer om vertikala begränsningar (2010/C 130/01), punkt 47.

endast detta tydliggörande dra några slutsatser om huruvida kommissionens syn på allvarliga begränsningar i allmänhet har mildrats.

Ett intressant avsnitt i de nya riktlinjerna som överhuvudtaget inte fanns med i de tidigare riktlinjerna och som, vilket kan vara särskilt värt att nämna, inte heller fanns med i det första utkastet till nya riktlinjer som presenterades i juli 2009 är avsnitt 3.4 med titeln ”individuella fall av särskilt allvarliga begränsningar som kan falla utanför artikel 101.1 eller kan uppfylla rekvisiten i artikel 101.3”. Den inledande punkten i detta avsnitt har följande utformning:

*60. Särskilt allvarliga begränsningar kan undantagsvis vara objektivt nödvändiga för att avtal av en viss typ eller särskild sort överhuvudtaget skall komma till stånd och falla utanför artikel 101.1, exempelvis då det är nödvändigt att få till stånd ett allmänt förbud för försäljning av farliga substanser till vissa kunder av säkerhets- eller hälsoskäl. Dessutom har företag möjlighet att yrka om effektivitetsvinster i enlighet med artikel 101.3 i ett enskilt fall. Detta avsnitt behandlar några exempel rörande säljrestriktioner medan RPM behandlas i avsnitt 6.2.10.*

Redan här börjar kommissionen således, med relativt stor precision, visa på situationer då särskilt allvarliga begränsningar eventuellt kan komma att undgå förbudet i artikel 101.1. Detta är något som saknades i de förra riktlinjerna där man istället ägnade flertalet punkter åt att, i mer generella ordalag, diskutera de situationer då vertikala begränsningar i största allmänhet kan ha konkurrensfrämjande effekter. Dessa allmänna diskussioner finns för övrigt kvar även i de nya riktlinjerna.

I avsnitt 6 diskuteras kommissionens tillämpning i enskilda fall av vertikala begränsningar, ett avsnitt som på flertalet ställen har omformulerats. Exempelvis har två nya punkter införts i avsnittets inledning där det bland annat framförs att när det har visats att konkurrenshämmande effekter är sannolika så kan företagen yrka att det är fråga om effektivitetsvinster och förklara varför ett visst distributionssystem är nödvändigt för att föra över förväntade fördelar till konsumenterna utan att undanröja konkurrensen, innan kommissionen beslutar om avtalet uppfyller villkoren i artikel 101.3.<sup>60</sup> I den andra punkten framkommer det vidare att:

*97) Bedömningen av om ett vertikalt avtal har till resultat att konkurrensen begränsas kommer att göras genom den faktiska eller sannolika framtida situationen på den relevanta marknaden med de vertikala begränsningarna med den situation som skulle råda om avtalet inte innehöll de vertikala begränsningarna... För att vertikala avtal ska ha till resultat att konkurrensen begränsas måste de påverka den faktiska eller potentiella konkurrensen i en sådan omfattning att man på den relevanta marknaden med en rimlig grad av sannolikhet kan förvänta sig negativa effekter på priser, produktion, innovation, utbud av varor och tjänster samt varornas och tjänsternas kvalitet. De sannolika negativa effekterna på konkurrensen måste vara märkbara. Märkbara konkurrenshämmande effekter kan förväntas när minst en av parterna har eller erhåller en viss grad av marknadsmakt och avtalet bidrar till att skapa, upprätthålla eller förstärka denna marknadsmakt eller ger parterna möjlighet att utnyttja den. Marknadsmakt är förmågan att upprätthålla priser som ligger över den nivå som råder vid normala konkurrensförhållanden eller att under en inte*

---

<sup>60</sup> A.a., punkt 96.

*obetydlig tid låta produktionen i form av produktkvantitet, produktkvalitet och produktutbud samt innovationen ligga under den nivå som råder vid normala konkurrensförhållanden...*<sup>61</sup>

Beträffande avsnitt 6.1.1 och 6.1.2 om de negativa och positiva effekterna av vertikala begränsningar så är dessa till stor del formulerade på ett likartat sätt som i de tidigare riktlinjerna. När det gäller möjligheten att uppfylla rekvisiten i artikel 101.3 tydliggör de nya riktlinjerna, till skillnad från de förra, att vid bedömningen av om begränsningen är nödvändig enligt artikel 101.3 kommer kommissionen framför allt att granska om en enskild begränsning gör det möjligt att producera, köpa och/eller (återför)sälja avtalsprodukterna effektivare än vad som skulle varit fallet utan den berörda begränsningen. Vid bedömningen måste man ta hänsyn till marknadsvillkoren och den verklighet som parterna ställs inför. Vidare framgår det att företag som åberopar rätten till undantag enligt artikel 101.3 inte behöver överväga hypotetiska eller teoretiska alternativ. De måste emellertid förklara och visa varför alternativ som förefaller mer realistiska och betydligt mindre begränsande skulle vara betydligt mindre effektiva. Om ett alternativ som förefaller vara realistiskt ur kommersiell synvinkel och mindre begränsande leder till att avsevärda effektivitetsvinster går förlorade, kommer begränsningen ifråga anses nödvändig.<sup>62</sup> Kommissionen betonar härmed den bevisbörda som åläggs de företag som försöker yrka att det rör sig om effektivitetsvinster i enlighet med artikel 101.3, samtidigt som ett antal riktlinjer ges gällande vad som krävs för att uppnå rekvisiten i samma artikel. Dessa riktlinjer är dock så pass allmänt hållna att det är svårt att dra några konkreta slutsatser angående vad som i verkligheten krävs.

Den mest intressanta delen i de nya riktlinjerna är avsnitt 6.2.10 som specifikt behandlar frågan om RPM. De tidigare riktlinjerna hade endast ett kort avsnitt i vilket det belystes hur rekommenderade och högsta återförsäljningspriser i vissa situationer eventuellt kan ha positiva effekter på konkurrensen. Det intressanta med de nya riktlinjerna är att man nu även inkluderar fasta och lägsta återförsäljningspriser i detta avsnitt. I avsnittets första punkt poängteras det att om man inför prisbindning i ett avtal så ger det upphov till en presumtion om att avtalet begränsar konkurrensen och därför omfattas av artikel 101.1. Det ger också upphov till en presumtion om att avtalet sannolikt inte uppfyller villkoren i artikel 101.3 och att gruppundantaget därför inte är tillämpligt. Företagen har dock möjlighet att i ett enskilt ärende göra gällande att det rör sig om effektivitetsvinster i enlighet med artikel 101.3. Det åligger parterna att visa att det är sannolikt att det leder till effektivitetsvinster om prisbindning införs i deras avtal och att alla villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda. Det åligger därefter kommissionen att konkret bedöma de sannolika negativa effekterna för konkurrensen och konsumenterna innan den beslutar om huruvida villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> A.a., punkt 97.

<sup>62</sup> A.a., punkt 125.

<sup>63</sup> A.a., punkt 223.

I punkt 224 går man grundligt igenom på vilka sätt som RPM ("prisbindning") kan begränsa konkurrensen. På liknande sätt beskriver man därefter, i punkt 225, på vilka sätt RPM också kan leda till effektivitetsvinster. När det gäller de negativa effekterna så nämns sju olika möjliga sätt genom vilka RPM kan vara konkurrensbegränsande. Dessa är underlättande av samverkan mellan leverantörer samt mellan köpare, en uppmjukning av konkurrensen i allmänhet, prishöjning, minskad marginalpress för tillverkaren, uteslutande av konkurrenter vid användning av en tillverkare med en stark marknadsposition och slutligen en minskad dynamik och innovation i återförsäljarledet, se bilaga B. Värt att notera här är att det sjätte skälet angående uteslutande av konkurrenter inte fanns med i det första utkastet utan har tillkommit bland annat efter att synpunkter och åsikter från tredje parter har behandlats. När det gäller situationer då RPM kan leda till effektivitetsvinster ger kommissionen tre exempel i punkt 225. Dessa är introduktion av en ny produkt, en samordnad kortvarig lågpriskampanj i ett franchisingsystem eller annat liknande distributionssystem samt förebyggande av snålskjuts på återförsäljarnivån, se bilaga C. Det kan även här vara värt att nämna att i utkastet till de nya riktlinjerna så hade man även med det skäl att RPM ibland också kan vara användbart för att undvika att en stor återförsäljare använder ett visst varumärke som lockvara. Denna metod att sälja en lockvara under självkostnadspris ger konsumenterna fördelar på kort sikt men kan också, om andra detaljister slutar att sälja produkten, på längre sikt leda till minskad konkurrens mellan varumärken till nackdel för konsumenterna.<sup>64</sup> Varför man valde att ta bort detta skäl i de till slut antagna riktlinjerna är svårt att säga. Möjligen har några av de åsikter och synpunkter som diverse intressenter bidragit med påverkat kommissionens ställningstagande i frågan.

Vi kan således nu konstatera att kommissionen i de nya riktlinjerna detaljerat beskriver sju olika sätt på vilka prisbindning kan begränsa konkurrensen. Denna beskrivning bekräftar och stärker den av kommissionen uttalade presumtionen att fasta och lägsta återförsäljningspriser omfattas av artikel 101.1 och att ett avtal innehållande sådana villkor sannolikt inte uppfyller villkoren i artikel 101.3. Å andra sidan väljer kommissionen att även nämna ett antal situationer då RPM kan leda till effektivitetsvinster. Även om man betonar att parterna i varje enskilt fall måste visa att samtliga rekvisit i artikel 101.3 är uppfyllda, är det anmärkningsvärt att kommissionen har infört en så pass lång och tämligen detaljerad beskrivning över möjliga positiva effekter av RPM. Detta utgör en tydlig och bestämd skillnad jämfört med det tidigare gruppundantaget. Vilken betydelse denna skillnad kommer att ha i längden är dock svårt att sätta om. Klart är dock att kommissionen i och med de nya riktlinjerna tydligen har känt ett behov av att klargöra sin ställning i frågan.

### **3.2.3 Kommentarer gällande nytt gruppundantag och riktlinjer**

Som nämnt ovan mottog kommissionen mer än 150 bidragande dokument med synpunkter och kommentarer gällande förslaget till det nya gruppundantaget med

---

<sup>64</sup> Utkast till tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer om vertikala begränsningar, punkt 221.



tillhörande riktlinjer. Nedan kommer jag att nämna synpunkterna gällande RPM från två myndigheter, en fransk och en holländsk, vilka var de enda myndighetsbidragen på engelska, för att därefter ta upp några av de kommentarer och synpunkter som diverse organisationer har bidragit med.

Den franska konkurrensmyndigheten lägger märke till kommissionens förtydligande i riktlinjerna om att även särskilt allvarliga begränsningar kan undgå förbudet i artikel 101.1 genom att uppfylla rekvisiten i artikel 101.3. Detta är något som välkomnas eftersom det skickar ut en mycket positiv signal till marknaden, där många aktörer kan ha, utifrån den EU-praxis som har utvecklats kring de särskilt allvarliga begränsningarna under de senaste femtio åren, skapat sig en uppfattning om att det är väldigt osannolikt eller rentav omöjligt att i ett enskilt fall få ett undantag för RPM-avtal, och därav gjort RPM-avtal förbjudna i sig. De nya texterna bör avlägsna denna otydlighet i frågan.<sup>65</sup> Man anser också att presumtionen att de särskilt allvarliga begränsningarna, speciellt RPM, har som resultat att begränsa konkurrensen ligger i linje med de erfarenheter som den franska konkurrensmyndigheten har gällande RPM. Hade denna presumtion avskaffats så hade det gått emot den internationella enighet som råder när det gäller RPM:s positiva och negativa effekter på konkurrensen. Den livliga diskussion som har utvecklats i samband med Leegin-fallet i USA visar att denna enighet kan komma att omvärderas i framtiden, men den visar också att tiden ännu inte är inne för detta.<sup>66</sup> Avslutningsvis välkomnar den franska konkurrensmyndigheten den beskrivning som görs i riktlinjerna gällande möjliga positiva effekter av RPM då den erbjuder en detaljerad vägledning för hur de nationella myndigheterna bör förhålla sig till enskilda fall. Detta borde dock inte hindra de nationella myndigheterna från att även ta hänsyn till andra argument än de som framförs i riktlinjerna så länge dessa är relevanta i det enskilda fallet.<sup>67</sup>

Den holländska konkurrensmyndigheten meddelar att de under de senaste tolv åren har tagit emot väldigt många signaler och klagomål rörande RPM-avtal, särskilt från konsumenthålllet. I de flesta fall har myndigheten dock inte kunnat lägga fram tillräckliga bevis på skada för att påbörja ett inledningsförfarande. I samtliga fall fanns det bevis på stor konkurrens mellan varumärken och/eller otillräckliga bevis för att antyda att RPM används för att underlätta skapandet av en horisontell kartell eller att det hade liknande konsekvenser. Detta är därför fall som myndigheten inte prioriterar. Myndighetens erfarenhet visar att RPM av små tillverkare ofta används som ett marknadsföringsverktyg och kan på så sätt underlätta en bredare tillgänglighet av olika varumärken, vilket inte behöver leda till negativa konkurrens effekter och kan ge fördelar till konsumenterna. Myndigheten är av den åsikten att det finns lite empiriska bevis som visar att RPM alltid eller nästan alltid leder till en konkurrensbegränsning. Det finns konkurrensbegränsande exempel på RPM där negativa horisontella effekter är närvarande. Myndigheten anser

---

<sup>65</sup> Autorité de la concurrence, avsnitt 1.1.

<sup>66</sup> A.a., avsnitt 1.2.

<sup>67</sup> A.a., avsnitt 1.3.

emellertid att dessa exempel, från en ekonomisk synvinkel, är otillräckliga för att berättiga en ståndpunkt som antyder att alla fall av fastställande av priser i vertikala avtal skall betraktas som särskilt allvarliga begränsningar.<sup>68</sup>

När det gäller diverse organisationers åsikter är dessa delade. Överlag välkomnas dock det faktum att kommissionen nu har valt att inkludera en punkt till att definiera situationer då RPM kan leda till effektivitetsvinster och många ser detta som ett steg mot en mildare inställning från kommissionens sida när det gäller RPM. Alla ställer sig dock inte lika positivt till detta som andra.

Många bidrag välkomnar kommissionens nya sätt att se på RPM i form av tydliggörandet att särskilt allvarliga begränsningar kan leda till effektivitetsvinster som kan leda till ett undantag i enlighet med artikel 101.3. Dock påpekas det också att om kommissionen inte erbjuder mer konkreta riktlinjer för när artikel 101.3 kan komma att bli tillämplig så kommer de aktuella förslagen att avskräcka företag från att inkludera RPM-villkor i sina avtal då detta i praktiken skulle innebära en absolut rättslig osäkerhet.<sup>69</sup> Med tanke på den starka bevisbördan som företagen har då de ska visa att rekvisiten i artikel 101.3 är uppfyllda, kommer detta att innebära en enorm rättslig risk. Det är därför av största betydelse att konkreta och tydliga riktlinjer om när RPM troligtvis kommer att uppfylla rekvisiten i artikel 101.3 inkluderas i kommissionens riktlinjer.<sup>70</sup>

Det anses vidare att det är svårt att försona kommissionens mer ”öppna” syn på RPM med det faktum att det i gruppundantaget fortfarande betraktas som en särskilt allvarlig begränsning och den långa lista på RPM:s negativa effekter i punkt 224 i riktlinjerna.<sup>71</sup> Trots införandet av punkt 225 innebär presumtionerna i artikel 223 och företagens bevisbördan i fråga om effektivitetsvinster i praktiken att RPM fortfarande kommer att betraktas som förbjudet i sig. Det påpekas att kommissionen borde inta en mer ekonomisk inställning till RPM-avtal och studera dessa från fall till fall.<sup>72</sup> Man tycker också att det krävs mer från kommissionens sida för att tydliggöra att särskilt allvarliga begränsningar inte i sig är förbjudna.<sup>73</sup> Det anses vidare att en mer öppen inställning gentemot RPM ligger i linje med en mer genuint ekonomisk grundad inställning till europeisk konkurrensrätt i allmänhet och vertikala begränsningar i synnerhet.<sup>74</sup> Det finns också åsikter om att en ökad konvergens i frågan om RPM mellan EU och USA är uppskattad och att EU:s något mildare syn på sådana avtal därför är välkommen.<sup>75</sup>

---

<sup>68</sup> Netherlands Competition Authority, s. 1-2.

<sup>69</sup> Norton Rose LLP, advokatbyrå, avsnitt 4.1.

<sup>70</sup> A.a., avsnitt 4.2.

<sup>71</sup> European Association of Chemical Distributors, punkt 5.1-5.2.

<sup>72</sup> Asociación Española para la Defensa de la Competencia, punkt 58, 63, 68.

<sup>73</sup> Linklaters LLP, advokatbyrå, s. 2.

<sup>74</sup> Steptoe & Johnson LLP, advokatbyrå, s. 8.

<sup>75</sup> Freshfields Bruckhaus Deringer, advokatbyrå, punkt 10.1.

Många intressenter har synpunkter på punkt 225 i riktlinjerna. Det anses bland annat att det borde tydliggöras att de situationer som tas upp i punkt 225 i riktlinjerna inte är exempel på situationer då RPM alltid kommer att tillåtas. Som det ser ut nu är det dessutom mycket oklart under vilka specifika omständigheter som ett företag skulle kunna åberopa effektivitetsvinster.<sup>76</sup> För att öka rättssäkerheten välkomnas mer detaljerade resonemang rörande möjliga effektivitetsvinster med RPM samt hur dessa i praktiken kan åstadkommas.<sup>77</sup> Någon anser exempelvis att de tre exempel som ges i punkt 225 är något begränsade och att en kortvarig period med fasta priser som initieras av tillverkaren inte borde begränsas till franchisingsystem vilket riktlinjerna i nuläget antyder.<sup>78</sup> En intressent påpekade specifikt att man, tillsammans med många företag, välkomnade det faktum att riktlinjerna förklarar att RPM kan komma att tillåtas för att undvika att stora återförsäljare använder ett visst varumärke som lockvara.<sup>79</sup> Detta var dock, som vi redan har sett, det skäl som kommissionen tog bort i den slutliga versionen av riktlinjerna. Det finns också kommentarer om att det faktum att RPM kan vara användbart för att fastställa en fast eller minsta prisnivå och därmed hindra storskaledetaljister och internetförsäljare att sälja varan till ett rabatterat pris för att på så sätt upprätthålla en högkvalitetsimage av ett varumärke, borde nämnas som exempel i punkt 225.<sup>80</sup> Speciellt när det gäller lyxvaror borde kommissionen också erkänna det faktum att höga priser kan vara nödvändiga för att upprätthålla en viss varumärkesstatus för en viss produkt.<sup>81</sup> I anknytning till punkt 225 ställer man sig också frågande till formuleringen i punkt 225 om att RPM *ibland* kan leda till effektivitetsvinster och undrar om kommissionen med detta menar att det är troligt att effektivitetsvinster kommer att inträffa mer sällan än konkurrensbegränsningar.<sup>82</sup> Det kan även här noteras att denna formulering togs bort från den slutliga versionen av riktlinjerna.

Det finns de som anser att riktlinjerna borde ändras så att de tre exempel som anges i punkt 225 ska presumeras inte strida mot artikel 101.1.<sup>83</sup> Det föreslås till och med att dessa specifika situationer ska tas med som undantag i artikel 4 a) i gruppundantaget så att de därmed täcks av förordningen.<sup>84</sup> Det anses också av en del intressenter att RPM i gruppundantaget åtminstone borde flyttas från artikel 4 till artikel 5 så att avtalet, i de situationer då RPM-villkoret anses strida mot artikel 101.1 och inte uppfyller rekvisiten i artikel 101.3, i övrigt kan fortsätta att gälla.<sup>85</sup> Om goda argument för RPM skulle

---

<sup>76</sup> European Competition Lawyers Forum, punkt 39, 42

<sup>77</sup> European Association of Chemical Distributors, punkt 5.1-5.2.

<sup>78</sup> Addleshaw Goddard, advokatbyrå, s. 3.

<sup>79</sup> Lawin, advokatbyrå, p. 9.1.

<sup>80</sup> Ligue Internationale du Droit de la Concurrence, punkt 21 och Cuatrecasas, advokatbyrå, s. 3.

<sup>81</sup> Simmons & Simmons, advokatbyrå, s. 7.

<sup>82</sup> Linklaters LLP, advokatbyrå, s. 15.

<sup>83</sup> Brand Equity Alliance, punkt 22 och American Chamber of Commerce to the European Union, s. 6.

<sup>84</sup> BusinessEurope, industri- och arbetsgivarförening, s. 3 och Danish Chamber of Commerce, s. 2.

<sup>85</sup> Field Fisher Waterhouse, advokatbyrå, punkt 3.5.

föreligga så skulle företagen vara mer benägna att använda sig av RPM om det inte klassades som en särskilt allvarlig begränsning.<sup>86</sup> Det framläggs också förhoppningar om att kommissionen, nationella myndigheter och domstolar inte kommer att kräva enorma mängder bevis innan de är villiga att acceptera att presumptionen att RPM är förbjudet har motbevisats. Det verkar inte troligt att nationella domare kommer att acceptera komplicerade ekonomiska rättfärdiganden för en restriktion som klassas som en särskilt allvarlig begränsning. Det hade därför varit bättre om de nämnda situationerna i punkt 225 nämns som undantag i själva gruppundantaget.<sup>87</sup>

Det finns flera intressenter som är av åsikten att en tillåtelse för företag med små marknadsandelar att använda sig av RPM inte skulle innebära några större konkurrensrättsliga risker.<sup>88</sup> Ett förslag är att kommissionens tillkännagivande om de minimis-avtal även borde gälla för RPM-avtal.<sup>89</sup> Ett annat förslag är att införa regler om att de minimis-regeln skall gälla för RPM-avtal i allmänhet men att företag med en marknadsandel över 15 % har bevisbördan för att visa att deras RPM-användande har positiva effekter på konkurrensen samt att det är osannolikt att företag med en marknadsandel på mer än 30 % kan visa att deras RPM-avtal sammantaget har positiva effekter.<sup>90</sup> Ytterligare ett förslag är att det skulle öka den rättsliga säkerheten om kommissionen introducerade ett absolut tröskelvärde för tillverkarens marknadsandel, ex. 10 %, under vilket det antas att det är högst osannolikt att RPM har några märkbara negativa effekter på konkurrensen och att dessa därför kan dra nytta av gruppundantaget.<sup>91</sup>

En intressant kommentar gäller kommissionens ställningstagande i riktlinjernas punkt 47 och 223 där det påpekas att särskilt allvarliga begränsningar presumeras vara förbjudna enligt artikel 101.1 och att de dessutom presumeras att inte kunna uppfylla rekvisiten i artikel 101.3. En intressent anser att dessa båda ståndpunkter är felaktiga då inget avtal, enligt europeisk lagstiftning, kan presumeras falla under förbudet i artikel 101.1. Man hänvisar till Rådets förordning nr 1/2003 som i artikel 2 tydligt förklarar att bevisbördan för att en överträdelse har skett i enlighet med artikel 101.1 ligger på den part som påstår att så har skett och att det företag som hävdar att artikel 101.3 är tillämplig har bevisbörda för detta påstående.<sup>92</sup> Intressenten menar att förordningens ordalydelse innebär att inga avtal kan presumeras falla under artikel 101.1 utan klara bevis för detta måste alltid visas. Man hänvisar också till det rättsfall som i denna uppsats hänvisas till vid not 35 och att förstainstansrätten där tydliggjort att det i princip inte finns några konkurrensbegränsande

---

<sup>86</sup> O'Melveny & Myers LLP, advokatbyrå, punkt 3.11-3.12 och White & Case LLP, advokatbyrå, s. 7

<sup>87</sup> International Chamber of Commerce, s. 4.

<sup>88</sup> European Advisory Group on Competition Policy, s. 3-4.

<sup>89</sup> International Chamber of Commerce, s. 4.

<sup>90</sup> European Advisory Group on Competition Policy, s. 3-4.

<sup>91</sup> Norton Rose LLP, advokatbyrå, avsnitt 4.4.

<sup>92</sup> Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, artikel 2.

handlingar som inte kan undantas förutsatt att samtliga rekvisit i artikel 101.3 är uppfyllda. Presumtionen att vissa begränsningar inte kan uppfylla rekvisiten i artikel 101.3 är därmed oförenlig med rättspraxis.<sup>93</sup>

Alla är dock inte positiva till den förändring som har skett. Det finns sådana intressenter som är väldigt oroad över kommissionens införande av principen att presumtionen om att särskilt allvarliga begränsningar är förbjudna kan omkullkastas. De anser att det speciellt i en tid då ekonomisk lågkonjunktur råder är desto viktigare att inte en bestämd ställning gentemot konkurrensbegränsande handlingar.<sup>94</sup> Man är visserligen glada att Leegin-beslutet i USA inte har haft någon inverkan på kommissionens ståndpunkt att RPM är konkurrensbegränsande. Samtidigt är man förvånade och missnöjda med det faktum att kommissionen försvagar sin position i frågan genom att visa på exempel då RPM kan komma att tillåtas. Exemplet med nya produkter ser man som en möjlighet och incitament för företag att prisdiskriminera de europeiska konsumenterna genom att ständigt lansera ”nya” produkter i olika länder.<sup>95</sup> Det finns åsikter om att detaljister alltid ska kunna bestämma sina egna priser utan ingripande från sina leverantörer. Man ser det som svårt att föreställa sig situationer då RPM ligger i konsumenternas intresse.<sup>96</sup> Andra anser att RPM i form av fasta eller lägsta återförsäljningspriser även i fortsättningen måste betraktas som särskilt allvarliga begränsningar, bland annat då sådana alltid kommer att leda till prisökningar.<sup>97</sup> Det finns slutligen de som anser att RPM är den mest konkurrensmässigt farliga vertikala begränsningen inom varumärken. Den påverkar försäljningspriset direkt, underlättar prissamverkan och hindrar mer effektiva och innovativa distributörer från att överföra fördelarna från dess överlägsna distributionssystem till konsumenterna i form av lägre priser. Även om det finns situationer då RPM ibland kan leda till effektivitetsvinster så går dessa ofta att åstadkomma med andra medel. Man anser att kommissionen därför borde tydliggöra i riktlinjerna att presumtionen om att RPM-avtal strider mot artikel 101.1 är stark och att den kommer att ställa sig skeptisk till varje försök att rättfärdiga ett sådant avtal. Detta skulle på ett bättre sätt återspegla kommissionens nuvarande ståndpunkt och bättre skydda konsumenterna.<sup>98</sup>

### 3.3 Rättsutvecklingen i USA

Även om det amerikanska rättssystemet i allmänhet till stor del skiljer sig från det europeiska faller det sig ofta naturligt att titta på båda dessa system samt den rättstillämpning som i dessa görs när man diskuterar diverse rättstekniska problem. Inte

---

<sup>93</sup> Jones Day, advokatbyrå, s. 4-7.

<sup>94</sup> Consumer Focus, konsumentorganisation, s. 8.

<sup>95</sup> A.a., s. 14.

<sup>96</sup> Royal Ahold, nederländsk dagligvaruhandelskedja, s. 4.

<sup>97</sup> EuroCommerce, återförsäljarorganisation, s. 10-11.

<sup>98</sup> The American Antitrust Institute, s. 21-22.

minst gäller detta frågan kring RPM och hur denna bör hanteras, en fråga som under väldigt lång tid där har diskuterats och debatterats. Det är även en högst aktuell fråga i och med det numera välkända Leegin-fallet från 2007 som ledde till att rättsläget i USA för RPM avsevärt förändrades.

### 3.3.1 Per se och rule of reason

Den huvudsakliga amerikanska konkurrensbegränsningslagen är ”Sherman Act” från 1890 där Section 1 bland annat talar om att ”varje avtal, sammanslutning i form av trust eller på annat sätt eller samverkan, som inskränker eller hämmar handeln eller det fria varuutbytet mellan delstaterna eller andra länder skall förklaras vara ogiltiga”. Inga undantag till detta stadgande anges. Denna ordalydelse skulle i praktiken kunna tolkas som att alla former av begränsningar i avtal är förbjudna.<sup>99</sup> Domstolarna utvecklade dock snabbt en rimlighetsdoktrin som innebar att endast begränsningarna som på ett orimligt vis begränsar konkurrensen skall vara förbjudna. I princip delas avtal in i en av två huvudkategorier, ”per se” och ”rule of reason”. Båda dessa kategorier har utvecklats genom praxis.<sup>100</sup>

Rule of reason-doktrinen kom till tidigt i början på 1900-talet och har därefter fungerat som en accepterad standard för att avgöra huruvida en viss restriktion begränsar konkurrensen enligt Section 1 i Sherman Act. Den fungerar som en slags skälighetsregel som säger att man ska väga in alla omständigheter kring ett specifikt fall för att bedöma om en restriktion skall förbjudas. Detta innebär att under rule of reason så skall både de negativa och positiva effekterna som restriktionen medför på konkurrensen vägas in och bedömas. Endast då de konkurrensbegränsande effekterna är större än de konkurrensfrämjande effekterna kan en restriktion förklaras förbjuden. Bevisbördan under rule of reason ligger i första hand på den påstående parten som måste visa att en viss restriktion skadar konkurrensen på den relevanta marknaden. Därefter måste svaranden bevisa att restriktionen är berättigad genom att påvisa att det föreligger konkurrensfrämjande effekter som kompenserar för den skada som påvisats. Slutligen har kändanden möjlighet att bemöta svarandens argument och visa att samma konkurrensfrämjande effekter hade kunnat uppnås med mindre begränsande medel.<sup>101</sup>

Efterhand som allt fler konkurrensrättsliga fall behandlades av de amerikanska domstolarna utvecklades en så kallad per se-regel. Detta skedde efter att man började inse att det fanns restriktioner som alltid eller nästan alltid tenderar att begränsa konkurrensen. Domstolarna framhöll därför att vissa beteenden alltid är så skadliga för konkurrensen att dessa måste bedömas som orimliga oavsett vilka rättfärdiganden som presenteras i ett enskilt fall. Dessa skall alltså anses förbjudna i sig. Genom att behandla vissa restriktioner som förbjudna i sig, elimineras behovet att undersöka rimligheten av en

---

<sup>99</sup> Jones A. - Sufrin B. (2004), s. 182-183.

<sup>100</sup> Švirinas D. (2009), s. 152-153.

<sup>101</sup> A.a., s. 153.

enskild restriktion. För att en restriktion skall klassas som förbjuden i sig så måste den ha uppenbara konkurrensbegränsande effekter och sakna möjlighet till gottgörelse för dessa. Ett angreppssätt utifrån per se-regeln presumerar således vissa restriktioner som olagliga och den tillåter inte något försvar i frågan. Här räcker det därför för den påstående parten att visa att en sådan restriktion har nyttjats som enligt praxis har klassats som förbjuden i sig.<sup>102</sup> Per se-regelns enkelhet, de sparade processkostnaderna, den rättssäkerhet som den erbjuder och den avskräckande effekt den har gällande restriktioner som övervägande har visat sig vara konkurrensbegränsande har gjort den till ett populärt verktyg bland amerikanska domare. Då man genom den kan undvika breda, komplicerade och ofta resultatlösa, ekonomiska undersökningar som rule of reason-doktrinen kräver, har domstolarna ofta försökt utvidga per se-regeln till att gälla fler typer av restriktioner, ett överanvändande som dock har lett till att regeln på många håll fått ett dåligt rykte.<sup>103</sup>

### 3.3.2 Vertikala begränsningar

Vertikala begränsningar kan historiskt sett inom amerikansk rätt genom praxis anses visa en sakta men säker gradvis övergång från att alla typer av vertikala begränsningar har klassats som förbjudna per se till en situation där de flesta behandlas under rule of reason-doktrinen.<sup>104</sup> När det gäller RPM så har det i amerikansk rätt betraktats som per se förbjudet ända sedan 1911 då Supreme Court dömde i fallet *Dr Miles Medical Co v. John D Park & Sons Co*. Dr. Miles, en läkemedelstillverkare, hade bestämt de lägsta priser till vilka både återförsäljare och detaljister borde sälja sina produkter. Svaranden i fallet vägrade att ingå ett sådant avtal med Dr. Miles och köpte istället produkterna från diverse handlare och sålde de till rabatterade priser, vilket medförde att Dr. Miles startade en process gentemot svaranden för att denne störde och förorsakade kontraktsbrott. Då Supreme Court bedömde fallet förkastades bland annat idén att en tillverkare borde tillåtas begränsa handlarnas frihet för de produkter som fanns i deras ägo. Även om det inte ordagrant framgick av domstolens argument i målet så betraktas detta rättsfall som det mål i vilket det klargjordes att RPM-avtal i form av lägsta återförsäljningspriser är i sig förbjudna.<sup>105</sup> Genom målet *United States v. Arnold Schwinn & Co* 1967 utvidgades per se-regeln till att gälla även icke-prisrelaterade vertikala begränsningar och året därefter i *Albrecht v. Herald Co* till att även omfatta RPM i form av högsta återförsäljningspriser.<sup>106</sup> Under den resterande delen av 1900-talet började dock Supreme Court överge per se-regeln till förmån för rule of reason-doktrinen.<sup>107</sup>

Ett genombrott kom år 1977 i målet *Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc*. Sylvania tillverkade TV-apparater och distribuerade dessa genom ett franchisingsystem. Antalet

---

<sup>102</sup> A.a., s. 154.

<sup>103</sup> Jones A. (2008), s. 915

<sup>104</sup> Švirinas D. (2009), s. 154.

<sup>105</sup> Jones A. (2008), s. 909-910.

<sup>106</sup> Jones A. - Sufirin B. (2004), s. 614.

<sup>107</sup> Švirinas D. (2009), s. 154.

franchisetagare begränsades för varje område och man begärde att franchisetagaren endast skulle sälja produkterna från den i avtalet angivna platsen. När Sylvania 1965 erbjöd en franchisetagare ett försäljningsställe i San Fransisco, endast några kilometer från franchisetagaren Continentals försäljningsställe, protesterade Continental som menade att detta stred mot Sylvanias policy. Efter flertalet dispyter sades franchiseavtalet med Continental upp och dessa påbörjade då en domstolsprocess i vilken man påstod att Sylvania hade brutit mot Section 1 i Sherman Act genom att förbjuda franchisetagarna att sälja Sylvanias produkter från andra platser än de som föreskrevs i avtalet.<sup>108</sup> I målet diskuterade domstolen om slutsatsen från Schwinn-fallet kunde rättfärdigas. En stor del av målet ägnades åt resonemang om de positiva och negativa konkurrens effekter som vertikala begränsningar kan ha. Slutsatsen som Supreme Court drog var, delvis baserat på åsikter från den ekonomiska och juridiska doktrinen om att vertikala begränsningar kan ha många konkurrensfrämjande effekter, att det inte fanns tillräckliga bevis för att påstå att vertikala begränsningar alltid eller nästan alltid har en skadlig effekt på konkurrensen eller att de saknar en rättfärdigande förmåga.<sup>109</sup> Målet ledde därmed till att man i fråga om icke-prisrelaterade vertikala begränsningar återgick till rule of reason-doktrinen.

Tjugo år senare i målet *State Oil Co v. Khan* inträffade nästa genombrott då samma sak skedde för RPM i form av högsta återförsäljningspriser. Även här diskuterades frågan om huruvida slutsatsen i Albrecht-målet var korrekt. Domstolen ansåg det som svårt att upprätthålla principen om att restriktioner i form av högsta återförsäljningspriser kan skada konsumenterna eller konkurrensen till en sådan grad att det skulle rättfärdiga ett per se-förbud och att sådana istället bör bedömas i enlighet med rule of reason-doktrinen.<sup>110</sup>

### 3.3.3 Leegin

Efter Sylvania och Khan-fallen var det endast vertikala begränsningar i form av lägsta återförsäljningspriser som ansågs vara förbjuda i sig genom per se-regeln. Detta höll i sig ända fram till år 2007 då Supreme Court tog sig an det så kallade Leegin-målet. Fallet handlar om Leegin Creative Leather Products Inc., ett företag som designar, tillverkar och distribuerar diverse lädervaror och tillbehör. Dessa säljs under varumärket "Brighton" på mer än 5 000 platser runt om i USA, för det mesta i små oberoende butiker och specialaffärer. Leegin är av åsikten att när det gäller deras produkter så behandlar små detaljister kunderna bättre, erbjuder mer service och gör köppplevelsen mer tillfredsställande jämfört med stora, ofta opersonliga detaljhandlare. Den andra parten i målet, PSKS Inc., driver företaget Kay's Kloset, en klädesaffär för kvinnor som bland annat sålde produkter från varumärket Brighton. År 1997 upprättade Leegin en policy innebärande att man vägrade sälja till detaljister som sålde dess produkter till lägre priser än de föreslagna. Man gjorde detta då man ville garantera detaljisterna en tillräcklig marginal på försäljningen så att dessa kunde fortsätta erbjuda den höga service som var så

---

<sup>108</sup> *Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977), s. 2551-2552.

<sup>109</sup> A.a., s. 2561-2562.

<sup>110</sup> *State Oil Company v. Barkat U. Khan and Khan & Associates Inc.*, 522 U.S. 3 (1997), s. 282-285.



central i Leegin's distributionsstrategi. Rabatterning ansågs också skada varumärkets image och rykte. När Leegin år 2002 upptäckte att Kay's Kloset sålde produkterna till rabatterade priser avbröt Leegin försäljningen till dem då de vägrade att upphöra med rabatteringen. PSKS stämde Leegin och påstod att Leegin hade brutit mot konkurrensreglerna genom att ingå avtal med detaljister att dessa endast ska sälja till de av Leegin fast bestämda priserna. Både District Court och Court of Appeals vägrade att ta hänsyn till Leegin's försök till rättfärdiganden och hänvisade till Dr. Miles och den per se-regel som där hade fattats, vilket ledde till att fallet hamnade i Supreme Court.<sup>111</sup>

Precis som i *Sylvania* och *Khan*-målen gick Supreme Court grundligt igenom tidigare fall rörande frågan om en viss restriktion ska hanteras under rule of reason eller per se. Särskilt diskuterades Dr. Miles och man kom fram till slutsatsen att de skäl som utfallet i det målet grundade sig på inte rättfärdigar en per se-regel. Det ansågs därför nödvändigt att undersöka de ekonomiska effekter som begränsningar i form av lägsta återförsäljningspriser har och därefter avgöra om en per se-regel vore lämplig eller inte. I denna undersökning nämndes det bland annat att den ekonomiska litteraturen är fylld med konkurrensfrämjande rättfärdiganden för en tillverkarens användning av RPM samt att merparten av denna litteratur antyder att det är mer sannolikt att RPM används för att öka effektiviteten än till konkurrensbegränsningar. Det ansågs också att de få studier som har gjorts visar på resultat som gör att en per se-regel verkar högst tvivelaktig. Exempel på positiva effekter som Supreme Court lade fram var att RPM kan öka konkurrensen mellan varumärken, vilket ses som huvudmålet med konkurrenslagarna, och att RPM kan skapa incitament för detaljister att erbjuda tillräcklig service vilket ligger i tillverkarens intresse. RPM kan också underlätta marknadsinträdet för en ny produkt genom att förmå återförsäljare och detaljister att göra nödvändiga investeringar för att sälja produkten. Genom RPM kan även det välkända snålskjutsproblemet minskas eller elimineras.<sup>112</sup>

Det noteras dock att lägsta återförsäljningspriser kan ha konkurrensbegränsande effekter, såsom vid försök att dra in monopolvinster eller att skapandet av karteller underlättas. Ändå ansågs det att det inte går att påstå med tillräcklig säkerhet att RPM alltid eller nästan alltid har konkurrensbegränsande effekter. Det är snarare omständigheterna i det enskilda fallet som avgör huruvida de positiva eller negativa effekterna överväger. Några av de argument som svaranden i målet hade för att en per se-regel skulle gälla togs även upp. Bland annat ansåg svarande att en per se-regel var lämplig på grund av den administrativa bekvämlighet som regeln medför. Supreme Court anförde att en per se-regel förvisso kan minska de administrativa kostnaderna men att de samtidigt kan öka det konkurrensrättsliga systemets totala kostnader genom att förbjuda konkurrensfrämjande beteenden som borde uppmuntras. Svaranden ansåg också att en per se-regeln är lämplig då studier visar att RPM nästan alltid leder till högre priser. Här ansåg Supreme Court att det är fel att endast titta på priset effekter för att avgöra om en viss handling är

---

<sup>111</sup> *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc.*, 551 U.S. 877 (2007), s. 8-9.

<sup>112</sup> A.a., s. 10-12.

konkurrensbegränsande. Studierna säger ingenting om de totala välfärdseffekterna som RPM kan resultera i. Man påpekar också att många av de beslut som en tillverkare dagligen tar genom avtal med andra kan leda till högre priser. En tillverkare kan till exempel ingå avtal med en ny leverantör som ökar produktens kvalitet eller anlita en reklambyrå för att marknadsföra produkten. Ingen skulle dock påstå att dessa handlingar strider mot konkurrensreglerna bara för att de medför högre priser. Supreme Court avslutar med att säga att beslutet i Dr. Miles avslås och att vertikala prisbegränsningar numera skall bedömas enligt rule of reason. Beslutet togs med en knapp 5-4 majoritet.<sup>113</sup>

### 3.4 Doktrin

RPM har länge varit ett väl omnämnt och diskuterat ämne inom den ekonomiska och juridiska doktrinen. Diskussionen tog, inte helt överraskande, ordentlig fart efter att Leegin-fallet i USA avgjordes då ett nästan 100-årigt prejudikat överröstades med knapp majoritet. Det faktum att EU:s gruppundantag för vertikala avtal går ut i år och ersätts med ett nytt har också varit en bidragande faktor. Nedan presenteras några av de kommentarer och åsikter som har kommit fram i denna diskussion.

#### 3.4.1 Fördelar och nackdelar med RPM

De flesta är medvetna om och överens om att RPM, även i form av fasta eller lägsta återförsäljningspriser, kan ha både positiva och negativa effekter på konkurrensen. När det gäller de positiva effekterna med RPM så är snålskjutsproblemet i fråga om service ett av de mest frekvent återopade argumenten. Problemet bygger på att detaljister som inte investerar i eller erbjuder olika typer av tjänster i samband med ett köp åker snålskjuts på de detaljister som lägger ner pengar på dessa. Konsumenter kommer att utnyttja den service som vissa affärer erbjuder, såsom personlig assistans av butikspersonalen, för att sedan inhandla produkten i en annan affär där priset på produkten är lägre. Detta minskar incitamenten att erbjuda denna typ av service då det inte är lönsamt, vilket i sin tur får negativa konsekvenser för konsumenterna som blir utan service. Tanken är att RPM kan lösa problemet genom att detaljisterna hindras från att konkurrera i fråga om produktens pris och vinner kunder genom att erbjuda bättre service än sina konkurrenter.<sup>114</sup>

Ännu ett populärt och återkommande argument för RPM är att det kan underlätta marknadsinträden. En tillverkare som går in på en okänd marknad kan ha svårt att övertala handlare att saluföra en ny produkt. Detaljisterna kan anse att de har lite att tjäna på att ta in en oprövad produkt utan att kunna ta ut ett ”premiumpris”. Med RPM kan tillverkare, särskilt sådana som har en svag marknadsställning, skapa tillräckliga incitament för detaljisterna att vilja inkludera produkten i sina sortiment.<sup>115</sup> Ett annat argument bygger på idén att RPM kan underlätta för tillverkaren att framställa sina

---

<sup>113</sup> A.a., s. 13-20.

<sup>114</sup> Elzinga K. G. - Mills D. E. (2009), s. 2-3.

<sup>115</sup> Gippini-Fournier E. (2009), s. 14.

produkter som bättre och/eller av högre kvalitet. Genom att hålla upp priset kan produkten ifråga behålla sin status som lyxvara eller stärka ett varumärkes image. Utan RPM kan stormarknader och lågprisaffärer sälja produkten till lägre priser vilket kan leda till att mer exklusiva butiker inte längre vill behålla produkten i sitt sortiment.<sup>116</sup>

Ett fjärde vanligt skäl för RPM är att det kan vara en metod att hantera en osäker efterfrågan. Om efterfrågan för en produkt visar sig vara oväntat låg efter att flera detaljister har köpt in stora mängder av produkten så kan priset snabbt sjunka när dessa snabbt försöker göra sig av med produkterna, vilket ofta leder till stora förluster. Ju högre risken är att efterfrågan kan bli lägre än förväntat, desto mindre benägna kommer detaljister vara att lagerföra produkten eller åtminstone tillräckligt mycket om efterfrågan skulle visa sig bli hög. Detta problem är speciellt aktuellt för nya, oprövade produkter. Eftersom RPM försäkras detaljisten att priset inte kommer att sjunka i dåliga tider, kan incitamenten för att ta med produkten i sitt sortiment ökas.<sup>117</sup>

Den mest uppenbara negativa konsekvens som RPM har är att det leder till ökade priser för konsumenterna. Detta är en direkt följd av att priskonkurrensen inom varumärken helt och hållet elimineras. Det hindrar detaljister från att erbjuda kunder bättre priser, göra sig av med lageröverskott, bemöta konkurrerande varumärkens erbjudanden eller att övertyga tvekande kunder med rabatter av olika slag. Missuppfattningen att en produkt med ett för högt pris automatiskt kommer att tappa kunder och slås ut från marknaden håller inte då det anses att marknaden för många produkter, särskilt varumärkesprodukter, i dagsläget inte uppvisar tecken på en perfekt konkurrens utan har en mer monopolistisk struktur. Ju mer differentierade produkter är desto mer skada leder RPM och prisökningen till.<sup>118</sup>

Ett annat, lika ofta förekommande, argument mot RPM är dess potential att underlätta bildandet av karteller bland både tillverkare och återförsäljare. För återförsäljarna så kan RPM fungera både som en täckmantel och som ett hjälpmedel för att upprätthålla kartellen. Genom att RPM förefaller komma till stånd på tillverkarens initiativ kan det dra bort misstankarna om att en återförsäljarkartell ligger för handen. Vetskapen om att tillverkaren straffar dem som inte rättar sig efter det bestämda priset skapar också en tillit till systemet bland de inblandande återförsäljarna. Detsamma gäller för karteller mellan tillverkare. Då det är lättare att observera varandras slutpriser till kund än grossistpriser och liknande, blir en kartell tack vare RPM lättare att kontrollera och upprätthålla.<sup>119</sup>

Ännu ett tämligen uppenbart exempel på en negativ konsekvens med RPM är att det hindrar kunderna från att dra fördel av de lägre priser till vilka mer effektiva återförsäljare annars hade kunnat erbjuda produkterna. Effektiviteten tar skada också på grund av att återförsäljare med högre kostnadsstrukturer kan fortsätta bedriva sin rörelse trots att de

---

<sup>116</sup> Grimes W. S. (2009), s. 4.

<sup>117</sup> OECD (2008), s. 28.

<sup>118</sup> Gippini-Fournier E. (2009), s. 2-3.

<sup>119</sup> Elzinga K. G. - Mills D. E. (2009), s. 5-6.

med stor sannolikhet hade slagits ut från marknaden under mer konkurrensmässiga förhållanden. Man är orolig för att RPM minskar incitamenten för återförsäljare och detaljister att förbättra sina distributions- och försäljningsstrukturer.<sup>120</sup>

### 3.4.2 Leegin-fallet och dess konsekvenser

Även om de flesta är överens om att RPM kan ha både positiva och negativa effekter på konkurrensen är enigheten inte lika stor när det gäller frågan om hur ofta det ena eller det andra är troligt att inträffa. Att RPM kan ha både positiva och negativa effekter på konkurrensen är dessutom en sak medan frågan om hur rätten och domstolarna bör förhålla sig till RPM en annan. Diskussionerna efter Leegin-fallet och åsikterna kring utfallet där har varit många och debatten kommer troligtvis att hålla i sig ett tag framöver.

Bland annat ifrågasätts det om det är korrekt att resonera såsom Supreme Court gjorde i Leegin-målet, nämligen att utgå ifrån att rule of reason-doktrinen skall gälla i de fall då det inte kan visas att en viss begränsning alltid eller nästan alltid är kurrensbegränsande. Å ena sidan håller man med om att det finns goda anledningar till varför RPM inte borde klassas som per se förbjudet. Förutom de aspekter som redan nämnts så menar man till exempel att en per se-regel medför att företagen söker andra, mindre effektiva sätt för att uppnå samma resultat som med RPM. Att tilldela återförsäljare exklusiva områden leder exempelvis till att all form av konkurrens inom varumärken försvinner inom ett specifikt område medan RPM endast eliminerar priskonkurrensen. Samma argument kan föras gällande vertikal integration. Båda dessa alternativa metoder hanteras dessutom under rule of reason. Det kan helt enkelt anses att de teoretiska och empiriska bevisen är för få för att kunna rättfärdiga en per se-regel. Å andra sidan kan det tyckas att kraven på noggrannhet, förutsebarhet, transparens, tillämpbarhet, konsekvens och applicerbarhet som vanligtvis ställs på rättsregler i andra sammanhang kommer att vara väldigt svåra att nå upp till i samband med att RPM bedöms utifrån rule of reason. Inte minst nämns också de sannolika höga administrativa kostnaderna som ett argument mot att rule of reason är lämplig för RPM.<sup>121</sup> Det pekars också på att medan de konkurrensbegränsande effekterna såsom prishöjningar är garanterade att inträffa så är de konkurrensfrämjande effekterna mer teoretiska och osäkra.<sup>122</sup> Flera ställer sig kritiska och bland annat anses det att osäkerheterna med det aktuella rättsläget kring RPM i USA är för stora. Exempelvis kan bristen på transparens leda till en ökad utveckling av konkurrensbegränsande handlingar. Ännu en möjlig konsekvens är att antalet processer beträffande RPM-frågor kommer att öka, vilket i sin tur kan komma att orsaka ökade produktpriser, till skada för konsumenterna.<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> OECD (2008), s. 35

<sup>121</sup> A.a., s. 36-41.

<sup>122</sup> Moraia L. B. (2010), s. 14.

<sup>123</sup> A.a., s. 6.

Det påpekas också efter utfallet i Leegin-målet att den kritiska fråga som domstolarna nu i USA måste ta itu med är hur en rule of reason-analys i samband med RPM skall genomföras. Domen i Leegin-fallet innebär naturligtvis inte att det numera är berättigat att införa RPM-villkor i sina distributionsavtal i alla situationer.<sup>124</sup> En befogad oro är att en analys under rule of reason är komplicerad och gör det extremt svårt för en påstående part att fullfölja sin bevisbörd och visa att RPM-villkoren har haft, eller kommer troligt att ha, betydande konkurrensbegränsande effekter. Detta gäller speciellt underinstanserna som kommer att ha svårt att identifiera situationer då fördelarna med RPM i det enskilda fallet överväger. Det finns en hög felrisk när domstolarna skall använda sig av komplicerade ekonomiska kriterier och en risk att arbetet med att försöka definiera en relevant marknad kommer att leda till långa, utdragna domstolsprocesser.<sup>125</sup>

### 3.4.3 EU:s ståndpunkt

När det gäller frågan hur EU borde förhålla sig till RPM är åsikterna också inte helt oväntat delade. En åsikt är att det synsätt gentemot RPM som EU hittills har förespråkat verkar mer lämpligt än det amerikanska efter Leegin-målet, med tanke på att det är högst osannolikt att de positiva effekterna kommer att överväga i ett enskilt fall.<sup>126</sup> Ett annat exempel på en ståndpunkt rörande RPM som anses överlägsen den man har kommit fram till i USA är en presumtion om olaglighet kombinerad med väl definierade ”säkra gränser”. I en sådan situation kan domstolarna snabbt behandla ärenden både där det är uppenbart att RPM är konkurrensbegränsande, t.ex. när tillräckliga rättfärdiganden inte kan visas, och sådana fall där det sannolikt är ofarligt, såsom vid ett marknadsinträde.<sup>127</sup>

En uppfattning är att USA genom Leegin-fallet snarare närmat sig EU:s ståndpunkt. För det första grundas detta i det faktum att båda rättssystemen nu erbjuder en möjlighet för RPM-avtal att godkännas, i USA genom en rule of reason-analys och i EU genom ett individuellt undantag i enlighet med artikel 101.3. För det andra har den part som påstår att RPM genererar konkurrensfördelar bevisbördan för att visa detta.<sup>128</sup> Det påpekas dock att konkurrensreglerna i EU måste läsas och förstås tillsammans med en av de grundläggande idéerna med den europeiska unionen, nämligen målet med en inre marknad. Vertikala begränsningar leder ofta till att isolera de nationella marknaderna, skapa handelsbarriärer och upprätthålla prisdifferenser mellan medlemsstater. Denna aspekt är viktig att ha i åtanke då en jämförelse görs med USA.<sup>129</sup> En annan skillnad mellan USA och EU är att Supreme Court genom praxis har erkänt att huvudmålet med Sherman Act är att öka konsumenternas välfärd. Detta har aldrig bekräftats av EU-domstolen och det framstår dessutom som tvivelaktigt att det skulle vara möjligt att

---

<sup>124</sup> Jones A. (2008), s. 928.

<sup>125</sup> A.a., s. 931.

<sup>126</sup> Moraia L. B. (2010), s. 14.

<sup>127</sup> Kirkwood J. B. (2010), s. 53.

<sup>128</sup> Švirinas D. (2009), s. 161-162.

<sup>129</sup> Jones A. (2008), s. 936.

isolera konkurrensrättsreglerna i artikel 101 och 102 från EU-fördragets övriga mål och syften. EU-målen tycks sträcka sig längre än i USA, där fokus endast ligger på begränsningar i konkurrensen mellan varumärken.<sup>130</sup>

Även förslaget till ett nytt gruppundantag med tillhörande riktlinjer kommenteras. Förtydligandet om att presumtionen att särskilt allvarliga begränsningar strider mot artikel 101.1 inte hindrar en applicering av artikel 101.3 och inkludering av situationer där fasta eller lägsta återförsäljningspriser kan leda till effektivitetsvinster tycks antyda att kommissionen är särskilt benägen att godta RPM i dessa tre angivna fall.<sup>131</sup>

Vidare anses det att frågan om hur RPM bör hanteras till stor del beror på vilket syfte man anser att konkurrensrätten ska ha. Om man anser att huvudmålet med konkurrenslagarna är att se till att konsumenterna erhåller allt det överskott som den fria konkurrensen genererar så är det rätt att ställa sig tveksam till RPM. Påståenden om att RPM leder till ökad service och att detta värderas högre av konsumenterna än låga priser är svåra att försvara. Ekonomer är överlag överens om att mer empiriska undersökningar måste göras. Det är dock oklart hur tydliga och detaljerade undersökningar av RPM och dess konkurrens effekter är möjliga. Oavsett vad framtiden visar så måste beslut tas idag. Det val som har gjorts i USA innebär att man har lämnat en extrem position och nått en annan, vilket onekligen kommer att hålla debatten vid liv. I EU erbjuder strukturen på artikel 101 flera bedömningsmöjligheter. Även om RPM fortfarande klassas som en särskilt allvarlig begränsning så visar kommissionen med de nya riktlinjerna att den är beredd att ta i beaktande några av dess positiva effekter. Förespråkare för RPM borde vara villiga att se om detta gäller även i verkligheten.<sup>132</sup>

Ännu en åsikt är att det är föga troligt att en större reform gällande de särskilt allvarliga begränsningarna kommer att ske i EU, inte bara på grund av rädslan att de kan skada konsumenternas välfärd men också därför att de kan skada rivaliteten mellan återförsäljare och arbetet med att skapa en inre marknad. Det faktum att RPM i EU i teorin inte är per se förbjudet som i USA talar också emot en större förändring. Däremot anses det att det skulle kunna vara bra om kommissionen i sina tillkännagivanden och riktlinjer tydliggör att dessa begränsningar inte är förbjudna i sig. Ett exempel på detta skulle kunna vara att man i tillkännagivandet om de minimis-avtal klargör att då en tillverkares marknadsandel är väldigt liten så kommer ett avtal innehållande RPM-villkor inte strida mot artikel 101.1 då det inte märkbart begränsar konkurrensen. Kommissionen skulle också kunna medge i de nya riktlinjerna om vertikala begränsningar att RPM kan användas till konkurrensfrämjande orsaker och att påvisade effektivitetsvinster kommer att tas i beaktande och bedömas i enlighet med artikel 101.3.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> Jones A. (2008), s. 954.

<sup>131</sup> Gippini-Fournier E. (2009), s. 26.

<sup>132</sup> A.a., s. 32-33.

<sup>133</sup> Jones A. (2008), s. 963.

## 4. Analys och avslutande kommentarer

Efter att ha redogjort för det aktuella rättsläget kring RPM i EU och rätt ut ett antal aspekter kring det nya gruppundantaget med tillhörande riktlinjer, rättsutvecklingen i USA samt en del av den diskussion som har förts inom doktrinen av relevans för ämnet, återstår det nu att sätta denna information i relation till uppsatsens inledande huvudfrågeställning. Frågan som skall försöka besvaras är således vilken grad av rättssäkerhet och förutsebarhet som erbjuds rörande RPM i och med EU-kommissionens nya riktlinjer om vertikala begränsningar.

### 4.1 Analys

Med hänsyn till det material som har presenterats i kapitel 2 och kapitel 3 är det möjligt att göra ett antal relevanta konstateranden. För det första har vi sett att kommissionen vid flertalet tillfällen har gjort det tydligt att man ser på RPM i form av fasta eller lägsta återförsäljningspriser som en särskilt allvarlig begränsning som har till syfte att begränsa konkurrensen. Denna typ av prisbindning presumeras strida mot artikel 101.1 och det finns också en presumtion att rekvisiten i artikel 101.3 sannolikt inte kommer att uppfyllas. Vi har också sett att EU-domstolen i stora drag delar denna uppfattning även om man inte i sina formuleringar, på samma stränga vis som kommissionen, har uteslutit RPM från att eventuellt kunna undantas i enlighet med artikel 101.3. För det andra har vi också märkt att kommissionen i och med de nya riktlinjerna om vertikala begränsningar har valt ett nytt sätt att beskriva sin ståndpunkt och sitt förhållande till RPM på. I dessa påpekas det att särskilt allvarliga begränsningar, trots de nyss nämnda presumtionerna, har en möjlighet att undgå förbudet om det visas att villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda. Än mer anmärkningsvärd är kommissionens införande i riktlinjerna av tre exempel på specifika situationer i vilka fasta och lägsta återförsäljningspriser kan leda till effektivitetsvinster. Det är dessa aspekter som måste utgöra utgångspunkten för försöket att besvara uppsatsens frågeställning. Det är viktigt att påpeka att uppsatsens frågeställning har en spekulativ karaktär. Det går inte att med absolut säkerhet sia om hur kommissionen under de kommande åren kommer att förhålla sig till RPM. Denna osäkerhet är förmodligen inte jag ensam om utan den delas säkerligen med flertalet aktörer inom industrin, ekonomer och jurister, och kanske även med kommissionen.

Utifrån den ekonomiska debatten kring RPM kan det egentligen bara konstateras att båda sidorna för och emot en rättsligt mildare syn är överens om att RPM i form av fasta eller lägsta återförsäljningspriser kan ha både positiva och negativa effekter på konkurrensen. Oenigheten ligger istället i frågan om hur ofta effektivitetsvinsterna är troliga att inträffa. Den intressanta frågan blir här hur rättsväsendet och lagstiftaren borde förhålla sig till begränsningar såsom RPM som fortfarande är omgärdade av många osäkerheter gällande frekvensen av dess eventuella konkurrensfrämjande effekter. Personligen kan jag vid en första anblick anse att då osäkerhet råder borde man inte kunna förklara en viss typ av begränsning som förbjuden ”per se”, på samma sätt som man inte kan låta begränsningen bli tillåten per se. I en sådan situation skulle alltså en analys av omständigheterna i det enskilda fallet tyckas vara det optimala, dvs. något i stil med en rule of reason-analys som numera gäller i USA. Å andra sidan håller jag med en del av de kommentarer i doktrinen som poängterar problemen med en sådan analys, bland annat att det med största sannolikhet kommer att leda till ökade administrativa kostnader, att förutsebarheten minskar och att osäkerheten ökar. Sett från en rättsteknisk synvinkel eller ett rättssäkerhetsperspektiv kan detta inte anses vara positivt. Kostnadsmässigt kan en grundlig analys av ett enskilt fall med dess positiva och negativa effekter på konkurrensen kräva både stora mängder tid och pengar, särskilt när komplicerade ekonomiska beräkningar och utredningar behöver göras. Att en fall till fall-behandling och en analys av omständigheterna i det enskilda fallet av konkurrensmyndigheter och domstolar kommer att anses vara alldeles för invecklad och omständlig och att det därmed föreligger en risk att detta med tiden leder till att förfarandet i realiteten kommer att betraktas som per se tillåtet är också något som måste tas med i beaktande.

Svaret på föregående styckes inledande fråga kan här anses mynna ut i en följdfråga, nämligen till vilken kostnad ett rättsväsende ska upprätthålla en så optimal nivå på konkurrensen som möjligt. I en sådan situation ställs myndigheter och domstolar nämligen inför två möjliga scenarion. Ett scenario är att RPM i praktiken betraktas som per se förbjudet och då kommer även företag som har hittat effektivitetsvinstgivande sätt att använda RPM på att hindras från att nyttja dessa. Dock kommer man med denna klassificering även åt alla konkurrensbegränsande former av RPM. Det andra scenariot är att RPM i praktiken betraktas som per se tillåtet. Då kommer de konkurrensfrämjande formerna förvisso att tillåtas men samtidigt innebär det att även konkurrensbegränsande sorter av RPM kommer att finnas till företagens förfoganden då ingen myndighet eller domstol kommer att vilja genomgå den besvärliga process som krävs för att påvisa konkurrensbegränsande effekter. Valet mellan dessa båda scenarion blir då en fråga om vilken situation som leder till den högsta positiva nettoeffekten på konkurrensen i förhållande till de resurser som används för att uppnå denna. Problemet med att svara på en sådan fråga är att det sällan eller aldrig föreligger tillräckligt detaljerad eller konkret information och data med vilka man kan ta ett välgrundat och korrekt beslut. Istället måste frågan besvaras med hjälp av, till stora delar, subjektiva åsikter om vad som är rätt respektive fel, vilket kan leda till oönskade resultat. Här kan man dock fråga sig om man



måste beskriva den ovan nämnda frågeställningen som en situation där lösningen bygger på valet mellan ett av två scenarion.

För att till en viss del lösa kostnadsproblemet så vore en tänkbar smidig lösning, som inte på något sätt är revolutionerande då kommissionen redan använder sig av den i en del situationer, att inrätta säkerhetsgränser i form av tröskelvärden för marknadsandelar. Dessa skulle kunna definiera områden inom vilka användningen av RPM inte anses begränsa konkurrensen och därmed undantas förbudet i artikel 101.1. Det skulle således vara konstruerat som ett gruppundantag särskilt anpassat för fasta och lägsta återförsäljningspriser. Anledningarna till varför kommissionen inte har valt en lösning av denna typ kan vara många. En sådan kan vara att man inte har ansett sig vara beredd att plötsligt, efter en så pass lång historiskt sett väldigt kritisk inställning till RPM, tillåta alla former av vertikala begränsningar för samtliga aktörer med små marknadsandelar. Kommissionen kanske är av åsikten att även sådana aktörer är kapabla att, genom användning av särskilt allvarliga begränsningar, påverka konkurrensen eller hindra arbetet med att skapa en inre gemensam marknad i en sådan utsträckning att det vore ett misstag att undanta dessa. Ännu en anledning kan vara att kommissionen inte vill flytta över problemet med att bedöma RPM:s positiva och negativa effekter på konkurrensen till att istället bli ett problem med att definiera relevanta marknader och marknadsandelar, vilket skulle bli nödvändigt i en situation med tröskelvärden. Kommissionen har istället för en sådan lösning valt att behålla den tidigare klassificeringen av särskilt allvarliga begränsningar och ett avtal innehållande RPM-villkor kan därmed fortfarande inte under några som helst omständigheter dra nytta av själva gruppundantaget.

En aspekt med RPM som kanske också kan ses som en av anledningarna till att kommissionen har valt att inte införa generella tröskelvärden är att det verkar som troligt att RPM endast leder till effektivitetsvinster för vissa typer av produkter. Utifrån de fördelar som har presenterats i kapitel 3 kan det exempelvis röra sig om sådana produkter som ofta ställer höga servicekrav på återförsäljaren vid själva försäljningstillfället, till exempel högteknologiska produkter där butikspersonalens expertis i många fall är nödvändig för att en konsument skall kunna göra ett medvetet och klokt val. Vi har också sett exempel på praxis inom området där EU-domstolen exempelvis har diskuterat frågan i förhållande till tidningsbranschen. Där antydde domstolen att tidnings- och tidsskriftsbranschen kanske är en sådan bransch där endast en användning av RPM kan ligga till grund för en effektiv distribution och att kommissionen i ett sådant fall måste ta denna aspekt i beaktande. Leegin-fallet i USA visar på att Supreme Court ansåg att RPM även i fråga om produkter som kopplas till områden som exklusivitet, varumärkesimage och service kan leda till positiva effekter på konkurrensen. Problemet för kommissionen är att det är svårt eller omöjligt att definiera undantag endast för grupper av produkttyper eftersom man då stöter på ett definitionsproblem. I en sådan situation kanske det är lämpligare att göra som kommissionen faktiskt gjort, nämligen att visa på ett antal exempel då RPM kan tänkas leda till effektivitetsvinster.

När man läser de kommentarer som skickades in i samband med kommissionens förslag på nytt gruppundantag och nya riktlinjer är åsikterna tämligen entydiga. En klar majoritet välkomnar kommissionens beslut att tydliggöra de särskilt allvarliga begränsningarnas möjlighet till undantag enligt artikel 101.3 samt de exempel på situationer då RPM kan leda till effektivitetsvinster. Samtidigt vill väldigt många att kommissionen tydliggör sin ställning i frågan så att osäkerheten kring vad som är tillåtet och inte när det gäller RPM minskar. När det gäller de synpunkter som läggs fram bland bidragen till kommissionen är det viktigt att inta en kritisk position och ha i åtanke att majoriteten av de inskickade kommentarerna kan ha nära koppling till sådana intressenter som skulle tjäna även på uppenbart konkurrensbegränsande former av RPM. Dessa organisationer kan i sådana situationer vara mycket benägna att värna om sina egna intressenter istället för att titta på problemet och frågan i ett större perspektiv där välfärdseffekterna i hela samhället tas med i beräkningarna. Man måste därför vara försiktig när man drar slutsatser från kommentarer som dessa. Trots denna risk bör man kunna dra slutsatsen att industrin i första hand vill ha tydliga riktlinjer.

På ett sätt kan man se de nya riktlinjerna som ett misslyckande. Kommissionen har förvisso inkluderat en beskrivning på situationer där RPM eventuellt kan leda till positiva effekter. Mycket talar dock för att rättsläget kring RPM nu har blivit alldeles för ovisst. Visserligen är det så att så länge företagen kan visa att rekvisiten i artikel 101.3 är uppfyllda så är allt frid och fröjd. Dock har det ännu aldrig hänt att kommissionen har gett ett individuellt undantag för ett RPM-avtal och bevisbördan som åligger parterna måste bedömas som stark. Förutsebarheten är således minimal och det innebär fortfarande en stor risk för företag att inkludera RPM-villkor i sina avtal. En relevant fråga, som frågeställningen i uppsatsen knyter an till på många sätt, är vilket syfte kommissionen hade när man valde att inkludera punkt 225 i riktlinjerna. Var det för att tydliggöra att man även från kommissionens sida är medveten om att RPM kan leda till effektivitetsvinster eller var det snarare för att lugna och tysta ner den ekonomiska och juridiska opposition som finns gällande EU:s stränga syn på RPM? Genom att införa punkt 225 har kommissionen nu skapat sig ett argument mot dem som anser att kommissionen har haft en alldeles för hård inställning till RPM. Samtidigt har man inte sträckt sig så långt att man i riktlinjerna eller i gruppundantaget uttalar sig om att en viss användning av RPM alltid eller ens i vissa fall kommer att accepteras. De exempel på situationer i punkt 225 behöver inte vara något mer än just exempel, då kommissionen inte säger att den kommer att behandla dessa situationer mer förmånligt än andra. Denna nya situation kan tyckas vara, om man ser det från kommissionens sida, en bekväm situation att sitta i då man i princip inte lovar någon något. Problemet är att aktörerna på marknaderna i EU förmodligen inte känner sig lika bekväma med kommissionens nya formuleringar och betraktar troligtvis RPM fortfarande som mycket riskfyllt.

Kommissionen kan också tyckas sitta i en tämligen bekväm sits med tanke på den rättsutveckling som på senare tid har skett i USA. Där kan man säga att rättsläget har växlat från en extrem position till en annan. Domstolarna i USA kommer nu tvingas att göra genomgående analyser i de fall då RPM i form av fasta eller lägsta

återförsäljningspriser ligger på agendan. De resonemang och argument som i dessa fall kommer att presenteras och ligga till grund för utfallen i målen kommer med största sannolikhet att vara av intresse för EU-kommissionen. I och med den strikt negativa syn på RPM som har förelegat så har antalet fall med RPM i form av fasta eller lägsta återförsäljningspriser i EU varit väldigt få. Kommissionen får nu en möjlighet att från första hand bevittna den utveckling som sker i USA och dra slutsatser från denna. Å andra sidan dröjer det hela 12 år innan det är dags för nästa gruppundantag för vertikala avtal med tillhörande riktlinjer. Detta är en lång tid och så lång tid har inte kommissionen på sig att bestämma vilken position i frågan man kommer att inta. Jag tycker att tydlighet, rättssäkerhet och förutsebarhet är viktiga aspekter när alla typer av rättsregler diskuteras. Företagen vill veta vad de får göra och vad de inte får göra. Om man ska döma utifrån de inskickade kommentarerna samt det som sägs i doktrinen gällande de nya riktlinjerna har kommissionen snarare lyckats göra situationen mer osäker än den var tidigare, då man åtminstone nästan med absolut säkerhet kunde säga att RPM inte var tillåtet. Ser man det från det perspektivet så medför punkt 225 ingen förändring överhuvudtaget. Å andra sidan var det kanske just det som kommissionen ville åstadkomma. Om man konstaterar att kommissionen i och med de nya riktlinjerna redan har tagit ställning till frågan om RPM, övergår diskussionen till att gälla en fråga av mer ekonomisk natur, nämligen på vilka ekonomiska grunder en sådan ståndpunkt har intagits. Tiderna och förutsättningarna förändras och så även lagstiftningen. Frågan om den europeiska lagstiftningen gällande RPM verkligen hänger med i denna utveckling eller inte är klart befogad.

En risk och fara som EU-kommissionen utsätter sig själv för i och med den osäkerhet som de nya riktlinjerna för med sig är att den sannolikt kan leda till att företagen i EU väljer att lösa samma problem som de hade kunna lösa med RPM med någon annan, ofta mindre effektiv, metod. Ett väldigt tydligt exempel på detta är vertikal integration. När en tillverkare inser att han inte kan tvinga sina återförsäljare att hålla sig till en på förhand bestämd prisnivå då detta strider mot konkurrenslagarna kan han försöka lösa problemet genom att köpa upp återförsäljarna eller genom att starta upp en distributionsorganisation i egen regi. På så sätt kan tillverkaren styra prisnivån internt. Ett aktuellt svenskt exempel på detta är Bonnierförlagen som tidigare i år köpte distributören Pocketgrossisten. Den viktiga frågan här är om det är kommissionens avsikt att uppmuntra sådant beteende. Sådana lösningar brukar sällan visa sig vara effektiva varken från ett konkurrensrättsligt eller samhällsekonomiskt perspektiv.

## 4.2 Slutsats

Ett konkret svar på uppsatsens huvudfrågeställning tror jag inte går att ge. En förändring i EU:s syn på RPM är trolig, däremot går det inte att med någon större säkerhet sia om vilken grad av rättssäkerhet eller förutsebarhet denna förändring kan anses leda till. På många vis kan det anses att förutsebarheten med de tidigare riktlinjerna var betydligt större, då lägsta och fasta återförsäljningspriser framstod som nästan absolut förbjudna. Denna typ av förutsebarhet gynnar dock inte företag som hittar effektivitetsvinstgivande sätt att använda RPM på. Situationen med de nya riktlinjerna är en annan. Mycket talar

för att rättssäkerheten och förutsebarheten i och med dessa har minskat. Även om det inte på samma sätt som tidigare betonas att RPM-avtal troligtvis inte kommer att beviljas undantag så innebär den nya utformningen fortfarande en osäkerhet för företag och en risk för dessa att använda sig av RPM. Kommissionen är säkerligen fullt medveten om att företagen gärna hade sett tydliga exempel i de nya riktlinjerna på situationer i vilka fasta och lägsta återförsäljningspriser presumeras ha i huvudsak konkurrensfrämjande effekter. Samtidigt tror jag att kommissionen inte vill låta sig påverkas för mycket i sin, sedan lång tid tillbaka, kända ståndpunkt i frågan om RPM, varken av marknadsaktörerna i EU eller av den rättsutvecklingen som sker i USA och de påtryckningar som denna har resulterat i. Trots detta tror jag att tiden ändå nu är inne för företag i EU att i vissa situationer använda sig av RPM, speciellt i de situationer som kommissionen nämner i punkt 225 i riktlinjerna samt de som nämns i doktrinen som exempel där RPM ofta kan ha konkurrensfrämjande effekter. Det finns än så länge inga fall där kommissionen har accepterat fasta eller lägsta återförsäljningspriser. Det är med spänning som vi kan vänta på det första, på många sätt revolutionerande målet i vilket kommissionen kommer att bevilja ett undantag. Jag både hoppas och tror att så blir fallet inom en snar framtid och att EU:s svar på Leegin kommer att öppna upp vägen för en effektiv konkurrens på den europeiska marknaden.

### **4.3 Avslutande kommentarer**

Även om osäkerheten kring RPM i EU inte har minskat i och med de nya riktlinjerna så tror jag att företag har större chanser för ett individuellt undantag nu än tidigare. Dock kommer chansen för detta fortfarande att bero på den specifika situation som föreligger. Som med alla typer av begränsningar lämpar sig sådana ur konkurrenssynpunkt endast i särskilda situationer. RPM är inget undantag. Det gäller att försöka hitta och dra gränsen för var detta inträffar. Sannolikheten för att RPM kommer att leda till effektivitetsvinster vid ett marknadsinträde eller en nyintroduktion av en produkt kommer till exempel troligtvis att till största del bero på vilken typ av produkt det rör sig om, parternas ställning på marknaden och överlag hur marknadsstrukturen för den aktuella produkten ser ut. Tidningsbranschen skiljer sig på många sätt från musik- och filmindustrin som i sin tur inte delar många likheter med dagligvaruhandeln. Vad som är att betraktas som en typisk introduktionsfas för en produkt kommer att skilja sig inte bara mellan branscher men också mellan olika produkter inom en specifik industri eller sektor. Vad som vidare skall anses vara ett snålskjutsproblem som kan berättiga ett användande av RPM är också en komplicerad fråga. Än en gång måste samtliga relevanta omständigheter tas med i beaktande för att avgöra om RPM är befogat i det enskilda fallet och om andra, mindre konkurrensbegränsande, lösningar inte finns att tillgå. Det är frågor som dessa som kommissionen måste ta ställning till. Frågan är om man inte redan genom den historiskt sett strikta synen på RPM har skapat en situation som i praktiken innebär att företagen inte längre vågar riskera att använda sig av RPM, även då det skulle föreligga goda anledningar till varför det skulle resultera i effektivitetsvinster. Istället kan det vara så att företagen uteslutande kommer att söka andra, inte sällan mindre effektiva, sätt för att om möjligt uppnå samma resultat. Om så blir fallet får tiden utvisa.

# Källförteckning

## Litteratur

Elzinga, Kenneth G. – Mills, David E., 2008. "The Economics of Resale Price Maintenance", *Issues in competition law and policy (3-Volume Set)*, ABA Section of Antitrust Law.

Gippini-Fournier, Eric, 2009. "Resale Price Maintenance in the EU: in statu quo ante bellum?", *Fordham Corp. L. Inst – 36<sup>th</sup> Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*.

Grimes, Warren S., 2009. "Resale Price Maintenance: A Competitive Assessment", *Federal Trade Commission Workshop on Resale Price Maintenance – Panel on Anticompetitive Effects*.

Jones, Alison, 2008. "Completion of the revolution in antitrust doctrine on restricted distribution: Leegin and its implications for EC competition law", *The Antitrust Bulletin*: Vol. 53, No. 4, s. 903-965.

Jones, Alison – Sufrin, Brenda, 2004. *EC Competition Law – text, cases, and materials*. Andra upplagan. New York.

Kirkwood, John B., 2010. "Rethinking Antitrust Policy Toward RPM", *Antitrust Bulletin, Seattle University School of Law Legal Research Paper* 10:05.

Moraia, Linda B., 2010. "Resale Price Maintenance and Free Riding – New Insights in the U.S.A. Compared to the European Approach", *Giurisprudenza Commerciale*, Milan, Giuffrè, Vol. 37 No. 1, 172.

OECD, 2008. "Roundtable on Resale Price Maintenance", DAF/COMP(2008)37.

Švirinas, Daivis, 2009. "Leegin case and its impact on European Community competition policy in regard to vertical minimum price-fixing", *Jurisprudencija/Jurisprudence*, 2(116), s. 151-166.

**Offentligt tryck**

Tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer om vertikala begränsningar (2000/C 291/01).

Tillkännagivande från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i fördraget (de minimis) (2001/C 368/07).

Tillkännagivande från kommissionen - Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget (2004/C 101/07).

Meddelande från kommissionen – Tillkännagivande – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget (2004/C 101/08).

Meddelande från Europeiska unionens institutioner, byråer och organ – Europeiska kommissionen – Riktlinjer om vertikala begränsningar (2010/C 130/01).

Utkast till tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010.

Kommissionens pressmeddelande den 28 juli 2009 IP/09/1197

Kommissionens pressmeddelande den 20 april 2010 IP/10/445

**Kommentarer till nytt gruppundantag och nya riktlinjer**

Addleshaw Goddard

American Chamber of Commerce to the European Union

Asociación Española para la Defensa de la Competencia

Autorité de la concurrence

Brand Equity Alliance

Businesseurope

Consumer Focus

Cuatrecasas

Danish Chamber of Commerce

European Advisory Group on Competition Policy

European Association of Chemical Distributors

EuroCommerce

European Competition Lawyers Forum

Field Fisher Waterhouse

Freshfields Bruckhaus Deringer

International Chamber of Commerce

Jones Day

Lawin

Ligue Internationale du Droit de la Concurrence

Linklaters LLP

Netherlands Competition Authority

Norton Rose LLP

O'Melveny & Myers LLP

Royal Ahold

Simmons & Simmons

Step toe & Johnson LLP

The American Antitrust Institute

White & Case LLP





# Rättsfallsregister

## Amerikansk rätt

*Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977)

*Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc.*, 551 U.S. 877 (2007)

*Oil Company v. Barkat U. Khan and Khan & Associates Inc.*, 522 U.S. 3 (1997)

## Europeisk rätt

### *Mål från EU-domstolen*

Mål 56/65, *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH*, ECR 1966

Mål 5/69, *Franz Völk mot S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, ECR 1969

Mål 22/71, *Béguelin Import Co. mot S.A.G.L. Import Export*, ECR 1971

Mål 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mot Kommissionen*, ECR 1977

Mål 107/82, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Kommissionen*, ECR 1983

Förenade målen 43/82 och 63/82, *VBVB och VBBB mot Kommissionen*, ECR 1984

Mål 243/83, *SA Binon & Cie mot SA Agence et messageries de la presse*, ECR 1985

Mål 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH mot Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, ECR 1986

Mål 27/87, *SPRL Louis Erauw-Jacquery mot La Hesbignonne SC.*, ECR 1988

### *Mål från Förstainstansrätten*

Mål T-17/93, *Matra Hachette SA mot Kommissionen*, ECR 1994

### *Kommissionens beslut*

Kommissionens beslut 82/123/EEC den 25 november 1981, *VBVB/VBBB*, OJ L 54/36

# Bilaga A

**Art. 101.1 FEUF.** Följande är oförenligt med den inre marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den inre marknaden, särskilt sådana som innebär att

- a) inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,
- b) produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,
- c) marknader eller inköpskällor delas upp,
- d) olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensfördel,
- e) det ställs som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

**Art. 101.3 FEUF.** Bestämmelserna i punkt 1 får dock förklaras icke tillämpliga

- på avtal eller grupper av avtal mellan företag,
- beslut eller grupper av beslut av företagssammanslutningar,
- samordnade förfaranden eller grupper av samordnade förfaranden,

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

- a) ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål,
- b) ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

## Bilaga B

**Punkt 224)**<sup>134</sup> Prisbindning kan begränsa konkurrensen på många sätt. **För det första** kan prisbindning underlätta samverkan mellan leverantörer genom att öka pristransparensen på marknaden, vilket gör det lättare att upptäcka om en leverantör avviker från den jämvikt som uppnåtts genom samverkan genom att sänka sitt pris. Prisbindning minskar också leverantörens drivkraft att sänka sitt pris till återförsäljarna, eftersom det fasta återförsäljningspriset kommer att hindra leverantören från att dra nytta av ökad försäljning. Denna negativa effekt är särskilt sannolik om marknaden är benägen att skapa samverkan, exempelvis om leverantörerna bildar ett starkt oligopol, och en betydande del av marknaden är täckt med prisbindningsavtal. **För det andra** kan prisbindning, genom att undanröja priskonkurrens inom varumärken, också underlätta samverkan mellan köpare, t.ex. i återförsäljningsledet. Starka eller välorganiserade återförsäljare skulle kunna tvinga eller övertyga en eller flera leverantörer att fastställa sina återförsäljningspriser och på så sätt hjälpa dem att nå eller stabilisera en samverkansjämvikt. Denna förlust av priskonkurrens är särskilt problematisk om prisbindningen har initierats av köparna, vars kollektiva horisontella intressen kan förväntas ha negativa följder för konsumenterna. **För det tredje** kan prisbindning mer i allmänhet mjuka upp konkurrensen mellan tillverkare och/eller detaljister, särskilt när tillverkarna använder samma återförsäljare för att distribuera sina produkter och alla eller många av dem tillämpar prisbindning. **För det fjärde** kommer den omedelbara effekten av prisbindning att vara att alla eller vissa återförsäljare hindras från att sänka sina försäljningspriser för det varumärket. Med andra ord, den direkta följden av prisbindning är en prishöjning. **För det femte** kan prisbindning minska marginalpressen för tillverkaren, särskilt när tillverkaren har ett åtagandeproblem, t.ex. när det ligger i tillverkarens intresse att sänka priset till efterföljande återförsäljare. I en sådan situation kan tillverkaren föredra att gå med på prisbindning för att minska sin egen marginalpress och för att få hjälp att åta sig att inte sänka priset till efterföljande återförsäljare. **För det sjätte** kan prisbindning implementeras av en tillverkare med en stark marknadsposition för att utesluta mindre konkurrenter. Den ökade marginal som prisbindning kan erbjuda återförsäljare kan fresta dessa att prioritera ett specifikt varumärke över andra vid rådgivning till kunder, även när sådan rådgivning inte är i kundernas intresse, eller att inte bedriva försäljning av konkurrerande varumärken överhuvudtaget. **Slutligen** kan prisbindning minska dynamiken och innovationen i återförsäljarledet. Genom att hindra priskonkurrens mellan olika återförsäljare kan prisbindning hindra mer effektiva detaljister från att gå in på marknaden och/eller uppnå en tillräcklig storlek på sin verksamhet med låga priser. Prisbindning kan också hindra distributionsformat som bygger på låga priser, t.ex. lågpriskedjor från att gå in på marknaden och utvidga sin verksamhet.

---

<sup>134</sup> Meddelande från Europeiska unionens institutioner, byråer och organ – Europeiska kommissionen – Riktlinjer om vertikala begränsningar (2010/C 130/01).

## Bilaga C

**Punkt 225)**<sup>135</sup> Förutom att begränsa konkurrensen kan prisbindning också, speciellt när den är leverantörsdriven, leda till effektivitetsvinster, som kommer att bedömas under artikel 101.3. Det är framför allt när en tillverkare introducerar en ny produkt som prisbindning kan vara till hjälp under introduktionsfasen av ökande efterfrågan för att förmå återförsäljarna att på ett bättre sätt beakta tillverkarens intresse att marknadsföra produkten. Prisbindning kan ge återförsäljarna de medel som krävs för att öka sina säljfrämjande åtgärder och om återförsäljarna på denna nya marknad utsätts för konkurrens kan det få dem att öka den totala efterfrågan på produkten och göra inträdet till en framgång, till glädje även för konsumenterna. På samma sätt kan fasta återförsäljningspriser och inte bara högsta återförsäljningspriser vara nödvändiga för att i ett franchisingsystem eller annat liknande distributionssystem organisera en samordnad kortvarig lågpriskampanj (2 till 6 veckor i de flesta fall) som också kommer att vara till fördel för konsumenterna. I vissa fall kan den extra marginal som prisbindning medför kan leda till att detaljister får möjlighet att erbjuda (ytterligare) service före försäljningen, särskilt då det handlar om produkter som köps på grund av erfarenhet eller komplicerade produkter. Om tillräckligt många kunder drar fördel av sådana tjänster för att ta ett beslut men sedan köper varan till ett lägre pris hos detaljister som inte erbjuder sådana tjänster (och därmed inte drar på sig kostnader för dessa), så kan detaljister som tillhandahåller service av hög kvalitet minska eller ta bort de tjänster som ökar efterfrågan på leverantörens produkt. Prisbindning kan hjälpa till att förebygga sådan snålskjuts på återförsäljarnivån. Parterna kommer att behöva visa på ett övertygande sätt att prisbindningsavtalet kan förväntas medföra inte bara möjligheten men också incitamentet att övervinna eventuella snålskjutsproblem mellan detaljister för en viss tjänst och att servicen före försäljningen generellt är till förmån för konsumenter som en del av förevisningen att alla rekvisiten i artikel 101.3 är uppfyllda.

---

<sup>135</sup> Meddelande från Europeiska unionens institutioner, byråer och organ – Europeiska kommissionen – Riktlinjer om vertikala begränsningar (2010/C 130/01).