



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sara Aspelin

Selektiva distributionssystem

En studie av konkurrenslagen och dess tillämpning

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Joel Eriksson

Termin: VT 2017

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Övergripande syfte och frågeställning	5
1.3 Avgränsning	6
1.4 Metod och perspektiv	6
1.5 Forskningsläge och material	7
1.6 Disposition	8
2 KONKURRENSBEGRÄNSANDE AVTAL	9
2.1 Gällande rätt	9
2.1.1 Lagstiftning	9
2.1.2 Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal	9
2.1.3 Undantagen från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i 2 kap. 1§ KL	10
2.1.4 Närmare om förhållandet mellan europeisk och svensk rätt	11
3 VERTIKALA KONKURRENSBEGRÄNSANDE AVTAL	12
3.1 Gruppundantag för vertikala avtal	12
3.2 Avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen	13
4 SELEKTIVA DISTRIBUTIONSSYSTEM	15
4.1 Selektiva distributionssystem	15
4.2 Kvalitativa selektiva distributionssystem	16
4.2.1 Produktens art	16
4.2.2 Kvalitativa urvalskriterier	17
4.2.3 Nödvändiga urvalskriterier	18
4.2.4 Kvantitativa selektiva distributionssystem	20
4.3 Selektiva distributionssystemens påverkan på marknaden	20
4.4 Selektiva distributionssystemens tillåtenhet i svensk rätt	22

5	KKVS BESLUTS ÖVERENSSTÄMMELSE MED KONKURRENSLAGENS SYFTE	24
5.1	Den svenska konkurrenslagens syfte	24
5.2	Analys av KKV:s tillämpning av KL vid avtal som reglerar selektiva distributionssystem	26
6	SLUTSATSER	28
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	29
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	31

Summary

Selective distribution systems are a kind of marketing method used when distributing exclusive and technical advanced products. In this kind of distribution system products within the system is only distributed by retailers that are authorized. To become authorized the retailer has to fulfil the criterias that the provider has set out for inclusion in the distribution system.

Selective distribution system has a screening off character; this may result in consequences for intra-brand competition and lead to a reduced price competition. Hence the system can be limit the competition in accordance with 2 Chapter 1§ KL and the corresponding regulation in EU law, article 101.1 of the treaty on the functioning of the European union (“FEUF”).

The Swedish Competition Act (“KL”) provides basically the same material content as the EU Competition law and due to that the KL shall be interpreted in the light of court practice from the Court of Justice of the European Union. The Court of Justice of the European Union has in the case of Metro against the Commission from 1977 set out the criterias that shall be in place if selective distribution agreements shall be allowed with reference to competition law. When these criterias are fulfilled the selective distributions system is qualified as “qualitative”.

This essay will answer two main questions. The first question is when an agreement regulating selective distribution systems is allowed with reference to the prohibition of agreements limiting the competition as set out in KL, due to its specific structure as a vertical agreement. To answer this question, I have concluded that selective distribution systems are not covered by the restrictions in KL (and thus not prohibited) in four different situations, (i) if the selective distribution system is qualitative as defined by EU-competition law as set out in court cases from the Court of Justice of the European Union, (ii) if the system is considered fulfilling the requirements for an exception in KL, (iii) if the system can be excluded through the group exceptions or (iv) if the agreement is to be counted as a “bagatellavtal”.

The second question that is being answered in this essay is whether the decisions made by Swedish Competition Authority about selective distribution systems are in accordance with the aim of the Swedish Competition act.

Sammanfattning

Selektiva distributionssystem är marknadsföringsmetod som ofta används vid distribution av exklusiva och tekniskt avancerade varor. Denna typ av distribution innebär att produkter som säljs inom systemet endast distribueras av återförsäljare som är auktoriserade. För att bli auktoriserad krävs att återförsäljaren lever upp till de i distributionssystemet uppställda kraven, vilka kan vara långtgående.

Selektiva distributionssystem har avskärmande karaktär vilket kan få konsekvenser för inommarknadskonkurrensen och därmed kan leda till en minskad priskonkurrens. Konkurrensen på andra områden kan däremot öka. Beroende på hur systemen påverkar konkurrensen kan det anses vara konkurrensbegränsande enligt 2 kap 1§ KL eller den i unionsrätten motsvarande bestämmelsen i artikel 101.1 FEUF.

Den svenska konkurrensrätten har samma materiella innehåll som den unionsrättsliga konkurrensrätten och därför ska även svenska lagen (KL) tolkas mot bakgrund av EU-domstolens praxis. EU-domstolen har i målet Metro från 1977 framställt kriterier för när ett avtal som reglerar selektiva distributionssystem inte ska omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal. När dessa kriterier är uppfyllda är det frågan om ett kvalitativt selektivt distributionssystem.

Uppsatsen svarar på två huvudsakliga frågeställningar. Den första är när selektiva distributionssystem anses stå utanför förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i svensk rätt. Denna fråga kortfattat besvaras enligt följande: selektiva distributionssystem omfattas inte av förbudet mot konkurrensbegränsning i fyra olika situationer; (i) om det avser ett kvalitativt selektivt distributionssystem, (ii) om de bedöms uppfylla kraven för undantag i lagstiftningen, (iii) om de undantas genom reglerna för gruppundantag eller (iv) om det är avtal som understiger tröskelvärdet för att räknas som bagatellavtal.

Den andra frågeställningen som besvaras i uppsatsen är huruvida konkurrensverkets beslut gällande selektiva distributionssystem är förenligt med den svenska konkurrenslagens syfte.

Förkortningar

FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
KL	Konkurrenslag (2008:579)
VGUF	Vertikala gruppundantagsförordningen (Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpning av artikel 101 (3) i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden)
KKV	Konkurrensverket
Prop.	Proposition
MD	Marknadsdomstolen
SvJT	Svensk juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Det står en tillverkare helt fritt att välja vilken marknadsföringsstrategi denne vill använda sig av, men tillverkaren måste i dessa val beakta den konkurrensrättsliga lagstiftningen.

Ett sätt att distribuera varor är genom selektiva distributionssystem, vilket är en typ av marknadsföringsstrategi som är populär att använda vid distribution av exklusiva varor, främst för att bibehålla den speciella framtoningen. I stora drag innebär ett selektivt distributionssystem att leverantören ställer upp särskilda krav för att en återförsäljare ska få vara auktoriserad att sälja leverantörens produkter. Dessa avtal reglerar distribution i olika led och är därmed vertikala avtal. Om ett vertikalt avtal har påverkar marknaden i tillräcklig mån kan detta vara förbjudet enligt förbudet mot konkurrensbegränsande avtal som återfinns både i svensk konkurrenslag (KL) och i den unionsrättsliga konkurrenslagstiftningen (FEUF).

I praxis har uttalats att selektiva distributionssystem som huvudregel står utanför den konkurrensrättsliga lagstiftningen, men denna huvudregel är långt ifrån undantagsfri. Att rättsläget inte är entydligt kan illustreras genom det till EU-domstolen¹ nyligen inkomna målet där den huvudsakliga frågan för domstolen att ta ställning till är huruvida selektiva distributionssystem för distribution av lyx- och prestigevaror, vars primära syfte är att säkerställa varornas exklusiva framtoning, är förenlig med reglerna om konkurrens i artikel 101.1 FEUF.²

1.2 Övergripande syfte och frågeställning

Det övergripande syftet med denna uppsats är att identifiera och konkretisera i vilka situationer ett avtal som reglerar ett selektivt distributionssystem anses vara konkurrensbegränsande enligt svensk nationell rätt och unionsrätt. Syftet är också att kritiskt

¹EU-domstolen hette tidigare EG-domstolen. I denna uppsats kommer domstolen konsekvent att benämnas EU-domstolen.

² Mål C-230/16 Coty Germany GmbH mot Parfümerie Akzente GmbH.

granska om gällande rätt såsom denna uttolkats i myndighetspraxis är förenlig med konkurrenslagstiftningens syfte.

I uppsatsens ska därför följande frågeställningar besvaras:

1. Under vilka förutsättningar är ett avtal om ett selektivt distributionssystem tillåtet enligt den svenska konkurrenslagen?
2. Är KKV:s beslut avseende tillåtligheten av avtal som reglerar selektiva distributionssystem förenliga med syftet till konkurrenslagstiftningen?

För att kunna besvara dessa frågeställningar kommer även följande frågeställningar att besvaras:

- Vad avses med ett selektivt distributionssystem?
- Vad är syftet med den svenska konkurrenslagstiftningen?

1.3 Avgränsning

Uppsatsen behandlar när ett selektivt distributionssystem inte omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i konkurrenslagstiftningen. Av utrymmesskäl begränsas uppsatsen till att endast behandla de kriterier som ställts upp i praxis för att systemet ska stå utanför förbudet mot konkurrensbegränsande avtal samt de för vertikala avtal generella undantagsbestämmelser som baseras på tröskelvärden. Faktorer som påverkar konkurrensbegränsande avtal utöver de som är specifika för avtalstypen, t.ex. hur relevanta marknaden avgränsas eller närmare beröra huruvida avtal är märkbara och hur det påverkar bedömningen, kommer inte att beröras i denna uppsats.

Vidare kommer inte att problematiseras kring EU-rätten integrationsfrämjande syfte och hur det påverkar EU-rättslig praxis på området.

1.4 Metod och perspektiv

Uppsatsen är skriven utifrån en rättsdogmatisk metod med utgångspunkt i lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och rättsdogmatiskt orienterad litteratur.³ Då fokus ligger på

³ Korling & Zamboni, s. 21 ff.

tolkning av gällande rätt och att behandla syftet med lagstiftningen om förbud mot konkurrensbegränsande avtal ligger fokus framförallt på rättspraxis och förarbeten. Utöver de sedvanliga källorna har även riktlinjer och råd från kommissionen och KKV använts vid arbetet. Dessa utgör inte rättskällor, men kan i viss mån vara vägledande och sammanfattande.

Uppsatsen anlägger som helhet ett kritiskt perspektiv och granskar gällande rätt och hur svenska myndigheters (KKV) tillämpning av denna. Det kritiska perspektivet kommer dock tydligast till uttryck i de mer analyserande delarna i slutet av uppsatsen.

1.5 Forskningsläge och material

Någon särskild forskning finns inte gällande selektiva distributionssystem. Kort efter att den stora reformen av konkurrenslagen trädde ikraft 1993 publicerades dock en artikel i Ny Juridik med titeln ”Selektiva distributionssystem och konkurrenslagen”, och konkurrensrättslig doktrin behandlar i viss begränsad omfattning också selektiva distributionssystem.

I de deskriptiva delarna har utredningen skett med utgångspunkt i Ulf Bernitz bok ”Svensk och europeisk marknadsrätt” med stöd i Zeteos lagkommentarer. För fördjupande insikter har denna bok kompletterats med annan doktrin och förarbeten. Dessutom har rättsfallet Metro ifrån EU-domstolen studerats ingående och fått en betydande roll i mitt arbete.

En stor del av konkurrensregleringens mål och inriktning ligger i förståelsen av dess ekonomiska syften och hur dessa samspelar med övriga mål. Dessa frågor belyser Filip Bladini i artikeln ”Den svenska konkurrensrätten – mål och inriktning” (1995), vilken tillsammans med Ulf Bernitz bok ”Svensk och europeisk marknadsrätt” har använts som utgångspunkt vid utrönandet av lagstiftningens syfte.

Uppsatsämnet tar sikte på ett område där det inte finns någon prejudicerande praxis från svensk domstol efter det att lagen förändrades fundamentalt 1993. För att avgöra hur rättstillämpningen ser ut i Sverige har därför myndighetspraxis studerats, eftersom det är

enda möjligheten att se hur denna typ av avtal i praktiken behandlats i svensk rätt. Dessutom har EU-rättslig praxis, som är vägledande för svensk rättstillämpning, studerats ingående.

1.6 Disposition

Uppsatsen består av fyra huvudsakliga delar. Uppsatsen inleds med en genomgång av gällande rätt för konkurrensbegränsande avtal och den svenska rättens förhållande till unionsrätten. I den andra delen snävas perspektivet och vertikala avtal och regleringen för dessa beskrivs. I den tredje delen behandlas ingående selektiva distributionssystem och vilken effekt dessa har på marknaden, i denna del analyseras och sammanfattas även i vilka fall som selektiva distributionssystem är tillåtna. I den fjärde och avslutande delen analyseras om KKV i sina beslut gällande selektiva distributionssystem tillämpar lagstiftningen på ett sätt som förenligt med konkurrenslagens syfte, denna del anknyter till övriga delar.

2 Konkurrensbegränsande avtal

2.1 Gällande rätt

2.1.1 Lagstiftning

Konkurrensrätten kan sägas bygga på paradoxen att för att kunna åstadkomma fri konkurrens krävs att enskilda företags frihet begränsas. Lagen behöver innehålla begränsningar för att förhindra marknadens inneboende strävan mot monopol.⁴ Den idag gällande svenska konkurrenslagstiftningen, Konkurrenslag (2008:579) är en omarbetning av den konkurrenslag som infördes 1993 inför Sveriges inträde i EU. KL är, vad gäller de materiella bestämmelserna, nästan helt utformad efter EUs konkurrensrätt. Däremot skiljer sig systemen vad gäller administrativa och processuella regler.⁵

De materiella huvudbestämmelserna i KL är förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i 2 kap. 1§ KL, förbudet mot missbruk av dominerande ställning i 2 kap. 7§ KL och möjligheten att förbjuda företagskoncentrationer som påtagligt hämmar en effektiv konkurrens i 4 kap. 1§ KL.⁶ Dessa bestämmelser motsvarar artikel 101-102 FEUF samt koncentrationsförordningen.⁷

2.1.2 Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal

Konkurrensbegränsande avtal regleras i artikel 101.1 FEUF, som i svensk rätt motsvaras av 2 kap. 1§ KL. Bestämmelsen förbjuder avtal mellan företag som har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt eller som ger ett sådant resultat. Denna bestämmelse omfattar både vertikala och horisontella avtal.⁸

⁴ Kjellström, s. 73.

⁵ Bernitz, s. 83.

⁶ Ibid., 69 f.

⁷ Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer.

⁸ Prop. 2009/10:236 s. 10.

2.1.3 Undantagen från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i 2 kap. 1§ KL

Om ett avtal omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i 2 kap. 1§ KL kan det ändå under vissa förutsättningar vara undantaget förbudet ifall det omfattas av undantaget i 2 kap 2§ KL. I 2 kapp 2§ KL stadgas följande:

- 2 § Förbudet i 1 § gäller inte för ett avtal som
1. bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande,
 2. tillförsäkrar konsumenterna en skäligen andel av den vinst som därigenom uppnås,
 3. bara ålägger de berörda företagen begränsningar som är nödvändiga för att uppnå målet i 1, och
 4. inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga. (Lag 2008:579)

För att ett avtal ska vara undantaget från samarbetsförbudet måste samtliga villkor i paragrafen vara uppfyllda. Paragrafen stämmer i stort överens med artikel 101.3 FEUF. Bestämmelsen om gruppundantag som den unionsrättsliga regleringen även innefattar återfinns dock i 2 kap. 3§ KL.⁹

Undantaget gäller avtal som har sådana konkurrensfrämjande effekter att de uppväger de konkurrensbegränsande effekterna av samarbetet. Generellt kan sägas att undantaget förutsätter att de fördelar som uppnås med avtalet objektivt sett överväger de nackdelar för konkurrensen som avtalet kan komma att innebära. I praktiken blir det en fråga om avvägning av konkurrensfrämjande effekter gentemot konkurrensbegränsande effekter.¹⁰

I 2 kap. 3§ KL föreskrivs ytterligare undantag från förbudet i 2 kap. 1§ KL.

Dessa undantag kallas för gruppundantag och regleras i särskilda lagar. Två av dessa gruppundantag begränsar tillämpningen av förbudet för vertikala konkurrensbegränsande avtal; lagen (2008:581) om gruppundantag för vertikala konkurrensbegränsande avtal och lagen (2008:584) om gruppundantag för vertikala konkurrensbegränsande avtal inom motorfordonssektorn.

⁹ Bernitz, s.125.

¹⁰ Konkurrensverket, ”Undantag från förbudet”.

2.1.4 Närmare om förhållandet mellan europeisk och svensk rätt

EU:s konkurrensrättsliga system är grundläggande för konkurrensrätten i Europa.¹¹ De grundläggande fördragsreglerna om förbud mot konkurrensbegränsande avtal är i princip samma som i det ursprungliga Romfördraget från 1957.¹² Sedan 1957 har regleringen omnumrerats två gånger, men endast små språkliga förändringar har skett av artikeln som inte nämnvärt påverkar tillämpningen.¹³

Artikel 101 FEUF har direkt effekt inom hela EU och unionsrättslig konkurrensrätt kan åberopas i svenska domstolar. Den unionsrättsliga konkurrensrätten är dock begränsad till att gälla sådana konkurrensbegränsningar som har gränsöverskridande effekt, dvs. till de fall då det så kallade samhandelskriteriet är uppfyllt. I dessa fall är medlemsstaterna skyldiga att tillämpa unionsrättslig lagstiftning. Då artikel 101 FEUF tillämpas gäller konvergenskravet, vilket innebär att medlemsstaten i nationell domstol varken får tillämpa strängare eller mildare bedömning än vad som följer av EU-rätten.¹⁴

Eftersom EU:s konkurrensrätt är förebild för de materiella reglerna i den svenska lagstiftningen är det naturligt att lagen tolkas mot bakgrunden av tolkningen av motsvarande bestämmelser i EU-rätten som den har tolkats i EU:s domstolar.¹⁵ Detta framgår även av konkurrenslagens förarbeten, där framgår också att gruppundantagen ska tolkas mot den rättspraxis som har utvecklats av EU:s domstolar.¹⁶

¹¹ Bernitz, s. 63.

¹² Bernitz, s. 56 f.

¹³ I äldre domar görs bedömningen utifrån artikel 85. För enkelhetens skull kommer jag genomgående referera till artikel 101.1 FEUF eftersom det materiella innehållet överensstämmer.

¹⁴ Bernitz, 64 f.

¹⁵ Ibid., 64 f., 83.

¹⁶ Prop. 2007/08:135 s. 70.

3 Vertikala konkurrensbegränsande avtal

Vertikala avtal är avtal eller samordnade förfaranden som ingås mellan två eller flera företag. Dessa företag ska, inom ramen för avtalet, vara verksamma i olika led av distributions- eller produktionskedjan och avtalet ska avse villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster.¹⁷ Ett enkelt vertikalt förhållande är mellan två parter; en distributör och en leverantör.¹⁸

Den legala utgångspunkten för vertikala avtal är artikel 101.1 FEUF och 2 kap. 1§ KL. Tittar man närmare på tillämpningen av bestämmelserna kan man dock notera att bedömningen av vertikala avtal har mjukats upp under intryck av ett mer ekonomiskt och effektinriktat synsätt. Dessutom betraktas generellt vertikala samarbeten som mindre allvarliga än horisontella samarbeten eftersom parterna inte är konkurrerar.¹⁹

3.1 Gruppundantag för vertikala avtal

För avtalstyper som bara i mindre utsträckning anses ha betydelse i konkurrensbegränsningssynpunkt har generella undantag från förbudet i 101.1 FEUF och 2 kap. 1§ KL meddelats. Dessa brukar benämnas gruppundantag. Genom dessa får parterna i avtalet skydd från ingripande så länge de uppfyller kraven som ställs för att omfattas av undantaget.²⁰ Förutsättningarna för gruppundantag för vertikala avtal, såväl det svenska som det unionsrättsliga återfinns i VGUF, detta eftersom 3§ i den svenska gruppundantagslagen hänvisar till den unionsrättsliga regleringen. För avtal gällande motorfordon finns motsvarande bestämmelser i en egen lag.

VGUF är bara tillämplig om företagen inte överskrider vissa gränsvärden²¹ och under förutsättning att avtalet inte innehåller särskilt allvarliga begränsningar.²² Om ett vertikalt

¹⁷ Riktlinjer om vertikala begränsningar C 291/1, p. 24.

¹⁸ Bernitz, s.125.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Prop. 2009/10:236, s. 11.

²¹ Dessa gränsvärden finns fastställda i artikel 2-3 VGUF.

²² Vilka begränsningar som är särskilt allvarliga och inte får förekomma i vertikala avtal, den s.k. svarta listan, återfinns i artikel 4 VGUF. Artikel 5 VGUF anger andra allvarliga konkurrensbegränsningar som inte är tillåtna.

avtal inte omfattas av gruppundantaget bedöms avtalet istället individuellt mot vilka effekter som det har på marknaden i enlighet med 2 kap. 1-2 §§ KL respektive artikel 101 FEUF för de fall unionsrätten ska tillämpas.²³

Av 2 kap. 3 § KL framgår att om ett enskilt avtal är undantaget från förbudet i 2 kap. 1 § KL men har följder som är oförenliga med 2 kap. 2 § KL, får KKV besluta att avtalet ändå inte ska omfattas av gruppundantaget. Motsvarande bestämmelser finns även inom unionsrätten för avtal som omfattas av någon av gruppundantagsförordningarna. Det framgår dessutom av artikel 29.2 i Förordning(EG) nr 1/2003²⁴ att KKV även kan återkalla ett undantag för ett avtal som omfattas de gruppundantagsförordningarna.²⁵

Om parallella nät av liknande vertikala begränsningar omfattar över 50 procent av en relevant marknad finns en specialregel i art 6 VGUF. Denna regel ger kommissionen möjlighet att förklara att VGUF inte ska tillämpas på vertikala avtal som innehåller särskilda begränsningar avseende marknaden.²⁶

3.2 Avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsarkonkurrensen

Kommissionen har utfärdat ett särskilt tillkännagivande och KKV har utfärdat råd om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt art 101.1 FEUF respektive 2 kap. 1 § KL. Avtal som omfattas av kommissionens råd kallas för de minimis och de avtal som omfattas av KKV:s råd kallas för bagatellavtal.²⁷

KKV:s och kommissionens råd är endast vägledande och föregriper inte de tolkningar av begreppet som en domstol kan göra.²⁸ I sitt uttalande hänvisar KKV till kommissionens

I dessa fall, till skillnad från i artikel 4 VGUF, upphör undantaget att gälla endast för dessa begränsningar och inte för avtalet i dess helhet.

²³ Prop. 2009/10:236 s. 14.

²⁴ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

²⁵ Prop. 2009/10:236 s. 12.

²⁶ Ibid., s.18.

²⁷ Henriksson (2012), 73 f.

²⁸ KKVFS 2009:1, p 8.

tidigare tillkännagivande.²⁹ I kommissionens tillkännagivande anger de tröskelvärden på vilka marknadsandelar de anser krävs för att ett avtal ska kunna leda till att konkurrensen begränsas enligt artikel 101.1 FEUF. I tillkännagivandet slår kommissionen fast att avtal inte påverkar konkurrensen märkbart i den mening som avses i art 101.1 om den sammanlagda marknadsandelen för avtalsparterna understiger 10% på någon av de relevanta marknaderna som omfattas av avtalet och avtalet är ingånget mellan företag som är faktiska eller potentiella konkurrenter.³⁰ Om marknadsandelen understiger 15% för var och en av parterna på någon av de relevanta marknaderna som omfattas av avtalet och avtalet ingås av parter som inte är konkurrenter på någon av dessa marknader anses det också vara ett de minimis-avtal.³¹ För det fall som det är svårt att avgöra om det är ett avtal mellan konkurrenter eller icke-konkurrenter ska ett tröskelvärde på 10% gälla och när konkurrensen begränsas av den kumulativa effekten sänks trösklarna till 5%.³²

KKV anger dessutom i sina allmänna råd att i avtal att avtal i vissa fall inte omfattas av förbudet i 2 kap. 1§ KL. Detta är i avtal där varje avtalspart (och de till avtalsparten anknutna företag) har en årsomsättning under 30 miljoner kronor och företagen tillsammans har en marknadsandel om högst 15%.³³

I doktrin har dock framförts att avtal som utgör särskilt allvarliga begränsningar medför att 2 kap. 1§ KL och art 101.1 FEUF är tillämpliga trots att avtalet normalt sett kvalificerar sig som de minimis/bagatellavtal.³⁴

²⁹ Punkt 4 i Konkurrensverkets nu gällande allmänna råd (KKVFS 2009:1) hänvisar till kommissionens tidigare tillkännagivande (2001/C-368/07). I nuläget finns det inga nya allmänna råd från KKV, varför det gamla tillkännagivandet från kommissionen fortfarande är aktuellt för svensk nationell rätt. De tröskelvärden som kommissionen anger har dock inte förändrats i de uppdaterade riktlinjerna, alltså gäller samma tröskelvärden även för bagatellavtal.

³⁰ Tillkännagivande från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 101.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, p.8.

³¹ Ibid., p 8a-b.

³² Ibid., p 9 f.

³³ KKVFS 2009:1, p.7.

³⁴ Henriksson (2012), s. 74.

4 Selektiva distributionssystem

4.1 Selektiva distributionssystem

Selektiva distributionssystem definieras i artikel 1d VGUF som följande:

Ett distributionssystem där leverantören åtar sig att direkt eller indirekt, sälja avtalsvarorna eller avtalstjänsterna endast till återförsäljare som valts ut på grundval av särskilda kriterier och där dessa återförsäljare åtar sig att inte sälja dessa varor eller tjänster till icke-auktoriserade inom det område som leverantören har reserverat för att driva detta system.

I praxis har två krav ställts upp för att det ska anses föreligga ett selektivt distributionssystem. Det första kravet är att försäljning endast är tillåtet till de återförsäljare som uppfyller leverantörens krav. Det andra kravet är att återförsäljarna förbjuds att sälja vidare produkterna till återförsäljare som inte lever upp till de krav som krävs för auktorisering.³⁵

I ett selektivt distributionssystem tillämpar leverantören en medveten kundbegränsning och säljer endast sina produkter till en utvald kundkrets som säljaren anser förmånlig från sin synpunkt.³⁶ Leverantörer som använder sig av selektiv försäljning vill begränsa försäljningen till detaljister/grossister som uppfyller deras krav.³⁷ En anledning till att ett sådant system används är att de ger återförsäljaren stimulering att aktivt marknadsföra produkten. Det ger också leverantören möjlighet att neka försäljning t.ex. till butiker med sämre image eller förenklade distributionsformer.³⁸

Enligt både nationell konkurrensrätt och unionsrätten är säljvägran normalt sett tillåtet och avtalsfrihet är viktig utgångspunkt i konkurrensrätten. Säljvägran är ofta en konsekvens av att

³⁵ Carlsson & Bergman, Konkurrenslagen 22 april 2016, Zeteo), kommentaren till 2 kap. 1 §.

³⁶ Carlsson & Bergman, Konkurrenslagen (22 april 2016, Zeteo), kommentaren till 2 kap. 1 §.

³⁷ Ibid.

³⁸ Bernitz, s. 131.

selektiva distributionssystem tillämpas. Det är däremot inte tillåtet att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner eftersom det strider om 2 kap. 1 § KL.³⁹

4.2 Kvalitativa selektiva distributionssystem

Det har i praxis även ställts upp tre krav för att ett selektivt distributionssystem inte ska omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i 2 kap. 1 § KL/art 101.1 FEUF. Om dessa krav är uppfyllda är systemet ett så kallat kvalitativt selektivt distributionssystem.

Konkurrensverket har också i flertalet beslut konstaterat att endast s.k. öppna system kan anses ligga utanför KL:s förbud. Detta innebär att återförsäljarna som redan är auktoriserade själva kan avgöra huruvida en utanförstående återförsäljare uppfyller de aktuella kriterierna eller inte.⁴⁰

4.2.1 Produktens art

Det första kravet för att ett selektivt distributionssystem ska falla utanför förbudets tillämpningsområde är att produktens art kräver ett selektivt distributionssystem. Med detta menas att ett sådant system är berättigat med hänsyn till produktens art, för att bevara kvalitén och säkerställa att den används på rätt sätt.⁴¹ De produkter som i praxis har accepterats att uppfylla produktartskravet för kan i stort delas upp i två huvudkategorier, produkter som är tekniskt komplicerade och produkter för vilka ett exklusivt varumärke är viktigt.⁴²

Det finns inte någon praxis på området från svensk domstol, indicier på vad som uppfyller produktartskravet i svensk rätt kan däremot urskiljas i KKV:s beslut. Bland KKV:s beslut kan nämnas ett beslut om ett selektivt distributionssystem Salomon använder för försäljning av sina produkter som bedömdes vara tillåtet. Beslutet innebar att vissa produkter (vintersportsprodukter och ”in-lines skates”) var berättigade att distribueras genom ett sådant distributionssystem på grund av sin särskilda komplexitet, eftersom det krävdes särskild kompetens från personal för inställning av produkten. Vad som kan anses lite mer

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Se exempelvis dnr. 824/93.

⁴¹ Carlsson & Bergman, Konkurrenslagen (22 april 2016, Zeteo), kommentaren till 2 kap. 1 §.

⁴² Ibid.

kontroversiellt är det faktum att beslutet även berättigade ”bi-produkter” såsom mössor, vantar och ryggsäckar att omfattas av systemet med argumentet att de utgör komplement till de tekniskt komplicerade produkterna och att de svarar för en så pass liten del av försäljningen.⁴³ Andra produkter som har godtagits i beslut av KKV, och även av EU-domstolen, är exklusiva kosmetikaproducter. KKV har motiverat detta med att exklusiva kosmetikaproducter på grund av sitt pris, sin kvalitet och det faktum att de ofta säljs under prestigefyllda varumärken skiljer sig från liknande produkter på marknaden och att ett viktigt skäl till att konsumenterna väljer just dessa produkter är dess exklusiva karaktär. Förmågan att skapa och upprätthålla en sådan profilering är ett viktigt konkurrensmedel inom den exklusiva kosmetikabranschen. KKV ansåg att exklusiva kosmetikaproducter därför kan anses ha sådana egenskaper som berättigar distribution genom ett selektivt distributionssystem.⁴⁴

KKV har däremot inte ansett cyklar vara en produkt som berättigar till undantag från konkurrensbegränsningsförbudet genom ett selektivt distributionssystem eftersom dessa produktenligt KKV:s mening inte är av en sådan komplexitet som krävs för detta. Den enskilde cykelägaren kan till stor del göra underhåll och egna reparationer och de fackhandlare som utför reparationer och service kan göra det på alla cyklar oberoende av märke.⁴⁵ KKV har inte heller berättigat till undantag genom ett sådant försäljningssystem för barnstolar, tapeter, naturläkemedel.⁴⁶

4.2.2 Kvalitativa urvalskriterier

Det andra kravet är att urvalskriterierna ska vara kvalitativa. Detta fastställde EU-domstolen i mål Metro mot kommissionen från 1977. I målet ville Metro, ett företag som drev s.k. självbetjäningsspartihandel i Tyskland, ogiltigförklara kommissionens beslut angående företaget SABAs selektiva distributionssystem. Detta eftersom Metro fått avslag på att bli auktoriserad grossist av SABAs produkter av anledningen att de inte ville acceptera några av de krav SABA ställt upp för inträde. Metro anförde i domstolen att kommissionen genom beviljande av undantag från artikel 101.1 FEUF åsidosatt artikel 101.3 FEUF eftersom förutsättningar för undantag inte funnits.

⁴³ Dnr 1054/97.

⁴⁴ Dnr 824/93.

⁴⁵ Dnr 241/95

⁴⁶ Dnr 674/94, dnr 1810/93, dnr 94/95.

I fallet uttalar domstolen att konkurrensen karaktär och intensitet beror på vilka varor och tjänster det handlar om och den ekonomiska strukturen på den relevanta branschmarknaden. SABA verkade i branschen för produktion av tekniskt avancerade konsumtionsvaror. Varor som ett ganska begränsat antal tillverkare utbjuder och som i konsumenternas ögon är lätt utbytbara. Domstolen konstaterar i domen att marknadsstrukturen i denna bransch inte är till hinder för förekomsten av olika distributionskanaler som anpassas för tillverkarnas särdrag och konsumenternas behov. Med beaktande av detta ansåg domstolen att kommissionen gjort rätt då de ansett att det selektiva distributionssystemet är förenligt med artikel 101.1 FEUF. Domstolen uttalar i målet att selektiva distributionssystem är ett konkurrensmedel som är förenligt med artikel 101.1 FEUF under förutsättning att valet av återförsäljare sker enligt objektiva kriterier av kvalitativ natur som grundar sig på återförsäljarens och dennes personals yrkesmässiga kvalifikationer samt på fackmässig teknisk utrustning och att dessa villkor fastställs på ett enhetligt sätt gentemot alla de återförsäljare som kan komma i fråga och att dessa villkor tillämpas utan diskriminering.⁴⁷ Denna dom har kommit att bli ett viktigt avgörande och dessa urvalskriterier har därefter upprepats i många domar från EU-domstolen och är fortfarande utgångspunkten då EU-domstolen bedömer selektiva distributionssystem.⁴⁸

Kravet på kvalitativa urvalskriterier kan exempelvis innebära tekniska krav ställs på återförsäljaren och dennes personal. Kraven kan bestå i att återförsäljaren har lämpliga affärslokaler, att lågprisvaror inte säljs i närheten av avtalsprodukterna och att återförsäljaren tillhandahåller service efter försäljning. Som naturlig följd av ett sådant krav följer att återförsäljaren inte får leverera produkten till andra återförsäljare som inte lever upp till kraven. Däremot är det inte tillåtet med ett förbud för återförsäljaren att sälja produkterna till andra återförsäljare som är anslutna till nätet av auktoriserade återförsäljare eftersom ett sådant förbud ses som en särskilt allvarlig begränsning.⁴⁹

4.2.3 Nödvändiga urvalskriterier

Det tredje kravet för att distributionssystemet ska falla utanför samarbetsförbudet är att urvalskriterierna måste vara objektivt nödvändiga. Om systemet innehåller urvalskriterier och krav som går längre än ovan redogjorda förutsättningar kan systemet alltså anses konkurrensbegränsande och falla inom samarbetsförbudet. Huruvida urvalskriterierna är

⁴⁷ Mål 26/76 Metro mot kommissionen, domstolens dom av den 25 oktober 1977, p. 20.

⁴⁸ Whish, s. 642.

⁴⁹ Carlsson & Bergman, Konkurrenslagen (22 april 2016, Zeteo), kommentaren till 2 kap. 1§.

nödvändiga avgör, dvs. om kriterierna är proportionella med hänsyn till den specifika produktens karaktär. Det är frågan om ett proportionalitetskrav och vad som anses nödvändigt kan alltså variera från produkt till produkt.⁵⁰

Vad som anses vara nödvändiga urvalskriterier har konkretiserats i flertalet domar. Exempelvis har EU-domstolen i mål bedömt att obligatoriskt krav på närvaro av en utbildad apotekare på en fysisk försäljningsplats utesluter alla former av nätförsäljning för de auktoriserade återförsäljarna och går utöver vad som är en proportionell begränsning.⁵¹ Tribunalen har även ansett att ett krav på att produkter bara fick säljas av utbildade farmaceuter inte vara nödvändigt, eftersom det inte var fråga om medicinska produkter.⁵²

Ett viktigt avgörande som det ofta referats till i praxis och som bland annat behandlar nödvändighetskriteriet är AEG mot kommissionen. Målet är det första där kommissionen ansett ett selektivt distributionssystem strida mot artikel 101.1 FEUF. I målet har kommissionen beslutat att det selektiva distributionssystem som AEG använder strider mot förbudet i 101.1 FEUF. Detta för att de har tillämpat sitt selektiva distributionssystem på ett otillåtet sätt genom att ha diskriminerat distributörer och påverkat de auktoriserade distributörernas försäljningspriser i syfte att utesluta vissa distributionsformer och upprätthålla priserna på en bestämd nivå. Kommissionen beordrade AEG att sluta tillämpa systemet och ålade dem böter på 1 miljon euro. Detta överklagade AEG till EU-domstolen.

Domstolen ansåg det vara ett brott mot artikel 101.1 FEUF att inte godkänna alla återförsäljare som kvalificerat sig för systemet. AEG hävdade att syftet med förfarandet varit att upprätthålla den vinstmarginal som är nödvändig för att fackhandeln ska kunna överleva. Domstolen ansåg inte att en konkurrensbegränsning för att upprätthålla en minsta vinstmarginal uppfyllde kravet att vara ett objektiva nödvändigt kriterium.⁵³ En viktig sak som domstolen belyser i målet är också att selektiva distributionssystem utgör en konkurrensfaktor som är förenlig med artikel 101.1 FEUF genom att de syftar till ett legitimt resultat, nämligen att förbättra konkurrensen där den inte enbart utövas på grundval av priserna. AEG blev dock inte fällda då agerandet ansågs vara en enstaka händelse.⁵⁴

⁵⁰ Carlsson & Bergman, Konkurrenslagen (22 april 2016, Zeteo), kommentaren till 2 kap. 1 §.

⁵¹ Mål C-439/09 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS mot Président de l'Autorité de la concurrence och Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, domstolens dom den 13 oktober 2011, p. 47.

⁵² Mål T-19/91 Vichy mot kommissionen, tribunalens dom av den 27 februari 1992, p. 69 f.

⁵³ Mål 107/82 AEG mot kommissionen, domstolens dom av den 25 oktober 1983, p. 43.

⁵⁴ Ibid., p. 33.

4.2.4 Kvantitativa selektiva distributionssystem

I de riktlinjer om vertikala begränsningar som kommissionen har utgivit framhåller de att vid bedömning av eventuella konkurrensbegränsande effekter enligt art 101.1 FEUF krävs en distinktion mellan kvantitativa och kvalitativa selektiva distributionssystem.⁵⁵ Någon distinktion behöver dock inte göras vid tillämpning av VGUF eftersom avtalet täcks av undantaget så länge avtalsslutande parter marknadsandelar understiger det uppställda gränsvärdet. Anledningen till att en distinktion krävs är alltså att kvalitativa selektiva distributionssystem inte omfattas av förbudet medan kvantitativa gör det.

I ett kvantitativt selektivt distributionssystem använder leverantören utöver kvalitativa kriterier även kriterier som direkt begränsar antalet återförsäljare.⁵⁶ De kvantitativa kriterierna kan avse begränsningar av totala antalet återförsäljare inom ett område, i förhållande till befolkningens storlek inom området eller att det krävs ett visst avstånd mellan återförsäljarna. Det kan även innebära åtaganden som att återförsäljarna måste sälja ett visst antal produkter eller måste uppnå en viss omsättning och antalet eller omsättningen baseras på hur stort område återförsäljaren täcker. Andra kvantitativa krav kan också vara att återförsäljaren ska ha en eller flera vanliga butiker eller måste ge tillgång till särskild service.⁵⁷

4.3 Selektiva distributionssystem påverkan på marknaden

Selektiva distributionssystem kan påverka marknaden både i negativ och positiv riktning. Systemet ska uppnå ett resultat som kan förbättra konkurrensen och på så sätt väga upp den konkurrensbegränsning som systemet innebär.⁵⁸

Utformningen av selektiva distributionssystem har i sig en avskärmande karaktär⁵⁹ genom att de utesluter vissa typer av försäljningsställen och genom att de återförsäljare som är utvalda förhindras att sälja vidare till de återförsäljare som står utanför systemet. Detta märks i första

⁵⁵ Riktlinjer om vertikala begränsningar C 291/1, p. 175.

⁵⁶ Se exv. Dnr 241/95.

⁵⁷ Dnr 824/93.

⁵⁸ Framgår bland annat av mål 26/76 Metro mot kommissionen, domstolens dom av den 25 oktober 1977, p 20.

⁵⁹ Carlsson & Bergman, Konkurrenslagen (22 april 2016), kommentaren till 2 kap. 1§ KL.

hand genom att inommärkeskonkurrensen begränsas vilket i sin tur kan leda till en minskad priskonkurrens.⁶⁰ Vid bedömningen av konkurrenshämmande effekter har leverantören och dess konkurrenters marknadsposition en stor betydelse. Starka konkurrenter innebär generellt att en minskad konkurrens inom varumärken uppvägs av en tillräcklig mellanmärkeskonkurrens.⁶¹

I domen Metro mot kommissionen II I anför domstolen att när det på en viss relevant marknad finns ett antal kvalitativa selektiva distributionssystem som gör att det inte finns rum för andra distributionsmetoder eller resulterar till en stelhet i prisstrukturen som inte balanseras upp av andra typer av konkurrens är artikel 101.1 applicerbar trots att det är ett kvalitativt selektivt distributionssystem.⁶²

Vid selektiva distributionssystem är det generellt osannolikt att kumulativa utestängningseffekter skulle orsaka problem om den marknadsandel som omfattas selektiv distribution är mindre än 50 % eller om den marknadsandelen överstiger 50 % och de fem största leverantörernas marknadsandelar tillsammans understiger 50 %.⁶³ Kommissionen har indikerat att förmånen med gruppundantag kan återkallas från selektivt distributionssystem där det är problem med kumulativa effekter med att det är otroligt att det sker när den del av marknaden som är täckt av selektiva distributionssystem är under 50 procent eller där den totala marknadsandelen av de fem största företagen understiger 50 procent. De uttalar också att en ensam leverantör med marknadsandel på mindre än 5 procent förmodligen inte kan bidra till den kumulativa effekten överhuvudtaget.⁶⁴

Selektiva distributionssystem kan också medföra positiva effekter. I Sverige har MD har anfört följande:

Genom att begränsa försäljningen av sina produkter till vissa återförsäljare kan en leverantör knyta återförsäljarnas intresse till just dessa produkter och i övrigt påverka förhållandena kring försäljningen i en av leverantören önskad riktning. Möjligheten härtill kan förstärka producenternas intresse för att investera i produktutveckling och hög produktkvalitet. Detta kan skapa förutsättningar för ökad kvalitetskonkurrens och en för konsumenterna positiv mångfald i varuutbudet. En

⁶⁰ Dnr 1805/93.

⁶¹ Carlsson & Bergman, Konkurrenslagen (22 april 2016), kommentaren till 2 kap. 1§ KL.

⁶² Mål 75/84 Metro mot kommissionen (Metro II), domstolens dom av den 22 oktober 1986, p.41-42.

⁶³ Carlsson & Bergman, Konkurrenslagen (22 april 2016), kommentaren till 2 kap. 3§ KL.

⁶⁴ Riktlinjer om vertikala begränsningar C 291/1, p. 75 och 179.

ökad kontroll över marknadsföringen kan vidare ge producenten bättre möjligheter att planera sin produktion och därigenom sänka produktionskostnaderna.⁶⁵

Andra fördelar som denna typ av distribution kan skapa för konsumenten är t.ex. i form av utbildad försäljningspersonal, representativ miljö, brett urval av produkter inom märket och ett utbud av olika märken/produkter av den typ kunden söker på ett och samma ställe. Ett begränsat antal återförsäljare kan även medföra att leverantören blir mer kostnadseffektiv och kan hålla en lägre prisnivå gentemot återförsäljarledet.⁶⁶

4.4 Selektiva distributionssystem tillåtenhet i svensk rätt

Av vad som anförts i uppsatsen kan konstateras att ett selektivt distributionssystem kan anses vara tillåtet på flera olika grunder. I praxis från EU-domstolen har vissa krav fastställts för att ett selektivt distributionssystem ska anses vara kvalitativt och om dessa krav efterlevs kommer systemet att stå utanför förbudet som konkurrensbegränsande avtal. I Sverige saknas prejudicerande praxis på området, det finns alltså inga avgöranden i svensk rätt som bekräftar att dessa kriterier ska tillämpas även på den svenska marknaden. Däremot har KKV tillämpat dessa kriterier och det framgår av förarbeten till den svenska lagstiftningen att domstolspraxis från EU-domstolen ska beaktas vid tillämpning av svensk rätt till följd av konkurrensrättens utformning efter den materiella EU-konkurrensrätten. Svensk doktrin är också enig om att dessa kriterier bör tillämpas även i svensk nationell rätt. Med beaktande av detta kan man med relativt stor säkerhet anta att dessa kriterier även är gällande i svensk rätt.

Att det selektiva distributionssystemet är kvalitativt är dock inte någon full garanti för att det ska vara tillåtet. Detta eftersom tillåtenheten inte bara är beroende av de i systemet inneboende egenskaperna utan hur marknadens struktur ser ut är också en avgörande faktor vid bedömning.

Att kraven inte uppnås innebär inte per se att systemet är otillåtet. Ett selektivt distributionssystem som innehåller kvantitativa urvalskriterier eller i övrigt innehåller

⁶⁵ MD 1986:5 NO mot Monark-Crescent.

⁶⁶ Dnr 824/93.

kriterier som inte uppfyller kraven för att vara ett kvalitativt selektivt distributionssystem kan undantas från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal om de uppfyller kraven för undantag i 2 kap. 2§ KL/101.3 FEUF.

Många selektiva distributionssystem behöver aldrig ens prövas mot förbudsreglerna i konkurrenslagstiftningen eftersom de undantas redan genom gruppundantagsbestämmelserna. I dessa fall ställs inte några krav på produkten eller urvalskriterierna utöver de krav som ställs för att omfattas av gruppundantaget, utan avtalet omfattas så länge uppställda gränsvärden inte överskrids. I princip krävs ändå att kriterierna för undantag enligt konkurrenslagen är uppfyllda, eftersom KKV har befogenhet att undanta ett avtal från gruppundantagsbestämmelserna om de anser att dessa kriterier inte är uppfyllda.

De av KKV uppställda gränsvärden för bagatellavtal innebär att de inte kommer att ingripa om ett avtal håller sig inom satta gränsvärden. Däremot har det ingen eller möjligtvis minimal inverkan på hur en domstol skulle döma i frågan. Dessa gränser är alltså ingenting att förlita sig på, utan ska mest ses som en rekommendation.

5 KKV:s besluts överensstämmelse med konkurrenslagens syfte

5.1 Den svenska konkurrenslagens syfte

I 1 kap. 1 § KL anges att konkurrenslagen ”har till ändamål att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter.” Tolkningen av denna paragraf är att konkurrenslagstiftningen ska främja konkurrens. Konkurrens ses som ett medel till att uppnå vissa mål och inte som ett mål i sig.⁶⁷ Lagstiftningen bygger på uppfattningen att fri prisbildning ska föreligga på marknaden och att priskonkurrens är ett önskvärt konkurrensmedel men även prestationskonkurrens eftersträvas.⁶⁸ En effektiv konkurrens kan anses råda på en marknad där företagen inte handlar i samförstånd, antalet säljare inte är reglerat och det inte finns några hinder för nyetableringar.⁶⁹

Att upprätthålla en effektiv konkurrens ska enligt etablerad ekonomisk teori medföra lägre priser och ett större utbud av tjänster och varor för konsumenterna och en bättre resursfördelning i samhället.⁷⁰ I förarbetena anges att staten genom konkurrenslagens bestämmelser vill motverka att en struktur som i sig utesluter en effektivt fungerande konkurrens eller allvarligt begränsar att konkurrens uppkommer,⁷¹ det framhålls också att konkurrenslagen avser att generellt skydda samhällsekonomin och konsumenterna.⁷² I flera propositioner har de angivits att konkurrensen ska vara den centrala marknadsregulatorn och grund för det ekonomiska systemet. Marknadsekonomin förutsätter en fungerande konkurrens och om företag sätter den ur spel kan långsiktiga förluster för samhällsekonomin uppstå genom att företag förlorar incitament till priskontroll och förmåga till långsiktig förnyelse.⁷³

⁶⁷ Prop. 2007/08:135 s. 67.

⁶⁸ Bernitz, s. 75 ff.

⁶⁹ Carlsson & Bergman, Konkurrenslagen (22 april 2016), kommentar till 1 kap. 1 §.

⁷⁰ Kjellström, s. 73.

⁷¹ Prop. 1999/2000:140, s. 153 f.

⁷² Prop. 2007/08:135 s. 67.

⁷³ Bernitz, s. 74.

Vad som är den svenska konkurrensrättens skyddsintressen och syften är inte en helt självklart. I USA förhärskar Chicagoskolan, där tas endast hänsyn till de strikt ekonomiska effektivitetsaspekterna. I Sverige och Europa är inte detta lika entydligt.⁷⁴ Filip Bladini har i en artikel i SvJT framfört att det inte är troligt att en konkurrensrättslig bedömning stannar vid den lösning som är ekonomiskt effektiv.⁷⁵ Bernitz framför att det primära skyddsintresset är den samhällsekonomiska men framhåller också att det är för begränsat att betrakta konkurrenslagstiftningen som uppbyggen av bara intresset för ekonomisk effektivitet, utan den bidrar också till att skydda marknadsekonomin som institution.⁷⁶ Däremot konstaterar Bladini att om den ekonomiska analysen visar att det är osäkert om något alternativ är mer effektivt än det andra, ökar utrymmet för att i stället beakta de element som inte är ekonomiska.⁷⁷ En definition av vad som är ett ekonomiskt effektivt tillstånd är att en förändring till det bättre för en person inte kan ske utan att någon annan samtidigt får det sämre, ett synsätt som spåras tillbaka till utilitarismen. Till detta ansluter en inom nationalekonomin och rättsekonomin ofta använd terminologi att en viss förändring är paretoöverlägsen om den leder till att åtminstone en person får det bättre utan att någon annan får det sämre. Ibland används begreppet Kaldor-Hicks-kriteriet, vilket innebär att resultatet av förändringen tillåts generera både vinnare och förlorare, men förutsätter samtidigt att vinsten är större än den samlade förlusten. Det är alltså i princip en traditionell kostnads- och intäktsanalys.⁷⁸

Indirekt uppbyggs konkurrenslagstiftningen, förutom av ekonomisk effektivitet, av intresset att skydda konsumenterna. Bernitz går så långt som att mena att konkurrenslagen är en del av konsumentlagstiftningen och han sammanfattar konkurrenslagstiftningens uppgifter till att främja ekonomisk effektivitet, priskonkurrens och låga priser, förbrukarnas intresse av ett bra och varierat produktutbud, företagens intresse av rörelsefrihet på marknaden.⁷⁹

⁷⁴ Ibid., s. 73.

⁷⁵ Bladini, SvJT 1995, s 460-461 (e-version).

⁷⁶ Bernitz, s. 73.

⁷⁷ Bladini, SvJT 1995, s 462 (e-version).

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Bernitz, s. 77.

5.2 Analys av KKV:s tillämpning av KL vid avtal som reglerar selektiva distributionssystem

Den argumentation som KKV använder vid bedömning av om selektiva distributionssystem omfattas av samarbetsförbudet eller inte, följer EU-domstolens argumentation i denna typ av mål. EU-domstolen har bland annat framhållit att selektiva distributionssystem utgör en tillåten konkurrensfaktor genom att den syftar till ett legitimt resultat, att förbättra konkurrensen där den inte enbart utövas på grund av priserna.

EU-domstolen satte de första spelreglerna för selektiva distributionssystem redan 1977 i målet Metro mot kommissionen. Domstolen uttalade i målet att selektiva distributionssystem är konkurrensmedel som är förenliga med artikel 101.1 FEUF om systemet uppfyller vissa i domen uppställda krav. Efter det har, genom flera domar från EU-domstolen, kriterierna konkretiserats och klargjorts ytterligare. KKV har i sina beslut beaktat EU-domstolens principiella inställning och de kriterier som EU-domstolen fastlagt genom sina domar där de bedömt tillåtligheten av selektiva distributionssystem. I majoriteten av besluten hänvisas direkt till EU-rättslig praxis. Den fråga som bör besvaras är om de kriterier som ställts upp av EU-domstolen och som tillämpas av KKV för selektiva distributionssystem är förenliga med den svenska konkurrenslagstiftningens syfte.

De grundläggande kriterier som fastställdes i Metro-domen, vilka redogjorts för under avsnitt 4.2.2, innebär inte att konkurrensen inte påverkas av det selektiva distributionssystemet. Ett selektivt distributionssystem påverkar konkurrensen, ofta genom att priskonkurrensen minskar. I domen fastslogs det däremot att det finns berättigade krav som kan motivera priskonkurrensbegränsning till förmån för en konkurrens som grundar sig på andra faktorer.

Den svenska lagstiftningen ska främja konkurrens. I svensk doktrin och konkurrenslagens förarbeten har dock framhållits att det inte är konkurrensen i sig som är skyddsvärd utan dess effekt för konsumenterna och samhällsekonomin. Dessutom är konkurrenslagstiftningen en viktig regulator för att inte marknadsekonomin ska sättas ur spel. Detta bör beaktas när man bedömer hur den svenska konkurrenslagstiftningen ser på selektiva distributionssystem.

Om de kriterier som ställts upp i praxis är uppfyllda påverkas konkurrensen även positivt eftersom det krävs att ”valet av återförsäljare sker enligt objektiva kriterier av kvalitativ natur som grundar sig på återförsäljarens och dennes personals yrkesmässiga kvalifikationer samt på fackmässig teknisk utrustning”. Detta främjar konsumenternas intressen bland annat genom ökad kvalitetskonkurrens, mångfald i varuutbudet och tillgång till välutbildad personal. De krav som leverantören kan ställa på återförsäljaren i ett selektivt distributionssystem är alltså endast sådana som på något vis förbättrar konkurrensen för konsumenterna.

Produktartskravet innebär även det att konkurrensen påverkas positivt. Vad gäller exklusiva produkter bidrar distributionssystemet exempelvis till förmågan att upprätthålla produktens profilering, vilket i sig är ett viktigt konkurrensmedel för denna typ av varor.

I och med kravet som innebär att ”villkor fastställs på ett enhetligt sätt gentemot alla de återförsäljare som kan komma i fråga och att dessa villkor tillämpas utan diskriminering” begränsas möjligheter att leverantörer utestängs från systemet och risken för begränsning av nyetableringar blir inte heller lika påtaglig som den annars kunnat bli. Att system med kriterier av kvantitativ karaktär inte tillåts ligger även det väl i linje med detta synsätt.

Ett selektivt distributionssystem främjar alltså prestationskonkurrensen, varför de marknadsekonomiska fundamenten inte riskerar inte att sättas ur spel genom förfarandet.

Det är svårt att göra en generell ekonomisk effektivitetsanalys på området. Av vad som redogjorts i denna uppsats kan konstateras att det genom selektiva distributionssystem uppstår ekonomiska fördelar för producenter som kan planera och sänka produktionskostnader. Huruvida dessa helt kompenserar för de ekonomiska begränsningar som blir följden av det selektiva distributionssystemet är svårt att avgöra utan djupare analys. Vad som kan konstateras är däremot att det i litteraturen framhåvts att en konkurrensrättslig bedömning inte bara bör baseras på den lösning som är mest ekonomiskt effektiv. Denna modell för marknadsföring och distribution främjar flera andra av konkurrenslagens prioriterade intressen och det som är ekonomiskt mest effektivt behöver alltså inte vara det avgörande.

6 Slutsatser

Avslutningsvis kan konstateras att ett selektivt distributionssystem aldrig generellt kan sägas undantas från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal, oavsett vilka kriterier som tillämpas i systemet eftersom även yttre faktorer spelar in i bedömningen. Vid upprättandet av ett selektivt distributionssystem krävs det alltid en bedömning av både marknaden och de kriterier som man ämnar tillämpa för att systemet helt säkert ska kunna stå utanför samarbetsförbudet och slippa oönskade påföljder. Det kan dock, mot bakgrund av att det inte finns någon prejudicerande praxis från svensk domstol, antas att aktörerna på den svenska marknaden inte funnit tillräckligt starka skäl föreligga för att pröva denna fråga och att selektiva distributionssystem inte verkar vara ett speciellt stort problem för konkurrensen på den svenska marknaden.

Mot bakgrund av vad som framkommit i denna uppsats och min analys i avsnitt 5.2, blir min slutsats att KKV:s beslut om tillåtligheten av selektiva distributionssystem ligger väl i linje med de syften som ligger till grund för den svenska konkurrenslagen.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Bernitz, Ulf: *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 4 uppl., Visby 2015

Henriksson, Lars: *Distributionsavtal*, 1 uppl., Visby 2012

Kjellström, Anders: *Marknadsekonomins rättsliga reglering*, 1 uppl., Lund 2000

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013.

Whish, Richard & Bailey, David: *Competition law*, 7 uppl., Oxford 2012

Propositioner

Prop. 2009/10:236 Vertikala konkurrensbegränsande avtal

Prop. 2007/08:135 Ny konkurrenslag m.m.

Prop. 1999/2000:140 Konkurrenspolitik för förnyelse och mångfald

Europeiska gemenskapens officiella tidning

EGT C291, 30.08.2014, Tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 101.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (stöd av mindre betydelse)

EGT C291, 13.10.2000 sid. 1 Riktlinjer om vertikala begränsningar

Artiklar

Bladini, Filip (1995), ”Den svenska konkurrensrätten - mål och inriktning”, i SvJT s. 454-480

Elektroniska källor

Carlsson, Kenny & Bergman, Mats: Konkurrenslagen: en kommentar, (22 april 2016, Zeteo), besökt 2017-04-25

KKVFS 2009:1, Konkurrensverkets allmänna råd om avtal av mindre betydelse - (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579), Konkurrensverket, internet 2017-05-14
<http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/kkvfs/kkvfs_2009-1.pdf>

Konkurrensverket, "Undantag från förbudet." Hämtat 14 maj 2017.
<<http://www.konkurrensverket.se/konkurrens/om-konkurrensreglerna/samarbete-som-begransar-konkurrensen/undantag-fran-forbudet/>>

Rättsfallsförteckning

Marknadsdomstolen

MD 1986:5 NO mot Monark-Crescent

EU-domstolen

C-230/16 Begäran om förhandsavgörande framställd av Oberlandesgericht Frankfurt am Main (pågående)

Mål C-439/09 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS mot Président de l'Autorité de la concurrence och Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, REG [2011] s. I-9419

Mål 26/76, Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG mot Europeiska gemenskapernas kommission (Metro I), REG [1977], s. 1875

Mål 107/82, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Europeiska gemenskapernas kommission, REG[1983], s. 3151

Mål 75/84, Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG mot Europeiska gemenskapernas kommission (Metro II), REG [1986], s. 3074

Mål T-19/91 Vichy mot kommissionen, REG [1992] s. 1857

Myndighetspraxis

Boråstapeter AB dnr. 1810/93

France Beauté AB dnr. 824/93

Hewlett-Packard Sverige AB dnr. 1805/93

MaxMedica Naturmedel AB dnr. 94/95

Monark-Crescent AB dnr. 241/95

Salomon Sport AB dnr. 1054/97

Stokke Fabriker AB dnr. 674 /94