



Juridiska institutionen
HANDELSHÖGSKOLAN VID GÖTEBORGS UNIVERSITET



Det nya vertikala gruppundantaget och franchiseavtalen

Uppsats i Tillämpade studier 20 p
Juris Kandidatprogrammet, HT99
Av Fredrik Persson
Handledare: Docent Filip Bladini

Förord

Eftersom det är första gången jag skriver ett förord till en uppsats, eller till något annat heller för den delen, skall jag försöka att hålla mig kort.

Arbetet med denna uppsats har varit mycket spännande och lärorikt. Att ämnet kretsar kring något så nytt som det nya vertikala gruppundantaget har både sina fördelar och, tyvärr, sina nackdelar. Fördelarna är att jag haft privilegiet att arbeta med helt nya regler och infallsvinklar och, om än kanske bara för en kort stund, fått känna mig som en verklig pionjär inom ett dynamiskt och spännande fält. Nackdelen är att redan när arbetet läses så har säkerligen flera av reglerna jag analyserat förändrats och uppsatsen riskerar att till vissa delar redan vara inaktuell. Tyvärr tillåter inte tiden att jag avvaktar tills alla regler är skrivna i sten (om de någonsin blir det) varför jag, och läsaren, får leva med denna nackdel. Fördelarna överväger ändå nackdelarna.

Jag har haft privilegiet att skriva denna uppsats på plats hos konkurrensverket i Stockholm. Jag vill därför tacka alla som arbetar på verket för detta. Särskilt vill jag tacka Thomas Wallander på rätts och ekonomiska sekretariatet samt Åsa Holmgren på konkurrensavdelning 1 som båda lämnat viktiga synpunkter på uppsatsen och funnits till hands när jag behövt hjälp.

Jag vill också tacka Anders Fernlund på Magnusson Wahlin advokatbyrå i Stockholm. Anders har visat ett stort intresse och engagemang och har kommit med mycket värdefulla och intressanta synpunkter på uppsatsen.

Med dessa ord lämnar jag uppsatsen till läsaren, och hoppas att han eller hon skall finna den intressant och användbar.

Stockholm 19991126

Fredrik Persson

Det nya vertikala gruppundantaget och franchiseavtalen

Innehåll:

FÖRORD	1
1. INLEDNING	5
1.1. BAKGRUND	5
1.2. PROBLEMSTÄLLNING OCH AVGRÄNSNINGAR	5
1.3. SYFTE.....	6
1.4. METOD OCH MATERIAL.....	6
1.5. DISPOSITION	6
1.5.1. Struktur	6
1.5.2. Något om hänvisningar och förkortningar	7
2. SVENSK OCH EUROPEISK KONKURRENSRÄTT	8
2.1 INLEDNING	8
2.2 KONKURRENSRÄTTENS SYFTE.....	8
2.3. FÖRHÅLLET MELLAN SVENSK OCH EUROPEISK KONKURRENSRÄTT	9
2.4. NÅGRA VIKTIGA DEFINITIONER	11
2.4.1. Begreppet "företag"	11
2.4.2. Horisontell och vertikal samverkan	12
2.4.3. Principen om ekonomisk enhet.....	12
2.4.4. Relevant marknad	13
2.5. FÖRBUD MOT KONKURRENSBEGRÄNSANDE AVTAL	14
2.5.1. Allmänt om förbudet	14
2.5.2. Avtalskriteriet	14
2.5.3. Konkurrensbegränsningskriteriet.....	15
2.5.4. Märkbarhetskriteriet.....	16
2.5.5. Följder av en överträdelse av förbudet.....	16
2.5.6. Undantag från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal.....	17
2.5.7. Gruppundantag.....	19
2.6. ÖVRIG KONKURRENSRÄTTSLIG REGLERING	21
2.6.1. Förbud mot missbruk av dominerande ställning.....	21
2.6.2. Förfärvskontrollen.....	21
2.6.3. KKV:s och kommissionens undersökningsbefogenheter	22
3. GRÖNBOKEN OCH DESS UPPFÖLJNING	24
3.1. INLEDNING	24
3.2. GRÖNBOKEN.....	24
3.2.1. Grönbokens bakgrund och syfte.....	24
3.2.2. Ekonomisk analys	24
3.2.3. Kritik mot det nuvarande systemet	26
3.2.4. Grönbokens förslag.....	26
3.3. UPPFÖLJNINGEN TILL GRÖNBOKEN	27
3.3.1. Det föreslagna systemet	27
3.3.2. Genomförandet av det nya systemet.....	28
4. BERÖRDA DISTRIBUTIONSFORMER	29
4.1. INLEDNING	29
4.2. NUVARANDE REGLERING FÖR VARU- OCH TJÄNSTEDISTRIBUTION	29
4.2.1. Exklusiva återförsäljaravtal.....	29
4.2.2. Exklusiva inköpsavtal	30
4.2.3. Selektiv distribution	30
4.2.4. Gruppundantaget för försäljnings- och serviceavtal för motorfordon.....	31
4.2.5. Gruppundantaget för kedjor i detaljhandeln.....	33
5. KOMMENTAR TILL DET NYA VERTIKALA GRUPPUNDANTAGET	35
5.1. INLEDNING.....	35
5.2. GRUPPUNDANTAGETS STRUKTUR.....	35

5.3. DEFINITIONER.....	36
5.3.1. Allmänt.....	36
5.3.2. Konkurrerande företag.....	36
5.3.3. Anknutna företag.....	36
5.3.4. Konkurrensklausuler.....	37
5.3.5. Exklusiv leveransskyldighet.....	37
5.3.6. Selektiva distributionssystem.....	37
5.3.7. Know-how.....	38
5.4. OMFATTNING.....	38
5.4.1. Avtal som omfattas.....	38
5.4.2. Avtal som inte omfattas.....	39
5.4.3. Marknadsandelsgräns.....	40
5.5. VILLKOR SOM UTESLUTER TILLÄMPNING.....	41
5.5.1. Den svarta listan - särskilt allvarliga begränsningar.....	41
5.5.2. Den svarta listan - mindre allvarliga begränsningar.....	43
5.6. ÅTERKALLELSE OCH ICKE-TILLÄMPLIGHET.....	44
5.6.1. Allmänt.....	44
5.6.2. Återkallelse.....	44
5.6.3. Icke-tillämplighet.....	45
5.7. AVTAL SOM INTE OMFATTAS AV GRUPPUNDANTAGET.....	46
5.7.1. Bagatellavtal och avtal mellan små och medelstora företag.....	46
5.7.2. Agentavtal.....	47
5.7.3. Kommissionens bedömning av en vertikal begränsning.....	48
5.7.4. Negativa effekter av vertikala begränsningar.....	49
5.7.5. Positiva effekter av vertikala begränsningar.....	50
5.7.6. Allmänna regler för bedömning av vertikala begränsningar.....	52
5.8. ÖVERGÅNGSREGLER.....	54
5.9. NÅGRA SÄRSKILDA FRÅGOR.....	54
5.9.1. Kedjor i detaljhandeln.....	54
5.9.2. Bestämningen av marknadsandelsgränser och omsättningsgränser.....	56
5.9.3. Svensk anpassning?.....	57
6. FRANCHISEAVTAL.....	58
6.1. INLEDNING.....	58
6.2. ALLMÄNT OM FRANCHISING.....	58
6.2.1. Vad är franchising?.....	58
6.2.2. Hur fungerar franchising?.....	60
6.2.3. Varför franchising?.....	62
6.2.4. Rättsliga aspekter på franchising.....	62
6.3. FÖRHÅLLET MELLAN FRANCHISEAVTAL OCH KONKURRENSRÄTTEN.....	65
6.3.1. Samarbeta mellan företag.....	65
6.3.2. Franchiseundantaget och det nya vertikala gruppundantagets behandling av franchiseavtal.....	65
6.4. BAKGRUND TILL DEN KONKURRENSRÄTTSLIGA BEHANDLINGEN AV FRANCHISEAVTAL.....	65
6.4.1. Pronuptia.....	65
6.4.2. Kommissionens beslut.....	67
6.4.3. Något om franchiseundantagets struktur.....	69
6.5. VILKA FRANCHISEAVTAL OMFATTAS?.....	69
6.5.1. Definition av franchising.....	69
6.5.2. Franchiseundantaget.....	70
6.5.3. Det nya vertikala gruppundantaget.....	71
6.5.4. Marknadsandelsgränsen i det nya vertikala gruppundantaget.....	72
6.6. BEDÖMNING AV VANLIGA VILLKOR I FRANCHISEAVTAL.....	73
6.6.1. Selektiv resp icke-selektiv franchising.....	73
6.6.2. Områdesskydd.....	73
6.6.3. Konkurrensklausuler under löpande avtalstid.....	75
6.6.4. Konkurrensklausuler efter att avtalet upphört.....	77
6.6.5. Inköpsrestriktioner.....	78
6.6.6. Finansiella bestämmelser.....	81
6.6.7. Kundrestriktioner.....	81
6.6.8. "Best efforts" och gemenskapsgarantier.....	82
6.6.9. Marknadsföring.....	83
6.6.10. Skyldigheter relaterade till överförd know-how.....	83
6.6.11. Skyldigheter relaterade till immateriella rättigheter.....	85

6.6.12.	<i>Skyldigheter relaterade till franchisegivarens kommersiella metoder</i>	86
6.6.13.	<i>Skyldigheter relaterade till lokaler och annan utrustning</i>	86
6.6.14.	<i>Franchisegivarens kontrollrätt</i>	87
6.6.15.	<i>Överlåtelse av kontraktuella rättigheter och skyldigheter</i>	87
6.6.17.	<i>Franchisetagarens oberoende ställning</i>	88
6.6.18.	<i>Prisbestämmelser</i>	88
6.7.	NÅGRA SÄRSKILDA FRÅGOR	89
6.7.1.	<i>Huvudfranchiseavtal</i>	89
6.7.2.	<i>Övergångsproblem</i>	89
7.	SLUTSATSER OCH SAMMANFATTNING	91
7.1.	SLUTSATSER - ALLMÄNT OM DET NYA VERTIKALA GRUPPUNDANTAGET	91
7.2.	SLUTSATSER - FRANCHISEAVTAL	92
7.3.	SAMMANFATTNING	93
7.3.1.	<i>Sammanfattning</i>	93
7.3.2.	<i>Summary in English</i>	94
8.	KÄLLOR OCH FÖRKORTNINGAR	97
8.1.	OFFENTLIGT TRYCK	97
8.1.1.	<i>Offentliga utredningar</i>	97
8.1.2.	<i>Propositioner</i>	97
8.1.3.	<i>Utskottsbetänkanden</i>	97
8.1.4.	<i>Förordningsmotiv</i>	97
8.1.5.	<i>Meddelanden från Kommissionen</i>	97
8.1.6.	<i>Allmänna råd</i>	98
8.2.	DOKTRIN	98
8.2.1.	<i>Litteratur</i>	98
8.2.2.	<i>Artiklar</i>	99
8.3.	RÄTTSFALL	100
8.3.1.	<i>EG-domstolen</i>	100
8.3.2.	<i>Första instansrätten</i>	101
8.3.3.	<i>Tingsrätter</i>	101
8.4.	ÄRENDEN	101
8.4.1.	<i>Kommissionen</i>	101
8.4.2.	<i>Konkurrensverket</i>	101
8.5.	FÖRKORTNINGAR	102
8.6.	HÄNVISNINGAR TILL LITTERATUR	103
9.	ALFABETISKT SÖKORDSREGISTER	104

1. Inledning

1.1. Bakgrund

Den 22 januari 1997 antog kommissionen den slutliga versionen av en Grönbok om vertikala begränsningar för EG:s konkurrenspolitik.¹ Denna innebär en översyn av kommissionens politik vad gäller vertikala konkurrensbegränsningar i distributionsledet, och pekar på vissa brister i kommissionens nuvarande politik. Kritiken riktar främst in sig på det faktum att de nuvarande gruppundantagsförordningarna anses allt för formalistiska och därför fungerar som en ”tvångströja” på de avtal som ingås, samt att de ser mer på dessa formkrav än på avtalens verkliga effekter på marknaden. En mer ekonomisk analys efterlystes.

I uppföljningen till grönboken presenteras en lösning på de problem som uppmärksammades i grönboken.² Ett nytt, övergripande, gruppundantag för alla vertikala begränsningar i fråga om inköp, försäljning och återförsäljning av varor och tjänster, utom distribution av motorfordon, föreslås införas. Detta gruppundantag skall bestå endast av en lista med klausuler som utesluter gruppundantagets tillämpning, en s k svart lista, samt tröskelvärden i form av marknadsandelar för att skilja mellan avtal som beviljas gruppundantag resp behöver granskas individuellt.³ Tanken är att alla vertikala avtal med samma effekter skall behandlas lika, oavsett deras form.

Detta nya ”vertikala gruppundantag” kommer sannolikt att träda i kraft 2000-06-01. Ett utkast, tillsammans med riktlinjer, publicerades 1999-09-24 i EGT.⁴

1.2. Problemställning och avgränsningar

När det nya vertikala gruppundantaget nu snart kommer att ersätta de flesta av de ”äldre” gruppundantagen på distributionssidan finns det anledning att ställa sig frågan vilka genomgripande förändringar, om några, som kommer att ske för företagen. Det är då viktigt att vara ute i god tid, för det fall att avtal måste omförhandlas för att inte strida mot konkurrensrätten efter förändringen.

Denna uppsats kommer att analysera utkastet till det nya vertikala gruppundantaget i syfte att fastställa i vilken omfattning förändringar kommer att behöva ske i nuvarande avtal. Då distributionssektorn omfattar ett stort antal olika system finns inte utrymme att beakta dem alla i detalj.

1997 omsatte svenska franchisesystem totalt ca 90 miljarder kr, varav ca 2/3 från rena franchiseenheter. Det fanns då totalt 248 olika system som tillsammans sysselsatte mer än 82000 människor, och trenden var ökande. Sannolikt finns det alltså nu ännu fler system, som sysselsätter ännu fler människor. Franchisetagarna är mindre konkursbenägna än andra företag, kanske beroende på att deras affärskoncept är beprövade, och det är mer än dubbelt så vanligt med kvinnliga företagsledare än i andra företag.⁵

¹ KOM (1996) 721 slutlig.

² Meddelande från kommissionen om tillämpningen av EG:s konkurrensregler på vertikala begränsningar – Uppföljning av grönboken om vertikala begränsningar. Både denna samt grönboken finns att hämta från kommissionens hemsida på <<http://europa.eu.int/comm/dg04/entente/other.htm>>.

³ Uppföljningen sid 5 m.

⁴ EGT C 270 24 September 1999 sid 7.

⁵ Uppgifterna kommer från Franchising i Sverige 1997. Undersökningen begränsade sig till business format franchising, se nedan 6.2.1.

Motsvarande siffror i Europa totalt uppgick 1997 till 3149 business format franchises med totalt 144561 franchiseenheter. Sektorn uppskattades omsätta i genomsnitt 75 miljarder ECU per år, och sysselsatte över 1200000 människor.⁶

Då franchisemarknaden är stor och expanderande, samt att jag personligen tycker den är intressant, har tyngdpunkten lagts på en analys av de konkurrensrättsliga reglerna för distribution genom franchiseavtal, medan övriga distributionssystem endast kort kommer att beröras i jämförelsesyfte.

1.3. Syfte

Syftet med denna uppsats är att jämföra det nu gällande gruppundantaget för franchiseavtal med det nya vertikala gruppundantaget som publicerades i utkastform 1999-09-24 och kan förväntas träda i kraft 2000-06-01 samt analysera vilka effekter, om några, denna förändring kommer att ha för nuvarande och framtida franchiseavtal.

1.4. Metod och material

För att genomföra denna studie har jag bl a studerat praxis på franchiseområdet. De primära källorna har dock varit utkastet till det nya vertikala gruppundantaget samt kommissionens riktlinjer till detta och litteratur som berör den nu gällande regimen med ett specifikt gruppundantag för franchiseavtal.

Valentine Korah:s kommentar till det nuvarande franchiseundantaget kom ut 1989, och är alltså ganska gammal. Den är trots detta ändå aktuell, då varken kommissionen eller EG-domstolen så vitt jag kunnat se har meddelat några nya beslut gällande franchising efter 1988. Uppgifterna i boken har dessutom kontrollerats mot senare litteratur, främst Larsson/Remnelid som gavs ut 1996 och Mendelsohn från 1991. Dessutom har den jämförts med KKV:s praxis som i samtliga fall är av senare datum.

För det nya vertikala gruppundantaget finns ännu inte någon direkt litteratur att tillgå. Kommissionens utkast till riktlinjer har därför spelat en mycket stor roll vid analysen av gruppundantaget.

Jag har då uppsatsen skrivits på plats hos KKV även haft kontinuerlig kontakt med tjänstemän på verket, främst Thomas Wallander och Åsa Holmgren.

1.5. Disposition

1.5.1. Struktur

Efter detta inledande avsnitt följer i avsnitt 2 en allmän genomgång av den svenska och europeiska konkurrensrätten. Tyngdpunkten ligger på förbudet mot konkurrensbegränsande avtal, eftersom det är sådana avtal som är föremål för reglering i gruppundantag. Den övriga konkurrensrättsliga regleringen finns med som en allmänorientering för läsare utan större kunskaper i ämnet, och som en bakgrund för att ge en någorlunda fullständig bild av konkurrensrättens innehåll.

Avsnitt 3 ger en kort översikt och presentation av Grönboken om vertikala begränsningar i EG:s konkurrenspolitik samt dess uppföljning. Avsnittet skall tjäna som en bakgrund till den

⁶ Uppgifterna kommer från European franchise survey.

mer detaljerade genomgången av utkastet till det nya vertikala gruppundantaget. Det följs av ett avsnitt som kortfattat beskriver de distributionsformer som, förutom franchising, berörs av reformen, avsnitt 4.

Avsnitt 5 innehåller en kommentar till utkastet till det nya vertikala gruppundantaget, utan någon speciell infallsvinkel. Förutom den ”rena” kommentaren till den föreslagna förordningstexten finns en sammanfattning av kommissionens riktlinjer för dess bedömning av vertikala avtal utanför gruppundantagets tillämpningsområde.

Avsnitt 6 sedan innehåller en jämförelse mellan nuvarande och kommande regler gällande franchiseavtal. Det inleds med en allmän beskrivning av franchising som system. Därefter diskuteras bakgrunden till bedömningen av franchiseavtal och vilka franchiseavtal som omfattas av resp förordning. Huvuddelen av avsnittet är en genomgång av hur olika villkor i franchiseavtal bedöms konkurrensrättsligt. Genomgången omfattar både nu gällande franchiseundantag och utkastet till det nya vertikala gruppundantaget och kan ses som en handbok för avtalsskrivaren. Även huvudfranchiseavtal berörs kort.

I avsnitt 7 finns sedan de slutsatser som dragits av uppsatsen samt sammanfattningar på svenska och engelska.

1.5.2. Något om hänvisningar och förkortningar

För att en läsare skall kunna följa författarens tankegångar i en uppsats som denna är det viktigt att han snabbt och enkelt kan följa hänvisningar till källmaterialet. Därför vill jag kort beröra filosofin bakom hänvisningarna i denna uppsats.

Förkortningar som ”ibid” och ”a a” (angivet arbete) i notapparaten har jag konsekvent valt att inte använda, då jag finner dem mer förvirrande än upplysande. Om jag hänvisar till samma verk flera gånger efter varandra använder jag alltså samma hänvisning då som alltid.

Jag anser numera, efter en lång period av tvekan, att systemet med hänvisningar till *var* på en viss sida i litteraturen en viss information står att finna är till hjälp för läsaren att snabbt följa upp mitt resonemang. Jag har därför i möjligaste mån använt mig av detta. Systemet är relativt enkelt, men för säkerhets skull beskriver jag det kort här. Efter sidhänvisningen använder jag en bokstav som indikerar ungefär var på den aktuella sidan informationen står att finna. Bokstaven ”ö” betyder att informationen finns överst på sidan, ”m” betyder mitt på sidan och ”n” betyder längst ned. Däremellan finns ”x”, som betyder mellan mitten och överst på sidan, och ”y”, som betyder mellan mitten och längst ned på sidan.

Om informationen spänner över flera sidor används ”f” som en indikering att även nästa sida är intressant, medan ”ff” innebär att även de följande sidorna är av intresse. Om ”f” eller ”ff” används så skulle det bli allt för komplicerat att dessutom hänvisa till var på sidan (sidorna) informationen finns, varför jag i dessa fall har avstått från någon mer detaljerad hänvisning.

2. Svensk och europeisk konkurrensrätt

2.1 Inledning

Detta avsnitt avser att ge läsaren den nödvändiga bakgrundsinformation han behöver för att kunna förstå och ta till sig innehållet i uppsatsen. Jag menar att en uppsats som inte med behållning kan läsas av någon mer eller mindre oinvigd knappast är värd att lägga ned mödan på att skriva, då endast en mycket begränsad krets kommer att ha glädje av den.

I detta syfte presenteras därför europeisk och svensk konkurrensrätt samt deras inbördes samband. Läsaren skall få en kort sammanfattning av gällande rätt på området för att sedan kunna sätta uppsatsens huvudämne i sitt sammanhang, utan att först läsa några större volymer av andra författare.⁷ Här tas särskilt upp vilken funktion gruppundantagsförordningarna har i konkurrensrätten, samt några mer speciella problem kring dessa. Eftersom uppsatsens huvudämne kretsar kring gruppundantagen är det viktigt att läsaren förstår undantagens funktion och problem förknippade med denna.

2.2 Konkurrensrättens syfte

För att en marknadsekonomi skall fungera krävs att det finns en effektiv och fungerande konkurrens. Ekonomer talar ofta om ”fullständig konkurrens” som ett idealtillstånd där de rationella konsumenterna, dvs vi alla, genom våra inköpsbeslut styr vad som kommer att tillverkas och till vilket pris det kommer att säljas. Någon sådan fullständig konkurrens existerar givetvis inte i verkligheten. Företagen kommer hela tiden att söka maximera sin vinst, och många gånger kommer dessa försök att leda till att konkurrensen begränsas eller t o m upphör med långsiktiga samhällsekonomiska förluster som följd. Det är därför viktigt att företagen inte får sätta konkurrensen ur spel, och för att få en *effektiv* konkurrens måste deras handlingsfrihet begränsas till vissa av statsmakterna uppsatta ramar.⁸ Konkurrensrätten får dock inte tillåtas att begränsa eller på annat sätt reglera konkurrensen.⁹ Konkurrens skapas bäst av företagen själva.¹⁰

Effektiv konkurrens främjar konsumenterna genom att ge incitament till produktutveckling och lägre priser - fler varor till bättre pris. Konkurrensrätten bör därför ses som en del av konsumenträtten i vid bemärkelse.¹¹ Men konkurrensrättens primära skyddsintresse är samhälls-ekonomi i stort genom att främja bättre användning av samhällets resurser (allokerings-effektivitet).¹² I förarbetena nämns även som ett viktigt mål att stärka och bevara utvecklingskraften i små och medelstora företag.¹³ Korah uttrycker i samband med detta en viss oro för att konkurrensreglerna skall skydda konkurrenterna snarare än konkurrensen genom att skydda små och medelstora företag på större, effektivare, företags bekostnad.¹⁴

⁷ Den intresserade läsaren kan alltid följa hänvisningarna i notapparaten och källförteckningen om han vill fördjupa sig.

⁸ Prop 1992/93:56 sid 17 x samt Carlsson m fl sid 29 m.

⁹ Bernitz sid 19 m.

¹⁰ Prop 1992/93:56 sid 16 n.

¹¹ Bernitz sid 20 ö.

¹² Bernitz sid 19 y samt Bladini sid 461 m.

¹³ Prop 1992/93:56 sid 21 f. Detta kan bl a märkas i regler som kommissionens meddelande om ”de minimis”-avtal samt KKV:s allmänna råd bagatellavtal.

¹⁴ Korah LYB sid 122 n. ”LYB” står för ”Little Yellow Book”, som enligt domare Joliets förord till ”An introductory guide...” är vad Korah själv kallar boken.

Det är emellertid inte oomstritt vad som är mest effektivt ur ekonomisk synvinkel, eller ens om det är ekonomisk effektivitet eller något annat som konkurrensrätten skall eftersträva.¹⁵ Det finns flera olika ekonomiska teorier, och oftast ligger den teori som för tillfället är mest dominerande mer eller mindre öppet som bas för vad som vid varje given tid anses vara konkurrensrättens primära uppgifter.¹⁶ Dessutom finns andra motiv av mer politisk art som t ex rättvisa och vad som är samhälleligt godtagbart som ligger någonstans i argumentationen och flyter utan att det är möjligt att säga exakt hur de påverkar resultatet.¹⁷

I EG-rätten finns, förutom de ekonomiska målen ovan, ytterligare ett syfte. I unionsfördragets art 1 uttrycks den europeiska unionens högre mål, nämligen att skapa ”en allt fastare sammanslutning mellan de europeiska folken”. Detta mål, samt de övriga målen i EG-fördraget art 1, skall åstadkommas bl a genom att skapa och bibehålla en gemensam marknad med fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital, se art 3(c). I EG-fördraget art 28 och 29 regleras som ett led i denna inre marknad förbud mot kvantitativa import- och exportrestriktioner samt åtgärder med liknande verkan mellan medlemsstaterna.¹⁸

I anslutning till detta förbud har EG-domstolen utvecklat en praxis av innebörden att varje nationell åtgärd som ”direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt” utgör ett hinder för den fria rörligheten skall anses vara en åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ import- eller exportrestriktion, se mål 8/74 Dassonville. Denna mycket omfångsrika ”dassonville-doktrin” har sedan följts konsekvent i en rad fall i EG-domstolen.¹⁹

Det vore knappast meningsfullt att så kraftfullt förbjuda nationella tullar och liknande åtgärder, bara för att sedan låta företagen återinföra dem genom marknadsdelande karteller.²⁰ I EG-fördraget art 3(g) föreskrivs därför att unionen skall ha ”en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids”. Konkurrensrätten är därmed ett instrument för att uppnå och behålla den gemensamma marknaden. Det är detta som i litteraturen brukar kallas ”integrationsmålet”.²¹ Integrationsmålet har sedan kommit till uttryck bl a i Consten/Grundig-målet, där EG-domstolen bl a gjorde åtskillnad mellan *innehavet av* och *utövandet av* immaterialrätter för att undvika att företag delar upp den gemensamma marknaden med hjälp av immaterialrätter, vilket är möjligt då dessa enligt EG-fördraget art 295 endast regleras av nationell rätt.²²

2.3. Förhållandet mellan svensk och europeisk konkurrensrätt

I förarbetena till KL understryks att avsikten med förslaget är att så långt som möjligt uppnå materiell rättslikhet med EG-rätten.²³ Praxis från kommissionen och EG-domstolen skall alltså tillmätas direkt betydelse, dock med hänsyn tagen till specifikt svenska förhållanden som saknar motsvarighet i övriga EU.²⁴ Det ansågs även vara en fördel för de som skall tillämpa

¹⁵ Bladini 2 sid 156 ö, höger kolumn.

¹⁶ Bladini 2 sid 163 m, vänster kolumn.

¹⁷ Bladini 2 sid 163 ff samt sid 172 ö, högra kolumnen.

¹⁸ F d art 30 och 34. All artikelnumrering i denna uppsats är efter Amsterdamfördragets ikraftträdande. Några ytterligare referenser till äldre numrering kommer inte att ske om det inte påkallas av sammanhanget.

¹⁹ Steiner/Woods sid 140 n.

²⁰ Korah LYB sid 1 y.

²¹ Se bl a Bladini sid 459 x.

²² Mål 56 & 58/64 Consten/Grundig. Distinktionen är mycket praktisk, men teoretiskt instabil. Teoretiskt existerar nämligen en rättighet bara som de olika sätt den kan utövas, Korah LYB sid 217 n.

²³ Prop 1992/93:56 sid 21 x.

²⁴ Prop 1992/93:56 sid 21 m.

reglerna om de inte behövde anpassa sig efter olika regler på olika marknader,²⁵ även om de olika förhållandena på den svenska resp den europeiska marknaden samt avsaknaden av integrationsmål i den svenska rätten ofta kan göra likheten mer skenbar än verklig.

Jag vill i samband med detta påpeka att det inte finns någon *skyldighet* att eftersträva materiell rättslikhet på det nationella planet. Vi skulle således kunna ha vilket konkurrensrättsligt system som helst så länge inte EG-rättens *samhandelskriterium* är uppfyllt, då EG-rätten med automatik tar över.

Det s k samhandelskriteriet står att finna i EG-fördraget art 81(1), mot slutet av första stycket. Där står att avtal och samordnade förfaranden som har till syfte eller resultat att snedvrیدا konkurrensen *inom den gemensamma marknaden* är förbjudna.²⁶ Motsvarande villkor finns även i EG-fördraget art 82. För att EG-rätten skall kopplas in krävs alltså att handeln mellan medlemsstaterna påverkas. I likhet med Dassonville-doktrinen, se ovan 2.2., har detta kriterium av EG-domstolen tolkats mycket extensivt. I Société Technique Minière menade domstolen att samhandeln påverkas om det kan förväntas en *direkt eller indirekt, faktisk eller potentiell* påverkan på handeln mellan medlemsstaterna.²⁷ Tolkningen är t o m bredare än Dassonville-doktrinen, trots den identiska ordalydelsen, då det räcker med en *effekt* på samhandeln, och inte som i Dassonville ett *hinder* för den.²⁸ Det behövs inte heller något bevis för att någon effekt verkligen uppkommit eftersom redan en potentiell effekt är tillräcklig.²⁹

P g a den mycket breda tolkningen av vad som påverkar samhandeln kan även vad som vid en första anblick verkar som ett rent nationellt förhållande anses uppfylla samhandelskriteriet. Kanske inte så förvånande ansågs en prisrekommendation som en nederländsk handelsförening hade ställt upp för sina medlemmars priser vid cementförsäljning i Nederländerna påverka samhandeln, då den försvårade för importörer.³⁰ I Windsurfing uttalade EG-domstolen att om avtalets helhet påverkar samhandeln så kan art 81 överträdas även om själva konkurrensbegränsningarna i avtalet inte i sig påverkar samhandeln.³¹

Den nationella konkurrensrätten och EG-rätten har alltså olika skyddsobjekt. EG:s regler syftar till att skydda den mellanstatliga konkurrensen medan den svenska rätten syftar till att skydda den inomstatliga, svenska, konkurrensen.³² EG-fördraget art 81 och 82 har *direkt effekt*, vilket innebär att svenska företag måste rätta sig direkt efter dem, samtidigt som de måste rätta sig efter svensk lag.³³ Hur skall då situationen bedömas i de fall där samhandelskriteriet inte är uppfyllt, men liknande eller samma situationer uppkommer i Sverige som i EU?

Huvudregeln, enligt principen om EG-rättens företräde, är att den svenska tillämpningen inte får stå i strid med EG-rätten. I Walt Wilhelm utgick domstolen från att den nationella konkurrensrätten skall tillämpas parallellt med den europeiska, så länge den inte hindrar den fulla och enhetliga tillämpningen av EG-rätten.³⁴ Rättsläget är inte helt klart, men ett avtal som beviljats individuellt undantag³⁵ av kommissionen torde inte kunna förbjudas av en nationell

²⁵ Prop 1992/93:56 sid 19 m.

²⁶ Se om förbudet mot konkurrensbegränsande avtal nedan 2.5.

²⁷ Mål 56/65 Société Technique Minière.

²⁸ Steiner/Woods sid 202 n.

²⁹ Korah LYB sid 58 m.

³⁰ Mål 8/72 Vereeniging van Cementhandelaren.

³¹ Mål 193/83 Windsurfing punkterna 96 och 97, se Korah LYB sid 60 y.

³² Bladini sid 456 x.

³³ Korah LYB sid 24 m.

³⁴ Mål 14/68 Walt Wilhelm, Wetter m fl sid 64 m.

³⁵ Se om undantag nedan 2.5.6.

konkurrensmyndighet.³⁶ Även i de fall som avtalet faller under ett av EG:s gruppundantag³⁷ torde den nationella myndigheten inte heller kunna förbjuda avtalet, då detta skulle kunna innebära att tillämpningen av EG-rätten hindras.³⁸ För Sveriges del torde inte problemet vara särdeles stort, eftersom vi har antagit de flesta av EG:s gruppundantag mer eller mindre utan ändringar.

Ett förfarande som är förbjudet enligt EG-fördraget art 81 torde däremot kunna vara tillåtet nationellt, så länge samhandeln inte påverkas, om än att inblandade företag med tanke på den breda tolkningen av samhandelskriteriet balanserar på slak lina. Se t ex det svenska gruppundantaget för kedjor i detaljhandeln,³⁹ som i dagsläget helt saknar motsvarighet i EG.⁴⁰ Om kommissionen däremot *avslagit* begäran om undantag eller icke-ingripandebesked kan den nationella myndigheten inte tillåta förfarandet nationellt.⁴¹

2.4. Några viktiga definitioner

Innan jag beskriver de mer materiella delarna av konkurrensrätten bör läsaren vara bekant med vissa centrala begrepp och definitioner. Dessa presenteras i detta avsnitt.

2.4.1. Begreppet ”företag”

Föremål för regleringen i EG-fördraget art 81 eller 82, eller den svenska konkurrenslagen, är *företag*. Enligt 3 § KL anses varje fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur som företag. Det finns inget krav på vinstsyfte.⁴² Begreppet ”företag” är en översättning av EG-rättens ”undertaking”, och skall ha samma innebörd som detta begrepp.⁴³ Enligt 3 § KL omfattas även offentliga organ som driver ekonomisk eller kommersiell verksamhet, utom när det är fråga om myndighetsutövning.⁴⁴ Med myndighetsutövning avses främst då samhället utövar maktbefogenheter gentemot enskilda.⁴⁵ Myndighetsutövning kan alltså inte omfattas av konkurrenslagen. Enligt 2 § KL kan inte heller avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare om lön eller andra anställningsvillkor bli föremål för prövning, dock att övriga arbetsrättsliga avtal omfattas.

Även på detta område är de EG-rättsliga definitionerna omfattande. Den EG-rättsliga termen ”undertaking” har omfattat uppfinnare som licensierat sin uppfinning, operasångare och vissa advokater.⁴⁶ Även en person som sålt sitt företag har ansetts kvarstå som ett ”potentiellt företag” och därmed omfattats av konkurrensreglerna.⁴⁷ Begreppet ”företag” är alltså i konkurrensrätten klart mer omfattande än i normalt språkbruk.

³⁶ Korah LYB sid 24 f.

³⁷ Se om gruppundantag nedan 2.5.7.

³⁸ Wetter m fl sid 65 f, se även generaladvokat Tesaro i mål 70/93 BMW v ALD. Frågan är kontroversiell, Korah LYB sid 25 ö.

³⁹ Förordning (1993:80, ändrad genom 1996:368) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för kedjor i detaljhandeln, se nedan 4.2.5.

⁴⁰ Observera dock att sådana kedjesamarbeten kan komma att omfattas av det nya vertikala gruppundantaget, se nedan avsnitt 5.4.1.

⁴¹ Jfr Carlsson m fl sid 440 f.

⁴² Carlsson m fl sid 43 y samt prop 1992/93:56 sid 66 n.

⁴³ Prop 1992/93:56 sid 66 y.

⁴⁴ Prop 1992/93:56 s 66 n.

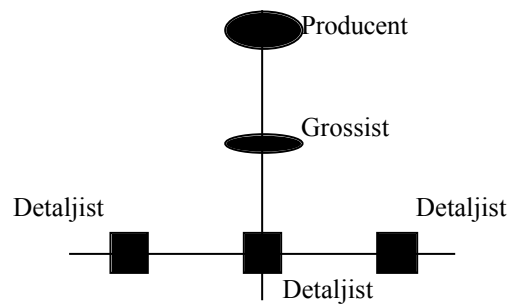
⁴⁵ Carlsson m fl sid 47 ö.

⁴⁶ Korah LYB sid 42 m med hänvisningar till praxis.

⁴⁷ Carlsson m fl sid 45 x.

2.4.2. Horisontell och vertikal samverkan

När man studerar konkurrensrätt är det mycket viktigt att förstå skillnaden mellan horisontell och vertikal samverkan. Horisontella avtal anses normalt allvarligare än vertikala, då det är fråga om samarbeten mellan i vart fall potentiella konkurrenter.⁴⁸ Det finns inte utrymme för någon längre stunds tvekan. Förhållandet illustreras enklast genom en skiss.



Figur 1: Beskrivning av vertikala respektive horisontella avtal.

Förhållandet mellan producent, grossist och detaljist o s v kallas vertikalt. Det är alltså fråga om avtal mellan *olika led* i den s k kommersialiseringskedjan, eller distributionskedjan. Denna kan förenklat beskrivas som vägen från idé till färdig produkt som kan levereras till kunden.⁴⁹ Vertikala avtal rör därför normalt inte företag som konkurrerar med varandra. Avtal mellan parter i *samma led*, t ex detaljisterna i skissen, kallas horisontella. Dessa är som konstaterades ovan i vart fall potentiella konkurrenter. Särskilt om det är fler än två parter kallas dessa avtal ofta karteller.⁵⁰

Horisontella avtal påverkar främst *mellanmärkeskonkurrensen*, d v s konkurrensen mellan olika tillverkares produkter. Vertikala avtal påverkar typiskt sett *inommärkeskonkurrensen*, d v s konkurrensen mellan olika återförsäljare av samma varumärke, men kan även påverka mellanmärkeskonkurrensen om tillverkaren har en stark ställning på marknaden.⁵¹

2.4.3. Principen om ekonomisk enhet

Företag som inte konkurrerar med varandra kan inte gärna snedvrída konkurrensen, förutsatt att de inte missbrukar en dominerande ställning.⁵² Om företagen ingår i samma ekonomiska enhet omfattas de inte av förbudet i 6 § KL resp EG-fördraget art 81 mot konkurrensbegränsande avtal och kan i princip agera fritt. Detta kallas *principen om ekonomisk enhet*.

Sådana förhållanden står att finna främst i koncerner där dotterföretagen inte har någon egentlig frihet att fatta egna beslut,⁵³ men även i fall av osjälvständiga handelsagenter eller

⁴⁸ Carlsson m fl sid 85 n.

⁴⁹ Bladini sid 468 y.

⁵⁰ Bernitz sid 11 y.

⁵¹ Carlsson m fl sid 85 n.

⁵² Carlsson m fl sid 463 x. Se nedan 2.6.1. om missbruk av dominerande ställning.

⁵³ Prop 1992/93:56 sid 72 x samt Carlsson m fl sid 463 m.

kommisionärer.⁵⁴ Det avgörande testet för om en kommissionär eller agent omfattas av principen om ekonomisk enhet är om han står den finansiella risken eller ej. Gör han inte det anses han som en medhjälpare till huvudmannen och omfattas av principen om ekonomisk enhet.⁵⁵

Även s k *oäkta koncerner*, d v s företag som kontrolleras av samma fysiska person men inte ingår i samma juridiska koncern, kan vara en del av samma ekonomiska enhet om ägaren till de olika företagen har den fulla och egentliga kontrollen.⁵⁶

Skillnaderna mellan horisontella och vertikala avtal samt principen om ekonomisk enhet gör att olika affärsupplägg som till ytan är i stort sett identiska kan leda till helt olika konkurrensrättsliga bedömningar. Ett exempel får tjäna som illustration.⁵⁷

Vi betraktar tre företag. En varuhuskedja där de olika varuhusen är filialer, t ex Åhléns. En livsmedelskedja där flera självständiga företag äger ett gemensamt distributionsbolag, nämligen ICA-handlarna. En ”renodlad” franchisekonstruktion, McDonalds.

Varudistributionen i de olika företagen är formellt ordnad på helt olika sätt, men effekten är identisk.

Konkurrensrättsligt är Åhléns ett enda företag, och omfattas sålunda av principen om ekonomisk enhet. Distributionen kan inte angripas konkurrensrättsligt. ICA däremot är ett horisontellt samarbete, i och med att de enskilda företagen gemensamt äger och därmed kontrollerar distributionsbolaget. Det är en klassisk kartell som kan angripas konkurrensrättsligt. McDonalds, slutligen, är en vertikal konstruktion som i sig inte är konkurrensbegränsande men som i det enskilda fallet *kan* vara det. För franchiseavtal finns ett särskilt gruppundantag, se nedan avsnitt 2.5.7. och avsnitt 6.

2.4.4. Relevant marknad

Vid konkurrensrättsliga bedömningar är ett företags marknadsandel av central betydelse. Man måste därför avgöra vilken marknad som skall ligga till grund för bedömningen av företagets marknadsandel. Det är denna som kallas för *relevant marknad*. Begreppet går igen i hela konkurrensrätten, men är för denna uppsats vidkommande mest intressant i samband med marknadsandelsgränser i det nya vertikala gruppundantaget.⁵⁸ Ju snävare den relevanta marknaden definieras, desto starkare tenderar det enskilda företaget bli på denna marknad.⁵⁹

Den relevanta marknaden bedöms i två led, den relevanta *produktmarknaden* och den relevanta *geografiska marknaden*. Kommissionen har gett ut ett tillkännagivande om definitionen av relevant marknad.⁶⁰ Där står att syftet med att definiera den relevanta marknaden är att ”identifiera de faktiska konkurrenter till de berörda företagen som är i stånd att begränsa deras beteende och hindra dem från att agera oberoende av ett effektivt konkurrenstryck.” Därefter följer en ingående analys om hur kommissionen bedömer den relevanta marknaden.

Konkurrensverket har gett ut motsvarande allmänna råd, dock i mer kortfattad form. Dessa står att finna i Konkurrensverkets allmänna råd (KKVFS 1999:1) om avtal av mindre betydelse

⁵⁴ Prop 1992/93:56 sid 72 m samt Carlsson m fl sid 465 f.

⁵⁵ Carlsson m fl sid 466 m, se vidare avsnitt 5.7.2.

⁵⁶ Se mål 170/83 Hydrotherm.

⁵⁷ Exemplet är lånat av min handledare, tillika föreläsare i konkurrensrätt, Filip Bladini.

⁵⁸ Se nedan avsnitt 5.4.3.

⁵⁹ Som exempel på en snävt definierad relevant marknad kan anföras mål 27/76 United Brands. I detta följde EG-domstolen kommissionens beslut att *bananer* var en egen relevant marknad, då tandlösa och barn endast med svårighet kan äta annan frukt.

⁶⁰ EGT 97/C 372/03 Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning.

(bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 6 § konkurrenslagen (1993:20), i vilket just marknadsandelen är avgörande.⁶¹

Sammanfattningsvis skall den relevanta produktmarknaden bestämmas till de varor eller tjänster som p g a sina egenskaper, sitt pris och den tilltänkta användningen av konsumenterna betraktas som utbytbara.⁶² Den relevanta geografiska marknaden omfattar i huvudsak de områden inom vilka de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna eller tjänsterna. Det är främst distributionsmöjligheterna som avgör.⁶³

För en djupare analys av begreppet relevant marknad hänvisas till kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad samt övrig litteratur.⁶⁴

2.5. Förbud mot konkurrensbegränsande avtal

2.5.1. Allmänt om förbudet

Konkurrensrätten bygger på tre centrala förbud, förbud mot konkurrensbegränsande avtal, förbud mot missbruk av en dominerande ställning och förbud mot företagsförvärv (i vissa fall). Det för denna uppsats viktigaste förbudet är förbudet mot konkurrensbegränsande avtal. De övriga förbuden berörs endast kort i avsnitt 2.6. nedan.

Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal finns i EG-fördraget art 81(1) samt 6 § KL. Här regleras förbud mot konkurrensbegränsande avtal och samordnade förfaranden. Förbuden är uppbyggda på i stort sett samma sätt i båda lagrummen, varför samma resonemang blir giltigt både för EG-fördraget art 81 och 6 § KL. Det skall vara fråga om:

1. Ett *avtal* mellan företag (avtalskriteriet),
2. som har *konkurrensbegränsande syfte eller effekt* (konkurrensbegränsningskriteriet),
3. som är *märkbart* (märkbarhetskriteriet),
4. och rör den svenska marknaden resp påverkar samhandeln.

I både art 81 och 6 § KL följer sedan en lista med exempel på förfaranden som typiskt sett anses förbjudna. Listan är *inte* uttömmande.

Vid analys av om ett avtal är förbjudet eller inte är det viktigt att veta exakt var i de olika analysleden man för tillfället befinner sig. Argumentationen skiljer sig nämligen markant mellan dem, och det är därför viktigt att betrakta dem i rätt ordning. Därför kommer jag här att gå igenom punkterna ovan i tur och ordning.

2.5.2. Avtalskriteriet

Det första kriteriet som måste vara uppfyllt är *avtalskriteriet*. Det säger sig självt att om det inte finns något avtal så kan det inte vara fråga om någon konkurrensbegränsning. Förutom civilrättsligt bindande avtal faller även andra ”avtalsliknande” företeelser, som s k gentlemen's

⁶¹ KKVFS 1999:1 ersätter den tidigare KKVFS 1993:2. Definitionen av relevant marknad är dock i stort sett den samma i de båda råden.

⁶² Kommissionens tillkännagivande punkt 7, KKVFS 1999:1 punkt 18.

⁶³ Kommissionens tillkännagivande punkt 8, KKVFS 1999:1 punkt 19.

⁶⁴ Se bl a Korah LYB sid 79 ff, Bernitz sid 38 f, Carlsson m fl sid 448 ff och Wetter m fl sid 160 ff med hänvisningar till praxis.

agreements och andra moraliska åtaganden, under definitionen.⁶⁵ Exakt vad som anses som avtal är inte alltid så viktigt, eftersom även samordnade förfaranden (concerted practices) av olika slag är förbjudna, förutsatt att de föregåtts av direkta eller indirekta kontakter mellan företagen och syftet eller effekten är att undanröja osäkerhet om konkurrenternas framtida handlande.⁶⁶ Även eftergifter efter påtryckningar, eller t o m att föra en distributörs klagomål vidare till en annan distributör kan anses som samordnat förfarande.⁶⁷ Samordnade förfaranden kan vara svåra att skilja från parallellt uppträdande på en oligopolmarknad, som är tillåtet.⁶⁸

I Sverige följer direkt av 3 § KL att beslut av sammanslutningar av företag, t ex branschorganisationer, räknas som avtal i 6 § KL:s mening. Besluten behöver inte vara bindande, utan kan ta formen av rekommendationer eller följa av sammanslutningens stadgar. Det behöver inte ens vara fråga om formella beslut, utan redan ett faktiskt handlande kan räcka.⁶⁹ Motsvarande gäller även för tillämpningen av EG-fördraget art 81.⁷⁰

2.5.3. Konkurrensbegränsningskriteriet

Som nästa punkt följer *konkurrensbegränsningskriteriet*. Det innebär att reglerna omfattar avtal som har till *syfte* eller som får som *effekt* att konkurrensen påverkas.

Om avtalets *syfte* är att begränsa konkurrensen så är det inte nödvändigt att undersöka om det har sådan effekt.⁷¹ Avtalet behöver inte ens ha faktiskt tillämpats.⁷² Syftet skall analyseras genom en objektiv bedömning. Dessa fall är dock ganska ovanliga, då det endast är helt klara och uppenbara fall som kan bli att bedöma som avtal med konkurrensbegränsande syfte.⁷³ Horisontella avtal om priser och marknadsuppdelning kan enligt EG-domstolen till sin natur anses ha som syfte att begränsa konkurrensen.⁷⁴ Motsvarande för vertikala avtal är fastställande av återförsäljningspriser, s k bruttopriser, samt absolut områdesskydd.

Om avtalet inte har som syfte att begränsa konkurrensen måste istället ett s k konkurrenstest göras för att se om dess *effekt* blir att konkurrensen begränsas. Ett sådant konkurrenstest är ”en bedömning av förfarandets negativa påverkan på konkurrensen på den relevanta marknaden”.⁷⁵ Mer exakt vad konkurrenstestet innebär kan inte sägas. I Société Technique Minière uttalade domstolen att avtalet måste ses i sitt ekonomiska och juridiska sammanhang, vilket den senare har bekräftat i bl a Delimitis.⁷⁶

Konkurrensverket har, i likhet med kommissionen, givit ut ett allmänt råd om visst samarbete mellan företag som inte omfattas av förbudet i 6 § KL.⁷⁷ I detta finns uppräknat ett

⁶⁵ Bernitz sid 22 y, Carlsson sid 87 y samt Korah LYB sid 44 m.

⁶⁶ Carlsson m fl sid 93 m.

⁶⁷ Carlsson m fl sid 94 f, mål 100-103/80 Pioneer.

⁶⁸ Jfr mål 48, 49, 51-57/69 Dyestuffs. Domstolen uttalade att parallellt uppträdande i vissa fall kan vara ett *starkt indicium* på ett samordnat förfarande.

⁶⁹ Carlsson m fl sid 90 f med hänvisningar till praxis.

⁷⁰ Se Korah LYB med hänvisningar till praxis, särskilt mål 8/72 Vereeniging van Cementhandelaren.

⁷¹ Mål 56 & 58/64 Consten/Grundig.

⁷² Carlsson m fl sid 98 x.

⁷³ Carlsson m fl sid 99 x.

⁷⁴ Mål 41/69 Quinine. Dessa två avtalstyper hör till konkurrensrättens ”no-no’s”, d v s absoluta förbud som knappast kan undantas ens individuellt.

⁷⁵ Carlsson m fl sid 99 m.

⁷⁶ Mål 56/65 Société Technique Minière. Principen bekräftades i mål C-234/89 Delimitis.

⁷⁷ EGT C75 29.07.1968 sid 3, korrigerad av EGT C84 28.08.1968 sid 14 samt konkurrensverkets allmänna råd (KKVFS 1993:7) om visst samarbete mellan företag som inte omfattas av förbudet i 6 § konkurrenslagen.

antal avtalstyper som under de angivna förutsättningarna inte anses konkurrensbegränsande. Råden är dock inte bindande för domstolarna.

2.5.4. Märkbarhetskriteriet

Om förfarandet anses konkurrensbegränsande kommer det tredje kriteriet in i bilden, nämligen *märkbarhetskriteriet*. Principen står inte att finna i lagtexten, utan härstammar från avgörandet i *Völk v Vervaecke*.⁷⁸ Märkbarhetskriteriet brukar delas in i kvantitativ och kvalitativ märkbarhet.

Kvantitativ märkbarhet innebär i korthet att om de inblandade företagen inte har en tillräckligt stor del av den relevanta marknaden så anses inte konkurrensen påverkas på ett märkbart sätt. För att avgöra om företagen är ”små nog” att klara sig undan konkurrensrätten har kommissionen gett ut ett meddelande om avtal av mindre betydelse som inte omfattas av EG-fördraget art 81(1), allmänt kallat ”*de minimis*”.⁷⁹ Enligt detta meddelande punkt 9 a och b anser inte kommissionen att horisontella avtal mellan företag som tillsammans har en marknadsandel som inte överstiger 5 % av den relevanta marknaden resp vertikala avtal där företagens marknadsandel inte överstiger 10 % av den relevanta marknaden omfattas av art 81(1).

Konkurrensverket har gett ut ett motsvarande allmänt råd om s k bagatellavtal.⁸⁰ Marknadsgränserna i detta är istället 10 % för horisontella avtal resp 15 % för vertikala avtal. Det gäller alltså att ha klart för sig om det aktuella avtalet har en gemenskapsdimension eller inte, då detta i sig kan avgöra om avtalet är ett bagatellavtal.

Kvalitativ märkbarhet innebär att vissa avtal inte är av sådan karaktär att de anses begränsa konkurrensen. Det är fråga om klausuler som är *objektivt nödvändiga* för ett avtals genomförande, som t ex konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser, nödvändiga exklusivavtal som skydd för kommersiella risker och andra konkurrensbegränsningar som rättfärdigas på objektiva grunder.⁸¹ I *Société Technique Minière* konstaterades att klausuler som är nödvändiga för att göra en transaktion värd att genomföra inte är konkurrensbegränsande. Detta är doktrinen om accessoriska begränsningar (*ancillary restraints doctrine*).⁸² Denna doktrin har bekräftats i senare mål, bl a det för bedömningen av franchiseavtal mycket viktiga målet *Pronuptia* som kommer att refereras senare.⁸³

Om det aktuella förfarandet uppfyller alla ovan beskrivna krav, d v s är att anse som ett avtal, i konkurrensrättslig mening, med konkurrensbegränsande syfte eller effekt och som är kvantitativt och kvalitativt märkbart, så är det alltså förbjudet. Möjlighet finns dock att få undantag från förbudet, se nedan avsnitt 2.5.6.

2.5.5. Följder av en överträdelse av förbudet

⁷⁸ Mål 5/69 *Völk v Vervaecke*, Korah LYB sid 67 ö.

⁷⁹ EGT 97/C 372/04 Meddelande om avtal av mindre betydelse som inte omfattas av artikel 85.1 om upprättandet av Europeiska gemenskapen. ”*De minimis*” kommer från det latinska uttrycket *de minimis non curat lex*, som ungefär betyder ”lagen befattar sig inte med småsaker”. Bernitz sid 24, fotnot 2.

⁸⁰ Konkurrensverkets allmänna råd (KKVFS 1999:1) om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 6 § konkurrenslagen (1993:20).

⁸¹ Carlsson m fl sid 107 ff med hänvisningar till praxis.

⁸² Korah LYB sid 64 f.

⁸³ Mål 161/84 *Pronuptia*. Se även avsnitt 6.4.1.

Den huvudsakliga följden av en överträdelse av EG-fördraget art 81(1) eller 6 § KL är enligt art 81(2) resp 7 § KL att avtalet är civilrättsligt *ogiltigt*. I den utsträckning undantag inte kan beviljas anses avtalet ogiltigt från början, det är fråga om en *nullitet*.

Det är dock bara de delar av avtalet som är konkurrensbegränsande som är ogiltiga.⁸⁴ Huruvida resten av avtalet skall vara giltigt eller falla bort är upp till de nationella domstolarna.⁸⁵ I Sverige gäller enligt förarbetena att om ogiltigheten träffar ett avtalsvillkor som är av betydelse även för andra delar av avtalet så bör hela avtalet kunna lämnas utan avseende med stöd av 36 § AvtL eller förutsättningsläran.⁸⁶

Förutom ogiltighet kan kommissionen och konkurrensverket förbjuda förfarandet vid vite, se 23 § KL samt förordning 17/62, vilken reglerar kommissionens tillämpning av konkurrensreglerna, art 3.⁸⁷ Dessutom kan kommissionen enligt förordning 17/62 art 15(2) döma företaget att betala böter upp till 1 miljon ECU, eller högst 10 % av omsättningen föregående år om överträdelsen skedde med uppsåt eller av oaktsamhet. Enligt Pioneer gäller dessa 10 % omsättningen *globalt på koncernnivå*.⁸⁸ KKV kan i motsvarande fall väcka talan vid Stockholms TR om *konkurrensskadeavgift*, se 26 och 27 §§ KL.

Då EG-fördraget art 81, men även art 82 om missbruk av dominerande ställning, har direkt effekt ger överträdelser rätt till talan för skadestånd i nationella domstolar.⁸⁹ I 33 § KL står att om ett företag uppsåtligt eller av oaktsamhet överträder förbuden i 6 eller 19 §§ så skall det ersätta den skada som uppkommer för andra företag eller avtalsparter. Den kanske största svårigheten ligger här i att bestämma storleken på skadan. Möjlighet finns då för rätten att enligt RB 35:5 bestämma skadan till ett skäligt belopp.

Ofta väljer dock företag som drabbats av konkurrensskadliga förfaranden av andra företag att klaga hos kommissionen. Förutom svårigheten att bestämma skadan kan det nämligen vara så att det inte finns någon medlemsstat med direkt jurisdiktion över överträdaren.⁹⁰

2.5.6. Undantag från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal

Kommissionen resp KKV kan bevilja undantag från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal, men inte från förbudet mot missbruk av dominerande ställning, se art 81(3) samt 8 § KL.

Förutsättningarna för undantag finns i EG-fördraget art 81(3) resp 8 § KL. Avtalet skall i det särskilda fallet:

1. bidra till att förbättra produktionen eller distributionen eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande,
2. tillförsäkra konsumenterna en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås,
3. bara ålägga de berörda företagen begränsningar som är nödvändiga för att uppnå målet i 1, och
4. inte ge de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga.⁹¹

⁸⁴ Korah LYB sid 74 x med hänvisningar till praxis, prop 1992/93:56 sid 77 x.

⁸⁵ Korah LYB sid 74 m.

⁸⁶ Prop 1992/93:56 sid 77 x.

⁸⁷ Rådets förordning 17/62, EGT svensk specialutgåva område 8 volym 1 sid 8.

⁸⁸ Mål 100-103/80 Pioneer.

⁸⁹ Korah LYB sid 153 x.

⁹⁰ Korah LYB sid 154 x.

⁹¹ Texten är tagen från 8 § KL, men motsvarande innebörd finns även i EG-fördragets art 81(3).

Alla förutsättningarna måste vara uppfyllda för att ett undantag skall vara aktuellt.⁹²

Att ett avtal beviljas undantag innebär att ett i och för sig förbjudet förfarande blir tillåtet och inte riskerar att föranleda någon påföljd.⁹³ För att kunna beviljas undantag måste avtalet i dagsläget anmälas till KKV alt kommissionen, se 9 § KL resp förordning 17/62 art 4. Ansökan skall göras på, för kommissionen, formulär A/B eller, för KKV, blankett K1.⁹⁴ Efter en komplett anmälan är förfarandet immunt från konkurrensskadeavgift, 29 § KL, samt från böter till kommissionen, förordning 17/62 art 15(5) a och andra åtgärder.

Avtalet är inte giltigt förrän undantaget beviljats, men kommissionen samt KKV skall bestämma ett datum från vilket undantaget anses gälla.⁹⁵ Enligt förordning 17/62 art 6(1) i dess lydelse före 1999-06-18 fick detta datum inte sättas före avtalet anmäldes till kommissionen. Detta förhållande har ändrats som ett steg i införandet av det nya vertikala gruppundantaget, så att avtal anmälda till kommissionen numera kan beviljas retroaktivt undantag.⁹⁶

Enligt 10 § KL gäller samma sak i Sverige, dock att huvudregeln enligt förarbetena alltid har varit att datumet skall sättas till datum för avtalets ingående, om inte avtalet behöver förändras för att kunna beviljas undantag.⁹⁷ Det bör observeras att oavsett att tidpunkten för undantaget kan sättas retroaktivt så uppkommer ingen immunitet av något slag om inte undantaget faktiskt beviljas.

Undantaget skall gälla på bestämd tid och kan förenas med villkor, se 10 § 2 st KL samt förordning 17/62 art 8(1).

Om KKV inte fattat beslut om undantag inom fyra månader från anmälan beviljas undantag enligt 13 § KL automatiskt. Någon generell motsvarighet finns inte i EG-rätten. Däremot innehåller flera gruppundantag ett invändningsförfarande som innebär att parterna måste meddela kommissionen om de använder vissa villkor i sitt avtal. Om kommissionen inte invänder mot villkoret inom sex månader anses det undantaget.⁹⁸

Kommissionen har en oerhört hög arbetsbelastning. Normalt meddelar den bara omkring fyra undantag per år.⁹⁹ Som ett led i arbetet med att förkorta handläggningstiderna utfärdar kommissionen ofta ett s k *comfort letter*, som meddelar parterna att kommissionen inte tänker vidta några åtgärder och att den avslutar ärendet.¹⁰⁰ Oftast meddelas orsaken, som t ex att det inte är troligt att avtalet strider mot art 81 eller att det kan vara aktuellt med undantag, dock att det senare alternativet inte meddelas om inte parterna meddelat att de är nöjda med det.¹⁰¹ Nationella domstolar skall ta hänsyn till *comfort letters* i processer om avtalets genomdrivande.¹⁰²

I EG-rätten har kommissionen exklusiv kompetens att meddela undantag, förordning 17/62 art 9(1). I Delimitis uttalade EG-domstolen att en nationell domstol måste vilandeförklara ett

⁹² Carlsson m fl sid 145 m.

⁹³ Carlsson m fl sid 145 x.

⁹⁴ Carlsson m fl sid 164 ö.

⁹⁵ Korah LYB sid 165 n.

⁹⁶ Se Uppföljningen av grönboken sid 27 n samt mer nedan 3.3.2.

⁹⁷ Prop 1992/93:56 sid 81 x.

⁹⁸ Korah LYB sid 72 x ”opposition procedure”, se t ex gruppundantaget för tekniköverföring (Kommissionens förordning 240/96 EGT L 31/2) art 4.

⁹⁹ Korah LYB sid 306 m.

¹⁰⁰ Korah LYB sid 147 y.

¹⁰¹ Korah LYB sid 148 ö.

¹⁰² Korah LYB sid 147 n, Mål 253/78 & 1-3/79 Guérlain.

mål där ett avtal kan vara föremål för undantag hos kommissionen.¹⁰³ Enligt Automec II måste kommissionen i ett sådant fall, om den tidigare meddelat ett comfort letter, sannolikt återuppta akten i ärendet och verkligen komma till ett beslut.¹⁰⁴ Under denna tid kan inte den nationella domstolen göra annat än vilandeförklara målet i väntan på kommissionens beslut. Om domstolen skulle genomdriva avtalet skulle det innebära att *domstolen* beviljade undantag, vilket inte är tillåtet.¹⁰⁵

För svenska nationella förhållanden har MD enligt 15 § KL kompetens att i mål om upphörande av överträdelse bevilja undantag med samma förutsättningar som KKV. I övriga fall kan sannolikt den svenska domstolen visserligen bedöma avtalet enligt förutsättningarna i 8 § KL och avgöra frågan om avtalet skall anses giltigt *inom den aktuella processen*, men detta har *ingen* verkan *utanför* processen. För att i övrigt uppnå fördelarna med ett undantag, såsom immunitet mot konkurrensskadeavgift o s v, måste alltså avtalet anmälas till KKV för undantag.

Ett undantag kan under vissa förhållanden återkallas enligt 12 § KL alt förordning 17/62 art 8(3).

Förutom undantag och comfort letters kan kommissionen resp KKV på ansökan meddela icke-ingripandebesked (negative clearance), 20 § KL samt förordning 17/62 art 2. Oftast ansöker företagen om *både* icke-ingripandebesked och undantag. Beskedet innebär att kommissionen resp KKV inte anser att förfarandet är konkurrensbegränsande och därför inte kommer att vidta några åtgärder. Beskedet binder bara kommissionen resp KKV, men har mycket stark bevisverkan i en process.¹⁰⁶

Till skillnad från undantag gäller ett icke-ingripandebesked även för missbruk av dominerande ställning.

Enligt kommissionens Vitbok med förslag till modernisering av tillämpningen av konkurrensreglerna som lades fram i april 1999 kan förfarandet med undantag vara på väg bort. Förslaget innebär bl a att anmälningsförfarandet för undantag avskaffas och EG-fördraget art 81(3) om undantag görs direkt tillämplig. Nationella domstolar och myndigheter görs därmed ansvariga för dess tillämpning. Kommissionens resurser föreslås istället inriktas på att undersöka mer allvarliga konkurrensbegränsningar och kommissionen ges större undersökningsbefogenheter. Gruppundantag, med större tillämpningsområden likt det som denna uppsats syftar att studera, kommer fortfarande att antas. Ändringarna kan som ett riktmärke komma att genomföras tidigast år 2003.¹⁰⁷

2.5.7. Gruppundantag

Som ett ytterligare led i sin strävan att minska sin arbetsbelastning, och samtidigt öka förutsebarheten i tillämpningen, har kommissionen infört s k gruppundantag.¹⁰⁸ I Sverige är det regeringen som genom förordningar inför gruppundantag, se 17 § 2 st KL. Gruppundantagen gäller för avtalstyper som i och för sig anses förbjudna, men som inte har några större

¹⁰³ Mål C-234/89 Delimitis, punkt 50, se Korah LYB sid 159 ö. Situationen kan mycket väl uppkomma, särskilt om företaget fått ett comfort letter som säger att avtalet skulle kunna få undantag, men att kommissionen avslutar ärendet. En konkurrent kan för att förhålla avtalets tillämpning hävda att avtalet då är ogiltigt, eftersom det indikeras att avtalet är förbjudet och det just inte fått något formellt undantag.

¹⁰⁴ Korah LYB sid 307 ö, Mål T-24/90 Automec II.

¹⁰⁵ Korah LYB sid 306 n.

¹⁰⁶ Carlsson m fl sid 274 ö, Korah LYB sid 144 m.

¹⁰⁷ Sundberg, Konkurrens nr 3/1999 sid 14 ff.

¹⁰⁸ Steiner/Woods sid 219 n.

verkningar eller rentav är positiva för konkurrensen.¹⁰⁹ Ett avtal som faller under ett gruppundantag riskerar inte att drabbas av ogiltighet eller någon annan påföljd, och behöver inte anmälas till KKV eller kommissionen, se 17 § KL. Det finns dock inget som hindrar att avtalet ändå anmäls för individuellt undantag om det är tveksamt om det omfattas av något gruppundantag.

De nuvarande gruppundantagen är likartat uppbyggda. De omfattar, förutom själva undantaget, en s k ”vit lista” som innehåller klausuler som i och för sig är konkurrensbegränsande, men som ändå är undantagna. Vidare finns en s k ”svart lista” med klausuler som om de inkluderas i avtalet utesluter tillämpningen av gruppundantaget även vad gäller de annars tillåtna delarna.¹¹⁰

I Sverige finns för närvarande följande gruppundantag:

- Ensamåterförsäljaravtal
- Exklusiva inköpsavtal
- Försäljnings- och serviceavtal för motorfordon
- Specialiseringsavtal
- Forsknings- och utvecklingsavtal
- Tekniköverföringsavtal
- Franchiseavtal
- Kedjor i detaljhandeln
- Gruppundantag för vissa avtal, beslut och samordnade förfaranden inom försäkringssektorn

Alla utom gruppundantaget för kedjor i detaljhandeln är med vissa anpassningar för den svenska marknaden direkt övertagna från EG-rätten. Förutom de nämnda finns i EG-rätten även särskilda gruppundantag för transportsektorn.¹¹¹

Det är företagen själva som på egen risk har att bedöma om avtalet faller under ett gruppundantag eller ej.¹¹² Detta kan vara vanskligt, eftersom särskilt den svarta listan i många fall kan vara mycket bred och svårtillämpad.¹¹³ Även den vita listan kan medföra problem, då även en avvikelse från vad som där är tillåtet kan innebära att klausulen inte omfattas av gruppundantagets skydd och blir ogiltig, eller att tillämpningen av gruppundantaget i sin helhet hindras.¹¹⁴ Vid minsta tvekan bör avtalet därför anmälas för icke-ingripandebesked eller individuellt undantag. Om avvikelserna från gruppundantaget inte är allt för stora torde alla möjligheter att i vart fall beviljas undantag finnas.

Om ett avtal som omfattas av gruppundantag i det enskilda fallet inte uppfyller kraven för ett individuellt undantag kan gruppundantaget återkallas för det aktuella avtalet, 18 § KL samt EG-rättens motsvarande regler i varje gruppundantagsförordning.¹¹⁵

¹⁰⁹ Bernitz sid 31 y.

¹¹⁰ Korah LYB sid 71 x.

¹¹¹ Carlsson m fl sid 182 m.

¹¹² Carlsson m fl sid 183 m.

¹¹³ Korah LYB sid 71 y.

¹¹⁴ Rättsföljderna av en avvikelse är inte på något sätt glasklara, egentligen inte ens för den svarta listan. Å ena sidan kan det hävdas att avtalet avviker från vad gruppundantaget enligt sin bokstav tillåter och därmed inte gäller. Å andra sidan kan klausulen i det aktuella fallet inte anses konkurrensbegränsande, och därmed inte behöva undantag, eller vara klart berättigad till individuellt undantag och därför ändå stämma in med gruppundantagets syfte. Även klausuler i den svarta listan kan i vissa fall var berättigade till undantag.

¹¹⁵ Se även Korah LYB sid 72 n.

I avsnitt 4 nedan finns en översikt över de gruppundantag som påverkas av förändringen för vertikala förhållanden som det nya vertikala gruppundantaget innebär. Gruppundantaget för franchiseavtal skall studeras mer i detalj nedan, se avsnitt 6.

2.6. Övrig konkurrensrättslig reglering

2.6.1. Förbud mot missbruk av dominerande ställning

Det andra centrala förbudet i konkurrensrätten är förbudet mot missbruk av en dominerande ställning, se 19 § KL resp EG-fördraget art 82. Då det ligger utanför denna uppsats syfte presenteras här endast en mycket summarisk genomgång av regeln.¹¹⁶

Förbudet riktas mot ensidigt handlande av ett företag eller en företagsgrupp, jämfört med förbudet mot konkurrensbegränsande avtal som riktar sig mot flera företags handlande.¹¹⁷

Första förutsättningen är att företaget har en dominerande ställning. Denna bedöms genom att se på den relevanta marknaden för det aktuella förfarandet. Som huvudregel kan sägas att företag som har en marknadsandel på mer än 50 % av den relevanta marknaden presumeras vara dominerande.¹¹⁸ Vid lägre procentsatser kan det finnas tecken på dominans, medan 65 % eller mer sannolikt är ett så starkt tecken på dominans att presumptionen är mycket svår att motbevisa.¹¹⁹ Marknadsandelar på mellan 84 och 90 % ansågs i Hoffmann-La Roche som bevis på dominerande ställning.¹²⁰

Dominans i sig är dock inte förbjudet. Som avsnittets titel antyder är det *missbruk* av den dominerande ställningen som är förbjudet. Sådant missbruk kan bestå i över- eller underpris-sättning (s k predatory pricing), diskriminering av kunder eller leverantörer o s v. Liksom i art EG-fördraget 81 och 6 § KL finns även här en lista med exempel på förfaranden som typiskt sett räknas som missbruk.

Innehavet av en immaterialrätt, t ex ett patent, ger som bekant innehavaren ett lagstadgat ”monopol” avseende rättigheten och dess användning. Själva detta innehav anses inte tillräckligt för att konstatera en dominerande ställning, och utövandet av ensamrätten är normalt inte att anse som missbruk. Däremot torde oskäligen villkor i licensavtal eller vägran att ingå licensavtal och liknande förfaranden kunna utgöra missbruk.¹²¹

För missbruk av dominerande ställning finns ingen ogiltighetsbestämmelse. Troligen kan dock även avtal som tvingats fram genom ett missbruk av dominerande ställning angripas civilrättsligt med hjälp av 36 § AvtL.¹²² I övrigt kan samma påföljder som för en överträdelse av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal bli aktuella, se ovan avsnitt 2.5.5.

2.6.2. Förvärvskontrollen

Konkurrensreglerna innefattar även förbud mot vissa företagsförvärv som skapar eller förstärker en dominerande ställning.

¹¹⁶ Den som önskar ta del av en mer djupgående analys hänvisas till Bernitz avsnitt 6, Carlsson m fl sid 229 ff samt Korah LYB avsnitt 3 med där angiven praxis och litteratur.

¹¹⁷ Bernitz sid 37 x.

¹¹⁸ Mål 62/86 AKZO.

¹¹⁹ Carlsson m fl sid 235 x.

¹²⁰ Mål 85/76 Hoffmann-La Roche. För en noggrannare genomgång av procentsatserna hänvisas till Carlsson m fl sid 234 f.

¹²¹ Carlsson m fl sid 268.

¹²² Carlsson m fl sid 139 x som hänvisar till prop 1975/76:81 sid 121 f.

EG-domstolen ansåg i Continental Can att EG-fördraget art 82 förbjuder ett dominerande företag att köpa upp en potentiell konkurrent.¹²³ Efter påtryckningar från industrin beslutade rådet 1989 om en förordning om anmälningssplikt inom en vecka efter avtalet för vissa företagsförvärv där parternas omsättning övergår vissa trösklar.¹²⁴ Kommissionen måste sedan inom högst sex veckor besluta om den skall undersöka saken närmare. Om den gör det måste ett slutligt beslut meddelas inom fyra månader från undersökningen inleddes. Om förvärvet skapar eller förstärker en dominerande ställning kan kommissionen enligt förordning 4064/89 art 8(3) förbjuda det. Om det redan trätt i kraft kan kommissionen beordra att det skall gå tillbaka.¹²⁵

Parterna skall bara behöva göra en anmälan. Om gränserna i förordning 4064/89 överskrids gäller således att förvärvet skall anmälas till kommissionen, och endast till kommissionen.¹²⁶ Det har hänt att företag har köpt upp ett extra företag bara för att komma över gränserna.¹²⁷

Om gränserna inte överskrids gäller för Sveriges del istället 34 - 44 §§ KL om företagsförvärv. Förfarandet är i det närmaste identiskt till det i förordning 4064/89. Förvärvet skall, om det överstiger vissa gränser i 37 § KL, anmälas till KKV. KKV kan sedan, efter beslut om särskild utredning, väcka talan om förbud vid Stockholms TR.

Om förvärvet skapar eller förstärker en dominerande ställning på den svenska marknaden eller väsentlig del därav kan det förbjudas, om det dessutom är skadligt från allmän synpunkt, se 34 § KL.¹²⁸ Förvärvet blir därefter ogiltigt. Hittills har så vitt jag kunnat se inget förvärv förbjudits i Sverige.

2.6.3. KKV:s och kommissionens undersökningsbefogenheter

KKV och kommissionen har långtgående undersökningsbefogenheter till sitt förfogande. I förordning 17/62 art 11 - 14 regleras kommissionens befogenheter, medan motsvarande reglering för KKV finns i 45 - 53 §§ KL.

Till att börja med åläggs företag, men även regeringar och nationella konkurrensmyndigheter i förhållande till kommissionen, en allmän uppgiftsskyldighet. Ålägganden om information kan kombineras med vite. Vidare kan personer som kan förväntas sitta inne med viktig information kallas till förhör, eventuellt vid vite.

Som mest långtgående åtgärd kan KKV eller kommissionen göra undersökningar på plats hos ett företag eller tredje man för att söka bevis för konkurrensbegränsande förfaranden. Detta kan ske med eller utan förvarning, se 48 och 49 §§ KL.¹²⁹ Om företaget vägrar släppa in myndighetens representanter eller öppna förråd o s v kan myndigheten ta hjälp av exekutiv myndighet. Företaget har dock rätt att uppehålla undersökningen någon timme för att få dit juridiskt biträde, 52 § KL.

¹²³ Mål 6/72 Continental Can, Korah LYB sid 262 ö.

¹²⁴ Korah LYB sid 263 x och 267 y, förordning 4064/89, EGT 1990 L257/14.

¹²⁵ Korah LYB sid 272 f.

¹²⁶ S k "One stop control".

¹²⁷ Korah LYB sid 274 x.

¹²⁸ Nya regler för företagsförvärv kommer att träda i kraft 2000-04-01. I korthet innebär dessa att begreppet "företagsförvärv" ersätts av en bredare definition av "företagskoncentration" i anslutning till EG:s koncentrationsförordning. Förbudet kommer att omfatta koncentrationer som "skapar eller förstärker en dominerande ställning som väsentligt hämmar eller är ägnad att väsentligt hämma förekomsten av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en avsevärd del av det", och "ett förbud kan meddelas utan att väsentliga nationella säkerhets- eller försörjningsintressen åsidosätts". Se Prop 1998/99:144.

¹²⁹ Undersökningar utan förvarning kallas ofta "dawn raids", eller "gryningsräder".

Korrespondens med ett utomstående juridiskt biträde, men inte med bolagsjurist, åtnjuter sekretesskydd, s k *legal professional privilege*.¹³⁰ Alla övriga handlingar kan komma att beaktas av konkurrensmyndigheten, inklusive personliga agendor för vissa tjänstemän.

För denna uppsats vidkommande finns ingen orsak att vidare fördjupa sig i dessa regler.¹³¹

¹³⁰ Korah LYB sid 134 x.

¹³¹ Den som är särskilt intresserad kan se Korah LYB sid 130 ff samt Carlsson m fl sid 363 ff med där angiven praxis och litteratur.

3. Grönboken och dess uppföljning

3.1. Inledning

I detta avsnitt presenteras en sammanfattning av grönboken och uppföljningen till denna.

Syftet är att sammanfatta den kritik mot det nuvarande systemet som framfördes i denna och ge en kort bakgrund till reglerna i det nya vertikala gruppundantaget.

3.2. Grönboken

3.2.1. Grönbokens bakgrund och syfte

I och med att EU:s inre marknad upprättats finns nu möjligheter för företag att tränga in på nya marknader som tidigare varit stängda av hinder på nationell nivå.¹³² Men då det alltid är ett riskprojekt, som dessutom kräver stora investeringar, är det vanligt att underlätta processen genom att sluta avtal med lokala återförsäljare som känner marknaden.

Sådana vertikala begränsningar kan vara nödvändiga förutsättningar för att en ny marknadsetablering skall äga rum, så att nya produkter och konkurrenter kan skapa ökad konkurrens. Men de kan även användas för att dela upp marknaden på medlemsstatsnivå genom exklusiva områden och *hindra* nya konkurrenter från att ta sig in på marknaden genom att knyta upp alla befintliga försäljningskanaler och därmed inverka negativt på konkurrensen. På detta sätt har de vertikala begränsningarna en stark anknytning till marknadsintegrationen, och har därför särskilt stor betydelse för unionens konkurrenspolitik.¹³³

Grönbokens syfte är att göra en grundläggande översyn av kommissionens politik gällande vertikala begränsningar.

Kommissionen har främst tre skäl för en översyn av sin konkurrenspolitik.¹³⁴ De tre gruppundantagen för distributionssystem, nämligen för ensamåterförsäljaravtal, exklusiva inköpsavtal samt franchiseavtal, kommer att upphöra att gälla. Den gemensamma marknaden är i stort inrättad och det kan därför förväntas att privata konkurrenshinder kommer att öka i förhållande till offentliga. Det har även har skett stora förändringar på strukturen för slutlig distribution och logistik, främst beroende på IT-tillämpning.

För sin analys av politiken har kommissionen fastställt fyra typer av distributionssystem. Dessa är ensamåterförsäljaravtal, exklusiva inköpsavtal, franchiseavtal och selektiv distribution.¹³⁵ Grönboken koncentreras till dessa fyra distributionstyper, men gäller alla vertikala relationer i återförsäljningskedjan. Grönboken gäller dock inte distribution av motorfordon.¹³⁶

3.2.2. Ekonomisk analys

Grönboken innehåller i kapitel II en sammanfattning av de senaste ekonomiska teorierna om vertikala begränsningars effekter på konkurrensen.

¹³² Sammanfattningen till Grönboken punkt 2.

¹³³ Grönboken punkt 3.

¹³⁴ Grönboken punkt 7.

¹³⁵ Grönboken punkt 4, för en beskrivning av de olika systemen se avsnitt 4 och 6 nedan.

¹³⁶ Grönboken punkt 6 samt not 7.

Enligt dessa anses vertikala begränsningar inte längre som i sig skadliga eller gynnsamma. Istället måste varje avtal betraktas för sig, med hänsyn till marknadsstrukturen. Som en huvudregel kan sägas att ju starkare mellanmärkeskonkurrensen är på den relevanta marknaden, desto mindre risk är det att en vertikal begränsning är skadlig för konkurrensen. Även motsatsen anses gälla.¹³⁷ Analysen bör inriktas på avtalets påverkan på marknaden, inte dess form.¹³⁸

Det är ur konkurrenssynpunkt viktigt att skilja på de fall som ger positiva effekter från de fall som ger negativa effekter på konkurrensen.¹³⁹ T ex kan prisbindning ge effektivare pris-sättning och vertikalt områdesskydd minska problemet med *free riders*, d v s att lågpriskonkurrenter utnyttjar en auktoriserad återförsäljares marknadsföringsinsatser.¹⁴⁰ Å andra sidan kan de under vissa förhållanden hindra eller rent av eliminera inommärkeskonkurrensen. Prisbindning kan underlätta för hemliga horisontella avtal, då avvikelser är lätta att upptäcka och en grossist som sänker priset inte kan övervältra denna prissänkning till detaljisterna. Risker för upptäckt och vedergällning är alltså stor, och en eventuell kartell blir mer stabil.¹⁴¹ Exklusiva områden kan förhindra marknadsinträde för nya återförsäljare.¹⁴²

Ur marknadsintegrationssynpunkt har de vertikala begränsningarna, som konstaterats ovan 3.2.1., även här karaktären av ett ”tveeggat svärd”. Med tanke på de stora riskerna med att ta sig in på en ny marknad och de kostnader som måste investeras och inte kan återfås om man sedan drar sig ur marknaden (sjunkna kostnader) är det motiverat att åtminstone tillfälligt tillåta vertikala begränsningar för att underlätta marknadsinträde.¹⁴³ Integrationen kan dock hindras om inträdet på marknaden avskärmats genom ett stort antal exklusivavtal eller då mellanmärkeskonkurrensen är svag.¹⁴⁴ Risker är dock inte stora om marknaden är tillräckligt konkurrensutsatt.

Ekonomisk teori kan inte vara ensamt styrande på politikens utformning. Tillämpningen måste ske mot bakgrund av befintlig lagtext och praxis. De ekonomiska teorierna bygger dessutom ofta på nödvändiga förenklingar och en fullständig analys av varje ärende skulle bli allt för dyr.¹⁴⁵ De ekonomiska slutsatserna måste därför av ”policyskäl” omsättas till användbara arbetsredskap som är relativt lätta att genomföra. De måste vara förenliga med EG:s konkurrensrätt, och samtidigt vara rättssäkra för företagen. En kompromiss mellan behovet av fullständig ekonomisk analys i varje fall och de höga kostnaderna för en sådan måste göras. Marknadsstrukturen och förekomsten av stark mellanmärkeskonkurrens är avgörande för bedömningen av de vertikala begränsningarnas effekt.¹⁴⁶

Kommissionen värnar om både inom- och mellanmärkeskonkurrens, samt marknadsintegration. Den har tillämpat art 81 i ganska vid bemärkelse på vertikala begränsningar. Av dessa skäl ogillar kommissionen särskilt avtal om *prisbindning* och avtal som ger *absolut områdesskydd*. Dessa omfattas med automatik av art 81(1), och särskilt absolut områdesskydd beviljas knappast heller individuellt undantag.¹⁴⁷ Denna princip skall

¹³⁷ Grönboken punkt 54.

¹³⁸ Grönboken punkt 85 iv.

¹³⁹ Grönboken punkt 57.

¹⁴⁰ Grönboken punkt 59.

¹⁴¹ Grönboken punkt 61.

¹⁴² Grönboken punkt 62.

¹⁴³ Grönboken punkt 80.

¹⁴⁴ Grönboken punkt 83.

¹⁴⁵ Grönboken punkt 86.

¹⁴⁶ Grönboken punkt 65.

¹⁴⁷ Sammanfattningen till Grönboken punkt 21.

gälla även fortsättningsvis.¹⁴⁸ Korah uttrycker viss kritik mot detta, och menar att just svårigheterna att ge återförsäljare absolut områdesskydd i själva verket kan ha försinkat integrationen.¹⁴⁹

3.2.3. Kritik mot det nuvarande systemet

Under förberedelserna för grönboken hölls flera intervjuer med tillverkare, detaljister, sammanslutningar av detaljister och tillverkare, samt enskilda med särskilda kunskaper på området. Dessutom hölls flera informella möten där problem och synpunkter diskuterades.¹⁵⁰ Den kritik som framfördes kan sammanfattas som följer.¹⁵¹

Det är effekterna på marknaden som skall vara avgörande för den konkurrensrättsliga bedömningen av vertikala begränsningar, inte de specifika bestämmelserna i ett avtal. De nuvarande gruppundantagen är inte tillräckligt flexibla, och har en slags ”tvångströjeeffekt” i och med att avtalen noga måste passas in under mallen för gruppundantaget för att inte träffas av EG-fördraget art 81. Det anses oacceptabelt att förekomsten av en enda bestämmelse som inte stämmer överens med gruppundantaget kan utesluta hela gruppundantagets tillämpning.

Oro uttrycktes också för den tid och de kostnader som en ansökan om icke-ingripandebesked hos kommissionen kräver, och att det är omöjligt att få ett snabbt beslut om icke-ingripandebesked eller undantag om ett avtal inte helt skulle omfattas av något gruppundantag. Lösningen med comfort letters anses inte tillfredsställande.

Specifikt om franchising anses det nuvarande gruppundantaget inte ha hindrat sektorns nyskapande och dynamiska utveckling, men systemet anses däremot ha skapat en viss försämring av rättssäkerheten.¹⁵²

3.2.4. Grönbokens förslag

Grönboken presenterar fyra tänkbara vägar att gå inför framtiden. Dessa är, med bibehållande av förbudet mot prisbindning och absolut områdesskydd, att:¹⁵³

1. Nuvarande regler bibehålls.
2. Mer omfattande gruppundantag införs. Bl a skulle även tjänster omfattas av gruppundantaget för ensamåterförsäljaravtal, samt att förekomsten av någon bestämmelse som går utöver gruppundantaget inte skulle utesluta hela tillämpningen.
3. Mer koncentrerade gruppundantag antas, eventuellt med en marknadsandelsgräns på 40 % av den relevanta marknaden. Avtal mellan företag som går över denna gräns skulle inte omfattas av undantaget.
4. En slags presumtion för icke-ingripande under vissa marknadsandelsgränser införs. Över marknadsandelsgränsen tillämpas alternativ 2 eller 3.

¹⁴⁸ Grönboken punkt 276.

¹⁴⁹ Korah LYB sid 315 n.

¹⁵⁰ Grönboken punkt 219 - 221.

¹⁵¹ Se Grönboken punkt 248 - 269.

¹⁵² Grönboken punkt 267.

¹⁵³ Grönboken kapitel VIII.

3.3. Uppföljningen till grönboken

3.3.1. Det föreslagna systemet

Inget av de fyra förslag som framfördes i grönboken löser alla de tre största bristerna som framkom i denna, nämligen gruppundantagens allt för formalistiska reglering som fungerar som en tvångströja, bortseendet från marknadsinflytande och allt för snäva gruppundantag.¹⁵⁴ Det nya systemet måste, förutom att lösa dessa problem, dessutom ge företagen rättsäkerhet och inte medföra för höga administrativa kostnader.¹⁵⁵

Därför föreslås ett nytt gruppundantag som omfattar alla vertikala begränsningar med avseende på både varor och tjänster, oavsett om produkten befinner sig i något mellanled eller i slutledet för försäljning till slutanvändare. Det kommer dock inte att gälla för distribution av bilar.¹⁵⁶ På så vis blir gruppundantaget inte för snävt. Gruppundantaget kommer i huvudsak bara att omfatta en svart lista för de förfaranden som *inte* omfattas av undantaget. Företagen blir på det viset fria att välja sina egna lösningar utan att vara bundna av vilket ”fack” de kan placeras i, och på detta sätt löser man även problemet med tvångströjeeffekten.¹⁵⁷

För att knyta samman gruppundantaget med marknadsinflytande, som konstaterats vara avgörande för effekterna på marknaden, används marknadsandelsgränser.¹⁵⁸ På så vis kommer marknadsinflytandet att beaktas, vilket korrigerar den tredje av de huvudsakliga bristerna med det nuvarande systemet.

Vertikala begränsningar som faller utanför gruppundantaget kommer inte att presumeras olagliga, utan blir istället föremål för individuell granskning.¹⁵⁹ För att inte straffa företag som missbedömt sin marknadsandel och därför inte anmält sitt avtal kommer undantag att kunna meddelas retroaktivt för de fall där villkoren för individuellt undantag var uppfyllda från början.¹⁶⁰ Detta kommer även att stärka den civilrättsliga genomförbarheten och undvika processer där konkurrensregler åberopas endast för att undkomma skyldigheter i avtal samt minska antalet anmälningar som idag görs endast för att uppnå rättssäkerhet.¹⁶¹

Franchiseavtal kommer att behandlas på samma sätt som de övriga distributionsformerna, då de består av en kombination av vertikala begränsningar.¹⁶² Däremot föreslås ”vertikala” avtal mellan sammanslutningar av oberoende detaljister omfattas, om de är att räkna som små eller medelstora företag. I de fall sådana avtal orsakar problem horisontellt kan de dock inte omfattas av gruppundantaget.¹⁶³ Även selektiv distribution kommer att omfattas, liksom avtal med fler än två parter.¹⁶⁴

Särskilda riktlinjer för förfarandet när ett samarbete överskrider marknadsandelsgränserna kommer i syfte att öka rättssäkerheten att ges ut tillsammans med gruppundantaget.¹⁶⁵

¹⁵⁴ Uppföljningen sid 30 ö.

¹⁵⁵ Uppföljningen sid 30 f.

¹⁵⁶ Uppföljningen sid 5 not 4.

¹⁵⁷ Uppföljningen sid 31 x.

¹⁵⁸ Uppföljningen sid 14 x och 31 m.

¹⁵⁹ Uppföljningen sid 31 n.

¹⁶⁰ Uppföljningen sid 27 x.

¹⁶¹ Uppföljningen sid 27 f.

¹⁶² Uppföljningen sid 36 x.

¹⁶³ Uppföljningen sid 36 y.

¹⁶⁴ Uppföljningen sid 35 m och 39 x.

¹⁶⁵ Uppföljningen sid 37 y.

3.3.2. Genomförandet av det nya systemet

För att kunna genomföra de planerade ändringarna krävs för det första att förordning 19/65 som ger kommissionen rätt att införa gruppundantag ändras.¹⁶⁶ Tidigare medgav denna förordning bara att kommissionen meddelade gruppundantag för avtal med inte mer än två parter, samt endast inom vissa kategorier av avtal. Enligt Rådets förordning (EG) nr 1215/1999 av den 10 juni 1999 om ändring av förordning nr 19/65/EEG om tillämpning av fördragets artikel 81.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden är numera art 1 i förordning 19/65 ändrad så att den tillåter kommissionen att anta gruppundantag för vertikala avtal av den typ som föreslagits. Sådana gruppundantag är numera inte heller begränsade till två parter.

För att möjliggöra retroaktiva undantag för sådana vertikala avtal som förslaget behandlar har även förordning 17/62 ändrats. Enligt Rådets förordning (EG) nr 1216/1999 av den 10 juni 1999 om ändring av rådets förordning nr 17 - Första förordningen om tillämpningen av fördragets artiklar 81 och 82 har art 4(2) p 2 ändrats så att anmälningssplikten i art 4(1) inte är tillämplig på avtal eller samordnade förfaranden som avser leverans av varor till bearbetning eller återförsäljning, eller saluföring av tjänster, som ingås av två eller flera företag i olika led av distributionskedjan, d v s sådana vertikala avtal som behandlas i grönboken. Förbudet enligt förordning 17/62 art 6(1) andra meningen mot retroaktiva undantag gäller inte för sådana avtal som är befriade från anmälningssplikt, se art 6(2). Befrielsen från anmälningssplikten syftar dessutom till att minska antalet anmälningar så att kommissionen kan koncentrera sig på de allvarliga överträdelserna.¹⁶⁷

För svensk del behövs inga lagändringar för att införa ett nytt vertikalt gruppundantag. 17 § KL tillåter att gruppundantag införs genom förordning bara villkoren för individuellt undantag i 8 § KL är uppfyllda, och KKV kan enligt förarbetena redan nu bevilja retroaktiva undantag.¹⁶⁸ Se mer om en eventuell svensk anpassning i avsnitt 5.9.3. nedan.

Därefter kan själva gruppundantagsförordningen införas. Innan detta kan ske måste dock kommissionen enligt art 5 i förordning 19/65 publicera ett utkast till förordningen och inbjuda till kommentarer kring detta inom en viss tidsfrist, som inte får understiga en månad. Utkastet publicerades 1999-09-24.

Det är detta utkast som nedan kommer att studeras i denna uppsats.

¹⁶⁶ Rådets förordning nr 19/65/EEG av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 85(3) på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden.

¹⁶⁷ Preambeln till Rådets förordning (EG) nr 1216/1999 om ändring av rådets förordning nr 17, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 81 och 82, punkt 7.

¹⁶⁸ Prop sid 1992/93:56 sid 81 x samt ovan 2.2.8.

4. Berörda distributionsformer

4.1. Inledning

Ett företag kan, förutom genom ett franchisesystem, välja mellan en hel mängd andra distributionssystem för att föra ut sina varor och tjänster på marknaden. Då denna uppsats är koncentrerad till franchiseavtal kommer inte någon detaljerad studie av dessa andra system att presenteras. För jämförelsens skull är det dock viktigt att känna till dem, och vilka eventuella konkurrensrättsliga problem de kan medföra. I detta avsnitt beskrivs därför kortfattat de nuvarande konkurrensrättsliga regler för varu- och tjänstedistribution som på ett eller annat sätt påverkas av det nya vertikala gruppundantaget.

Gruppundantaget för franchiseavtal behandlas dock inte här. Eftersom denna uppsats syfte är att jämföra nuvarande regler för franchiseavtal med kommande regler enligt det nya vertikala gruppundantaget behandlas reglerna kring franchiseavtal i ett sammanhang i avsnitt 6 nedan.

Då även detaljhandelskedjor i vissa fall föreslås omfattas av det nya vertikala gruppundantaget beskrivs även det svenska gruppundantaget för kedjor i detaljhandeln, trots att det egentligen är ett undantag för ett horisontellt samarbete.¹⁶⁹

4.2 Nuvarande reglering för varu- och tjänstedistribution

4.2.1. Exklusiva återförsäljaravtal

Exklusiva återförsäljaravtal, eller ensamåterförsäljaravtal, är avtal där en leverantör förbinder sig att bara leverera vissa varor till en viss återförsäljare inom ett visst område. Sådana avtal omfattas av ett gruppundantag för ensamåterförsäljare, se art 1(1).¹⁷⁰ Ensamåterförsäljaravtal anses främja investeringsviljan genom att minska inommarkeskonkurrensen, särskilt när en ny marknad skall bearbetas.¹⁷¹ Gruppundantaget gäller inte för tjänster.¹⁷² Det gäller inte heller om avtalet har fler än två parter.

Gruppundantaget gäller inte heller om återförsäljaren använder eller förbrukar varorna vid tillverkning av en annan vara. Återförsäljaren kan däremot packa om varorna. Det avgörande är att varans identitet måste vara intakt. Endast en marginell värdeökning anses inte heller påverka varans identitet.¹⁷³ Exakt var gränsen går för hur mycket bearbetning återförsäljaren kan tillåtas innan gruppundantaget slutar gälla för avtalet är oklart.¹⁷⁴

Den vita listan (art 2) tillåter att leverantören i avtalet förbjuds att själv leverera till kunder inom det avtalade området. Vidare är det tillåtet att ålägga återförsäljaren att inte tillverka eller distribuera konkurrerande varor, att endast köpa varor från återförsäljaren samt att avstå från att aktivt söka kunder utanför det avtalade området. För svenskt vidkommande gäller enligt 4 § i gruppundantagsförordningen att om återförsäljaren åläggs att inte tillverka eller distribuera

¹⁶⁹ Uppföljningen sid 36 y samt gruppundantaget art 1(2), se nedan 5.2.3. och 5.5.1.

¹⁷⁰ Kommissionens förordning nr 1983/83 av den 22 juni 1983 om tillämpning av fördragets artikel 85(3) på grupper av ensamåterförsäljaravtal samt för Sveriges del Förordning (1996:341) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för ensamåterförsäljaravtal.

¹⁷¹ Preambeln till gruppundantaget för ensamåterförsäljaravtal, punkt 6.

¹⁷² Korah LYB sid 195 m samt Carlsson m fl sid 185 ö.

¹⁷³ Se KKV:s allmänna råd KKVFS 1993:4 om gruppundantagen för ensamåterförsäljaravtal (SFS 1993:72) och exklusiva inköpsavtal (SFS 1993:73), 2.2 a.

¹⁷⁴ Korah LYB sid 196 ö.

konkurrerande varor så gäller inte gruppundantaget om leverantören svarar för mer än 35 % av den svenska marknaden för samma eller likvärdiga varor.

Återförsäljaren får även åläggas att köpa hela sortiment eller minimikvantiteter av varor, att sälja varorna under leverantörens varumärken eller förpackade och presenterade på det sätt som leverantören föreskriver samt att vidta vissa säljfrämjande åtgärder.

Om endera parten åtar sig andra konkurrensbegränsande förpliktelser än de som räknas upp i art 2 så gäller inte gruppundantaget.¹⁷⁵ Gruppundantaget gäller inte heller om något av de villkor som räknas upp i den svarta listan i art 3 är uppfyllt. Avtal mellan konkurrenter om ömsesidiga ensamåterförsäljaravtal ses med oblika ögon av kommissionen, då det tillåter konkurrenterna att dela upp marknaden i strid med integrationsmålet, Sådana är därför förbjudna.¹⁷⁶ Vidare är bl a avtal som leder till att parallellimport försvåras förbjudna, och leder till att gruppundantaget inte kan tillämpas.

4.2.2. Exklusiva inköpsavtal

Ett avtal med endast två parter där den ena parten utfäster att köpa vissa varor endast från den andra är ett exklusivt inköpsavtal, som kan motiveras på liknande sätt som ensamåterförsäljaravtal.¹⁷⁷ Förutsatt att det endast gäller varor, och inte tjänster, omfattas ett sådant avtal av gruppundantag för exklusiva inköpsavtal.¹⁷⁸ Återförsäljaren får inte heller tilldelas något exklusivt område, art 16.

Leverantören får förbjudas att själv leverera samma eller liknande varor inom återförsäljarens huvudsakliga säljområde och på samma nivå i kommersialiseringskedjan, art 2(1). Längre gående områdesskydd leder till att gruppundantaget inte längre är tillämpligt. Återförsäljaren får åläggas att inte tillverka eller distribuera konkurrerande varor. För svenska förhållanden gäller dock att om leverantören svarar för mer än 35 % av den svenska marknaden så gäller inte gruppundantaget, 5 § gruppundantagsförordningen för exklusiva inköpsavtal.

Återförsäljaren får även åläggas att köpa hela sortiment eller minimikvantiteter o s v på samma sätt som för ensamåterförsäljaravtal.

Den svarta listan i art 3 utesluter tillämpning av gruppundantaget bl a om producenter av liknande varor ingår exklusiva inköpsavtal med varandra eller om avtalet är ingånget för längre tid än fem år. Även s k kopplingsförbehåll, d v s att endast sälja en vara i samband med en annan, utesluter tillämpningen av gruppundantaget om det inte finns något naturligt samband mellan de kopplade produkterna.

I gruppundantaget finns även specialregler för ölinköpsavtal och bensinstationer, där endast de senare gäller i Sverige. Dessa specialregler är inte av intresse för denna uppsats.

4.2.3. Selektiv distribution

För vissa varor finns ett behov av särskild assistans före köpet, liksom vissa varor kan vara beroende av en känsla av lyx. För sådana varor är det relativt lätt för s k ”free riders” att utnyttja den extra investering en återförsäljare som upprätthåller denna assistans eller lyx-

¹⁷⁵ Korah LYB sid 198 x.

¹⁷⁶ Korah LYB sid 203 n.

¹⁷⁷ Preambeln till gruppundantaget för exklusiva inköpsavtal, punkt 6.

¹⁷⁸ Kommissionens förordning nr 1984/83 av den 22 juni 1983 om tillämpning av fördragets artikel 85(3) på grupper av exklusiva inköpsavtal samt för Sveriges del Förordning (1996:342) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för exklusiva inköpsavtal.

känsla måste göra genom att sälja varorna utan assistans till lägre pris. Det kan i det läget vara svårt att övertyga en återförsäljare att investera i den nödvändiga servicen, utan att på något sätt skydda honom från ”free riders”, i vart fall före ett varumärke är välkänt.¹⁷⁹

Selektiv distribution innebär ett system där leverantören väljer ut sina återförsäljare enligt vissa kriterier och sedan endast tillåter dem att sälja till slutanvändare eller andra auktoriserade återförsäljare. Ett sådant system är inte förbjudet i sig, eftersom det i avsaknad av dominans inte finns några regler för hur företag får välja sina kunder.

I de fall där avtalskriteriet är uppfyllt kan systemet dock begränsa konkurrensen på sådant sätt att EG-fördraget art 81 resp 6 § KL blir tillämplbara. Utifrån en omfattande praxis har kommissionen och EG-domstolen kommit fram till vilka kriterier som är acceptabla ur konkurrenssynpunkt.¹⁸⁰

Följande fyra villkor skall vara uppfyllda:

1. Systemet skall vara berättigat med hänsyn till produkternas karaktär.
2. Återförsäljarna skall väljas utifrån objektiva kriterier av kvalitativ karaktär som tillämpas enhetligt och icke-diskriminerande för alla potentiella återförsäljare.
3. De kvalitativa kriterierna får inte gå längre än nödvändigt.
4. Systemet skall avse att förbättra konkurrensen och väga upp den konkurrensbegränsning det innebär.¹⁸¹

Produkter som i praxis har kvalificerat för selektiva distributionssystem är antingen tekniskt avancerade produkter eller produkter för vilka ett exklusivt varumärke är särskilt viktigt, som t ex parfym.¹⁸² Det finns ingen förpliktelse att leverera till auktoriserade återförsäljare, men om återförsäljarna inte tillåts leverera till andra återförsäljare som uppfyller kraven så strider detta mot EG-fördraget art 81 resp 6 § KL.¹⁸³ Om likaså kvantitativa kriterier används så anses systemet strida mot konkurrensrätten.

4.2.4. Gruppundantaget för försäljnings- och serviceavtal för motorfordon

Trots att det finns ett speciellt gruppundantag för försäljnings- och serviceavtal för motorfordon som i allra högsta grad berör distribution så omfattas detta inte av översynen av de vertikala begränsningarna.¹⁸⁴ Följaktligen kommer sådana avtal att ligga *utanför* det nya vertikala gruppundantaget och istället regleras av en gruppundantagsförordning av ”den gamla stammen”, som gäller t o m september 2002. Det är ändå av intresse att här behandla även detta gruppundantag, då det inte är otänkbart att distribution av motorfordon i framtiden kan komma att omfattas av det nya vertikala gruppundantaget.

Gruppundantaget är resultatet av en balansering av vissa intressen. Dessa är biltillverkarnas tekniska och säkerhetsrelaterade intresse av att kunna välja och övervaka sina återförsäljare,

¹⁷⁹ Se bl a Korah/Rothnie sid 15 f. Resonemanget är givetvis giltigt även ensamåterförsäljaravtal och exklusiva inköpsavtal, se ovan.

¹⁸⁰ I Grönboken not 40 finns en uppräknig av dessa fall. De kommer inte att studeras i denna uppsats.

¹⁸¹ Carlsson m fl sid 484 m.

¹⁸² Carlsson m fl sid 485 m.

¹⁸³ Korah sid 17 x.

¹⁸⁴ Grönboken not 7.

återförsäljarnas intresse av att inte vara för beroende av tillverkarna, konkurrerande tillverkares intresse av att få tillgång till försäljningsnätet samt konsumenternas intresse av låga priser.¹⁸⁵

Gruppundantaget gäller enligt art 1 avtal mellan två parter där den ena parten förbinder sig att inom ett visst område inom den gemensamma marknaden endast till den andra parten eller den andra parten samt ett angivet antal andra återförsäljare för återförsäljning leverera vissa motorfordon med tre eller flera hjul avsedda att användas på allmän väg.¹⁸⁶

I artikel 2 undantas en förpliktelse för leverantören att inte sälja de avtalade varorna till konsumenter eller tillhandahålla service för dem inom återförsäljarens område. I artikel 3 undantas en rad förpliktelser för återförsäljaren. Återförsäljaren får åläggas att inte ändra varorna utan leverantörens samtycke utom för ett visst fordon som en konsument köpt och inom avtalsprogrammet, att inte tillverka konkurrerande varor eller sälja reservdelar som inte motsvarar leverantörens kvalitet o s v. Återförsäljaren får åläggas att inte aktivt söka kunder eller upprätta filialer utanför sitt avtalade område, art 3(8), vilket ger ett begränsat områdeskydd. Dessutom får återförsäljaren enligt art 3(3) åläggas att inte sälja nya motorfordon från konkurrerande tillverkare annat än i separata försäljningslokaler, under separat ledning och i en separat juridisk person samt på ett sätt som förhindrar sammanblandning mellan märkena. Däremot torde det inte finnas något hinder att de separata försäljningslokalerna är belägna i samma byggnad.¹⁸⁷ Återförsäljaren får också åläggas att inte leverera varor eller reservdelar till andra än andra återförsäljare som omfattas av säljorganisationen, se art 3(10). Avtalet tillåts alltså innehålla en viss grad av selektiv distribution.

I art 4 finns restriktioner som normalt inte anses konkurrensbegränsande, men som ändå är undantagna ifall de i det enskilda fallet skulle anses konkurrensbegränsande. Det gäller bl a ålägganden om minimikrav för försäljning och service, som t ex affärslokalernas utrustning och personalens fackkunskap, minimikvantiteter för försäljning och lagerföring, tillhandahållande av demonstrationsfordon samt åtaganden för garantiservice.

För att gruppundantaget skall gälla krävs att en mängd villkor i art 5 är uppfyllda, bl a gällande garantivillkor. Jag går inte in närmare på de materiella villkoren.

Det finns även en svart lista i art 6. I denna står uttryckligen att undantaget inte gäller om andra konkurrensbegränsningar än de som uttryckligen undantas ingår i avtalet. Parterna får inte heller dra nytta av mer långtgående bestämmelser i gruppundantagen för exklusiva återförsäljaravtal eller exklusiva inköpsavtal. Undantaget gäller inte heller om båda avtalsparterna eller till dem anknutna företag är tillverkare av motorfordon, eller om det förekommer kopplingsförbehåll för andra varor eller tjänster än de som omfattas av gruppundantaget. Leverantören får inte förbehålla sig rätten att ändra det avtalade området eller ingå andra försäljnings- och serviceavtal med andra företag inom området, begränsa återförsäljarens frihet att bestämma priser eller på olika sätt begränsa parallellhandeln. De övriga klausulerna är mer speciella för branschen och behandlas inte här.

Försäljningsställena präglas ofta av en utformning med enhetlig skyltning av varumärken o s v, ibland t o m samma arkitektur, som många gånger fastställts av leverantören. Trots att återförsäljning av motorfordon flera gånger är regelrätta franchisesystem, eller i vart fall är mycket lika sådana, så är gruppundantaget för franchiseavtal enligt art 12 inte tillämpligt för de avtal som omfattas av gruppundantaget för försäljnings- och serviceavtal för motorfordon. Det

¹⁸⁵ Ritter sid 230 m.

¹⁸⁶ Förordning (1996:65) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för försäljnings- och serviceavtal för motorfordon samt Kommissionens förordning nr 1475/95 av den 28 juni 1995 om tillämpning av fördragets artikel 85(3) på vissa grupper av försäljnings- och serviceavtal för motorfordon.

¹⁸⁷ Carlsson m fl sid 491 m, se även förordningsmotiv 1996:1 sid 11 x.

finns alltså ingen möjlighet för bilbranschen att välja vilket system de vill tillämpa. De måste anpassa avtalen efter gruppundantaget för försäljnings- och serviceavtal för motorfordon, eller söka individuellt undantag.

4.2.5. Gruppundantaget för kedjor i detaljhandeln

I Sverige, men inte i övriga EU, finns ett specifikt gruppundantag för kedjor i detaljhandeln. Det undantar vissa samarbetsformer som sker i kedjesamarbeten på det horisontella planet. Trots att denna uppsats inte behandlar horisontella förhållanden är detta undantag av särskilt intresse då det nya vertikala gruppundantaget föreslås omfatta även ”vertikala avtal mellan sammanslutningar av oberoende detaljister”, under vissa förutsättningar.¹⁸⁸ Med hänsyn till detta gör jag en noggrannare genomgång av detta gruppundantag än de övriga distributions-systemen ovan.

Gruppundantaget gäller för samarbete mellan detaljhandelsföretag som samarbetar i en och samma kedja, se 1 och 8 §§. Med kedjor avses samarbetande detaljister av stadigvarande karaktär på olika orter i landet. Typiskt för kedjor är också att en betydande del av inköpen är gemensamma eller i vart fall gemensamt framförhandlade, samt att marknadsföring sker gemensamt och en likartad profil upprätthålls gentemot konsumenten.¹⁸⁹ Samarbetet måste vara skriftligt, 7 §, men kan lika väl framgå av en förenings stadgar som av ett traditionellt avtal.¹⁹⁰ En kedja kan inte samtidigt utnyttja ett annat gruppundantag, 7 §.

För att utnyttja gruppundantaget maximalt får kedjan omfatta högst 20 % (mindre kedjor) av tillförseln till den svenska marknaden, 1 §. Om kedjan står för högst 35 % (större kedjor) av tillförseln till den svenska marknaden begränsas gruppundantagets tillämpning, 2 §. Om kedjan tillför mer än 35 % av tillförseln så gäller inte gruppundantaget alls.

Tillförseln till den svenska marknaden är *inte* samma sak som det brukliga inom konkurrensrätten, nämligen kedjans marknadsandel på den relevanta marknaden. Den skall istället beräknas enligt en relativt komplicerad beräkningsregel i gruppundantagets 3 §. Bakgrunden till denna regel är att man vill underlätta för kedjor som har en sådan sammansättning av sitt sortiment att den vanliga statistiken över tillförsel till den svenska marknaden inte kan användas.¹⁹¹ För denna uppsats vidkommande är endast resultatet, och inte den exakta beräkningen av intresse.¹⁹²

För de *mindre kedjorna* undantas enligt 1 § inköpssamarbete, gemensam marknadsföring och kalkyleringshjälp. Vidare undantas en rätt att förbehålla avtalsparterna rätten att sälja de gemensamt inköpta varorna, samarbete om butiksetablering, finansiella och administrativa tjänster samt tjänster för butiks- och personalutveckling.

Inköpssamarbete finns inte definierat i förordningsmotiven. Enligt Carlsson torde den rimligaste tolkningen från konkurrenssynpunkt vara att medlemmarna i kedjan måste ha rätt att köpa även av andra leverantörer än de med vilka centrala avtal slutits. Även en rekommendation att inte köpa av vissa leverantörer är med denna tolkning förbjuden.¹⁹³

Gemensam marknadsföring innebär att föra ut ett gemensamt budskap på marknaden, och det är endast i samband med sådan marknadsföring som prissamarbete är tillåtet, oavsett om

¹⁸⁸ Se nedan avsnitt 5.4.1. och 5.9.1.

¹⁸⁹ Förordningsmotiv 1993:1 sid 34 n.

¹⁹⁰ Carlsson m fl sid 205 n.

¹⁹¹ Carlsson m fl sid 207 y samt förordningsmotiv 1993:1 sid 38.

¹⁹² Beräkningen finns beskriven i Carlsson m fl sid 207 f samt förordningsmotiv 1993:1 sid 38 ö.

¹⁹³ Carlsson m fl sid 208 x, KKV:s beslut nr 93/95 ICA Handlarnas.

varorna är gemensamt inköpta eller ej. Gemensamma rekommenderade prislistor o s v faller utanför gruppundantaget.¹⁹⁴ Under alla förhållanden är prisbindning otillåten enligt 6 §. Det måste av marknadsföringen framgå att priserna får *underskridas*, vilket måste innebära att ett *maximipris* inte är i strid med gruppundantaget.

Tillåten kalkyleringshjälp är att kedjan genom en central funktion får underlätta för medlemmarna att välja vilket pris varorna skall säljas till. Detta kan ske genom tillhandahållande av kalkylmodeller där den enskilde handlaren kan sätta in sina värden, eller genom alternativa kostnadskalkyler, allt under förutsättningen att det slutliga priset inte fastställs eller bruttovinstpålägg eller liknande rekommenderas eller fastställs.¹⁹⁵

Finansiella tjänster kan vara rådgivning, men kan även inkludera lån eller borgen.¹⁹⁶

Större kedjor kan utnyttja samma samarbetsformer, med två begränsningar. Vid pris-samarbete som ingår som ett led i gemensam marknadsföring måste priset framträda som ett *avgörande motiv* för köp av den marknadsförda varan eller tjänsten, se 2 § första punkten. Kalkyleringsstödet begränsas i 2 § andra punkten, till att i praktiken bara omfatta en form av gemensam datorservice som medlemmarna kan utnyttja ”utan att detta på något sätt främjar lika priser” och som lämnar den enskilde medlemmen full frihet att sätta sina egna priser utifrån sina egna förutsättningar.¹⁹⁷ I övrigt tillåts samma samarbete som för mindre kedjor.

Gruppundantaget innehåller ingen svart lista. De begränsningar som undantas är istället *uttömmande*. Om kedjan vill utöka samarbetet krävs därför individuellt undantag, men bara för det som går utöver gruppundantaget.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Förordningsmotiv 1993:1 sid 35 x.

¹⁹⁵ Förordningsmotiv 1993:1 sid 35 y.

¹⁹⁶ Förordningsmotiv 1993:1 sid 36 ö.

¹⁹⁷ Förordningsmotiv 1993:1 sid 37 y.

¹⁹⁸ Carlsson m fl sid 207 ö.

5. Kommentar till det nya vertikala gruppundantaget

5.1. Inledning

1999-09-24 publicerades ett utkast av det nya vertikala gruppundantaget med tillämpningsriktlinjer i EGT.¹⁹⁹ Detta avsnitt syftar till att ge en kommentar till bestämmelserna i detta utkast. Det bör poängteras att det är fråga om just ett utkast till gruppundantagsförordning. Efter att detta utkast offentliggjordes har kommentarer från intresserade parter lett till vissa mindre förändringar som ännu inte är offentliga. Sannolikt kommer de inte heller att bli offentliga förrän efter det att gruppundantaget antas, varför de av tidsskäl inte har kunnat beaktas i denna uppsats.

Förutom kommentaren till utkastet till gruppundantag innehåller avsnittet en sammanfattning av hur kommissionen enligt utkastet till tillämpningsriktlinjer ämnar bedöma vertikala begränsningar i allmänhet för de fall de inte omfattas av gruppundantaget. Dessutom beaktas några särskilda problem i samband med införandet av gruppundantaget.

Alla hänvisningar till artiklar i detta avsnitt är till det 1999-09-24 publicerade utkastet till det nya vertikala gruppundantaget om inget annat sägs.

5.2. Gruppundantagets struktur

I art 1(1) förklaras att i den mån vertikala begränsningar är konkurrensbegränsande så skall dessa med stöd av EG-fördraget art 81(3) och på de villkor som beskrivs i gruppundantaget undantas från förbudet i EG-fördragets art 81(1). Därefter anges gruppundantagets omfattning i art 1(2) till 1(5). Omfattningen regleras också av art 2, där de marknadsandelsgränser som måste beaktas finns uppställda.

I art 3 finns en svart lista med särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar som utesluter gruppundantagets tillämplighet. Art 4 innehåller ytterligare en svart lista, som innehåller begränsningar som inte är så allvarliga att de utesluter gruppundantagets tillämpning. Istället gäller här att endast det aktuella villkoret inte omfattas av gruppundantaget och faller utanför. Konkurrensbegränsande villkor i avtal som faller under gruppundantagets tillämpningsområde och som inte omfattas av någon av de svarta listorna är tillåtna såsom undantagna enligt gruppundantaget.

Gruppundantaget kan återkallas generellt av kommissionen enligt art 5, och respektive medlemstat kan enligt art 6 återkalla undantaget för sitt territorium i de fall avtalet leder till oacceptabla konkurrensbegränsningar just där. Enligt art 7 kan kommissionen genom en särskild förordning förklara gruppundantaget icke tillämpligt för en viss typ av vertikala avtal på en viss marknad.

Art 8 och 9 innehåller beräkningsregler för de marknadsandels- och omsättningsgränser som används i gruppundantaget. Art 10 innehåller definitioner på vad som menas med anknutna företag, medan art 11 innehåller mer allmänna definitioner.

Övergångsregler finns i art 12. Art 13 slutligen innehåller gruppundantagets giltighetstid. Det träder i kraft 2000-06-01 och upphör att gälla 2010-06-01.

¹⁹⁹ EGT C 270 24 September 1999 sid 7. Utkastet kan hämtas på webben, <http://europa.eu.int/comm/dg04/antitrust/others/vertical_restraints/reform/consultation/index.htm>.

5.3. Definitioner

5.3.1. Allmänt

Definitionerna finns i art 10 och 11. Jag anser det lite märkligt att de kommer så sent i förordningen. Det är också lite otympligt att definitionen av ”anknutna företag” finns i en egen artikel istället för att vara införlivad med den övriga definitionsartikeln.

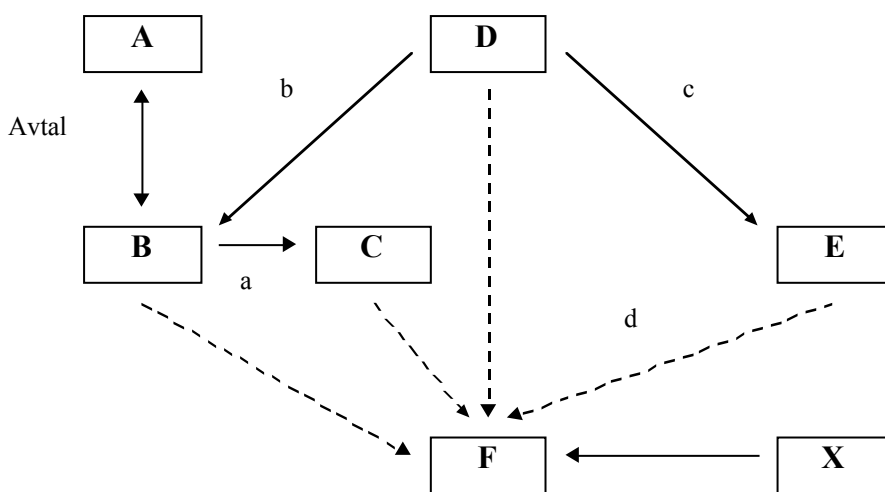
Gruppundantaget skulle fungera bättre av att samla alla definitioner i gruppundantagets inledning istället, och sedan förskjuta den övriga numreringen. En sådan förändring kommer med all säkerhet också att göras. Därför inleder jag kommentaren till gruppundantaget med definitioner, så att de övriga reglerna inte skall hänga i luften.

5.3.2. Konkurrerande företag

Med *konkurrerande företag* avses enligt art 11 både faktiska och potentiella leverantörer av ur konsumentens synvinkel utbytbara varor eller tjänster. Att ett företag är en potentiell konkurrent innebär inte bara att det *kan* ställa om sin produktion för att producera en utbytbar vara, utan troligen även att företaget inom en någorlunda snar framtid har planer på att göra så. Om den utbytbara varan eller tjänsten levereras av ett *anknutet företag* så anses även den avtalspart till vilken företaget anses anknutet som konkurrerande företag, även om inte avtalsparten i sig marknadsför utbytbara varor.

5.3.3. Anknutna företag

Vad som menas med *anknutna företag* förklaras i art 10, som är ganska komplicerat skriven. En skiss underlättar förståelsen av art 10.



Figur 2: Illustration av anknutna företag enligt det nya vertikala gruppundantaget art 10. Den dubbelriktade pilen illustrerar ett avtal, där A och B är parter. De enkelriktade pilarna representerar ”bestämmande inflytande” enligt art 10(1) a. Det företag mot vilken pilen pekar kontrolleras av det företag från vilket pilen kommer. De

streckade pilarna är, tillsammans med pilen från X, alternativa för art 10(1) d. Bokstäverna motsvarar de olika punkterna i art 10(1).

Enligt art 10(1) a är företag i vilket en avtalspart *direkt eller indirekt* har befogenhet att utöva mer än hälften av rösträttigheterna, utse mer än hälften av styrelseledamöterna eller på annat sätt har rätt att leda företagets verksamhet att anse som ett anknutet företag till avtalsparten. För att inte i onödan tynga texten kallar jag detta för ”bestämmande inflytande”. Om alltså B har bestämmande inflytande över C så anses C vara anknutet till B enligt art 10(1) a.

Det samma gäller företag som har bestämmande inflytande över avtalsparten, art 10(1) b. I skissen har D bestämmande inflytande över B, och är därför att anse som ett anknutet företag.

Enligt art 10(1) c anses även företag som företag som avses i 10(1) b har bestämmande inflytande över som anknutna företag till avtalsparten. Företag E är alltså anknutet till B, genom att D har bestämmande inflytande över E och B.

Slutligen anses även företag som något av de tidigare nämnda företagen gemensamt med ett annat företag har bestämmande inflytande i som anknutet till avtalsparten. Om alltså något av företagen B, C, D eller E gemensamt med X har bestämmande inflytande i F så anses F som anknutet företag till B.

Regeln innebär att koncerner skall bedömas tillsammans, både vad gäller moder- och dotterbolag samt systerbolag, men även att eventuella joint ventures eller andra samägda företag skall ingå i definitionen, se art 10(1) d.

5.3.4. Konkurrensklausuler

I art 11 definieras sedan *konkurrensklausuler*. Med en konkurrensklausul avses varje direkt eller indirekt skyldighet som ålägger köparen²⁰⁰ att inte tillverka, köpa, sälja eller återförsälja varor eller tjänster som konkurrerar med de som omfattas av avtalet. Även en förpliktelse att köpa mer än 80 % av köparens totala inköp av utbytbara varor från leverantören eller annan av honom utsedd leverantör räknas som en konkurrensklausul. Inköpsprocenten skall beräknas på föregående års inköp.

5.3.5. Exklusiv leveransskyldighet

Med en exklusiv leveransskyldighet avses enligt art 11 varje direkt eller indirekt skyldighet som föranleder leverantören att för en särskild användning eller för återförsäljning endast sälja vissa varor eller tjänster till endast en köpare.

Exklusiva leveransskyldigheter omfattar alltså alla former av ensamåterförsäljaravtal, oavsett hur små eller stora områden som tilldelas återförsäljaren.

5.3.6. Selektiva distributionssystem

Selektiva distributionssystem är enligt art 11 ett system där leverantören utser sina återförsäljare enligt på förhand bestämda kriterier, och där dessa auktoriserade återförsäljare inte får sälja varor eller tjänster till icke auktoriserade återförsäljare.

²⁰⁰ Eftersom gruppundantaget omfattar vertikala avtal i flera led används de neutrala termerna leverantör och köpare, riktlinjerna punkt 91 samt nedan 5.4.1.

I utkastet till gruppundantag används i det svenska utkastet ”återförsäljare” trots att ”köpare” annars är den använda termen. Inte heller i det engelska utkastet används ”buyers”, utan ”distributors” och ”dealers”. Det finns ingen förklaring till denna skillnad i terminologi, men den kan bero på att selektiva distributionssystem nästan alltid används för distribution av färdigprodukter i slutledet.²⁰¹ För ett sådant förhållande passar återförsäljare bättre än ”köpare”, trots bristen på konsekvens i terminologin, och har förmodligen ingen särskild verkan för de fall där andra produkter eller distributionsled avses.

5.3.7. Know-how

Art 11 innehåller en definition av *know-how*, som är i det närmaste identisk med den som finns i franchiseundantaget art 1(3) g.²⁰² Det skall vara fråga om en viss mängd icke patenterad praktisk information, som är ett resultat av leverantörens erfarenhet och tester och som är hemlig, substantiell och identifierad. Även vad som menas med hemlig, substantiell och identifierad stämmer överens med franchiseundantaget art 1(3) h - i.²⁰³

5.4. Omfattning

5.4.1. Avtal som omfattas

Gruppundantaget gäller enligt art 1(1) för avtal eller samordnade förfaranden mellan två eller flera företag som vart och ett är verksamt inom olika led av distributions- eller produktionskedjan, d v s *vertikala avtal*. Avtalen skall avse villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster, i den mån dessa villkor utgör en konkurrensbegränsning som omfattas av art 81(1).

Att företagen skall befinna sig på olika nivåer i distributionskedjan innebär enligt riktlinjerna *inte* att ett företag inte kan vara verksamt i flera led. Gruppundantaget gäller såväl mellan en tillverkare av råmaterial och en som använder detta som insatsvara, som mellan producenter, grossister och återförsäljare.²⁰⁴ Gruppundantaget gäller både mellanprodukter och slutprodukter, vare sig produkten är en vara eller en tjänst, samt oavsett om varorna köps in för återförsäljning eller för att hyras eller leasas ut till tredje man. Hyres- eller leasingavtal omfattas dock inte i sig av gruppundantaget.²⁰⁵

Gruppundantaget är även tillämpligt på vertikala avtal som ingås mellan en sammanslutning av återförsäljare på detaljistnivå och dess medlemmar eller mellan sammanslutningen och dess leverantörer, förutsatt att ingen av medlemmarna samt dess anknutna företag har en årsomsättning som överstiger 50 miljoner euro, se art 1(2).²⁰⁶ Detta förhållande kommer att behandlas nedan i avsnitt 5.9.1.

Gruppundantaget gäller även bestämmelser i vertikala avtal om överlåtelse eller användning av immateriella rättigheter, så länge detta inte är huvudsyftet med avtalet. Licenserna skall ha

²⁰¹ Riktlinjerna punkt 183.

²⁰² Se nedan avsnitt 6.2.1.

²⁰³ Se nedan avsnitt 6.2.1.

²⁰⁴ Riktlinjerna punkt 24 andra strecksatsen.

²⁰⁵ Riktlinjerna punkt 24 tredje strecksatsen.

²⁰⁶ Om endast några få av detaljisterna skulle ha en omsättning som inte betydligt överstiger 50 miljoner euro så kommer det normalt inte att ändra bedömningen av art 81, se riktlinjerna not 12. Alltså kommer gruppundantaget sannolikt att gälla även i dessa fall.

direkt samband med och vara nödvändiga för användningen eller återförsäljningen av de levererade varorna eller tjänsterna. De immateriella rättigheter som enligt riktlinjerna i allmänhet uppfyller dessa villkor är varumärken, upphovsrätt och know-how.²⁰⁷ Know-how är särskilt viktigt vid franchiseavtal och kommer att behandlas nedan i avsnitt 6.6.10. Återförsäljning av upphovsrättsligt skyddad programvara utan att återförsäljaren erhåller någon licens, utan licensavtalet ingås direkt mellan tillverkaren och kunden t ex genom s k shrink-wrap avtal, anses för gruppundantagsförordningens tillämpning som leverans av varor.²⁰⁸

5.4.2. Avtal som *inte* omfattas

Skyldigheter som *inte* har anknytning till villkoren för inköp, försäljning eller återförsäljning omfattas inte av gruppundantaget. Inte heller distributionsavtal för bilar omfattas.

Gruppundantaget är uttryckligen inte heller tillämpligt på vertikala avtal som omfattas av andra gruppundantagsförordningar, som t ex gruppundantaget för tekniköverföring eller distributions- och serviceavtal för motorfordon, se art 1(5).²⁰⁹ Gruppundantaget omfattar inte heller avtal som omfattas av meddelandet om underleverantörsavtal. Avtal där köparen tillhandahåller utrustning eller immateriella rättigheter till leverantören för att tillverka de varor eller tillhandahålla de tjänster som omfattas av avtalet omfattas inte heller.²¹⁰

Det är inte heller tillämpligt på vertikala avtal som ingås mellan *konkurrerande företag*, utom i två fall. Gruppundantaget gäller enligt art 1(4) a och b för *ensidiga* vertikala avtal mellan konkurrerande företag i två fall. Med ensidigt menas att endast en part åläggs förpliktelser, så att t ex en tillverkare distribuerar en annan tillverkares varor, men att den andre tillverkaren inte distribuerar den första tillverkarens varor.²¹¹

Det första fallet är om köparen har en sammanlagd årsomsättning som inte överstiger 100 miljoner euro. Det andra är om köparen är en *återförsäljare* och inte samtidigt tillverkar varor som är identiska eller utbytbara med de som omfattas av avtalet. Om inte båda företagen agerar som återförsäljare är de inte att anse som konkurrerande. För att omfattas av gruppundantaget måste det ena av företagen i art 1(4) b både tillverka och agera som återförsäljare av den vara som omfattas av avtalet, medan den andra endast får vara återförsäljare. Alltså omfattar gruppundantaget endast ”dubbel återförsäljning”, men inte ”dubbel tillverkning”.²¹²

Definitionen av konkurrerande företag är inte geografiskt begränsad. Även ett företag som *de facto* inte konkurrerar med sin avtalspart då det befinner sig på en annan geografisk marknad kan alltså omfattas av begreppet. Ett avtal med detta företag skulle då leda till att gruppundantaget inte längre kan tillämpas, även om avtalet endast gäller ett till avtalsparten anknutet företag, om det inte faller under punkt a eller b. Definitionen av konkurrerande företag omfattar dock *potentiella konkurrenter*. Det är inte otänkbart att företaget på den andra geografiska marknaden inom en relativt snar framtid skulle vara intresserat av att ta sig in på den gemensamma marknaden och skulle i det läget konkurrera med företaget som redan agerar

²⁰⁷ Riktlinjerna punkt 30.

²⁰⁸ Riktlinjerna punkt 33. Ett shrink-wrap avtal innebär att kunden ingår för användningen nödvändiga licensavtal med tillverkaren genom att kunden anses acceptera tillverkarens standardvillkor genom att bryta plasten runt lagringsmediet.

²⁰⁹ Vad gäller gruppundantaget för försäljnings- och serviceavtal för motorfordon är detta det enda undantaget från regeln att alla distributionsformer omfattas av gruppundantaget, se riktlinjerna not 11.

²¹⁰ Riktlinjerna punkt 29 första strecksatsen.

²¹¹ Riktlinjerna punkt 25.

²¹² Riktlinjerna punkt 25.

på den gemensamma marknaden. Det är då mer motiverat att inte tillåta att avtalet omfattas av gruppundantaget.

5.4.3. Marknadsandelsgräns

Gruppundantaget innehåller i art 2 en marknadsandelsgräns, som innebär en presumtion att avtal som omfattas av gruppundantaget och ligger under denna gräns är lagliga. För avtal som ligger över marknadsandelsgränsen finns dock ingen presumtion för olaglighet, däremot kan de behöva granskas individuellt.²¹³

Marknadsandelsgränsen är ett tröskelvärde på 30 % av den relevanta marknaden för leverantören samt till honom anknutna företag. Om avtalet innehåller exklusiva leveransskyldigheter är det enligt art 2(2) istället köparens andel av den relevanta marknaden som inte får överstiga 30 %.

Marknadsandelen skall enligt art 8(1) beräknas på grundval av försäljningsvärdet på marknaden för de varor eller tjänster som omfattas av avtalet och som säljs av leverantören eller anknutna företag samt med dessa utbytbara varor eller tjänster. Den relevanta marknaden skall enligt riktlinjerna bestämmas enligt kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad.²¹⁴ Regeln gäller både för bestämningen av leverantörens marknadsandel och, i de fall det är aktuellt, köparens marknadsandel. Alltså är leverantörens marknadsandel hans andel av den relevanta marknaden där han säljer till sina köpare, och för exklusiva leverantörsavtal är köparens marknadsandel hans andel av alla inköp på den relevanta inköpsmarknaden.²¹⁵ Beräkningen skall ske på grundval av föregående kalenderårs uppgifter, se art 8(2) a.

Om ett avtal omfattar tre parter i olika handelsled måste marknadsandelen understiga tröskelvärdet i båda de två ”övre” handelsleden för att omfattas av gruppundantaget, d v s för tillverkaren och grossisten om avtalet omfattar en tillverkare, en grossist och en detaljist.²¹⁶ Detta följer av att både tillverkaren och grossisten anses som leverantörer i gruppundantagets mening (dock att grossisten blir både leverantör och köpare). För företag som överstiger marknadsandelsgränsen kommer de marknadsandelar som faktiskt omfattas av t ex en exklusiv leveransskyldighet att särskilt beaktas i analysen, om inte hela marknadsandelen omfattas av den vertikala begränsningen.²¹⁷

Även anknutna företags marknadsandel skall beaktas. För samägda företag, se ovan 5.3.2., gäller för tillämpningen av art 2 att den marknadsandel som det samägda företaget har skall delas lika mellan de företag som har bestämmande inflytande över det, se art 10(2).

Marknadsandelsgränsen är dock inget absolut tak. Enligt art 8(2) b och c kan den under en viss tid överskridas utan att gruppundantaget för den sakens skull förlorar sin tillämpning. Om marknadsandelen överstiger 30 %, men inte 35 %, så gäller gruppundantaget fortfarande under de två på varandra följande kalenderåren. Om marknadsandelen passerar 35 % skall gruppundantaget fortsätta att gälla under ett kalenderår. Om marknadsandelen åter skulle sjunka ned under 30 % gäller gruppundantaget som vanligt. Däremot kan inte bestämmelserna användas för att ge ett avtal mellan företag som från början har en högre marknadsandel än 30 % ”tillfälligt skydd” av gruppundantaget. En sådan situation kan uppkomma t ex genom en

²¹³ Riktlinjerna punkt 52 och det nya vertikala gruppundantagets preambel punkt 10, se mer nedan avsnitt 5.7.

²¹⁴ Riktlinjerna punkt 78.

²¹⁵ Riktlinjerna punkt 81 och 82.

²¹⁶ Riktlinjerna punkt 83.

²¹⁷ Riktlinjerna punkt 88.

fusion av två tidigare aktörer. Gruppundantaget måste alltså ha varit tillämpligt från början för att reglerna skall gälla.

Slutligen stadgas i art 8(2) d att punkt b och c inte kan kombineras för att överskrida en period på två kalenderår. Om ett företag ligger mellan 30 och 35 % i två år, och sedan år tre går upp över 35 % så ger detta alltså inte någon längre respit. Inte heller ett företag som under ett år ligger över 35 % och sedan går ned till mellan 30 och 35 % kan utnyttja ytterligare två års respit, utan får nöja sig med ett år.

I art 8(2) c finns i den svenska översättningen av utkastet ännu en bestämmelse, som i kombination med art 8(2) d ter sig som ganska märklig. Punkt c ger att om marknadsandelen ”överstiger 35 % eller efter den period på två år som anges i [punkt] b”²¹⁸ skall gruppundantaget gälla för ytterligare ett kalenderår. Detta kan inte tolkas på annat sätt än att om företaget ligger kvar på en marknadsandel mellan 30 och 35 % så blir respiten totalt tre år, med beaktande av både punkt b och c. Men enligt punkt d kan punkt b och c inte kombineras för att överskrida en period på två kalenderår. Alltså kan den totala respiten aldrig bli längre än två år. Vän av ordning frågar sig hur detta skall gå till. Den aktuella bestämmelsen finns inte varken i den engelska eller tyska versionen av utkastet. Slutsatsen kan då inte bli någon annan än att det handlar om ett skrivfel eller översättningsfel i den svenska versionen, och det bör därför inte beaktas. Detta misstag kommer säkerligen att korrigeras innan gruppundantaget införs.

Om en leverantör distribuerar en portfölj av flera olika varor eller tjänster under samma avtal kan olika marknadsandelar för de olika varorna eller tjänsterna enligt riktlinjerna leda till att en del av dem omfattas av gruppundantaget, medan andra inte omfattas. För de produkter som inte omfattas måste alltså en individuell prövning ske.²¹⁹

5.5. Villkor som utesluter tillämpning

5.5.1. Den svarta listan - särskilt allvarliga begränsningar

Gruppundantaget innehåller två svarta listor. Den första finns i art 3 och behandlar särskilt allvarliga begränsningar. Om avtalet innehåller eller tillämpas tillsammans med en särskilt allvarlig begränsning så förlorar gruppundantaget sin tillämpning *i sin helhet*, se art 3 och riktlinjerna punkt 56, och avtalet måste istället granskas individuellt.

Den första särskilt allvarliga begränsningen är enligt art 3 a begränsningar för köparen att fastställa återförsäljningspriset. Det är dock tillåtet för leverantören att ålägga köparen ett *högsta* återförsäljningspris (maximipris), eller ett *rekommenderat* återförsäljningspris. Sådana bestämmelser får däremot inte genom t ex påtryckningar eller incitament från någon part leda till att de i själva verket blir fasta eller lägsta återförsäljningspriser. Även indirekta prisbindningar är förbjudna, som t ex fastställda vinstmarginaler.²²⁰

Denna bestämmelse nämns i det nya vertikala gruppundantagets preambel punkt 11 som en av de bestämmelser som bör uteslutas från gruppundantaget oavsett marknadsandel. Den andra är ”vissa typer av områdesskydd”, vilket med all sannolikhet syftar på absolut områdesskydd. Sådana bestämmelser omfattas normalt inte heller av *de minimis*-reglerna.²²¹

²¹⁸ Art 8(2) c, min kursivering.

²¹⁹ Riktlinjerna punkt 58.

²²⁰ Riktlinjerna punkt 39.

²²¹ De minimis-reglerna punkt 11 b.

Art 3 b svartlistar *begränsning av återförsäljning*. Det kan vara fråga om förbud att sälja till vissa kunder av olika anledningar, eller förpliktelser att hänvisa vissa kunder till andra leverantörer. Sådana bestämmelser kan skapa absolut områdesskydd, vilket inte är acceptabelt. Även mer indirekta metoder omfattas, som t ex vägrad eller nedsatt bonus eller leverans, hot om uppsägning av avtalet eller skyldighet att överlämna vinster om försäljning skulle ske utan tillåtelse.²²²

Även denna regel är föremål för en del undantag som trots att de är begränsande för återförsäljningen inte utesluter gruppundantaget från tillämpning. Det första undantaget tillåter en begränsning av aktiv, men inte passiv, försäljning inom ett exklusivt område som leverantören tilldelat en annan köpare. Utan en sådan begränsning skulle exklusiva försäljningsområden inte vara något värda. Om även passiv försäljning skulle inkluderas skulle det leda till att återförsäljarna får absolut områdesskydd, något som alltså inte kan accepteras. Undantaget förutsätter för sin tillämpning dock att även leverantören åläggs en begränsning av aktiv försäljning gentemot sina direkta köpare i områden som tilldelats återförsäljare.

Bestämmelsen är dock mindre lyckat formulerad, då den i sin nuvarande lydelse inte medger leverantören att hindra sin köpare att aktivt sälja utanför sitt område till ett område som *inte tilldelats en annan köpare*. Om leverantören inte kan hindra även detta så blir det svårare att tillsätta en annan köpare i det området senare, eftersom marknaden då redan är upparbetad av en tidigare köpare. Texten kommer därför innan gruppundantaget antas med all sannolikhet att ändras så att det är möjligt förbjuda aktiv försäljning utanför ett tilldelat exklusivt försäljningsområde, oavsett om det området är tilldelat någon annan köpare eller ej.

Det andra undantaget från förbudet mot begränsning av återförsäljning är begränsningar för en medlem av ett selektivt distributionssystem av återförsäljning till icke auktoriserade återförsäljare. Vore detta tillåtet skulle inte det selektiva distributionsnätet kunna upprätthållas.

Slutligen är det undantaget från förbudet mot begränsning av återförsäljning att begränsa återförsäljning av varor eller tjänster som levereras i syfte att införlivas. Det gäller alltså främst insatsvaror som används vid tillverkningen av en annan vara, men torde även gälla reservdelar, jfr art 3 e nedan.

Den tredje särskilt allvarliga begränsningen är en begränsning för medlemmar av ett selektivt distributionssystem av aktiv eller passiv försäljning till konsumenter, art 3 c. Detta gäller både för slutkonsumenter och yrkesmässiga slutanvändare, och innebär i praktiken att återförsäljarna i ett selektivt distributionssystem inte kan åläggas begränsningar vad gäller vem de får sälja till. Det är alltså inte möjligt att kombinera selektiv distribution med andra vertikala begränsningar som syftar till att begränsa återförsäljarens marknadsföring av varor eller tjänster enligt avtalet, som t ex exklusiva områden.²²³

Bestämmelsen går i linje med tidigare praxis vad gäller selektiva distributionssystem.²²⁴ Om återförsäljaren skulle hindras att sälja till vissa kunder skulle det innebära att antalet återförsäljare i det selektiva distributionssystemet begränsades. En sådan begränsning är en *kvantitativ* begränsning på systemet, och hade sannolikt inte godkänts enligt tidigare regler.

Art 3 d förbjuder en begränsning av korsvisa leveranser mellan återförsäljare i ett selektivt distributionssystem. De auktoriserade återförsäljarna får alltså inte förbjudas att köpa in produkterna från varandra, och kan inte åläggas skyldigheter att bara köpa produkter från en viss källa, t ex genom exklusiva inköpsavtal, om inte korsvisa leveranser också är tillåtna.

²²² Riktlinjerna punkt 40.

²²³ Riktlinjerna punkt 43.

²²⁴ Se ovan 3.3.3.

Bestämmelsen är oberoende av vilket led i distributionskedjan företagen befinner sig i. Inga territoriella begränsningar kan alltså åläggas t ex auktoriserade grossister i ett selektivt distributionsnät i fråga om deras försäljning till auktoriserade detaljister.²²⁵

Den sista särskilt allvarliga begränsningen finns i art 3 e. Den förbjuder avtal mellan en leverantör av reservdelar och en tillverkare som införlivar reservdelarna med andra produkter för försäljning, men även säljer delarna för sig, som begränsar försäljningen av reservdelar till andra, oberoende, reparatörer. En sådan tillverkare som införlivar delarna med andra produkter kallas OEM-tillverkare.

Avtalet får alltså inte hindra reservdelstillverkaren från att även sälja reservdelarna i ett annat försäljningsnät, men det får hindra honom från att sälja till OEM-tillverkarens eget nät.²²⁶ Enligt art 3 b torde även OEM-tillverkaren få åläggas att inte sälja reservdelarna vidare separat utanför sitt eget nät av återförsäljare.

5.5.2. Den svarta listan - mindre allvarliga begränsningar

Den andra svarta listan finns i art 4. Den omfattar begränsningar som inte är fullt så allvarliga som de i art 3. Om ett avtal innehåller en sådan mindre allvarlig begränsning innebär det endast att *just den bestämmelsen* inte omfattas av gruppundantaget. I övrigt gäller gruppundantaget som vanligt.²²⁷ Det råder alltså ingen osäkerhet vad gäller rättsföljden av avvikelser från vardera svarta listan.²²⁸ Det finns heller ingenting som hindrar att ett villkor som inte skyddas av gruppundantaget kan beviljas ett individuellt undantag.

Art 4 a gäller konkurrensklausuler enligt definitionen i art 11, d v s en skyldighet att inte tillverka, köpa, sälja eller återförsälja varor eller tjänster som konkurrerar med de som omfattas av avtalet, eller att köpa minst 80 % av dessa varor av leverantören eller av honom utsedda tillverkare. Sådana villkor omfattas inte av gruppundantaget om de är tidsobegränsade eller har en varaktighet som överstiger fem år. Det samma gäller klausuler som förnyas automatiskt eller om det uppställs andra hinder för att i praktiken få klausulen att upphöra.²²⁹

Om verksamheten bedrivs från lokaler som ägs eller hyrs av leverantören får dock konkurrensklausulen gälla för den tid som köparen besitter lokalerna.

Nästa mindre allvarliga begränsning gäller konkurrensklausuler som gäller efter det att avtalet löpt ut. Enligt art 4 b omfattas sådana av gruppundantaget endast om de gäller konkurrerande varor eller tjänster, och det är absolut nödvändigt för att skydda know-how som överförs till köparen av leverantören. Den know-how som avses måste vara väsentlig och nödvändig för det vertikala avtalets funktion.²³⁰ Skyldigheten får inte vara längre än ett år från avtalets upphörande. Det är dock tillåtet att ställa upp en tidsobegränsad skyldighet för köparen att inte använda och avslöja know-how som ännu inte har blivit allmänt tillgänglig.

Jämfört med franchiseundantaget art 5 d och gruppundantaget för tekniköverföringsavtal art 2(7) a finns ingen begränsning för de fall där mottagaren av överförd know-how *genom avtalsbrott* gör den allmänt tillgänglig. Det torde innebära att det för gruppundantagets tillämpning inte spelar någon roll hur den aktuella know-how har kommit att bli allmänt tillgänglig. Är den allmänt tillgänglig, så är en förpliktelse för mottagaren att inte använda eller

²²⁵ Riktlinjerna punkt 45.

²²⁶ Riktlinjerna punkt 46.

²²⁷ Riktlinjerna punkt 57.

²²⁸ Jfr ovan 2.5.7.

²²⁹ Riktlinjerna punkt 48.

²³⁰ Riktlinjerna punkt 50.

avslöja den inte längre omfattad av gruppundantaget, oavsett hur den kommit till allmänhetens kännedom.

Det tål i detta sammanhang att upprepas att effekten av att i avtalet ta med en mindre allvarlig begränsning inte innebär något annat än att gruppundantaget inte längre omfattar just *den klausulen*. Att således avtala att mottagaren av know-how kan hindras att använda eller avslöja denna, trots att den är allmänt tillgänglig, om den blivit allmänt känd genom mottagarens avtalsbrott innebär endast att denna del av avtalet måste granskas individuellt. Med hänsyn till att nuvarande regler tillåter en sådan bestämmelse torde detta även vara tillåtet under den nya regimen, och förmodligen inte anses konkurrensbegränsande. Det är ändå min förhoppning att kommissionen gör detta tillägg i gruppundantaget för att undanröja all osäkerhet.

Den sista mindre allvarliga begränsningen gäller endast selektiva distributionssystem. En skyldighet, direkt eller indirekt, för medlemmarna i ett selektivt distributionssystem att sälja eller inte sälja vissa konkurrerande leverantörers varumärken omfattas enligt art 4 c inte av gruppundantaget. Syftet med bestämmelsen är att undvika att det skapas en horisontell samverkan mellan ledande leverantörer om en ”sektiv klubb” omfattande deras varumärken.²³¹

5.6. Återkallelse och icke-tillämplighet

5.6.1. Allmänt

I gruppundantaget art 5 - 7 finns bestämmelser för återkallelse och förklaring om icke-tillämplighet. Återkallelse riktar sig till enskilda företag, medan en förklaring om icke-tillämplighet riktar sig mot alla företag, eftersom dess föremål är en viss begränsning på en viss marknad.²³²

5.6.2. Återkallelse

Återkallelse kan ske på två olika ”nivåer”. I art 5 regleras vad som kan kallas ”generell återkallelse”. Detta innebär att kommissionen kan återkalla gruppundantaget om ett specifikt avtal som normalt omfattas av gruppundantaget ändå skulle visa sig ha verkningar som inte skulle ha berättigat till undantag enligt EG-fördraget art 81(3). Detta kan bli aktuellt både för avtal som i sig själva inte innebär sådana positiva nettofordelar som skulle berättigat till undantag och för avtal som tillsammans med andra liknande avtal på marknaden ger upphov negativa effekter.²³³ Detta gäller enligt art 5 särskilt i de fall där den kumulativa effekten av flera parallella nät av liknande avtal leder till utestängningseffekter eller märkbar begränsning av konkurrensen. Avtalen skall betraktas som liknande om de ger liknande effekter på marknaden.²³⁴

Endast avtal mellan företag som lämnar ett *betydande bidrag* till den konkurrenshämmande effekten kan återkallas. Avtal mellan företag som endast i mindre utsträckning bidrar till konkurrensbegränsningen omfattas inte av EG-fördraget art 81(1).²³⁵ Vid en återkallelse är det kommissionen som har bevisbördan både för att avtalet omfattas av art 81(1) och att det inte uppfyller kraven i art 81(3) för undantag.²³⁶

²³¹ Riktlinjerna punkt 188.

²³² Riktlinjerna punkt 70.

²³³ Riktlinjerna punkt 60.

²³⁴ Riktlinjerna punkt 62.

²³⁵ Riktlinjerna punkt 63 med hänvisning till mål C-234/89 *Delimitis*.

²³⁶ Riktlinjerna punkt 61.

Den andra ”nivån” för återkallelse är en nyhet som införts genom ändringen av förordning 19/65 samt gruppundantaget, och innebär att en nationell konkurrensmyndighet kan återkalla gruppundantaget vad avser hela eller delar av medlemsstatens eget territorium.²³⁷ Förutsättningen är att avtalet på detta område, men inte på den övriga gemensamma marknaden, har verkningar som inte skulle berättigat till individuellt undantag. Denna ”territoriella återkallelse” regleras i art 6, men följer i övrigt samma principer som den ”generella”. Initiativet kan tas av kommissionen eller av varje juridisk eller fysisk person som har ett legitimt intresse av återkallandet, samt av den behöriga konkurrensmyndigheten själv.²³⁸

Sammanfattningsvis innebär detta att kommissionen har exklusiv behörighet att återkalla gruppundantaget för en vidare marknad än en enskild medlemsstat, men att kommissionen och den nationella konkurrensmyndigheten har delad behörighet att återkalla gruppundantaget om den relevanta marknaden begränsar sig till en medlemsstat eller del därav. Vid delad kompetens är det oftast lämpligare med en decentraliserad tillämpning, men kommissionen förbehåller sig ändå rätten att själv bedöma avtalet för frågor av särskilt gemenskapsintresse.²³⁹

Ett beslut om territoriell återkallelse får inte stå i strid med EG-rättens fulla och enhetliga tillämpning.²⁴⁰ Kommissionen anser att risken för motstridigheter och dubbla förfaranden motverkas av kommissionens meddelande om samarbete mellan kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter.²⁴¹

Ett återkallelsebeslut, oavsett om det är ”generellt” eller ”territoriellt” har endast effekt *ex nunc*, d v s efter att det beslutats. Fram tills dess att beslutet meddelats gäller alltså att avtalet omfattas av gruppundantaget som vanligt.²⁴²

5.6.3. Icke-tillämplighet

Stora parallella nät av liknande vertikala avtal kan leda till allvarliga utestängningseffekter, se ovan. Om sådana nät skulle omfatta mer än 50 % av en relevant marknad så kan kommissionen enligt gruppundantaget art 7, och art 1a i förordning 19/65, genom en särskild förordning förklara att gruppundantaget inte skall tillämpas på avtal som innehåller särskilda vertikala begränsningar och omfattar den marknaden. En sådan förordning berör alla företag som har avtal som omfattas av förordningen, till skillnad från återkallelse som endast berör de företag som är parter i de avtal för vilka gruppundantaget återkallats.

Förordningens effekt är att den relevanta marknad och de villkor som omfattas av icke-tillämplighetsförordningen inte längre omfattas av gruppundantaget, utan måste bedömas individuellt.²⁴³ Alla övriga villkor omfattas dock som vanligt. Man kan likna förordningen med en *utsträckning* av art 4, som ju också innebär att vissa villkor inte omfattas av gruppundantaget utan att för den sakens skull hela gruppundantaget faller.

Eftersom gruppundantaget inte längre kommer att omfatta det område som utesluts genom förordningen är det viktigt att kommissionen noga definierar vilken relevant produktmarknad, geografisk marknad och vilka typer av vertikala begränsningar som inte längre omfattas av gruppundantaget. Kommissionen måste anpassa förordningen efter de konkurrensproblem som

²³⁷ Se förordning 19/65 art 7(2).

²³⁸ Förordning 19/65 art 7(2).

²³⁹ Riktlinjerna punkt 66.

²⁴⁰ Riktlinjerna punkt 67 samt mål 14/68 Walt Wilhelm.

²⁴¹ EGT 97/C 313/03.

²⁴² Riktlinjerna punkt 64.

²⁴³ Riktlinjerna punkt 71.

den måste lösa.²⁴⁴ Det är viktigt att det inte uppkommer någon osäkerhet om vad som är tillåtet resp otillåtet.

Kommissionen har ingen *skyldighet* att anta en förordning om icke-tillämplighet så fort några parallella system överskrider 50 %, utan behåller hela tiden initiativet.²⁴⁵ Kommissionen kommer även att ta hänsyn till om återkallelse kan vara ett bättre alternativ, särskilt om antalet företag som bidrar till den kumulativa effekten eller antalet påverkade geografiska marknader är litet.²⁴⁶

Enligt art 7(2) får en förordning om icke-tillämpning inte träda i kraft tidigare än sex månader från dess antagande. Denna tid anses tillräcklig för att företagen skall kunna anpassa sina avtal då gruppundantaget inte längre kan tillämpas.²⁴⁷ Det är förmodligen sant för de flesta avtal som inte har en giltighet på längre än ett år, men kan orsaka bekymmer för avtal med längre giltighet, tex om någon av parterna inte vill gå med på en omförhandling under löpande avtalstid.

Enligt riktlinjerna punkt 77 verkar icke-tillämpligheten kunna gälla retroaktivt från den dag förordningen *antogs*.²⁴⁸ Detta kan inte vara riktigt, och jag kan inte förstå vilken nytta företagen då skulle ha av fristen för ikraftträdande, om deras avtal ändå kan omfattas av art 81(1) för tiden före icke-tillämpningsförordningen trädde i kraft. Varken art 7 i gruppundantaget eller art 1a i förordning 19/65 ger stöd för en sådan tillämpning. Icke-tillämpningsförordningen utesluter alltså inte tillämpningen av gruppundantaget före det datum den träder i kraft, och detta datum får alltså *inte* vara tidigare än sex månader från det att den antogs.

5.7. Avtal som inte omfattas av gruppundantaget

5.7.1. Bagatellavtal och avtal mellan små och medelstora företag

Avtal som inte omfattas av EG-fördraget art 81(1) behöver inte heller undantas. De behöver därför inte heller använda sig av gruppundantaget.

Bagatellavtal enligt de-minimisreglerna behöver alltså inte beaktas under det nya vertikala gruppundantaget. I de fall som dessa regler inte kan tillämpas på avtalet är det i vart fall teoretiskt möjligt att använda gruppundantaget, men i praktiken torde detta sällan vara möjligt då de bestämmelser i vertikala avtal som utesluter de-minimisreglerna, prisbindning och absolut områdesskydd, även utesluter tillämpning av gruppundantaget.

För vertikala avtal anses en marknadsandel på under 10 % innebära att avtalet inte märkbart påverkar konkurrensen.²⁴⁹ Avtalet omfattas därför inte av EG-fördraget art 81(1), och det finns inget behov av att beakta gruppundantaget. I praktiken leder detta till att gruppundantagets tillämpningsområde vad gäller marknadsandelar som huvudregel kommer att ligga i intervallet 10 % till 30 % av den relevanta marknaden.

Kommissionen anser även att, förutom när det finns kumulativa effekter eller särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar, avtal mellan små- och medelstora företag enligt definitionen i bilagan till kommissionens rekommendation 96/280/EG normalt inte begränsar konkurrensen

²⁴⁴ Riktlinjerna punkt 75.

²⁴⁵ Riktlinjerna punkt 73.

²⁴⁶ Riktlinjerna punkt 74.

²⁴⁷ Riktlinjerna punkt 76.

²⁴⁸ Texten har samma innebörd både i den svenska, tyska och engelska språkversionen.

²⁴⁹ De-minimisreglerna punkt 9 b. I Sverige gäller istället 15 %, se KKVFS 1999:1 punkt 11 b.

på ett märkbart sätt.²⁵⁰ Små och medelstora företag definieras enligt bilagan som företag som har färre än 250 anställda, och som antingen har en årlig omsättning som inte överstiger 40 miljoner ecu eller en årlig balansomsättning som inte överstiger 27 miljoner ecu. Företaget måste även vara oberoende i den meningen att företag som inte anses som små eller medelstora inte innehar 25 % eller mer av kapitalet eller rösträtten, med vissa undantag.

Inte heller för dessa företag finns det alltså normalt någon anledning att beakta gruppundantaget.

5.7.2. Agentavtal

Riktlinjerna innehåller i avsnitt II.2 regler för bedömningen av agentavtal, som skall ersätta kommissionens tidigare regler om agentavtal.²⁵¹

Agentavtal omfattas av EG-fördraget art 81(1) och kan därmed omfattas av gruppundantaget om de inte är en del av huvudmannens ekonomiska enhet.²⁵² Avgörande för om agenten omfattas av principen om ekonomisk enhet kommer även fortsättningsvis vara om agenten tar någon ekonomisk eller kommersiell risk. Bär han ingen risk, så omfattas han av principen.²⁵³

Riskfrågan måste bedömas från fall till fall. Kommissionen anser dock att art 81(1) generellt *inte* är tillämplig på bestämmelser om försäljning och inköp som skall ske på huvudmannens vägnar om äganderätten inte går över på agenten eller agenten inte själv tillhandahåller tjänsterna.²⁵⁴ Agenten får inte heller bedriva någon av de i punkt 17 uppräknade verksamheterna. Listan är inte uttömmande, och innehåller:

- Bidrag till kostnaderna vid leverans/inköp av varor eller tjänster.
- Investering i säljfrämjande verksamhet.
- Lagerhållning på egen risk av varor som omfattas av avtalet.
- Upprättande och drift av kundservice eller garantiservice.
- Organisation av ett distributionsnät.
- Ansvar mot tredje man för skada som orsakas av den sålda produkten.
- Ansvar för kunders uteblivna betalning, med undantag för *del credere*-garantier.

Om agenten utövar någon av ovanstående verksamheter så omfattas avtalet av art 81 i samma utsträckning som andra vertikala avtal.

Särskilt med hänsyn till att listan inte är uttömmande, och att det enligt kommissionen räcker med *en* av verksamheterna för att principen om ekonomisk enhet inte längre skall vara tillämplig synes det svårt att i praktiken undvika att EG-fördraget art 81(1) tillämpas på agentavtal. Villkor som normalt omfattas av reglerna för agentavtal blir då föremål för konkurrensrättslig prövning. Problem kan då uppstå, eftersom vissa sådana villkor även utesluter gruppundantagets tillämpning, se art 3.

²⁵⁰ Se 96/280/EG, Kommissionens rekommendation av den 3 april 1996 om definitionen på små och medelstora företag, EGT L 107, 30.4.1996.

²⁵¹ Se riktlinjerna not 8.

²⁵² Se ovan 2.2.3.

²⁵³ Riktlinjerna punkt 15.

²⁵⁴ Riktlinjerna punkt 17.

Även kommission omfattas av reglerna om agentavtal. För dessa blir situationen än mer komplicerad, då 8 § KommL *tillåter* att kommissionären åläggs ett limitum, d v s konkurrensrättsligt sett en prisbindning. Kommissionären riskerar då att bli föremål för olika bedömningar civilrättsligt resp konkurrensrättsligt.

För denna uppsats vidkommande är det tillräckligt att konstatera att agenter och kommissionärer sannolikt i större utsträckning än förut förmodligen kommer att omfattas av EG-fördraget art 81(1) och därmed kunna bli föremål för bedömning enligt gruppundantaget.²⁵⁵ Man kan märka tendenser hos kommissionen att hellre föra in avtal under gruppundantagets tillämpningsområde än bedöma dem individuellt, se även 5.7.3. strax nedan.

5.7.3. Kommissionens bedömning av en vertikal begränsning

Det finns ingen presumtion att ett avtal som av endera anledningen inte omfattas av gruppundantaget är olagligt. Däremot måste sådana avtal granskas individuellt. Företagen uppmanas att göra en sådan granskning själva.²⁵⁶ De är befriade från anmälningsskyldighet enligt art 4(2) i förordning 17/62 och kan beviljas retroaktiva undantag för det fall att de hamnar i en tvist. Om kommissionen skulle göra en individuell granskning så är det också kommissionen som har bevisbördan för att EG-fördraget art 81(1) överträds och att undantag inte kan beviljas.²⁵⁷

I riktlinjerna, punkt 113, presenterar kommissionen en ”femstegsmodell” för bedömningen av vertikala begränsningar. Den innebär följande:

1. Den första frågan är om avtalet innefattar någon särskilt allvarlig begränsning enligt gruppundantaget.²⁵⁸ Om så är fallet, och denna begränsning innebär en överträdelse av EG-fördraget art 81(1) gäller inte gruppundantaget. Även individuellt undantag är då osannolikt.
2. Om avtalet inte innefattar någon särskilt allvarlig begränsning så måste företagen definiera den relevanta marknaden för att fastställa sina marknadsandelar.
3. Om marknadsandelen är mindre än gruppundantagsförordningens tröskelvärde så omfattas avtalet av gruppundantaget.²⁵⁹
4. Om marknadsandelen överstiger tröskelvärdet så är det nödvändigt att avgöra om avtalet omfattas av art 81(1).
5. Om avtalet omfattas av art 81(1) är det nödvändigt att undersöka om det uppfyller villkoren för individuellt undantag enligt art 81(3).

För egen del undrar jag om inte steg 4 i ”modellen” inte egentligen borde vara steg 1. Avtal som inte omfattas av EG-fördraget art 81(1) är inte att anse som konkurrensbegränsande, och det finns då ingen anledning att diskutera undantag, vare sig individuellt eller genom gruppundantag. För dessa avtal är det endast en omväg att först ge sig i kast med den ofta mycket komplicerade, utredningen av vad som är relevant marknad och vilken marknadsandel företaget har på denna. Det kan dock vara värt att kontrollera att avtalet inte innehåller någon bestämmelse om bruttopriser eller absolut områdesskydd, som aldrig accepteras även om det

²⁵⁵ Se riktlinjerna punkt 17 samt Carlsson m fl sid 465 ff.

²⁵⁶ Riktlinjerna punkt 52 och det nya vertikala gruppundantagets preambel punkt 10.

²⁵⁷ Riktlinjerna punkt 52.

²⁵⁸ Se ovan avsnitt 5.5.1.

²⁵⁹ Se ovan avsnitt 5.4.3.

är fråga om ett bagatellavtal, men det innebär inte att en fullständig kontroll mot de särskilt allvarliga begränsningarna i gruppundantaget måste göras.²⁶⁰

Om femstegsmodellen okritiskt följs kan det innebära att avtal slentrianmässigt undantas enligt gruppundantaget, som egentligen inte alls är konkurrensbegränsande. Man kan fråga sig om kommissionen hellre vill få in avtal under gruppundantaget än att bedöma dem individuellt för icke-ingripandebesked. I så fall måste denna vilja numera vara något missriktad, då anmälningstvånget är avskaffat och kommissionen i huvudsak inte ens skall bedöma avtalen utan endast skall ägna kraft åt de mer allvarliga överträdelseerna, medan företagen i de allra flesta fall får göra sin egen bedömning. Utvecklingen går dessutom mot en än mer decentraliserad bedömning, vilket sannolikt kommer minska kommissionens arbetsbörda ännu mer.²⁶¹

Jag ser inte det ovanstående som något stort problem, eftersom det i många fall närmast är en akademisk fråga vilken roll det spelar om ett avtal är tillåtet tack vare gruppundantaget eller för att det inte anses konkurrensbegränsande. Jag anser ändå att det är värt att uppmärksamma för de fall där skillnaden kan vara avgörande, och för att inte förlora en pedagogisk poäng.

5.7.4. Negativa effekter av vertikala begränsningar

Vertikala begränsningar är i allmänhet mindre skadliga än horisontella. Vid vertikala förhållanden är den ena partens vara är en insatsvara i den andre partens verksamhet, vilket normalt betyder att det skulle vara till skada för efterfrågan på den ena partens produkt om den andre parten utnyttjar sitt marknadsinflytande. Parterna har därför incitament att hindra varandra från att utnyttja sitt marknadsinflytande.²⁶² Detta får dock inte överskattas, då företag med marknadsinflytande kan utnyttja vertikala begränsningar för att öka sina vinster på sina direkta konkurrenters och kunders bekostnad.²⁶³ För bedömningen utanför gruppundantagets tillämpningsområde är det därför viktigt att veta vilka de positiva och negativa effekterna av vertikala begränsningar kan vara. I detta avsnitt behandlas de negativa effekterna, medan de positiva behandlas i nästa avsnitt.

De negativa effekter som kan uppkomma av vertikala begränsningar är enligt riktlinjerna utestängningseffekter, minskning av mellanmärkeskonkurrensen resp inommärkeskonkurrensen samt hinder för marknadsintegrationen.²⁶⁴ Sådana effekter skall motverkas av konkurrensrätten.

De negativa effekterna kan uppkomma genom olika vertikala begränsningar, d v s att olika vertikala avtal kan ge samma effekter på marknaden. Riktlinjerna delar därför upp de vertikala begränsningarna i fyra ”grupper”, som i stor utsträckning har samma effekter på marknaden.²⁶⁵ Indelningen bygger på huvudinslagen i vertikala begränsningar, och den tas därför upp här.

Den första gruppen är avtal om *försäljning av ett enda varumärke*. Här ingår avtal vars huvudsyfte är att köparen skall koncentrera sina inköp till en enda leverantör, bl a konkurrensklausuler och kvantitetsbegränsningar för köparen, samt i viss mån kopplingsförbehåll.²⁶⁶ Sådana avtal leder till utestängningseffekter då andra leverantörer på samma marknad inte kan sälja till de uppbundna köparna. De leder även till fastare marknadsandelar,

²⁶⁰ Se de-minimisreglerna, punkt 11 a och b.

²⁶¹ Se ovan avsnitt 2.5.6.

²⁶² Riktlinjerna punkt 92.

²⁶³ Riktlinjerna punkt 93.

²⁶⁴ Riktlinjerna punkt 95.

²⁶⁵ Riktlinjerna punkt 97.

²⁶⁶ Riktlinjerna punkt 98.

vilket underlättar för samverkan mellan leverantörer, och minskad mellanmärkeskonkurrens i butikerna, då de bara säljer ett varumärke. Vid kopplingsförbehåll kan köparen även få betala mer för den vara som omfattas av kopplingsförbehållet än han annars behövt. Sammantaget kan effekterna även leda till försvagad mellanmärkeskonkurrens.²⁶⁷

Den andra gruppen är avtal om *begränsad distribution*, som innebär att leverantören endast säljer till en begränsad krets av köpare. Här ingår ensamåterförsäljning och exklusiv kundtilldelning, exklusiva leverantörsavtal och kvantitetsbegränsningar för leverantören om han endast säljer till en köpare samt selektiv distribution.²⁶⁸ Även för denna grupp kan avtalen leda till utestängningseffekter på inköpsmarknaden då vissa köpare inte längre kan köpa från en viss leverantör. Med ett begränsat antal köpare är det lättare för dessa att samverka, och då färre detaljister kommer att tillhandahålla produkterna minskar inommärkeskonkurrensen. Detta kan särskilt ske vid stora exklusiva områden eller vid exklusiv tilldelning av kunder, vilket i sin tur kan leda till att mellanmärkeskonkurrensen också minskar.²⁶⁹

Avtal om prisbindning utgör den tredje gruppen, och avser avtal som begränsar köparens fria prissättning.²⁷⁰ Om lägsta eller fasta priser används så kan återförsäljarna inte längre konkurrera med priset, vilket leder till eliminering av inommärkeskonkurrensen. Prisbindningarna ger också större öppenhet om priserna och om vem som bär ansvaret för förändringar. Detta underlättar för horisontella samarbeten, i alla fall på koncentrerade marknader. Det minskade trycket att hålla priset på en vara nere kan indirekt leda till minskad mellanmärkeskonkurrens.²⁷¹

Den fjärde och sista gruppen är avtal om *uppdelning av marknaden*, d v s avtal som huvudsakligen syftar till att begränsa var parterna kan välja att köpa eller sälja en vara eller tjänst.²⁷² Gruppen innefattar exklusiva inköpsavtal där köparen inte är begränsad att sälja konkurrerande varor, geografiska säljområden, tilldelning av ansvarsområde, begränsning av var försäljarens verksamhet är belägen och förbud mot återförsäljning.²⁷³ Sådana avtal leder till minskad inommärkeskonkurrens och uppdelning av marknaden till nackdel för marknadsintegrationen. Detta kan i sin tur underlätta prisdiskriminering och horisontell samverkan.²⁷⁴

5.7.5. Positiva effekter av vertikala begränsningar

De vertikala begränsningarna har dock ofta även positiva effekter. För företag som saknar marknadsinflytande kan vertikala begränsningar vara till hjälp för att öka företagets vinst genom att förbättra sina produktions- eller distributionsprocesser.²⁷⁵

Vid bedömningen av en vertikal begränsning måste även de positiva effekter för konkurrensen den kan ha beaktas för att se om avtalet totalt leder till en förbättring eller försämring av konkurrensen. Riktlinjerna innehåller för detta syfte en översikt, som inte på något sätt är uttömmande, av vilka positiva effekter vertikala begränsningar kan ha i olika situationer.

Vertikala begränsningar kan användas för att lösa s k snålskjutsproblem, även kallade *free rider*-problem. Snålskjutsproblem innebär att en köpare drar nytta av en annan köpares

²⁶⁷ Riktlinjerna punkt 99.

²⁶⁸ Riktlinjerna punkt 101.

²⁶⁹ Riktlinjerna punkt 102.

²⁷⁰ Riktlinjerna punkt 103.

²⁷¹ Riktlinjerna punkt 104.

²⁷² Riktlinjerna punkt 105.

²⁷³ Riktlinjerna punkt 105.

²⁷⁴ Riktlinjerna punkt 106.

²⁷⁵ Riktlinjerna punkt 107.

marknadsföringsinsatser genom att sälja varan billigare utan någon service före köpet. Sådana problem kan uppkomma för varor som är nya eller tekniskt komplicerade och relativt dyra, och i lägen där det är opraktiskt för leverantörerna att ingå avtal med leverantörerna om service före försäljningen. För att lösa sådana problem kan ensamåterförsäljaravtal eller motsvarande införas.²⁷⁶

Snålskjutsproblem kan även uppkomma mellan leverantörer, t ex om en av dem investerar i reklam hos återförsäljaren som är av sådan karaktär att den även kan locka kunder till konkurrenterna. Sådana snålskjutsproblem kan lösas med en konkurrensklausul.²⁷⁷

När en tillverkare vill träda in på en ny geografisk marknad så kan det innebära att särskilda investeringar måste göras, som inte alltid kan återfås om man sedan drar sig ur marknaden. Ett områdesskydd kan i detta läge tillåta en lokal återförsäljare att genom tillfälligt högre priser ta igen sådana investeringar som är nödvändiga för att arbeta upp marknaden.²⁷⁸ Dessutom kan detta avhjälpa ett särskilt snålskjutsproblem, nämligen det att redan etablerade återförsäljare utanför den nya marknaden säljer till denna i konkurrens med den nya återförsäljaren.²⁷⁹

Om tillverkaren själv gör sin varumärkesreklam på sin hemmamarknad, och låter återförsäljarna ta hand om den på andra marknader, så kommer priset för varan på hemmamarknaden innehålla täckning för denna reklam. Mot de övriga marknaderna kanske han på grund av konkurrensen där måste tillämpa ett lägre pris, eftersom återförsäljarna själva får ta reklamkostnaderna där. I ett sådant läge kan det finnas skäl att hindra att återimport sker, då detta annars kan innebära att återimportörerna kan åka snålskjuts på tillverkarens reklam, som de lokala återförsäljarna får finansiera genom det högre priset.²⁸⁰

Ytterligare ett snålskjutsproblem kan uppkomma genom att det inom vissa sektorer finns återförsäljare som har ett rykte att bara sälja produkter av god kvalitet. Det kan i ett sådant fall vara avgörande för hur en produkt tas emot på marknaden att försäljningen till en början kan begränsas till dessa återförsäljare, vilket kan berättiga ett ensamåterförsäljaravtal eller ett selektivt distributionssystem.²⁸¹ Det är mera sannolikt att dessa fördelar kan uppnås för dyra produkter som köps baserat på erfarenhet, än för billiga vardagsprodukter. Begränsningen får dock inte vara allt för långlivad så att den hindrar en omfattande spridning av produkten.

S k ”hold-up-problem” består i situationer där särskilda investeringar måste göras av endera leverantören eller köparen. Den som måste göra investeringen kanske inte är intresserad av att göra den förrän ett särskilt leveransavtal sluts.²⁸² Sådan risk för underinvestering är dock beroende av att investeringen rör s k ”sjunkna kostnader” och är varumärkesspecifik, är av långsiktig karaktär som inte kan tas igen på kort sikt och dessutom är assymetrisk.²⁸³

Med ”sjunkna kostnader” avses att investeringen inte kan säljas annat än med betydande förluster om investeraren drar sig ur marknaden eller avtalet löper ut. Investeringen är varumärkesspecifik om den endast kan användas till att producera en särskild komponent eller hålla ett särskilt varumärke på lager o s v. Att investeringen måste vara assymetrisk innebär att den ena parten måste investera mer än den andra.²⁸⁴

²⁷⁶ Riktlinjerna punkt 108:1.

²⁷⁷ Riktlinjerna punkt 108:1.

²⁷⁸ Riktlinjerna punkt 108:2.

²⁷⁹ Riktlinjerna punkt 108:2.

²⁸⁰ Riktlinjerna punkt 108:3.

²⁸¹ Riktlinjerna punkt 108:4.

²⁸² Riktlinjerna punkt 108:5.

²⁸³ Riktlinjerna punkt 108:5.

²⁸⁴ Riktlinjerna punkt 108:5.

I sådana situationer finns det normalt skäl att införa en vertikal begränsning under den tid det tar att skriva av investeringen. Vilken typ av begränsning beror på vem som gör investeringen. Om leverantören gör investeringen är konkurrensklausuler eller kvantitetsbegränsningar för köparen aktuella, medan ensamåterförsäljaravtal och liknande är aktuella då köparen gör investeringen.²⁸⁵

Särskilda hold-up-problem kan uppkomma vid investeringar i den andra partens lokaler och vid överföring av know-how.²⁸⁶ Särskilt överföring av know-how är intressant, då det inte är möjligt att ta tillbaka know-how när den en gång överförs. Den som överför know-how vill inte att den skall komma konkurrenterna till godo, och den kan vara helt nödvändig för att avtalet skall kunna fungera. I sådana situationer kan exklusivavtal av olika slag vara berättigade, särskilt konkurrensklausuler. Know-how måste sedan ofta skyddas i vart fall så länge avtalet gäller, särskilt om en kontinuerlig överföring sker.²⁸⁷

Vertikala begränsningar som syftar till att begränsa antalet återförsäljare kan, särskilt på grossistnivå, vara nödvändiga för att dra nytta av stordriftsfördelar och möjliggöra ett lägre återförsäljningspris än annars.²⁸⁸

En köpare kan ha större möjligheter att få tillgång till kapital om han har tillgång till den extra säkerhet som ett exklusivt avtal kan innebära, vilket kan motivera sådana vertikala begränsningar i de fall där de vanliga tillhandahållarna av kapital inte tillhandahåller tillräckligt kapital. På motsvarande sätt kan det vara motiverat med konkurrensklausuler eller kvantitetsbegränsningar om köparen får ett lån av leverantören, och exklusiva leveransskyldigheter eller kvantitetsbegränsningar för leverantören om han får ett lån av köparen.²⁸⁹

Att ge sitt varumärke en särskild image är ett ofta använt och effektivt marknadsföringsknep. För att på detta sätt bidra till ökad försäljning krävs ofta att återförsäljarna åläggs en viss likformighet och kvalitetsstandardisering. Så sker särskilt vid franchising, men även vid selektiv distribution.²⁹⁰

Vertikala begränsningar är i hög grad utbytbara, vilket innebär att samma problem ofta kan lösas med flera olika begränsningar. Detta förhållande är viktigt att uppmärksamma, eftersom de negativa effekterna kan vara olika för de olika begränsningarna.²⁹¹ För frågan om undantag enligt art 81(3) får inga onödigt begränsande villkor åläggas parterna. Från företagets synpunkt gäller det alltså att välja ”rätt” begränsning.

5.7.6. Allmänna regler för bedömning av vertikala begränsningar

Kommissionen kommer att använda sig av en ekonomisk metod vid bedömningen av individuella avtal. Vissa allmänna regler för bedömningen kan dock ges.²⁹²

För de flesta vertikala begränsningar gäller att konkurrensproblem kan uppstå endast när mellanmärkeskonkurrensen är otillräcklig. I denna situation finns en viss grad av marknadsinflytande på någon nivå i distributionskedjan. Ett företag med marknadsinflytande kan i alla

²⁸⁵ Riktlinjerna punkt 108:5.

²⁸⁶ Riktlinjerna punkt 108:6 och 7.

²⁸⁷ Riktlinjerna punkt 108:7.

²⁸⁸ Riktlinjerna punkt 108:8.

²⁸⁹ Riktlinjerna punkt 108:9.

²⁹⁰ Riktlinjerna punkt 108:10.

²⁹¹ Riktlinjerna punkt 110.

²⁹² Se riktlinjerna punkt 111.

fall på kort sikt höja priset över den konkurrenskraftiga nivån och göra större vinster än normalt.²⁹³

Som en följd av detta anses de vertikala begränsningar som minskar *mellanmärkeskonkurrensen* i allmänhet som skadligare än de som endast minskar inommärkeskonkurrensen. En konkurrensklausul, t ex, som hindrar återförsäljaren att föra konkurrerande varor kan hindra andra varor från att komma ut på marknaden, medan ett ensamåterförsäljaravtal inte hindrar detta, dock att det minskar inommärkeskonkurrensen.²⁹⁴

Återigen om mellanmärkeskonkurrensen är svag så kan olika former av begränsad distribution minska konsumenternas valmöjligheter. Sådana begränsningar är särskilt skadliga om de leder till att effektivare företag, eller företag med ett annat distributionssystem, utestängs från marknaden.²⁹⁵

Exklusiva avtal är i allmänhet mer skadliga än icke-exklusiva avtal. Konkurrensklausuler eller ensamåterförsäljaravtal tvingar i praktiken köparen att göra i princip samtliga sina inköp hos en viss leverantör. En kvantitetsbegränsning tillåter däremot köparen att även köpa in konkurrerande varor, och leder därför till svagare utestängningseffekter.²⁹⁶

Vertikala begränsningar för produkter som inte är märkesvaror eller märkestjänster anses vanligen mindre skadliga än sådana för märkesprodukter. Detta beror på att skillnaden mellan märkesvaror och ”icke-märkesvaror” ofta sammanfaller med skillnaden mellan mellanprodukter och färdigprodukter.²⁹⁷ Köpare av mellanprodukter använder dem för att infoga i sina egna produkter, och är professionella nog att bedöma kvaliteten på en produkt på ett helt annat sätt än en ”vanlig” konsument. Därför har de inte samma behov av varumärkesimage som slutkonsumenter.²⁹⁸

Kombinationer av vertikala begränsningar *förstärker* vanligen de negativa effekterna på marknaden, dock att vissa vertikala begränsningar ”motverkar” varandra så att effekten blir mindre skadlig än när de existerar för sig.²⁹⁹ De negativa effekterna förstärks också av förekomsten av flera parallella nätverk som är organiserade på samma sätt och de kumulativa effekter som uppkommer i sådana situationer.³⁰⁰

Med överföring av know-how kan oftast förväntas effektivitetsvinster. Vertikala begränsningar som införs för att skydda denna know-how blir mer berättigade ju mer know-how som överförs.³⁰¹ På samma sätt blir en vertikal begränsning till skydd för investeringar som innebär asymmetriska sjunkna kostnader mer berättigad ju större investeringen är. Varaktigheten för begränsningen i fallet med sjunkna kostnader är beroende av avskrivningstiden på investeringen.³⁰² Det finns ingen orsak att skydda investeringar som inte längre belastar investerarens resultat och balansräkning.

Slutligen gäller att när en ny produkt skall introduceras eller om en befintlig produkt skall introduceras på en ny geografisk marknad så anses vertikala begränsningar i allmänhet inte

²⁹³ Riktlinjerna punkt 111:1.

²⁹⁴ Riktlinjerna punkt 111:2.

²⁹⁵ Riktlinjerna punkt 111:3.

²⁹⁶ Riktlinjerna punkt 111:4.

²⁹⁷ Riktlinjerna punkt 111:5.

²⁹⁸ Riktlinjerna punkt 111:5.

²⁹⁹ Riktlinjerna punkt 111:6. Här har förmodligen något misstag skett i översättningen jämfört med den engelska versionen av utkast till riktlinjer. Det som i den svenska versionen står efter komma i den andra meningen i punkt 6 verkar förvirrat, och finns inte med i den tyska eller engelska versionen. Detta rättas med all sannolikhet till före gruppundantaget antas.

³⁰⁰ Riktlinjerna punkt 111:7.

³⁰¹ Riktlinjerna punkt 111:8.

³⁰² Riktlinjerna punkt 111:9.

konkurrensbegränsande. Regeln gäller under två år efter det att produkten första gången släpptes ut på marknaden, oavsett företagets marknadsandel. Detta gäller för alla vertikala begränsningar som inte är särskilt allvarliga. Vid nya *geografiska* marknader gäller den dessutom för begränsningar av passiv försäljning från leverantörens direkta återförsäljare på andra marknader till den nya marknaden.³⁰³ Då gruppundantaget tillåter att aktiv försäljning begränsas betyder detta att en återförsäljare på en ny geografisk marknad faktiskt kan åtnjuta t o m *absolut områdesskydd* för den begränsade tiden av högst två år, då även passiv försäljning utifrån enligt riktlinjerna kan förbjudas. Under sådana förhållanden torde återförsäljaren snabbt kunna bygga upp ett konkurrenskraftigt distributionssystem på den nya marknaden.

5.8. Övergångsregler

Gruppundantagsförordningen träder enligt utkastet art 13 i kraft den 1 juni 2000. Övergångsregeln finns i art 12, som enligt art 13 träder i kraft redan den 1 januari 2000.

Enligt art 12 får förbudet i EG-fördraget art 81(1) inte mellan 1 juni 2000 till 31 december 2001 tillämpas på avtal som är i kraft 31 maj 2000 och som faller under gruppundantag för antingen ensamåterförsäljaravtal, exklusiva inköpsavtal eller franchiseavtal. Dessa gruppundantags giltighet förlängs så att de är giltiga till 1 juni 2000, se art 12.³⁰⁴

Övergångsregeln ger företagen ett och ett halvt år att anpassa sina avtal för gruppundantaget, i den mån det är nödvändigt. Avsnitt 6 berör hur franchiseavtal kommer att behandlas under den nya regimen, och kan vara till hjälp vid denna anpassning.

5.9. Några särskilda frågor

5.9.1. Kedjor i detaljhandeln

Enligt gruppundantaget art 1(2) omfattas även ”vertikala avtal som ingås mellan en sammanslutning av återförsäljare som säljer till slutkonsumenter och dess medlemmar eller mellan en sådan sammanslutning och dess leverantörer”. Förutsättningen är att ingen av medlemmarna, tillsammans med anknutna företag, har en årsomsättning på över 50 miljoner euro, och att de endast säljer till slutkonsumenter, d v s är detaljister.

Sådana sammanslutningar anses traditionellt som horisontella, då det är medlemmarna som tillsammans utövar kontrollen över sammanslutningen. Bestämmelsen innebär alltså att vissa avtal i det horisontella ledet skall behandlas som om de *vore* vertikala, nämligen avtal mellan kedjor av detaljister och dess medlemmar. Enligt det nya vertikala gruppundantagets preambel punkt 3 skall detta dock *inte* påverka tillämpningen av EG-fördraget art 81(1) på horisontella avtal som dessa medlemmar ingår med varandra eller på beslut som fattas av sammanslutningen. Några tydligare riktlinjer står inte att finna i varken gruppundantaget eller riktlinjerna.

Regleringen känns något splittrad. Det är svårt att avgöra vad som skall anses vara ett ”vertikalt avtal”, som är tillåtet enligt gruppundantaget, och vad som skall anses vara ett ”vanligt” horisontellt avtal som alltså *inte* omfattas av gruppundantaget. Gränsen mellan vad

³⁰³ Riktlinjerna punkt 111:10.

³⁰⁴ Av någon orsak har denna reglering fallit bort från den svenska språkversionen. Detta är uppenbarligen en översättningsmiss och kommer utan tvekan att korrigeras före gruppundantaget antas.

som är vertikalt och vad som är horisontellt blir i det aktuella fallet något flytande. Är t ex en prisrekommendation från sammanslutningen att anse som vertikal och därmed tillåten, eller som horisontell och därmed förbjuden?

Enligt art 1 avses med vertikala avtal sådana avtal som är ingångna mellan parter som befinner sig på olika nivåer och som reglerar villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning.

Ett avtal som sluts mellan en sammanslutnings centrala funktion och en enskild medlem omfattas uttryckligen av gruppundantaget art 1(2) såsom ”vertikalt”, även om det är tveksamt om man kan säga att parterna befinner sig på olika nivåer av distributionskedjan. Även det fall där sammanslutningen, d v s den centrala funktionen, ingår ett avtal med en leverantör omfattas uttryckligen. I det fallet befinner sig sammanslutningen och leverantören på olika nivåer i distributionskedjan och medför därför så vitt jag kan se inga särskilda problem.

Ett avtal direkt mellan två medlemmar torde inte heller medföra några problem, eftersom det inte inblandar någon sammanslutning. Ett sådant avtal är utan tvivel horisontellt, och omfattas inte av gruppundantaget.

Det är alltså främst avtalen mellan sammanslutningen, ”kedjan” om man så vill, och medlemmarna i denna som kommer att omfattas av gruppundantaget, trots att det kan diskuteras om de verkligen är vertikala.

Regeln ligger alltså, trots den principiella invändningen ovan, i linje med gruppundantagets syfte. Det är ett avtals effekter på marknaden som skall bedömas, inte dess form. En kedja i detaljhandeln kan många gånger jämföras med ett franchisenät, både ur konsumentens synvinkel och till sina effekter på marknaden. Det är då svårt att motivera varför ett franchisenät skulle omfattas av gruppundantaget, medan kedjan inte skulle göra det. Det är sättet att uppnå detta resultat som ger upphov till viss tvekan. Troligen ligger svårigheterna mer på det teoretiska planet än på det praktiska, och bör inte överdrivas.

I Sverige finns ett specifikt gruppundantag för kedjor i detaljhandeln. Detta gruppundantag tillåter att företagen samarbetar i vissa frågor, såvida inte kedjan har mer än som högst 35 % av tillförseln till den svenska marknaden för de produktområden kedjan säljer i.³⁰⁵ Det är inte otänkbart att en situation kan uppstå där detta gruppundantag kommer att tillämpas ”lokalt” på den svenska marknaden samtidigt som det nya vertikala gruppundantaget gäller för den vidare europeiska.

Tillförseln till den svenska marknaden är inte samma sak som andel av relevant marknad. Det kan därför inträffa situationer där tillförseln till den svenska marknaden är högre än marknadsandelen och vice versa. Det torde dock främst vara fråga om gränsfall.

Enligt principen om EG-rättens företräde över nationell rätt har det nya vertikala gruppundantaget företräde framför den nationella rätten.³⁰⁶ Det innebär att om samhandelskriteriet är uppfyllt så skall det nya vertikala gruppundantaget tillämpas istället för det svenska gruppundantaget för kedjor i detaljhandeln. En detaljistkedja som vill genomföra ett samarbete som är tillåtet vertikalt enligt gruppundantaget, men som inte tillåts enligt det svenska gruppundantaget för kedjor i detaljhandeln, kan därför i syfte att omfattas av gruppundantaget vidta åtgärder för att uppfylla samhandelskriteriet, t ex expandera till ett närliggande land som Danmark eller Finland. På samma sätt kan kedjan agera om dess marknadsandel är lägre än 30 %, men tillförseln till den svenska marknaden överstiger någon av gränserna i gruppundantaget

³⁰⁵ För en mer detaljerad beskrivning av gruppundantaget se ovan avsnitt 4.2.5.

³⁰⁶ Det nya vertikala gruppundantagets Preamble punkt 18, se även ovan avsnitt 2.3.

för kedjor i detaljhandeln. Man får dock inte glömma bort omsättningsgränsen i det nya vertikala gruppundantaget art 1(2).

5.9.2. Bestämningen av marknadsandelsgränser och omsättningsgränser

Gruppundantaget avgör vilka avtal som omfattas av regleringen dels genom två svarta listor, dels genom en marknadsandelsgräns på 30 % och, för sammanslutningar av återförsäljare och avtal mellan konkurrerande företag, även omsättningsgränser på 50 resp 100 miljoner euro.

Det är en intressant och mycket relevant fråga hur man kommit fram till dessa siffror, särskilt för omsättningsgränserna. För företag som inte omfattas av gruppundantaget p g a att de överskrider en omsättningsgräns känns dessa oundvikligen slumpmässiga och orättvisa. Ett företag kan dessutom vara mycket kapitalintensivt, dvs omsätta mycket pengar, utan att för den sakens skull störa konkurrensen mer än ett mindre kapitalintensivt företag, och tvärtom.

Det finns inga vetenskapliga belegg för någon exakt gräns där varken marknadsandelar eller omsättning innebär att en vertikal begränsning med automatik blir konkurrensskadlig. Båda typerna får därför mest ses som ett slags verktyg för konkurrensmyndigheter med begränsade resurser att fastställa ett kontrollområde där de behöver resp inte behöver ingripa med granskningsåtgärder.

Den enda utredning kring frågan om omsättningsgränser jag funnit rör *företagsförvärv*. För dessa används omsättningsgränser för att bestämma kontrollområdet för företagsförvärv och är menade att dels ge ökad rättssäkerhet för när reglerna gäller respektive inte gäller, eftersom siffrorna lätt kan beräknas, och dels hålla antalet fall som måste behandlas nere.³⁰⁷ Från en ekonomisk synvinkel har de dock nackdelen att de inte beaktar att olika industrisektorer inom EU är olika stora, vilket leder till att alldeles för många förvärv som inblandar stora konglomeratföretag och alldeles för få som inblandar specialiserade mindre företag undersöks.³⁰⁸

Även enligt SOU 1998:98 kan omsättning användas som ett relativt lättillgängligt och enkelt sätt att mäta ett företags ekonomiska styrka. På så vis får man ett effektivt och enkelt verktyg att fastställa området för kontroll av företagsförvärv.³⁰⁹ Den exakta nivån diskuteras inte mer än att det konstateras att den tidigare nivån fungerar.³¹⁰ På liknande sätt undviker förordningsmotiven till det svenska gruppundantaget för ensamåterförsäljaravtal att problematisera omsättningsgränsen för avtal mellan konkurrerande företag i art 3 b, både i det ursprungliga motivet och motivet för förlängning av gruppundantaget.³¹¹

Resonemanget för företagsförvärv är inte till alla delar överförbart på vertikala avtal. Vad som inte kan ifrågasättas gälla även för de vertikala avtalen är behovet av ett verktyg för att avgöra vilka avtal som kan passera obemärkta och vilka som bör granskas individuellt. Med hänsyn till de relativt låga gränserna i gruppundantaget, 50 resp 100 miljoner euro, kan endast relativt små företag komma att bli aktuella för de regler som styrs av gränserna. Detta måste vara precis vad kommissionen vill, då det i båda fallen handlar om avtal mellan företag som egentligen är konkurrenter och därför inte är skyddsvärda på samma sätt som ”äkta” vertikala avtal.

³⁰⁷ Buigues m fl sid 50 n, vänstra kolumnen.

³⁰⁸ Lehner m fl sid 34 f.

³⁰⁹ SOU 1998:98 sid 244 f, se även ovan avsnitt 2.2.7.

³¹⁰ SOU 1998:98 sid 245 x.

³¹¹ Förordningsmotiv 1996:2 sid 17 m, som hänvisar till förordningsmotiv 1993:1 sid 13 n.

Vad gäller marknadsandelsgränsen i gruppundantaget laborerade förslaget i uppföljningen med antingen en enda marknadsandelsgräns på mellan 25 och 35 %, eller två gränser på 20 resp 40 %.³¹² Resonemanget var att en marknadsandel på 20 % i de allra flesta fall inte är tillräckligt för att några negativa effekter skall uppstå vid användningen av vertikala begränsningar, medan 40 % som övre tröskel byggde på argumentet att det vid sådana marknadsandelar börjar finnas risk att en dominerande ställning uppkommer, och att det sista villkoret i EG-fördraget art 81(3) därför riskerar att inte uppfyllas.³¹³ Detta villkor innebär att företagen inte får sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

Det är ett rimligt antagande att tröskelvärdet på 30 % i gruppundantaget är en realpolitisk kompromiss mellan olika medlemsstaters olika uppfattningar om när vertikala begränsningar kan anses konkurrensskadliga. Med hänsyn till resonemanget i uppföljningen till grönboken ovan synes det även vara en väl avvägd marknadsandelsgräns.

5.9.3. Svensk anpassning?

Frågan om Sverige med anledning av det nya vertikala gruppundantaget kommer att revidera den nationella politiken på det vertikala området är av särskilt intresse. Det är i dagsläget dock lite tidigt att ge ett klart svar på den frågan.

Det mest sannolika är dock att Sverige på ett eller annat sätt anpassar sig efter reglerna i övriga EU. Detta vore också i linje med den tidigare utvecklingen med svenska konkurrensregler och gruppundantag som endast marginellt skiljer sig från EU:s. Det måste även stämma väl överens med propositionens ambition att skapa i stort sett materiell rättslikhet.³¹⁴

Att efter en förändring på EU-nivå behålla dagens system riskerar att leda företagen in i en prekär situation som innebär att de måste anpassa sig efter om samhandelskriteriet är uppfyllt eller ej. Om det är det, gäller reglerna i det nya vertikala gruppundantaget,³¹⁵ och om inte så gäller de ”gamla” gruppundantagen. För gränsfallen där det inte är helt klart ifall samhandeln påverkas eller ej leder detta till en betydande rättsosäkerhet, då inte alla regler är exakt de samma mellan det nya vertikala gruppundantaget och de ”gamla” gruppundantagen.³¹⁶ Detta kan knappast vara en önskvärd situation.

Vad gäller reglerna för kedjor i detaljhandeln ser jag dock ingen orsak att inte behålla det nuvarande svenska gruppundantaget, eller en modifikation av det. Det har under hela sin tillämpningsperiod legat ”vid sidan” av den EG-rättsliga regleringen och så vitt jag kan förstå fungerat förhållandevis bra. Men den största fördelen med att inte avskaffa detta till förmån för regleringen i det nya vertikala gruppundantaget är att man genom att behålla de skilda systemen på denna företeelse undviker den i avsnitt 5.9.1. ovan nämnda förvirringen mellan horisontella och vertikala avtal.

³¹² Uppföljningen sid 31 x.

³¹³ Uppföljningen sid 25 x.

³¹⁴ Prop 1992/93:56 sid 21 x, se även ovan 2.3.

³¹⁵ Med förbehåll för övergångsreglerna, se ovan avsnitt 5.3.7.

³¹⁶ Se mer om detta i analysen av franchiseavtal, avsnitt 6 nedan.

6. Franchiseavtal

6.1. Inledning

I detta avsnitt behandlas den konkurrensrättsliga regleringen för franchiseavtal enligt det nuvarande gruppundantaget för franchiseavtal och enligt utkastet till det nya vertikala gruppundantaget. Dessutom beskrivs franchising mer i allmänhet, utan onödiga djupdykningar i den rena ekonomin och den dagliga driften - för denna mer ekonomiska beskrivning finns andra bättre lämpade.³¹⁷ Tanken är främst att läsaren, om han inte redan har det, skall få en tillräckligt god bild av vad franchiseavtal är för att kunna tillgodogöra sig uppsatsens perspektiv på problemet, se ovan 1.2.

Framställningen utgår från de nu gällande reglerna i franchiseundantaget och jämför dessa med utkastet till gruppundantagets regler. För att underlätta sökning och användning av uppsatsen som handbok vid bedömning av franchiseavtal är de olika avtalsklausulerna indelade i grupper efter deras syfte och effekter på marknaden. Tanken är att läsaren lätt skall kunna slå upp den relevanta bedömningen för en viss avtalsklausul efter vad den syftar att åstadkomma, snarare än efter var den råkar stå placerad i franchiseundantaget. Detta ligger även i linje med det nya vertikala gruppundantagets syfte, nämligen att se på ett avtals effekter snarare än dess form.

Även för detta avsnitt bör läsaren vara uppmärksam på att vissa förändringar i reglerna kan ha skett efter gruppundantagets antagande.

För det nya vertikala gruppundantagets del finns även bedömningen av de olika villkoren för de fall som inte omfattas av gruppundantaget som en integrerad del av den övriga framställningen.

6.2. Allmänt om franchising

6.2.1. Vad är franchising?

Ordet franchising kommer från det latinska ”franco”, som betyder rättighet eller privilegium. I det moderna affärsspråket står franchising för en rättighet från en varumärkesinnehavare att mot ersättning få utnyttja dennes framgångsrika affärskoncept i den egna verksamheten. Franchising är alltså en slags sälj rätt.³¹⁸

Franchising förekommer i tre former, graderade efter utvecklingsgrad.³¹⁹

- Product distribution franchising: Huvudsakligen samarbete på varusidan, i form av en slags exklusiv distributionsapparat.
- Trade name franchising: Rätten att marknadsföra en verksamhet under ett visst varumärke.
- Business format franchising: Ett *heltäckande* konceptsamarbete för hela verksamheten.

För denna uppsats vidkommande är alla former, men främst den tredje (business format franchising), av intresse.

³¹⁷ Se bl a Axberg m fl, som varit den huvudsakliga källan till avsnittet om franchising i allmänhet.

³¹⁸ Axberg m fl sid 18 f.

³¹⁹ Axberg m fl sid 19 f.

Franchising är framför allt ett företagsekonomiskt begrepp, vars innebörd delvis varierar beroende på vem som använder det.³²⁰ Någon enhetlig definition finns därför egentligen inte. Det finns däremot ett flertal liknande definitioner i olika franchiseföreningars etiska regler och i vissa länder där det finns speciell lagstiftning om franchising. Ett förslag på en svensk legaldefinition fördes fram av franchiseutredningen i SOU 1987:17, som dock inte ledde till någon lagstiftning.³²¹

Följande definition finns i Svenska franchiseföreningens etiska regler:

”Franchising är ett system för marknadsföring av varor och/eller tjänster och/eller teknologi, som grundas på ett nära och fortlöpande samarbete mellan företag som är juridiskt och ekonomiskt separata och oberoende, franchisegivaren och dennes individuella franchisetagare, genom vilket franchisegivaren tillförsäkrar franchisetagaren, och ålägger denne skyldigheten, att utöva en verksamhet enligt givarens koncept.

Denna rätt berättigar och förpliktar franchisetagaren att mot en direkt eller indirekt ersättning, använda franchisegivarens namn och/eller varumärke, know-how, affärsmetoder och teknik, arbetssätt och andra rättigheter som har industriellt eller immateriellt rättsskydd med stöd av en fortlöpande överföring av kommersiellt och tekniskt bistånd, inom ramen för och för den tid som anges i ett skriftligt avtal, slutet mellan parterna för detta ändamål.”

Denna definition är relativt heltäckande, och tjänar bra som ett underlag för analysen i denna uppsats.

Den juridiska definitionen på franchising och franchiseavtal, i den mån man kan tala om en sådan, finns bland definitionerna i gruppundantaget för franchiseavtal, art 1(3). Med ”franchise” menas enligt art 1(3) a ”en uppsättning rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd eller immateriella rättigheter avseende varumärken, firmabeteckningar, butiksskyltar, bruksmönster, mönster, upphovsrätter, know-how eller patent, som utnyttjas vid återförsäljning av varor eller tillhandahållande av tjänster till slutanvändare”.³²²

För att denna definition inte skall hänga i luften måste den kompletteras med definitionen av franchiseavtal, som finns i franchiseundantaget art 1(3) b: ”[E]tt avtal enligt vilket ett företag, *franchisegivaren*, till det andra företaget, *franchisetagaren*, mot direkt eller indirekt ekonomiskt vederlag upplåter rätten att utnyttja en franchise för att marknadsföra angivna slag av varor och/eller tjänster [...]”.³²³ Avtalet skall innefatta *minst* skyldigheten för franchisetagaren att använda ett gemensamt namn eller butiksskylt och en enhetlig utstyrsel av de i avtalet angivna lokalerna och/eller transportmedlen. Franchisegivaren i sin tur skall vara skyldig att *minst* meddela know-how till franchisetagaren och att kontinuerligt under avtalstiden lämna kommersiellt eller tekniskt bistånd till franchisetagaren. Franchiseundantagets definition täcker alltså främst business format franchising, men under vissa förhållanden kan alla tre former av franchising som nämnts ovan täckas.

Även begreppet ”know-how” har en definition i franchiseundantaget, som är i stort sett identisk med den i det nya vertikala gruppundantaget.³²⁴ Då det är en mycket väsentlig del av en franchise bör man vara bekant även med denna. För att räknas som know-how i franchiseundantagets mening, och därmed kvalificera affärskonceptet som ett franchisesystem,³²⁵ skall det enligt franchiseundantagets art 1(3) f vara ”icke-patentskyddad praktisk information” som

³²⁰ Axberg sid 16 ö.

³²¹ Se nedan avsnitt 6.2.4.

³²² Det är inte helt korrekt att definitionen talar om industriellt rättsskydd och immateriella rättigheter som om de vore olika saker. Industriellt rättsskydd är även det en immateriell rättighet, se Mendelsohn sid 77 x.

³²³ Min kursivering.

³²⁴ Se ovan avsnitt 5.3.6.

³²⁵ Se bl a Lexiconfallet.

är ”hemlig, substantiell och identifierad”. Vad som menas med det senare definieras i detalj i art 1(3) g - i. I korthet kan konstateras att ”hemlig” inte innebär att varje mening skall vara hemlig i sig, utan att sammansättningen av informationen *totalt sett* inte skall vara tillgänglig för var och en. Att den skall vara identifierad innebär att det skall vara möjligt att visa vad som överförs, och ”substantiell” innebär att informationen typiskt sett skall vara av betydelse för franchisetagaren, så att han kommer i ett bättre konkurrensläge.³²⁶ Frågan om informationen är av betydelse skall avgöras vid dagen för avtalets ingående.³²⁷

En god bild av vad kravet på att know-how skall vara hemlig innebär finns i Lexiconfallet.

Mål nr T 559/94 Sundsvalls TR: Under pågående skiljeförfarande mellan Lexicon International och Vilär Aktieföretag samt dess ägare har Lexicon yrkat om säkerhetsåtgärd enligt RB 15:3, bestående i ett förbud för Vilär AB och ägare att bedriva med Lexicon International konkurrerande verksamhet. Vilär anförde till sitt försvar bl a att konkurrensklausulen var ogiltig enl 6 samt 7 §§ KL, då Lexicon inte överfört sådan hemlig, substantiell och identifierad know-how till Vilär att franchiseundantaget var tillämpligt. TR har för att fastställa detta bl a studerat Lexicons systemhandbok. TR finner att om know-how skall vara hemlig i franchiseundantagets mening så får den inte vara *allmänt känd* eller *allmänt tillgänglig*. I fallet räckte det med att *kopplingen* till Lexiconverksamheten medförde att den är unik, och därför inte allmänt känd. Då materialet inte visas för annan än den som ingått franchiseavtal med Lexicon ansågs det klarlagt att materialet inte heller är allmänt tillgängligt. Materialet var alltså att anse som hemligt i franchiseundantagets mening. Kravet på substans och identifikation var också uppfyllda, varför Lexicons talan bifölls.

Målet överklagades av Vilär, men talan drogs tillbaka innan slutligt beslut i HovR tagits.

Redan den unika kopplingen av know-how till verksamheten kan alltså vara tillräckligt för att den inte skall anses som allmänt känd, även om informationen i sig inte är av revolutionerande innehåll.

Kärnan i franchising är alltså att franchisegivaren ”hyr ut” rätten att tillämpa hans framgångsrika affärskoncept till en, eller oftast flera, franchisetagare. Med denna rätt följer ett ”paket” av olika immaterialrättsliga licenser och överföring av know-how till franchisetagaren.

6.2.2. Hur fungerar franchising?

Ett franchise nät är uppbyggt som en kedja av sinsemellan oberoende företagare. Var och en har sitt eget företag och ansvarar för sin egen ekonomi.³²⁸ Det är franchisegivaren som äger själva affärskonceptet och ansvarar för drift av en supportcentral, men utöver detta finns (i regel) inget ägande i vartdera ledet. En del franchisegivare äger visserligen egna filialer som t ex kan vara kvar sedan pilotverksamheten. Enligt Svenska franchiseföreningens etiska regler skall franchisegivaren innan han franchiserar verksamheten framgångsrikt ha prövat konceptet i en pilotverksamhet, och flera franchisegivare har även därefter kvar denna för att kunna lansera t ex nya produkter utan att riskera franchisetagarnas investeringar. Konkurrensrättsligt uppstår problem först när franchisetagarna äger andelar i franchisegivaren.³²⁹

Rätten att använda en franchise upplåts till franchisetagaren genom ett franchiseavtal enligt den definition som följer av franchiseundantaget.

Det är alltså franchiseavtalet som uttömmande reglerar förhållandet mellan parterna. Ett sådant avtal måste därför reglera en mängd olika frågor, allt från parterna och deras respektive rättigheter och skyldigheter, immaterialrättsliga licenser, regler för upphörande och förändring,

³²⁶ Axberg m fl sid 89 m.

³²⁷ Mendelsohn sid 82 x.

³²⁸ Axberg m fl sid 26 y.

³²⁹ Se nedan avsnitt 6.3.1.

till sekretess- och konkurrensklausuler o s v. Dessutom regleras givetvis franchisegivarens främsta inkomstkälla, nämligen *franchiseavgifterna*.

Normalt kan man i avtal utelämna sådana detaljer som redan klart följer av lag eller rättspraxis. Eftersom de flesta franchisetagare inte har juridisk utbildning, eller kanske inte ens har någon tidigare erfarenhet av affärsverksamhet,³³⁰ måste avtalet skrivas på ett annat sätt än ”vanliga” avtal skrivs i Sverige. Istället måste avtalet vara långt mer beskrivande och innefatta även sådant som för jurister mer eller mindre är självklart. Detta har det dubbla syftet att dels göra avtalet begripligt för var och en samt dels motverka att tveksamheter om avtalets innehåll och parternas utgångsposition skall uppstå. Kort sagt skall allt relevant kunna läsas i avtalet (och dess bilagor, se nedan). Man skall inte behöva gå till lagboken för att förstå innehållet.³³¹

Allt detta leder till att franchiseavtal oftast är ganska omfattande verk, jämfört med andra svenska avtal.³³² Till detta kommer sedan ett flertal bilagor i form av olika handböcker och beskrivningar. Det är i dessa manualer som de nödvändiga uppgifterna för franchiseenhetens drift och systemets upprätthållande står att finna. Eftersom den know-how som överförs till franchisetagaren skall vara *identifierad*, se ovan 6.2.1., blir manualerna dessutom ett juridiskt krav.³³³ Samtliga handböcker skall dessutom genom hänvisning i franchiseavtalet omfattas av avtalets sekretessklausul.

Jag nöjer mig här med att kort räkna upp de vanligaste manualerna och deras syften. För en mer djupgående genomgång av dessa hänvisas till Axberg m fl.

Drifthandbok: Detta är franchisetagarens ”bibel”, som mycket väl kan vara i flera band. I denna behandlas hur det dagliga arbetet skall skötas. Här finns allt från en allmän beskrivning av det aktuella franchise-systemet till hur bl a försäljning, administration och ekonomi skall skötas.

Profilmanual: Profilmanualen beskriver alla varumärken och andra kännetecken för franchisenätet. Dessutom beskrivs när, hur och varför dessa kännetecken skall användas, och hur franchisetagaren skall agera då han misstänker ett intrång eller missbruk. Manualens syfte är att bygga upp franchisesystemets good-will och knyta denna till dess kännetecken.

Kvalitetsmanual: För att kedjan skall bli framgångsrik krävs god kvalitet. Det yttersta ansvaret för att denna upprätthålls ligger på franchisegivaren.³³⁴ Hans främsta styrmedel är kvalitetsmanualen, där franchisenätets kvalitetssystem konkretiseras och görs tillgängligt för franchisetagaren.

När franchisetagarna har rekryterats måste de utbildas väl. De måste ha grundläggande färdigheter i att driva ett företag, och de måste vara väl bekanta med franchisenätets koncept.

³³⁰ Det kan t o m vara önskvärt att en tilltänkt franchisetagare inte är branschkundig, då det är ”svårt att lära gamla hundar sitta”. En oerfaren person kan i detta fall vara lättare att få att följa konceptet på det sätt som krävs. Se Axberg m fl sid 71 x.

³³¹ Axberg m fl sid 84 x.

³³² Jag har i orienteringssyfte, under mycket sträng sekretess, fått läsa ett antal verkliga franchiseavtal då det inte finns några bra ”anonyma” standardavtal att få. Tack till Anders Fernlund på Magnusson Wahlin advokatbyrå i Stockholm för detta.

³³³ Axberg m fl sid 99 x.

³³⁴ Axberg m fl sid 116 m.

Rekrytering och utbildning ligger på franchisegivaren, men är livsviktiga för systemets överlevnad. En felrekrytering kan kosta miljoner.³³⁵

Slutligen måste franchisegivaren upprätta en supportcentral till vilken franchisetagarna kan vända sig vid problem, men även med förslag till förbättringar. Det är livsviktigt för franchisenätet att det hela tiden utvecklas till det bättre genom en kontinuerlig kommunikation mellan franchisegivaren och franchisetagarna.³³⁶

6.2.3. Varför franchising?

En av de största fördelarna med franchising är att det ger möjlighet att finansiera en snabb expansion för att ta marknadsandelar.³³⁷ De lokala franchisetagarna finansierar sin egen verksamhet och står på det sättet för riskkapitalet som franchisegivaren annars fått stå för själv genom t ex ett banklån.

Franchisetagaren har ofta en dröm om att vara sin egen, men saknar någon egen bärkraftig affärsidé. Genom att bli franchisetagare kan han dra nytta av någon annans redan beprövade affärsidé, som är testad i en pilotverksamhet och visat sig bärkraftig.³³⁸ Han får dessutom genom franchisenätets distributionskanaler och supportcentral tillgång till stordriftsfördelar, trots att hans egen verksamhet kan vara i ganska liten skala.³³⁹ Arbetsfördelningen i ett franchisenät är på detta sätt mycket effektiv.

Franchisegivaren är beroende av franchisetagarnas framgång för att få in franchiseavgifter till den egna vinsten. Samtidigt är franchisetagarna beroende av franchisenätets framgång i sin helhet för att få good-will och därmed fler kunder. Även franchisegivaren drar nytta av ökad good-will, och tar skada om franchisenätet i sig tar skada. På så sätt är alla parter i ett franchisenät beroende av varandras framgångar. Både franchisetagare och franchisegivare måste därför göra sitt yttersta för att hela tiden förbättra konceptet. Det är detta ömsesidiga beroendeförhållande som är en av de viktigare framgångsfaktorerna, och alltså en av fördelarna med franchising.³⁴⁰

Det finns givetvis också nackdelar med franchising. T ex är det svårare att följa upp ekonomin i franchisenät än i t ex filialkedjor. Jämfört med en s k frivillig fackkedja är också graden av medbestämmande avsevärt lägre, vilket av vissa kan uppfattas som en stor nackdel.

Då det faller utanför denna uppsats syfte skall ingen djupare analys av varken fördelar eller nackdelar presenteras. Vad som sagts ovan räcker för att nå avsnittets syfte att ge en begriplig bild av vad franchising är, och varför det är så populärt.

6.2.4. Rättsliga aspekter på franchising

Franchising spänner över en hel rad juridiska ”discipliner”. Förutom konkurrensrätten, vilken är den disciplin denna uppsats har sin fokus på, kan särskilt nämnas immaterialrätt, avtalsrätt och mellanmansrätt. Även hyresrätt spelar påtagligt in. De olika disciplinerna interagerar på ett

³³⁵ Axberg m fl sid 67 f.

³³⁶ Axberg m fl sid 43 n.

³³⁷ Axberg m fl sid 110 n.

³³⁸ Axberg m fl sid 42 x.

³³⁹ Axberg m fl sid 39 m.

³⁴⁰ Axberg m fl sid 41 m.

sådant sätt att det i flera länder talas om en egen disciplin, nämligen *franchising och distributionsrätt*.³⁴¹

I franchiseavtalet, som sluts enligt de regler och principer som studeras i avtalsrätten, regleras förutom de klassiska avtalsrättsliga frågorna särskilt de olika *licenser* som ingår i franchisen. Licenserna är nödvändiga för att få utnyttja de immaterialrättsligt skyddade kännetecken, varumärken och texter som upplåts till franchisetagaren. Franchisetagaren kan även få en egen rätt att värva franchisetagare till systemet, ett s k huvudfranchiseavtal. Sådana avtal är vanliga vid utlandssatsningar.³⁴²

Vidare regleras förhållandet mellan franchisegivaren och franchisetagaren vad gäller de lokaler i vilka franchisetagaren skall bedriva sin verksamhet. Skall franchisetagaren själv stå som hyresgäst, eller är det franchisegivaren som hyr lokalen och upplåter den i andra hand till franchisetagaren?³⁴³

Det är också viktigt att klargöra om franchisetagaren säljer varor på kommission eller som återförsäljare för franchisegivaren, eller på annat sätt. Eftersom franchisetagaren och franchisegivaren är självständiga ekonomiska enheter är det viktigt att franchisetagaren inte kan uppfattas som mellanman för franchisegivaren så att denne ofrivilligt kan bindas av franchisetagarens rättshandlingar. Därför föreskrivs i franchiseavtalet att franchisetagaren är skyldig att t ex genom en väl synlig skylt klargöra att franchisetagaren är en egen företagare och inte kan binda franchisegivaren.³⁴⁴ Detta är också ett krav för att kunna utnyttja franchiseundantaget, se art 4 c.

Internationellt finns diverse lagar som syftar till att stävja missbruk av franchiseformen som kan förekomma. I USA fanns tidigt bl a personer som lurade andra att placera pengar i en ”franchiserättighet”, för att sedan försvinna spårlöst med pengarna.³⁴⁵ För att undvika sådana bedrägerier måste alla potentiella franchisegivare i USA enligt den s k disclosurelagstiftningen registrera en UFOC (Uniform Franchise Offering Circular) i ett offentligt register. Även i Frankrike finns en liknande disclosurelag som istället bygger på att franchisegivaren inom 21 dagar efter avtalsslutet måste redovisa vissa fakta för franchisetagaren.³⁴⁶ Om han inte gör detta är avtalet ogiltigt. Det finns även andra lagar att beakta för den som tänker sig att starta ett franchisenät i utlandet, men eftersom denna uppsats koncentrerar sig främst på franchiseavtalet i sig kommer jag inte att gå vidare in på dem.

1984 tillsattes en utredning för att bl a utreda om det fanns något behov av en svensk lagstiftning om franchising.³⁴⁷ Utredningen gav ett förslag på en svensk franchisinglag, bl a för att skydda franchisetagarna mot oskäligen avtalsvillkor som gynnar franchisegivaren på franchisetagarens bekostnad. Lagförslaget mötte starkt motstånd, några missförhållanden kunde inte påvisas, och det förkastades 1991 av den dåvarande regeringen.³⁴⁸

Det kan dock inte uteslutas att vi i framtiden kan få någon speciallag om franchising. För närvarande arbetar Unidroit med en modellag för franchising. Lagutskottet har framhållit att

³⁴¹ Axberg m fl sid 131 m.

³⁴² Axberg m fl sid 200 m.

³⁴³ Det senare torde vara det vanligaste, då franchisegivaren för att behålla franchisenätet intakt bör kunna sätta en ny franchisetagare i en gammals ställe utan att vara tvungen att flytta på enheten. Se Axberg m fl sid 140 ö.

³⁴⁴ Axberg m fl sid 88 x.

³⁴⁵ Axberg m fl sid 144 m.

³⁴⁶ Axberg sid 145 x.

³⁴⁷ SOU 1987:17 sid 31 ö.

³⁴⁸ Larsson/Remnelid sid 12 n, Axberg m fl sid 132 x.

regeringen med hänsyn till denna bör ha frågan om lagstiftning i beredskap.³⁴⁹ Det är inte orimligt att vänta sig en sådan utveckling inom fem år.

³⁴⁹ Lagutskottets betänkande 1998/99:LU7 sid 3 y.

6.3. Förhållandet mellan franchiseavtal och konkurrensrätten

6.3.1. Samarbete mellan företag

Franchising är utpräglat samarbete mellan företag. Franchising är dock inte i sig konkurrensbegränsande. Huruvida avtalet är konkurrensbegränsande eller ej måste avgöras från fall till fall beroende på innehållet i avtalet och dess ekonomiska sammanhang.³⁵⁰

Franchiseavtal är huvudsakligen vertikala. Franchisegivaren befinner sig inte i samma led i kommersialiseringskedjan som franchisetagarna. Franchisegivarens ställning är mer att jämföra med en patentinnehavare som licensierar ut sin teknik, även om jämförelsen inte är perfekt. I de fall som franchisegivaren har egna filialer kan områdesskydd för franchisetagarna eller franchisegivarna leda till horisontella effekter, eftersom områdesskyddet då delar marknaden på samma nivå i distributionskedjan.

På liknande sätt kan systemet gå mot att bli ett horisontellt samarbete, som inte nödvändigtvis omfattas av franchiseundantaget, om franchisetagarna äger andelar i franchisegivaren. Gränsen för när systemet ”välter” och blir horisontellt går enligt KKV när franchisetagarnas ägande ger dem ett bestämmande inflytande över verksamheten.³⁵¹ Detta är inte önskvärt då horisontella förhållanden som huvudregel betraktas som allvarligare än vertikala.³⁵²

Det är inte omöjligt att franchisetagare som är detaljister i en sådan situation ändå skulle kunna omfattas av det nya vertikala gruppundantaget som en sammanslutning av detaljister, se art 1(2). Förutsättningen är dock att ingen av medlemmarna har en årsomsättning på mer än 50 miljoner euro.

6.3.2. Franchiseundantaget och det nya vertikala gruppundantagets behandling av franchiseavtal

Den för denna uppsats viktigaste konkurrensrättsliga aspekten på svenska franchiseavtal är de båda nu gällande gruppundantagen för franchising, förordning 4087/88, EGT L359/46 1988, resp förordning (1993:79) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för franchiseavtal, samt deras kommande efterträdare som denna uppsats syftar till att studera, nämligen det nya vertikala gruppundantaget.

6.4. Bakgrund till den konkurrensrättsliga behandlingen av franchiseavtal

6.4.1. Pronuptia

Det finns endast ett fåtal rättsfall som behandlar de konkurrensrättsliga aspekterna på franchiseavtal. Det mest grundläggande fallet för att förstå de konkurrensrättsliga aspekterna på och gruppundantaget för franchiseavtal är EG-domstolens dom i mål 161/84 Pronuptia.

Pronuptia de Paris GmbH (nedan kallad Pronuptia) var ett dotterbolag till ett franskt företag med samma namn som genom egna butiker och franchisetagare sålde brudklänningar och

³⁵⁰Se mål 161/84 Pronuptia, samt avsnitt 6.4.1. nedan.

³⁵¹Axberg m fl sid 27 y.

³⁵²Se ovan 2.2.3. samt Carlsson m fl sid 85 y.

andra festkläder samt accessoarer. Mellan Pronuptia och fru Irmgard Schillgalis tecknades tre franchiseavtal med exklusiv försäljningsrätt för de tyska städerna Hamburg, Oldenburg och Hanover. Då Schillgalis stämdes för utebliven betalning av royalty anförde hon att områdeskyddet stred mot EG-fördraget art 81(1) och att avtalet därför var ogiltigt, och att det därför inte fanns någon grund för royaltykravet. Tyska Bundesgerichtshof vidarebefordrade fallet till EG-domstolen för förhandsavgörande enligt EG-fördragets art 234.

Domstolen skilde mellan tre typer av franchiseavtal, nämligen service franchises, rörande tjänster, production franchises, rörande tillverkning, och distribution franchises, rörande försäljning av varor i en affär under franchisegivarens varumärken. Domstolen begränsade sig till att endast behandla den tredje typen, distributionsfranchise.³⁵³

Huruvida ett franchiseavtal är i strid med EG-fördraget art 81(1) kan inte avgöras generellt utan måste bedömas utifrån innehållet i det aktuella avtalet, punkt 14. Domstolen uttalade sedan i punkt 15 att franchising, snarare än en distributionsmetod, är ett sätt för ett företag att dra nytta av sin expertis utan att investera eget kapital och att ett sådant system inte i sig är i strid med konkurrensrätten.

För att ett sådant system skall fungera krävs att franchisegivaren kan överföra know-how och ge löpande assistans till franchisetagarna utan att riskera att detta kommer konkurrenterna till godo. Begränsningar som är *nödvändiga* för att säkerställa detta anses därför inte konkurrensbegränsande. Bland dessa finns förpliktelser för franchisetagaren att under avtalets löptid och under skäligen tid därefter inte öppna en konkurrerande butik inom ett område där han kan konkurrera med franchisenätet, samt förbud för franchisetagaren att utan tillstånd överlåta affären.³⁵⁴

Dessutom måste franchisegivaren kunna vidta åtgärder för att skydda franchisenätets identitet och anseende. Inte heller sådana villkor anses konkurrensbegränsande, se punkt 17, och i de följande punkterna räknas en hel rad sådana förpliktelser upp.³⁵⁵ Tillåtna är förpliktelser för franchisetagaren att använda franchisegivarens affärsmetoder och know-how, att endast sälja varorna i en butik som är utformad enligt franchisegivarens instruktioner och är belägen på den adress som franchisegivaren bestämmer samt att inte flytta butiken till en annan adress eller överlåta sina rättigheter och skyldigheter under franchiseavtalet utan franchisegivarens medgivande. Franchisetagaren får även åläggas att i förväg inhämta franchisegivarens samtycke för utformningen av sin marknadsföring. Slutligen får franchisegivaren i syfte att bibehålla en jämn kvalitet på de varor som säljs i franchisenätet fastställa objektiva kvalitetskriterier på de varor som franchisetagaren köper in.

Ovanstående klausuler ansågs av domstolen som nödvändiga i varje fall av franchising, och de behöver därför inget ytterligare berättigande för att inte anses konkurrensbegränsande.³⁵⁶ Om franchisegivaren däremot vill föreskriva franchisetagaren att endast köpa in varorna av franchisegivaren eller av honom godkända leverantörer, måste hänsyn tas till omständigheterna i det enskilda fallet. Ett sådant villkor kan anses nödvändigt för att skydda franchisenätets anseende om det p g a svårigheter att fastställa objektiva kvalitetskriterier för varorna, eller det p g a ett stort antal franchisetagare är svårt eller för dyrt att övervaka att dessa följs. I sådana fall är inte heller detta villkor konkurrensbegränsande. Franchisetagarna får dock inte hindras från att köpa varor av varandra.

³⁵³ Mål 161/84 Pronuptia punkt 13. I detta avsnitt kommer alla hänvisningar till punkter i domskälen att vara till detta mål.

³⁵⁴ Punkt 16.

³⁵⁵ Punkt 18 - 22.

³⁵⁶ Korah sid 21 x.

I punkt 23 går domstolen in på vad som *inte* kan anses nödvändigt för att skydda franchisegivarens know-how eller assistans eller bibehålla franchisenätets identitet och anseende, och alltså anses konkurrensbegränsande. Det gäller villkor som delar upp marknaden mellan franchisegivaren och franchisetagarna eller mellan franchisetagarna sinsemellan, samt villkor som hindrar priskonkurrens mellan franchisetagarna. Rena prisrekommendationer är dock tillåtna, se punkt 25.

Således går domstolen i punkt 24 in på kombinationen av ett villkor för franchisetagaren att inte sälja varorna från en annan lokal än den som anges i kontraktet och franchisetagarens exklusiva rätt till franchisegivarens varumärke inom ett visst område. Domstolen uttalar att franchisegivaren för att upprätthålla ett sådant avtal dels inte själv kan etablera sig i området och dels måste hindra andra franchisetagare att etablera sig där, vilket begränsar konkurrensen inom franchisenätet, förutsatt att franchisenätets firmamärke eller symbol är välkänd.³⁵⁷ Detta är ett bra exempel på vad som nämns i domstolens sammanfattning i punkt 27, nämligen att avtalet även måste ses i sitt *ekonomiska* sammanhang. Om franchisenätet endast är mindre utbrett behöver inte marknadsdelningen med nödvändighet anses konkurrensbegränsande.³⁵⁸ När nätet är mer utbrett kan sådant områdesskydd ändå vara nödvändigt för att uppmuntra investeringar i systemet av potentiella franchisetagare, men detta argument får enligt domstolen beaktas i samband med en undantagsprövning.

Enligt punkt 26 torde däremot franchiseavtal som innehåller marknadsdelande villkor oavsett nätets utbredning påverka samhandeln, även om de ingås mellan parter i samma medlemsstat, då det hindrar franchisetagare att etablera sig i en annan medlemsstat.³⁵⁹

Som svar på Bundesgerichtshof:s andra fråga konstaterar domstolen i punkt 33 och 34 att gruppundantaget för ensamåterförsäljare inte är tillämpligt på franchiseavtal.

6.4.2. Kommissionens beslut

Enligt preambeln till förordning 19/65, den förordning som ger kommissionen rätt att meddela gruppundantag, måste kommissionen för att kunna utfärda gruppundantag ha en viss erfarenhet genom individuella beslut.

Före domen i Pronuptia hade kommissionen endast avgjort ett ärende, Campari, vilket rörde vad som numera kallas produktionsfranchise.³⁶⁰ Efter Pronuptia undantog kommissionen fem standardavtal gällande franchiseavtal för distribution av varor samt tjänster, alla med någon form av områdesskydd.³⁶¹ Dessa beslut kommer att behandlas löpande i avsnitten nedan vanliga villkor i franchiseavtal.

Korah menar att alla dessa beslut kunde meddelats icke-ingripandebesked istället för undantag då de på ett starkt yttre konkurrenstryck inte märkbart påverkade konkurrensen. Hon menar att kommissionen medvetet kan ha valt att undanta avtalen istället för att meddela

³⁵⁷ Domstolen hänvisar angående detta till mål 56 & 58/64 Consten/Grundig.

³⁵⁸ Korah sid 21 f samt Korah sid 22 not 10.

³⁵⁹ Jfr dock Larsson/Remnelid sid 32 y, som menar att inte heller samhandelskriteriet skulle vara tillämpligt om nätet är mindre utbrett. Domstolen skriver i punkt 26 att "[...] franchise agreements for the distribution of goods which contain provisions sharing markets between the franchisor and the franchisees or between the franchisees themselves are *in any event* liable to affect trade between member states [...]" (min kursivering).

³⁶⁰ Beslut 78/253/EEG Campari, EGT nr L 70 13.3.1978.

³⁶¹ Beslut 87/14/EEG Yves Rocher, EGT nr L 8 10.1.1987, 87/17/EEG Pronuptia (com), EGT nr L 13 15.1.1987, 87/407/EEG Computerland, EGT nr L 222 10.8.1987, 86/604/EEG Servicemaster, EGT nr L 332 3.12.1988, 89/94/EEG Charles Jourdan, EGT nr L 35 7.2.1989.

icke-ingripandebesked endast för att få den nödvändiga erfarenheten som krävs för att meddela ett gruppundantag för franchiseavtal.³⁶²

³⁶² Korah sid 30 f.

6.4.3. Något om franchiseundantagets struktur

Det nya vertikala gruppundantagets struktur och bestämmelser har beskrivits generellt i avsnitt 5. ovan. För klarhetens skull bör läsaren känna till de allmänna dragen även i det nuvarande franchiseundantaget för att ta till sig informationen i detta avsnitt om franchiseavtal. Därför följer här en beskrivning av franchiseundantagets struktur rent allmänt.

I preambeln beskrivs motiven till gruppundantaget. Den tjänar som tolkningsunderlag i förhållande till själva förordningen, och torde i oklara fall vara avgörande för om ett visst avtal skall omfattas eller ej.³⁶³ Alla hänvisningar till artiklar i detta avsnitt är till artiklar i franchiseundantaget.

I art 1(1) och (2) finns det relativt korta undantaget, som hänvisar till art 2 för vilka specifika villkor som är undantagna, samt i 1(3) definitioner som klargör undantagets omfattning. I art 3 finns en uppräkningslista av villkor som normalt *inte* anses konkurrensbegränsande. I art 3(1) finns villkor som inte är konkurrensbegränsande i den mån de är nödvändiga för att skydda franchisegivarens immateriella rättigheter eller bevara franchisenätets gemensamma identitet och anseende, termer som utan att vara identiska känns igen från Pronuptia, och skall tolkas på samma sätt.³⁶⁴ Jag kallar dessa klausuler för ”villkorliga” klausuler.

I art 3(2) finns sedan villkor som alltid är tillåtna, även om de *inte* specifikt är till skydd för franchisegivarens know-how eller assistans eller franchisenätets gemensamma identitet eller anseende. Dessa villkor anses som sagt normalt inte begränsa konkurrensen, men om de i något särskilt fall ändå skulle göra det är de uttryckligen undantagna enligt art 3(3). De undantas även om inga av de konkurrensbegränsningar som tillåts i art 1 ligger för handen. Jag kallar dessa klausuler för ”ovillkorliga” klausuler.

Art 4 innehåller tre villkor som måste vara uppfyllda för att gruppundantaget skall äga tillämpning och art 5 innehåller den svarta listan med villkor som utesluter gruppundantagets tillämpning. I art 8 finns sedan ett antal exempel på villkor som kan medföra att gruppundantaget återkallas i det specifika fallet.

Enligt 2 § i den svenska förordningen för gruppundantag gäller inte art 6, 7 och 9 i Sverige. För de fall där samhandeln påverkas och alltså EG-rätten kopplas in aktualiseras alltså även dessa artiklar för svenska företags del.

Art 6 innehåller ett invändningsförfarande, eller opposition procedure.³⁶⁵ Invändningsförfarandet innebär att om det aktuella avtalet innehåller villkor som inte uttryckligen undantas i art 2 eller 3, men inte heller omfattas av art 5, så skall även dessa villkor vara undantagna förutsatt att de anmäls till kommissionen och denna inte motsätter sig dem inom sex månader. Art 7 innehåller sekretessregler i förhållande till invändningsförfarandet.

Art 9 innehåller giltighetstiden för förordningen. Motsvarande bestämmelse för svensk del finns i den svenska gruppundantagsförordningen.

6.5. Vilka franchiseavtal omfattas?

6.5.1. Definition av franchising

³⁶³ Larsson/Remnelid sid 41 ö.

³⁶⁴ Korah sid 62 m.

³⁶⁵ Korah sid 36 m och 90 ff.

Den nuvarande juridiska definitionen av franchising som finns i franchiseundantaget art 1(3) a och b, se även ovan 6.2.1., kommer i och med införandet av det nya vertikala gruppundantaget att i vart fall formellt försvinna efter den tid som övergångsreglerna i detta tillåter tidigare avtal att omfattas av de ”gamla” gruppundantagen. Det nya vertikala gruppundantaget innehåller ingen sådan definition.

Då det nya vertikala gruppundantaget ser mer på ett avtals effekter på marknaden än dess materiella utformning är det frågan är om någon definition egentligen alls är nödvändig under det nya vertikala gruppundantaget. Svenska Franchiseförbundet har dock efterlyst en sådan definition även i det nya vertikala gruppundantaget, främst för att undanröja osäkerhet om vilken ställning franchiseavtal skall ha i förhållande till selektiva distributionssystem, se nedan 6.6.1.³⁶⁶

Det är dock inte otänkbart att definitionen i franchiseundantaget under en tid kommer att följa med som en icke förbindande *riktlinje* för vad som anses vara ett franchiseavtal eller någon annan form av distribution, men för gruppundantagets del torde denna inte spela någon avgörande roll.

6.5.2. Franchiseundantaget

Gruppundantaget för franchiseavtal gäller enligt art 1(1) och (2) franchiseavtal och huvudfranchiseavtal i vilka endast två företag är parter och som innehåller en eller flera av de konkurrensbegränsningar som räknas upp i art 2.

Gruppundantaget är bara tillämpligt på franchiseavtal för distribution av varor eller tjänster till slutanvändare, se franchiseundantagets preambel punkt 4 och art 1(3) a. Det innebär e contrario att franchiseavtal för produktion och partihandel inte omfattas av gruppundantaget. Som antyds i preambeln punkt 4 kan dock produktionsfranchise i vissa fall falla under gruppundantaget för tekniköverföring, dock att konkurrensklausuler enligt art 3(2) i gruppundantaget för tekniköverföring är på den svarta listan.³⁶⁷ Franchiseundantagets preambel punkt 5 säger uttryckligen att partihandelsfranchise inte omfattas då kommissionen inte har tillräcklig erfarenhet av dessa. Det torde dock finnas förutsättningar för individuella undantag för båda typerna av franchiseavtal.³⁶⁸

Definitionen av franchise, franchiseavtal, know-how och vad som anses hemligt, substantiellt och identifierat har tidigare förklarats i avsnitt 6.2.1. ovan. Jag ser ingen orsak att här upprepa vad som redan sagts där. Jag vill här dock göra några tillägg till vad som sagts ovan.

Då art 1(3) b inte talar om försäljning utan om *marknadsföring* av varor och/eller tjänster torde förutom återförsäljning även uthyrning eller leasing i franchiseform omfattas av gruppundantaget.³⁶⁹ Franchiseundantagets preambel punkt 5 anger också att gruppundantaget är tillämpligt även om franchisetagaren bearbetar eller anpassar varorna till kundens behov. Det får dock inte bli fråga om produktionsfranchise, vilket i vissa fall kan vara svårt att avgöra. Är t

³⁶⁶ Se Svenska franchiseförbundets yttrande om det nya vertikala gruppundantaget sid 3 m.

³⁶⁷ Kommissionens förordning nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets art 85(3) på vissa grupper av avtal om tekniköverföring resp Förordning (1996:345) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för avtal om tekniköverföring. Se även de Cockborne sid 102 m vänstra kolumnen.

³⁶⁸ Se om produktionsfranchise kommissionens beslut i Campari samt KKV i Falcon, samt om partihandelsfranchise KKV i Solanum I och II. Kommissionen har så vitt jag kan se inte tagit några beslut om partihandelsfranchise, men det torde inte utesluta att de kan komma att göra det.

³⁶⁹ Korah sid 41 ö.

ex tillverkning av hamburgare återförsäljning av varor, om än med viss bearbetning, en tjänst eller en produktionsfranchise?³⁷⁰

Det råder en viss osäkerhet om de tre villkoren i franchiseundantagets definition av franchiseavtal i art 1(3) b. Skall de anses kumulativa, så att alla tre villkoren måste vara uppfyllda, eller endast alternativa så att det räcker att den första och någon av de två andra är uppfyllda? Villkoren är att franchiseavtalet åtminstone skall omfatta följande skyldigheter.³⁷¹

1. Skyldigheten att använda ett gemensamt namn eller en gemensam butiksskylt och en enhetlig utstyrsel av de i avtalet angivna lokalerna och/eller transportmedlen,
2. Skyldigheten för franchisegivaren att meddela know-how till franchisetagaren,
3. Skyldigheten för franchisegivaren att kontinuerligt under avtalstiden lämna kommersiellt eller tekniskt bistånd till franchisetagaren.

I den svenska, tyska och engelska versionen finns inget ”och” mellan det andra och det tredje villkoret, men ett ”et” finns i den franska. Det är dock mest sannolikt att villkoren är kumulativa.³⁷² Något ”och” är med hänsyn till regelns ordalydelse troligen inte nödvändigt för att komma till denna slutsats.

Korah uttrycker på sid 43 m en viss oro för att franchiseundantaget skall förlora sin tillämpning genom att den know-how som meddelas inte längre kan anses hemlig när nätet blir tillräckligt utbrett. Ju mer utbrett nätet blir, desto fler anställda och andra kommer att känna till den. Då uppfylls inte definitionen på know-how, och om villkoren anses kumulativa så är därmed inte heller det andra villkoret i definitionen på franchiseavtal uppfyllt.

Problemet torde dock kunna undvikas genom att definitionen av ”hemlig” för det första är ganska vid, samt för det andra att det sannolikt är tillräckligt med sekretessavtal med de anställda för att skydda meddelad know-how.³⁷³

De övriga definitionerna bereder inga särskilda svårigheter. Jag hänvisar därför läsaren till art 1(3) i gruppundantaget för franchiseavtal.

6.5.3. Det nya vertikala gruppundantaget

Det gamla franchiseundantaget omfattade inte franchiseavtal för partihandel eller s k produktionsfranchise (industriell franchise).³⁷⁴ Det nya vertikala gruppundantaget skall däremot enligt art 1 och riktlinjerna vara tillämpligt på alla vertikala avtal om varor och tjänster, oavsett om det är fråga om färdiga produkter för återförsäljning eller mellanprodukter avsedda som insatsvaror eller för återförsäljning.³⁷⁵ Förutom franchiseavtal för försäljning till konsumenter kommer även partihandelsfranchise därför att omfattas av gruppundantaget.

Det är däremot osäkert om även produktionsfranchise omfattas av gruppundantaget. Å ena sidan omfattas vertikala avtal för produkter i mellanledet, men å andra sidan är gruppundantaget enligt art 1(5) uttryckligen inte tillämpligt om något annat gruppundantag är tillämpligt. Det har för franchiseundantaget antytts att gruppundantaget för tekniköverföring

³⁷⁰ Se bl a Korah sid 133 n.

³⁷¹ Se även ovan 6.2.1.

³⁷² Larsson/Remnelid sid 52 n samt Korah sid 43 m.

³⁷³ Jfr Korah sid 49 ö.

³⁷⁴ Se ovan avsnitt 6.5.2.

³⁷⁵ Se ovan avsnitt 5.4.1.

kan vara tillämpligt på produktionsfranchise, och i så fall är inte det nya vertikala gruppundantaget tillämpligt på produktionsfranchise.³⁷⁶

För gruppundantaget för tekniköverföring skall varumärkeslicenser vara accessoriska till den överförda tekniken, se gruppundantaget för tekniköverföring art 1(7). I det nya vertikala gruppundantaget skall varumärken däremot närmast vara accessoriska till distributionen, se art 1(3). Troligen är gruppundantaget därför tillämpligt på mer begränsade fall av produktionsfranchise där karaktären av återförsäljning dominerar, som t ex att späda ut och tappa upp koncentrerat drinkextrakt före återförsäljning eller licenser för kopiering av programvara före återförsäljning.³⁷⁷ Denna tolkning skulle stämma överens med kommissionens beslut i Campari, där licenser för tillredning och återförsäljning av ”bitter” med inköp av vissa hemliga ingredienser endast från licensgivaren beviljades undantag. Gruppundantaget torde däremot inte vara tillämpligt på mer avancerade former av produktion, där det är karaktären av produktion snarare än återförsäljning som överväger.

För tillämpningen av det gamla franchiseundantaget krävdes att franchisegivaren överförde know-how och kontinuerligt bistod franchisetagaren med kommersiell eller teknisk assistans. Denna regel uteslöt enklare typer av franchiseavtal, som vissa former av trade name franchising, där huvudsyftet med avtalet är att i försäljningssyfte dra nytta av ett berömt varumärke, uppbackat med mycket lite know-how eller annan assistans.³⁷⁸ I och med att något sådant krav inte finns i det nya vertikala gruppundantaget så kommer även sådana enklare typer av franchiseavtal att omfattas. Däremot finns det en risk att franchiseavtal som består av *rena konceptsamarbeten* utan någon anknytning till distribution av varor eller tjänster, som t ex hotellfranchises, inte kan omfattas av gruppundantaget då de inte innehåller villkor för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av varor eller tjänster, se art 1(1).

I Charles Jourdan ansågs en enklare typ av franchiseavtal, s k franchise-corner avtal, inte ens konkurrensbegränsande tack vare sitt låga antal. Franchise-corner avtalen innebar bl a att ”franchise-cornertagarna” fick del av avsevärt mindre know-how och assistans än de ”vanliga” franchisetagarna. Med hänsyn till att franchiseavtalen beviljades undantag så anser jag det osannolikt att franchise-corner avtalen, som i alla avseenden var mindre långtgående än franchiseavtalen, inte skulle beviljats undantag om nätet varit större.

6.5.4. Marknadsandelsgränsen i det nya vertikala gruppundantaget

Gruppundantagets tillämplighet är beroende av ett tröskelvärde för marknadsandelar, se art 2. Som huvudregel får leverantören högst ha en marknadsandel på 30 % av den relevanta marknaden, men för avtal som innehåller exklusiva leveransskyldigheter är det istället *köparen* som högst får ha 30 % av den relevanta marknaden.

För franchiseavtal står det klart att det är franchisegivaren som skall anses som ”leverantör” och franchisetagarna som skall anses som ”köpare”. För franchisenät som inte innehåller några exklusiva leveransskyldigheter är det alltså franchisegivarens andel av den relevanta marknaden som skall bedömas. Om franchisegivaren inte får leverera till andra än en viss franchisetagare inom varje definierat område så innebär detta en exklusiv leveransskyldighet, och det är då

³⁷⁶ Preambeln till franchiseundantaget punkt 4 och de Cockborne sid 102 m vänstra kolumnen, som hänvisar till det gamla gruppundantaget för know-how. Detta är numera ersatt av gruppundantaget för tekniköverföring, men regleringen är i stort sett den samma varför argumentet fortfarande är relevant.

³⁷⁷ Riktlinjerna punkt 29 första strecksatsen.

³⁷⁸ Korah sid 43 y.

franchisetagarens andel av den relevanta marknaden som är avgörande för gruppundantagets tillämpning.

Det gamla franchiseundantaget var inte beroende av någon marknadsandelsgräns för sin tillämpning. Att bedömningen av franchiseavtal alltså kommer att påverkas av parternas marknadsandelar är en försämring gentemot franchiseundantaget. Beroende på hur marknaden definieras i det enskilda fallet behöver det dock inte med nödvändighet leda till några praktiska problem. Det är också värt att komma ihåg att det inte finns någon presumtion för olaglighet om marknadsandelsgränsen överskrids.

6.6. Bedömning av vanliga villkor i franchiseavtal

6.6.1. Selektiv resp icke-selektiv franchising

Franchiseavtal består ofta av en kombination av vertikala begränsningar, ofta med inslag av både selektiv distribution, områdesskydd och konkurrensklausuler.³⁷⁹ Franchiseundantaget innehöll bestämmelser som i stor utsträckning gjorde dessa kombinationer möjliga, medan det i det nya vertikala gruppundantaget är svårt eller omöjligt att kombinera selektiv distribution med andra vertikala begränsningar.

För denna framställning har jag därför valt att dela upp franchiseavtal i två kategorier, nämligen *selektiva* och *icke-selektiva*. De franchiseavtal som innehåller inslag av selektiv distribution blir då att hänföra till kategorin selektiva franchiseavtal, medan övriga hänförs till de icke-selektiva franchiseavtalen. I den mån detta inte utesluts för selektiva franchiseavtal gäller i övrigt samma regler för båda typerna. Icke-selektiva franchiseavtal är alltså den bredare termen, och selektiva franchiseavtal kan endast omfatta mindre långtgående begränsningar än icke-selektiva.

Om inget särskilt sägs om selektiva franchiseavtal gäller därför samma regler för båda typerna.

6.6.2. Områdesskydd

Franchisegivaren får enligt franchiseundantaget art 2 a åläggas att inom det avtalade området inte överlåta rätten att helt eller delvis utnyttja franchisen till tredje man, att inte själv utnyttja franchisen eller ett liknande system eller själv leverera franchisegivarens varor till tredje man.³⁸⁰ Ett sådant villkor ger franchisetagaren ett exklusivt område, och en sådan bestämmelse är tillåten även enligt det nya gruppundantaget.

De tre tillåtna begränsningarna i franchiseundantaget anses vara alternativa, då franchiseundantaget art 1 medger undantag om avtalet innehåller en (eller flera) av begränsningarna i art 2.³⁸¹ Ett sådant villkor är dock inte med nödvändighet konkurrensbegränsande. I *Pronuptia* sade domstolen att ett exklusivt område *tillsammans* med ett villkor att bara sälja varorna i de avtalade lokalerna begränsade konkurrensen. En sådan kombination leder till att franchisetagare i praktiken inte kan starta försäljning i en annan franchisetagares område, vilket ger ett absolut

³⁷⁹ Riktlinjerna punkt 198.

³⁸⁰ Franchisegivarens varor definieras i franchiseundantaget art 1(3) d som ”varor tillverkade av franchisegivaren eller enligt dennes anvisningar och/eller försedda med dennes namn eller varumärke”.

³⁸¹ Korah sid 53 x samt Larsson/Remnliid sid 62 x.

områdesskydd mellan franchisetagarna.³⁸² Domstolen antydde även att detta bara är aktuellt om franchisenätet är utbrett.³⁸³

I Servicemaster var franchisenätet ännu inte utbrett, men franchisegivarens syfte med franchiseavtalet var att åstadkomma ett franchisenät för hela Europa. Kommissionen meddelade dock undantag snarare än icke-ingripandebesked, trots att franchisenätet ännu inte var utbrett, med argumentet att det i framtiden sannolikt kommer att bli utbrett och därmed påverkar konkurrensen redan nu.³⁸⁴ Detta kan tyckas vara ett något märkligt sätt att resonera, men förmodligen ville kommissionen gardera sig för den framtida utvecklingen på ett smidigare sätt än att senare eventuellt återkalla ett icke-ingripandebesked.

Med tanke på domstolens, och även kommissionens, hänvisning till att det är *kombinationen* av ett exklusivt område och villkoret att endast sälja från de avtalade lokalerna kan man ställa sig frågan om endast ett av villkoren skulle vara att anse som konkurrensbegränsande ens i ett utbrett nät. Om man endast ser till Pronuptia torde svaret vara att det inte är konkurrensbegränsande att bara ålägga franchisetagaren ett av villkoren. Hur kommissionen skulle behandla en sådan situation är mera osäkert. Kommissionens beslut till dags dato har så vitt jag kan se alla innehållit båda villkoren, och i franchiseundantaget står även en skyldighet att endast sälja från de avtalade lokalerna som *undantaget* (art 2 c), alltså *inte* bland villkor som inte anses konkurrensbegränsande. Franchiseundantaget kräver inte att alla villkor i art 2 skall finnas i avtalet för att undantaget skall vara tillåtet. Det räcker om ett av dem är det.

Eftersom villkoren alltså redan för sig måste undantas i franchiseundantaget torde kommissionen behandla även denna situation som konkurrensbegränsande, men sannolikt bevilja undantag.

Det nya vertikala gruppundantaget innehåller inga speciella bestämmelser för denna kombination. Alltså måste den vara tillåten så länge avtalet i övrigt faller under gruppundantaget. Om avtalet inte faller under gruppundantaget måste det granskas individuellt, men inte heller i detta läge finns någon orsak att oroa sig. All tidigare praxis talar för att denna kombination är av sådan kvalitet att individuellt undantag är huvudregeln. Om inga andra särskilda bestämmelser ingår finns det därför ingen anledning att anmäla avtalet till kommissionen. Inte heller det fall där endast något av de två villkoren för sig är del av avtalet leder till en annan bedömning.

Franchiseundantaget undantar enligt art 2 d att franchisegivaren hindrar franchisetagaren att *aktivt* söka kunder utanför sitt avtalade område. Om franchisetagaren förbjuds att över huvud taget sälja till kunder som kommer utifrån det avtalade området så gäller dock inte franchiseundantaget alls, se art 5 g. Det är alltså tillåtet att förbjuda *aktiv* försäljning, men inte *passiv*. Bestämmelsen omfattar förbud mot att sälja till kunder som har sin vistelseort i en annan medlemsstat såväl som i en annan del av samma medlemsstat.³⁸⁵

Motsvarande ordning kommer med all säkerhet gälla även under det nya vertikala gruppundantaget för icke-selektiva franchiseavtal. Art 3 b tillåter förbud mot aktiv försäljning till en annan franchisetagares område, men kommer troligen ändras så att den tillåter ett förbud mot aktiv försäljning, men inte passiv, utanför ett exklusivt område eller på annat sätt tilldelad kundgrupp, oavsett om det finns en annan franchisetagare där eller ej.³⁸⁶

³⁸² Bellamy/Child sid 288 y.

³⁸³ Punkt 24, Korah sid 53 m.

³⁸⁴ Servicemaster, punkt 23.

³⁸⁵ Korah sid 89 y.

³⁸⁶ Se även ovan avsnitt 5.5.1.

Art 3 c i det nya vertikala gruppundantaget däremot innebär att franchisetagarna, om de är medlemmar i ett *selektivt distributionssystem*, inte får hindras att aktivt marknadsföra sig gentemot någon grupp av *slutkunder* oavsett hur denna är bestämd. Således kan inte gruppundantaget tillämpas om franchisetagarna i ett selektivt franchisesystem hindras från att sälja till en annan franchisetagares område eller tilldelade kundgrupp. De kan däremot hindras att sälja till andra *återförsäljare* än sådana som är medlemmar i franchisenätet eller andra av franchisegivaren upprättade system av auktoriserade återförsäljare, se art 3 b. Om franchisetagarna i ett selektivt franchisenät däremot hindras från att sälja till varandra är gruppundantaget inte tillämpligt, se art 3 d.³⁸⁷

Franchisegivaren i ett selektivt franchisesystem kan alltså inte med skydd av gruppundantaget utesluta ens aktiv försäljning och därigenom skydda de individuella franchisetagarna från konkurrens mellan varandra, vilket i praktiken gör exklusiva områden till en omöjlighet. Franchisegivaren torde dock själv kunna hindras att utöva aktiv försäljning på franchisetagarnas områden, eftersom han inte är en *medlem* av det selektiva distributionsystemet. Samma bedömning gäller även för avtal som inte omfattas av gruppundantaget, då de aktuella villkoren alla står som särskilt allvarliga begränsningar som alltså endast i undantagsfall kan beviljas individuellt undantag.

Bestämmelsen innebär dock *inte* att det är förbjudet att tilldela selektiva franchisetagare andra former av områden, t ex ”primära säljområden”, som de i första hand förutsätts bearbeta, så länge de inte genom påtryckningar eller liknande i praktiken *hindras* från att aktivt marknadsföra sig utanför dem. Enligt riktlinjerna är det också tillåtet att förbjuda även selektiva franchisetagare från att bedriva verksamheten från andra än de avtalade lokalerna, eller om det rör sig om ”kringresande försäljning” att bestämma ett område utanför vilket verksamheten inte får bedrivas.³⁸⁸ Det torde alltså vara möjligt att tilldela franchisetagare i ett selektivt distributionssystem ett *mycket* begränsat områdesskydd, utan att för den skull hindra att de konkurrerar sinsemellan. Stor försiktighet påkallas dock, eftersom minsta indikation på samordnade förfaranden som hindrar aktiv försäljning leder till att gruppundantaget faller.

Om tillverkarens marknadsandel överstiger 30 % eller om de fem största leverantörerna tillsammans har en täckningsgrad på över 50 % är ett undantag för en kombination av selektiv distribution och en skyldighet att bara sälja från de avtalade lokalerna knappast sannolikt, även om aktiv försäljning tillåts.³⁸⁹ Om distributionssystemet innehåller annat än rent kvalitativa urvalskriterier kan det under sådana förhållanden även bli aktuellt att återkalla gruppundantaget.

6.6.3. Konkurrensklausuler under löpande avtalstid

Enligt Pronuptia, punkt 16, anses ett konkurrensförbud för franchisetagaren att under avtalstiden öppna en konkurrerande butik i ett område där den kan konkurrera med franchisenätet inte konkurrensbegränsande, om det är för att skydda franchisegivarens know-how samt immateriella rättigheter. Denna regel gäller även enligt franchiseundantaget art 3(1) c, och enligt riktlinjerna till det nya vertikala gruppundantaget kommer samma bedömning att gälla även i framtiden, med en liten skillnad.³⁹⁰

³⁸⁷ Se även nedan avsnitt 6.6.5.

³⁸⁸ Riktlinjerna punkt 44.

³⁸⁹ Riktlinjerna punkt 190.

³⁹⁰ Riktlinjerna punkt 36 a.

I franchiseundantaget står en sådan konkurrensklausul på den ”villkorliga” vita listan och anses inte konkurrensbegränsande på villkor att den är nödvändig för att skydda franchisegivarens know-how eller immateriella rättigheter, se art 3(1). Enligt art 3(3) är dock inte villkor som står i art 3(1), utan bara de som står i art 3(2), undantagna ”för säkerhets skull” för det fall att villkoret i det särskilda fallet ändå skulle anses konkurrensbegränsande. Så kommer inte längre vara fallet under det nya vertikala gruppundantaget, då riktlinjerna klart anger att detta är ett villkor som är undantaget enligt gruppundantaget för de fall där det till äventyrs skulle anses konkurrensbegränsande.³⁹¹

Enligt franchiseundantaget art 2 e är en skyldighet för franchisetagaren att inte tillverka, sälja eller i samband med tillhandahållandet av tjänster enligt franchisen använda varor som konkurrerar med franchisegivarens varor undantagen, dock att reservdelar och tillbehör till varorna inte får omfattas av denna skyldighet. Franchisegivaren får alltså inte förbjuda franchisetagaren att köpa in reservdelar och tillbehör från andra leverantörer, trots att punkt 21 i Pronuptia anger att sådana inköpsrestriktioner inte alltid är konkurrensbegränsande.³⁹² Skyldigheten gäller bara för sådana varor som är det huvudsakliga föremålet för franchisen, se preambeln punkt 9, men torde gälla även andra rörelser som franchisetagaren driver vid sidan av franchisen.³⁹³

En sådan bestämmelse räknas enligt det nya vertikala gruppundantaget till konkurrensklausuler, se art 11, och behandlas i gruppundantaget art 4 a. Enligt riktlinjerna är dock inte en konkurrensklausul att anse som konkurrensbegränsande om klausulen är nödvändig för att upprätthålla franchisenätets gemensamma identitet och anseende och franchisegivaren inte har en dominerande ställning.³⁹⁴ Giltighetstiden, som enligt art 4 a annars är begränsad till fem år, är i sådana fall inte heller relevant. Som regel är en sådan konkurrensklausul nödvändig för att ett franchisenät skall fungera, varför sådana klausuler endast sällan kan tänkas medföra några problem.

Det torde enligt det nya gruppundantaget vara möjligt att även begränsa franchisetagarens val av reservdelar och tillbehör utan att detta påverkar bedömningen, då inget särskilt nämns i art 4 a om detta. I de fall en sådan skyldighet är nödvändig för att upprätthålla franchisenätets gemensamma identitet eller anseende skulle detta inte ens anses konkurrensbegränsande, se riktlinjerna punkt 199. Det är dock mindre sannolikt att valet av *reservdelar* nämnvärt påverkar franchisenätets identitet eller anseende, om de inte är av klart undermålig standard. Med hänsyn till EG-domstolens avgörande i Tetra Pak II är argumentet att varornas kvalitet kan äventyras om andra än ”original-reservdelar” används troligen ganska svagt.³⁹⁵ *Tillbehören* kan däremot i vissa fall vara nog så avgörande för nätets identitet och anseende, som t ex accessoarer till bröllopskläder som i Pronuptia. Så vitt jag kan se torde villkoret omfattas av gruppundantaget i vilket fall och alltså vara undantaget, så länge det inte överskrider fem år eller så länge det är kopplat till franchisetagarens användning av franchisegivarens lokaler.

Art 3 b tillåter dessutom att franchisetagaren åläggs en återförsäljningsbegränsning av varor eller tjänster som levereras i syfte att *införlivas*, vilket torde omfatta i alla fall reservdelar och andra insatsvaror, men inte nödvändigtvis andra tillbehör. Detta innebär att han kan hindras att återförsälja dessa separat, d v s utan att först införliva dem med en annan produkt. Art 3 b

³⁹¹ Riktlinjerna punkt 37.

³⁹² Korah sid 59 y.

³⁹³ Larsson/Remnelid sid 67 m.

³⁹⁴ Riktlinjerna punkt 199.

³⁹⁵ Mål C-333/94P Tetra Pak II. Fallet handlade om kopplingsförbehåll vid dominerande ställning, men argumentet torde vara giltigt även i detta sammanhang, se punkt 36.

påverkar dock inte bedömningen av konkurrensklausulen. Konkurrensklausulen hindras inte heller av art 3 e, som endast förbjuder avtal som hindrar att reservdelar av franchisegivaren kan säljas även till oberoende reparatörer.³⁹⁶

Eftersom konkurrensklausulen normalt inte anses konkurrensbegränsande i franchiseavtal är klausulen tillåten även utanför gruppundantagets tillämpningsområde. Detta torde även gälla vad som ovan sagts om reservdelar och tillbehör, för de fall villkoret inte anses konkurrensbegränsande.

För *selektiva* franchiseavtal är det däremot inte tillåtet att nominera *vissa* varumärken som får eller inte får säljas. En sådan klausul omfattas nämligen enligt art 4 c inte av gruppundantaget, dock att den inte medför att hela gruppundantaget faller. Det är däremot även för selektiva franchiseavtal tillåtet att hindra franchisetagarna från att föra *varje annat* konkurrerande varumärke på sätt som angetts ovan.

6.6.4. Konkurrensklausuler efter att avtalet upphört

Punkt 16 i Pronuptia anger även att ett konkurrensförbud för franchisetagaren att under en skäligen tid *efter avtalet upphört* öppna en konkurrerande butik i ett område där den kan konkurrera med franchisenätet inte anses konkurrensbegränsande, om det är för att skydda franchisegivarens know-how samt immateriella rättigheter. I kommissionens beslut har detta prejudikat vad gäller tiden efter avtalets upphörande inte alltid följts. Det är oklart varför dessa villkor har behandlats olika.³⁹⁷

I Pronuptia (com) ansågs inte ett förbud för ett år efter avtalets slut att öppna en liknande butik i samma område eller något annat område där den kan konkurrera med en annan Pronuptia-butik som konkurrensbegränsande. Kommissionen påpekade att detta var rimligt för att Pronuptia de Paris skulle kunna sätta en annan franchisetagare i den gamlas ställe.³⁹⁸ I Yves Rocher var villkoret begränsat till franchisetagarens tidigare exklusiva område.³⁹⁹ Kommissionen ansåg inte heller detta konkurrensbegränsande, punkt 48, och påpekade särskilt att franchisetagaren inte var förhindrad att upprätta en konkurrerande butik utanför det exklusiva området. Det ges ingen förklaring varför denna begränsning i förhållande till Pronuptia och Pronuptia (com) är införd. Båda besluten är meddelade på samma datum, så den enda rimliga förklaring jag kan se är att de anmälda avtalen på denna punkt måste skiljt sig från varandra. Det finns ingen orsak för kommissionen att utvidga ett mindre långtgående villkor bara för att båda villkoren i sig är acceptabla.

I Computerland ändrades det anmälda standardavtalet efter diskussioner med kommissionen. Från att ha förbjudit konkurrerande verksamhet i tre år för ett givet avstånd från den f d franchisetagarens avtalade område, två år inom ett givet avstånd från varje Computerlandbutik samt ett år på alla andra platser, oavsett avstånd till Computerlandbutiker, begränsades konkurrensklausulen till att gälla för ett år inom tio kilometer från den f d franchisetagarens avtalade område. Detta ansågs tillräckligt för att skydda franchisegivarens know-how.⁴⁰⁰

I Servicemaster, slutligen, ansågs en konkurrensklausul för ett år inom de områden där franchisetagaren utfört tjänster inte konkurrensbegränsande. Inte heller tillägget att franchise-

³⁹⁶ Se ovan 5.5.1.

³⁹⁷ Korah sid 31 f.

³⁹⁸ Pronuptia (com), punkterna 11 och 25 i.

³⁹⁹ Yves Rocher, punkt 27.

⁴⁰⁰ Computerland, punkt 12.

tagaren under två år inte tillåts värva tidigare kunder till en eventuell ny verksamhet ansågs konkurrensbegränsande.⁴⁰¹

Förutom vissa avvikelser kan i kommissionens beslut ses en klar tendens mot vad som sedan skrivits in i franchiseundantaget art 3(1) c. I denna artikel förklaras ett villkor för franchisetagaren att inte under högst ett år inom det område som tidigare var hans exklusiva direkt eller indirekt bedriva konkurrerande verksamhet som icke konkurrensbegränsande. Franchiseundantaget är dock snävare än domen i Pronuptia, då det i denna inte nämns någon specifik längsta bindningstid. Detta gör det visserligen enklare att veta var gränsen för vad som är acceptabelt går, men då det i vissa situationer, t ex när franchisetagaren var oerfaren vid avtalets ingående, kan vara lämpligare med en längre konkurrensklausul är inte denna lösning helt tillfredsställande.⁴⁰²

Även KKV har bedömt konkurrensklausuler i franchiseavtal. I RIMI bedömdes en konkurrensklausul för ett år efter avtalets upphörande som konkurrensbegränsande, men beviljades undantag. Klausulen var inte begränsad till det tidigare området, vilket förklarar att den måste undantas snarare än beviljas icke-ingripandebesked. I de övriga fallen har konkurrensklausulerna inte avvikit från vad som tillåts i gruppundantaget och därför inte ansetts konkurrensbegränsande.⁴⁰³

I det nya vertikala gruppundantaget behandlas konkurrensklausuler för tiden efter avtalets upphörande i art 4 b. Regleringen är i stort sett den samma som den tidigare. Gruppundantaget är inte tillämpligt på andra konkurrensklausuler än sådana som avser konkurrerande varor och är absolut nödvändiga för att skydda överförd know-how och har en begränsad varaktighet på högst ett år efter avtalets upphörande.

Till skillnad från franchiseundantaget måste konkurrensklausulen vara *absolut* nödvändig för att skydda know-how som överförs till franchisetagaren. Det är alltså ett högre krav på nödvändigheten av skydd för överförd know-how, men detta torde inte orsaka några större problem då konkurrensklausuler för tiden efter avtalets upphörande i de allra flesta franchise-system torde vara absolut nödvändiga för att förhindra att överförd know-how inte kommer konkurrenterna till godo.⁴⁰⁴

6.6.5. Inköpsrestriktioner

Inköpsrestriktioner sammanfaller delvis med konkurrensklausuler enligt det nya vertikala gruppundantaget, se ovan 6.6.3. Jag har ändå valt att dela upp reglerna i dessa två stycken, då konkurrensklausuler mer anknyter till om konkurrerande tillverkare tillåts generellt, medan inköpsrestriktioner anknyter till *varifrån* franchisetagaren får göra sina inköp, oavsett vilka varumärken han tillåts föra enligt en eventuell konkurrensklausul.

Enligt franchiseundantaget art 3(1) a är det tillåtet att, om det är nödvändigt för att skydda franchisegivarens know-how och immateriella rättigheter, ålägga franchisetagaren att endast sälja eller i samband med tillhandahållande av tjänster endast använda varor som uppfyller av

⁴⁰¹ Servicemaster, punkt 11. I Charles Jourdan fanns inga restriktioner på konkurrens efter avtalets upphörande.

⁴⁰² Se även Korah sid 67 x med hänvisning till de Cockborne, sid 106 x högra kolumnen.

⁴⁰³ Se Hemglass, DHL (som dock inte var renodlad franchising, utan ett slags mellanting mellan franchiseavtal, agentavtal och underleverantörsavtal) och Monark.

⁴⁰⁴ Jfr dock franchisesystem som det i Charles Jourdan, där ingen konkurrensbegränsning (utom en hembudsklausul till franchisegivarens förmån för det fall att butiken säljs) alls ålades franchisetagaren efter avtalets upphörande. Orsaken var att franchisetagarna redan var erfarna försäljare på området. Kommissionen uttryckte att under sådana förhållanden så hade en konkurrensklausul inte heller kunnat medges undantag, se punkt 27.

franchisegivaren uppställda minimikrav på kvalitet. Bestämmelsen tillåter att objektiva kvalitetskriterier uppställs även för reservdelar och tillbehör.⁴⁰⁵ Om det på g a varornas speciella karaktär inte är praktiskt möjligt att ställa upp sådana objektiva kvalitetskrav, tillåter art 3(1) b istället franchisegivaren att ålägga franchisetagaren att bara köpa varorna från honom eller från leverantörer som han har utsett. Franchisetagarna måste dock alltid vara fria att köpa varor från varandra, se franchiseundantaget art 4 a.

Vad som är *praktiskt möjligt* är en gradfråga som inte kan besvaras generellt.⁴⁰⁶ I Computerland skulle franchisegivaren före försäljning godkänna alla varor och tjänster som inte redan var auktoriserade av honom.⁴⁰⁷ Kommissionen ansåg inte detta konkurrensbegränsande, då objektiva kvalitets-specifikationer med hänsyn till produkterna (datorer) snabbt skulle bli för gamla och skapa tröghet i systemet.

I RIMI beviljade KKV undantag, men inte icke-ingripandebesked, för ett franchiseavtal som innehöll en bestämmelse av innebörden att franchisetagaren med hänsyn till franchisekonceptet, kvalitetsvaror till lågpris, inte fick köpa ens godkända artiklar av andra leverantörer än de som godkänts centralt. Även i Jede undantogs ett villkor att endast köpa in varorna från franchisegivaren eller av honom godkänd leverantör, utom vad gäller vissa standardprodukter där meddelande till franchisegivaren räckte. KKV påpekar i sin motivering att skyldigheten ”kan ses som [naturlig] för upprätthållandet av systemets gemensamma identitet”, men att den inte bör utsträckas utanför ”det huvudsakliga föremålet för verksamheten”. KKV ansåg inte att förpliktelsen utsträckte sig längre än det huvudsakliga föremålet för verksamheten, och ansåg att undantag var motiverat. Med hänsyn till art 3(1) b i gruppundantaget anser jag det värt att påpeka att förpliktelsen inte med nödvändighet måste anses konkurrensbegränsande, men då inget i beslutet tar upp frågan om det hade räckt med objektiva kvalitetskriterier och om dessa i så fall varit ”opraktiska” låter jag det vara osagt om KKV:s bedömning i fallet kan kritiseras.

Jämfört med franchiseundantaget art 2 e är det oklart om även reservdelar och tillbehör omfattas av inköpsregeln i 3(1) b.⁴⁰⁸ Jag anser dock att franchisetagaren enligt franchiseundantaget troligen inte kan åläggas att köpa in reservdelar endast från franchisegivaren eller av honom utsedda leverantörer. Om det enligt franchiseundantaget art 3(1) b inte ens skulle anses konkurrensbegränsande att i vissa fall ålägga franchisetagaren en sådan förpliktelse ser jag ingen orsak varför franchiseundantagets preambel punkt 9 och art 2 e så noga skulle påpeka att franchisetagaren inte får förbjudas att saluföra reservdelar och tillbehör tillverkade av konkurrenter. Å andra sidan kan punkt 21 i Pronuptia tolkas som mer långtgående än gruppundantaget, och tillåta att reservdelar omfattas av inköpsregeln utan att för den sakens skull anses konkurrensbegränsande om franchisenätets identitet och anseende inte kan säkras genom mindre långtgående bestämmelser.⁴⁰⁹ Den försiktige franchisegivaren undviker enklast problem med konkurrensmyndigheterna på denna punkt genom att istället uppställa objektiva kvalitetskriterier för reservdelarna, se art 3(1) a, eller genom att söka individuellt undantag eller använda sig av invändningsförfarandet i franchiseundantaget art 6 för andra lösningar. Med hänsyn till Computerland torde ett sådant ligga nära till hands.

I det nya vertikala gruppundantaget räknas även förpliktelser för franchisetagare att göra minst 80 % av sina totala inköp av franchisegivaren eller av honom utsedd leverantör som

⁴⁰⁵ Korah sid 63 m.

⁴⁰⁶ Mendelsohn föreslår att frågan skall hänskjutas till kommissionen genom ett invändningsförfarande enligt franchiseundantaget art 6, Mendelsohn sid 89 x.

⁴⁰⁷ Computerland, punkt 23 vi.

⁴⁰⁸ Korah sid 63 f, med hänvisningar till Charles Jourdan samt mål 161/84 Pronuptia.

⁴⁰⁹ Korah sid 64 y.

konkurrensklausuler, se art 11. I avsnitt 6.6.3. ovan konstaterades att det enligt det nya vertikala gruppundantaget troligen går att hindra franchisetagarna från att föra konkurrerande varor, även vad gäller reservdelar och tillbehör. Av detta följer att det med all sannolikhet även är tillåtet att ålägga franchisetagarna att endast köpa dessa varor av franchisegivaren eller av honom anvisade leverantörer. Observera dock att detta inte måste innebära att det är franchisegivarens egna varor, utan det kan även innebära att även andra producenters varor endast får köpas genom franchisegivaren eller av honom utsedda leverantörer. Detta kan t ex vara för att underlätta stora inköp och därmed uppnå kostnadsfördelar.

Det bör dock observeras att art 4 c inte tillåter att franchisetagare i selektiva franchise-system åläggs att sälja eller inte sälja vissa varumärken. En skyldighet för franchisetagarna i ett sådant system att endast köpa in varor av franchisegivaren eller av honom utsedda leverantörer kan tänkas leda till en *indirekt* begränsning av vilka varumärken som franchisetagaren får sälja eller inte sälja. Detta torde kunna bli fallet om franchisegivaren konsekvent undviker vissa märken eller tvärtom konsekvent köper vissa specifika märken, oavsett deras kvalitet.

Franchiseundantaget art 4 a gör klart att franchisetagarna alltid måste vara fria att köpa de varor som omfattas av franchisen av varandra eller om det finns ett nät av andra auktoriserade återförsäljare även av dem. Enligt franchiseundantagets preambel, punkt 12, tjänar detta det syftet att säkerställa att parallellimport är möjligt. Kommissionen vill undvika att det uppstår allt för stora prisskillnader mellan olika medlemsländer.⁴¹⁰

Motsvarande gäller enligt det nya vertikala gruppundantaget art 3 d för selektiva franchise-avtal. Någon sådan regel finns dock inte för icke-selektiva. Det betyder att om franchisenätet innehåller inslag av selektiv distribution så får franchisetagarnas möjlighet att köpa varor och tjänster av varandra inte beskäras utan att gruppundantaget faller. Då bestämmelsen räknas som särskilt allvarlig är det dessutom föga troligt att en sådan begränsning skulle beviljas individuellt undantag om den ändå skulle tas in i avtalet.⁴¹¹

För icke-selektiva franchisenät torde en begränsning av sådana korsvisa leveranser däremot vara tillåten, i vart fall så länge avtalet omfattas av gruppundantaget.

Vad gäller royalties för försäljning inom franchisenätet torde sådana inte tillåtas utgå.⁴¹²

Franchisetagaren får enligt franchiseundantaget art 5 b inte hindras från att köpa in varor av motsvarande kvalitet som de franchisegivaren erbjuder, utom i de fall som tidigare behandlats i art 2 e resp 3(1) b. Art 2 e undantar förpliktelsen för franchisetagaren att inte saluföra varor som konkurrerar med franchisegivarens varor, utom vad gäller reservdelar och tillbehör, se ovan 6.6.3. Art 3(1) b står på den ”villkorliga” vita listan, och tillåter franchisegivaren att när objektiva kvalitetskriterier inte är praktiskt möjliga ålägga franchisetagaren att endast köpa in varor från franchisegivaren eller av honom godkända leverantörer. Då dessa två bestämmelser är ganska omfattande och sannolikt är tillämpliga på de flesta franchisenät återstår svartlistningen i princip bara för restriktioner på inköp av reservdelar och tillbehör, men om franchisetagaren i annat än kvalitetshänseende begränsas i sin valfrihet vad gäller dessa så gäller inte franchiseundantaget enligt art 5 b.⁴¹³ Sådana restriktioner kommer dock sannolikt att vara tillåtna under det nya vertikala gruppundantaget, se ovan.

⁴¹⁰ Larsson/Remnelid sid 83 y m. Vid stora prisskillnader kan detta leda till en större uppdelning då franchisegivaren etablerar olika franchisenät med varierande varumärken o s v i de olika länderna som vart och ett skyddas av gruppundantaget. Det finns dock en viss risk att kommissionen anser detta vara missbruk av gruppundantaget och drar tillbaka det, se art 8, Korah sid 78 y och Korah sid 78 not 3.

⁴¹¹ Riktlinjerna punkt 38.

⁴¹² Se Pronuptia (com) punkt 26 och Computerland punkt 24 i, samt Korah sid 79 x.

⁴¹³ Korah sid 83 y, Larsson/Remnelid sid 86 y.

Franchiseundantaget art 5 c gäller också inköpsrestriktioner, men är vidare i sitt tillämpningsområde än art 5 b. Om franchisetagaren, om inte annat följer av art 2 e, är skyldig att sälja eller vid tillhandahållandet av tjänster använda varor som tillverkats av franchisegivaren eller en av honom utsedd tillverkare så får franchisegivaren inte av andra skäl än för att skydda sina immateriella rättigheter eller för att bevara franchisenätets gemensamma identitet och anseende vägra att godkänna en viss av franchisetagaren föreslagen leverantör. Om han vägrar av andra skäl är inte gruppundantaget tillämpligt. Art 2 e undantar, som nämndes ovan 6.6.3., förpliktelsen för franchisetagaren att inte saluföra med franchisegivarens varor konkurrerande varor, dock att reservdelar och tillbehör inte får omfattas av förpliktelsen.

Detta innebär att så länge franchisetagaren är skyldig att endast använda franchisegivarens varor så är detta undantaget men, oavsett vilka varor han får använda, så kan inte franchisegivaren vägra att godkänna andra leverantörer som uppfyller kraven för att bibehålla franchisenätets standard vad gäller reservdelar eller tillbehör samt andra varor än franchisegivarens. Så länge franchisenätet är litet torde denna bestämmelse inte medföra några problem, men den riskerar att bli ohanterlig för större franchisenät.⁴¹⁴

Någon motsvarande bestämmelser finns inte i det nya vertikala gruppundantaget. Jag anser det ändå tveksamt om vägran att godkänna leverantörer som faktiskt uppfyller av franchisegivaren uppställda objektiva kvalitetskrav skall skyddas, i alla fall i de fall där sådan auktorisation inte är ohanterlig och tillverkaren inte gör intrång på franchisegivarens immateriella rättigheter.

6.6.6. Finansiella bestämmelser

Utan direkt motsvarighet i Pronuptia får franchisetagaren enligt franchiseundantaget art 3(1) d åta sig att inte förvärva sådana ekonomiska intressen i ett konkurrerande företag att detta skulle ge honom möjlighet att påverka företagets ekonomiska skötsel, om det är nödvändigt för att skydda franchisegivarens know-how eller immateriella rättigheter. Artikeln grundar sig på Yves Rocher, där franchisetagarna åtog sig att inte investera i konkurrenter på ett sådant sätt att de blev personligen engagerade, och Servicemaster, där franchisetagarna inte fick engagera sig på annat sätt än genom förvärv av högst 5 % av konkurrentens aktiekapital.⁴¹⁵ Kommissionen konstaterade i Servicemaster, punkt 10, att ett sådant villkor är nödvändigt för att hindra att franchisegivarens know-how kommer konkurrenter till godo.

En sådan bestämmelse anses enligt riktlinjerna generellt tillåten i det nya vertikala gruppundantaget, då den inte anses konkurrensbegränsande. Skulle den i det enskilda fallet ändå anses konkurrensbegränsande är den ändå undantagen enligt gruppundantaget.⁴¹⁶

6.6.7. Kundrestriktioner

Inte heller franchiseundantaget art 3(1) e har någon direkt motsvarighet i Pronuptia, utan bygger på kommissionens praxis i främst Yves Rocher.⁴¹⁷ Art 3(1) e tillåter franchisegivaren att ålägga franchisetagaren att endast sälja de varor som omfattas av franchisen till slutanvändare, andra franchisetagare eller andra auktoriserade återförsäljare samt andra som

⁴¹⁴ Se Korah sid 83 f.

⁴¹⁵ Yves Rocher, punkt 26, och Servicemaster, punkt 10.

⁴¹⁶ Riktlinjerna punkt 36 b.

⁴¹⁷ Yves Rocher, punkt 46.

franchisegivaren godkänt utan att detta anses konkurrensbegränsande.⁴¹⁸ Sannolikt omfattas även reservdelar och tillbehör av de tillåtna kundrestriktionerna i art 3(1) e.⁴¹⁹

Under det nya vertikala gruppundantaget kan franchisetagarna i ett icke-selektivt franchise-system troligen inte hindras från att sälja till andra än slutkonsumenter, se art 3 b som endast tillåter de tre uppräknade undantagen från begränsningar av återförsäljning. Selektiva franchisesystem innehåller däremot till sin natur en sådan begränsning, d v s att endast sälja till konsumenter eller andra medlemmar i det selektiva distributionsnätet.

Icke-selektiva franchisesystem kan dock innehålla exklusiva områden med skydd mot aktiv försäljning från andra franchisetagare, förutsatt att även franchisegivaren (leverantören) åläggs att inte bedriva aktiv försäljning på sina franchisetagares områden, se art 3 b. Art 3 b tillåter också en indelning i *kundgrupper*, och hinder mot aktiv försäljning till andra kundgrupper än den som är tilldelad en viss franchisetagare. Frågan är om gruppundantagets ordalydelse innebär att det inte är möjligt att kombinera kundgrupp *och* områdesskydd, så att franchisetagaren bara får sälja aktivt till slutkonsumenter inom sitt tilldelade område. Gruppundantaget talar om ”begränsningar av aktiv återförsäljning inom det exklusiva område *eller* exklusiva kundgrupp som tilldelats en annan köpare”.⁴²⁰ Detta *behöver* inte innebära att det är otillåtet enligt gruppundantaget att kombinera båda, men kombinationen *kan* leda till att franchisesystemet istället anses selektivt. Detta leder i så fall bl a till att områdesskyddet inte kan upprätthållas.⁴²¹

Oavsett vad svaret på den frågan är så kan endast *aktiv* försäljning förhindras i det icke-selektiva franchisesystemet, inte passiv. För ett selektivt franchisesystem kan inte ens aktiv försäljning helt förhindras, se ovan avsnitt 6.6.2.

6.6.8. ”Best efforts” och gemenskapsgarantier

Franchiseundantaget art 3(1) f är inte heller härledd ur Pronuptia. Det anses enligt denna artikel inte konkurrensbegränsande att ålägga franchisetagaren att anstränga sig för att saluföra franchisen. I detta syfte får franchisetagaren åläggas att föra ett minimisortiment, att uppnå en minimiomsättning, planlägga sina beställningar i förväg, hålla ett minimilager samt tillhandahålla kund- och garantiservice. Motsvarande bestämmelser undantas även i andra gruppundantag, se t ex art 2(3) i gruppundantaget för ensamåterförsäljare. Sannolikt omfattar bestämmelsen även en förpliktelse för franchisetagaren att inte tillhandahålla andra varor eller tjänster än de som omfattas av franchisen, vilket är viktigt för franchisegivarens kontroll över franchisetagarnas utbud.⁴²²

Sådana villkor är tillåtna även enligt det nya vertikala gruppundantaget. Ett villkor att anstränga sig för försäljningen av de varor som omfattas av franchisen kan dock innebära ett slags förbud mot att saluföra även andra varor eller tjänster än de som omfattas av franchiseavtalet.⁴²³ En sådan klausul kan därför indirekt bli en konkurrensklausul som, om den anses konkurrensbegränsande, måste bedömas enligt det nya vertikala gruppundantaget art 4 a.

⁴¹⁸ I Computerland ansågs dock en sådan klausul konkurrensbegränsande, men beviljades undantag. Orsaken var att de sålda produkterna, datorer, inte kunde identifieras med franchisegivaren och det därför inte ansågs nödvändigt att begränsa franchisetagarnas kundval. Se punkt 26.

⁴¹⁹ Korah sid 69 m.

⁴²⁰ Min kursivering. Sannolikt ändras detta så att även aktiv försäljning till områden som ännu inte tilldelats någon köpare kan förbjudas, se ovan avsnitt 5.5.1.

⁴²¹ Se ovan avsnitt 6.6.2.

⁴²² Korah sid 70 x med hänvisningar till praxis samt även Larsson/Remnelid sid 75 m som hänvisar till Korah.

⁴²³ Korah sid 70 x.

Sannolikt är sådana klausuler dock inte att anse som konkurrensbegränsande, se riktlinjerna punkt 199, samt Computerland punkt 23 iv och Servicemaster punkt 16.

I Computerland, punkt 23 vi, påpekar kommissionen att en garanti som sträcker sig över hela gemenskapen ligger i linje med kommissionens strävan efter en integrerad marknad och konsumentskydd. Då detta synes vara ett viktigt villkor för kommissionen gäller även franchiseundantaget enligt art 4 b med villkoret att franchisetagarna skall uppfylla en sådan garanti om varan levererats av en annan franchisetagare inom den europeiska unionen.⁴²⁴ Samma sak gäller om varan är köpt hos en annan återförsäljare som lämnar en liknande garanti. Det torde, i de fall varan inte är specifik för franchisenätet, vara underförstått att en sådan annan återförsäljare skall vara kommersiellt knuten till franchisegivaren genom t ex ett ensamåterförsäljaravtal, då garantin knappast kan omfatta varor sålda av helt fristående aktörer.

I det nya vertikala gruppundantaget finns inga krav på sådana garantier. Det torde av kommersiella skäl vara ganska vanligt att sådana garantier ändå förekommer, och de kan knappast anses konkurrensbegränsande.

6.6.9. Marknadsföring

Den sista av de ”villkorliga” klausulerna i franchiseundantaget är art 3(1) g som tillåter skyldigheten för franchisetagaren betala en andel av sina intäkter till reklamutgifter, samt att själv göra reklam som skall godkännas i förväg av franchisegivaren. I Pronuptia punkt 22 ansåg domstolen att ett villkor för franchisetagaren att inhämta franchisegivarens samtycke före marknadsföringen inte är konkurrensbegränsande, så länge bestämmelsen bara gäller marknadsföringens karaktär.⁴²⁵ Domstolen ansåg att en sådan bestämmelse är så viktig för ett franchisenäts enhetlighet i allmänhet att den inte är beroende av om den i det enskilda fallet är nödvändig för att bibehålla franchisenätets identitet och anseende eller skydda franchisegivarens know-how och assistans.⁴²⁶ Det är därför lite märkligt att den står under de ”villkorliga” klausulerna i franchiseundantagets vita lista.

Det nya vertikala gruppundantaget medför ingen ändrad bedömning vad gäller dessa villkor, utom att franchiseundantagets distinktion mellan ”villkorliga” och ”ovillkorliga” bestämmelser inte längre är aktuell.

6.6.10. Skyldigheter relaterade till överförd know-how

För att överföra know-how samt säkerställa att franchisetagaren och hans anställda är väl förtrogna med franchisesystemet fordras utbildning av olika slag, se ovan 6.2.2. Enligt franchiseundantaget art 3(2) e får sådan utbildning som arrangeras av franchisegivaren vara obligatorisk för franchisetagaren eller hans anställda. Obligatoriet torde även tillåtas omfatta kurser som arrangeras för franchisetagare av andra franchisetagare för franchisegivarens räkning.⁴²⁷ Det nya vertikala gruppundantaget innehåller inga bestämmelser som kan leda till att detta inte skulle vara tillåtet även i framtiden.

⁴²⁴ Korah sid 80 x.

⁴²⁵ ”[S]o long as that provision concerns only the nature of the advertising.”, min översättning.

⁴²⁶ Se Korah sid 70 n.

⁴²⁷ Korah sid 73 m.

Franchiseundantaget art 3(2) a medger att franchisetagaren får förpliktas att inte röja know-how som meddelats av franchisegivaren, och att detta får gälla även efter avtalets upphörande. Även när ingen know-how längre kan anses hemlig enligt gruppundantagets vida definition är en sådan förpliktelse knappast föremål för EG-fördraget art 81, trots att detta faktum utesluter tillämpningen av gruppundantaget i sig.⁴²⁸

En franchisegivare vill inte gärna riskera att den know-how han meddelar franchisetagarna används utanför franchisenätet, så att den till slut riskerar att bli allmänt tillgänglig.⁴²⁹ Därför anses enligt art 3(2) d ett villkor för franchisetagaren att inte använda meddelad know-how för annat än franchisen inte som konkurrensbegränsande, även om denna förpliktelse fortsätter gälla efter avtalets upphörande.

Ingen av dessa bestämmelser anses konkurrensbegränsande, och de är tillåtna även enligt det nya vertikala gruppundantaget.⁴³⁰

Franchisetagaren får enligt franchiseundantaget art 5 d inte hindras från att efter avtalets upphörande fortsätta att använda meddelad know-how om den blivit allmänt känd eller tillgänglig på annat sätt än genom att franchisetagaren brutit mot en förpliktelse. Om den *inte* är allmänt känd får han förhindras att använda den efter avtalets upphörande enligt art 3(2) d. Om däremot en annan franchisetagare avtalsstridigt publicerar den så kan franchisetagaren fritt använda den, dock att han kan vara förhindrad att sprida den ytterligare enligt art 3(2) a.⁴³¹

I det nya vertikala gruppundantaget art 4 b sägs att en icke tidsbegränsad begränsning av användning och avslöjande av överförd know-how är tillåten enligt gruppundantaget så länge överförd know-how inte har blivit tillgänglig för allmänheten. En längre gående sekretessklausul utesluter inte gruppundantagets tillämpning, men omfattas inte av gruppundantaget och måste granskas individuellt.

Det är för det nya vertikala gruppundantagets del oväsentligt på vilket sätt överförd know-how blivit allmänt tillgänglig.⁴³² Om den *de facto* är allmänt tillgänglig, så kan inte längre f d franchisetagare hindras från att använda eller sprida den vidare. Samma sak gäller för en f d franchisetagare som gjort den allmänt tillgänglig genom ett avtalsbrott. Att en f d franchise-tagarna inte kan hindras från att använda allmänt tillgänglig know-how är lätt att förstå, då ett sådant förbud skulle sätta en f d franchisetagare i ett sämre läge än en annan företagare.

Att franchisetagaren däremot inte kan hindras att *avslöja* know-how efter att den blivit allmänt tillgänglig är inte lika lätt att motivera. Å ena sidan kan det anses att skadan då redan är skedd, så att det inte spelar någon roll om någon mera sprider informationen. Men å andra sidan försvårar detta för franchisegivaren att ”rädda vad som räddas kan” genom att i alla fall kunna behålla munkavlen på de som besitter den mest intima förbindelsen med överförd know-how förutom franchisegivaren själv, nämligen f d och nuvarande franchisetagare. Som jag anmärkt ovan, avsnitt 5.5.2., är det även något märkligt att inte ens en part som genom avtalsbrott gör överförd know-how allmänt tillgänglig inom ramen för gruppundantaget kan hindras från att använda eller ytterligare sprida den vidare.

Ett problem i sammanhanget är att det kan vara svårt att få reda på vilken franchisetagare som avtalsstridigt gjort överförd know-how allmänt tillgänglig. Om franchisetagaren tar kontakt med media så kan han nämligen gömma sig bakom meddelarskyddet i TF och YGL. Men för de fall där ”läckan” är känd sticker regeln sannolikt i ögonen på en drabbad franchi-

⁴²⁸ Korah sid 71 n.

⁴²⁹ Korah sid 72 n, Larsson/Remnelid sid 78 y.

⁴³⁰ Riktlinjerna punkt 36 f.

⁴³¹ Korah sid 85 x, Larsson/Remnelid sid 87 y.

⁴³² Se även ovan avsnitt 5.5.2.

segivare. Det är därför ett rimligt antagande att denna bestämmelse kommer att leda till att avtalsviten i franchiseavtal drivs uppåt för att ytterligare stryka under vikten av bibehållen sekretess.

6.6.11. Skyldigheter relaterade till immateriella rättigheter

I Servicemaster uttalade kommissionen att en skyldighet för franchisetagaren att meddela franchisegivaren eventuella förbättringar av franchisen han kommer på skapar ett fritt utbyte av information som förbättrar franchisenätets effektivitet.⁴³³ Ett sådant villkor, som innebär att franchisetagaren är skyldig att meddela franchisegivaren alla erfarenheter som vinnes vid användningen av franchisen och att meddela franchisegivaren och övriga franchisetagare icke-exklusiva licenser (en s k icke-exklusiv grantback-klausul), är också enligt art 3(2) b förenligt med franchiseundantaget. Även enligt det nya vertikala gruppundantaget är en sådan förpliktelse tillåten såsom generellt nödvändig för att skydda franchisegivarens immateriella rättigheter.⁴³⁴

Det kan hända att en franchisegivare vill utöka servicen eller införa en ny produkt i franchisen. Han kanske då, i alla fall till en början, endast licensierar den utökade servicen eller nya produkten till vissa franchisetagare. Ett visst informationsutbyte följer normalt av franchiseavtalens natur, men hur förhåller det sig med en skyldighet för *franchisegivaren* att meddela licenser på utvecklingar av franchisen till franchisetagarna? Franchiseundantaget innehåller ingen bestämmelse varken för eller emot sådana ”tvångslicenser”, och rättsläget är alltså i dagsläget oklart. Så vitt jag kan se finns däremot inga regler i det nya vertikala gruppundantaget som hindrar sådana villkor, och de måste alltså vara tillåtna enligt det nya vertikala gruppundantaget.

En förpliktelse för franchisetagaren att upplysa franchisegivaren om det sker intrång i hans immateriella rättigheter, eller att själv vidtaga rättsliga åtgärder mot sådant intrång eller biträda franchisegivaren i sådana rättsliga förfaranden är inte konkurrensbegränsande enligt franchiseundantaget art 3(2) c. Även här gäller samma bedömning enligt det nya vertikala gruppundantaget.⁴³⁵

Franchisetagaren får enligt franchiseundantaget art 5 f inte förbjudas att bestrida giltigheten av de immateriella rättigheter som ingår i franchisen. Detta inkräktar dock inte på franchisegivarens möjlighet att säga upp avtalet om så skulle ske.

I Computerland ingick en klausul i avtalet som innebar att franchisetagaren erkände giltigheten och värdet av, samt franchisegivarens äganderätt i, de licensierade varumärkena.⁴³⁶ Detta ansågs inte konkurrensbegränsande, men gjorde onekligen ett angrepp på franchisegivarens rättigheter mycket svårt. En sådan klausul kan alltså till en viss grad ändå skydda franchisegivarens licensierade rättigheter, utan att krocka med franchiseundantaget art 5 f.⁴³⁷

⁴³³ Servicemaster, punkt 14.

⁴³⁴ Riktlinjerna punkt 36 d.

⁴³⁵ Riktlinjerna punkt 36 e.

⁴³⁶ Computerland, punkt 5.

⁴³⁷ Korah sid 89 ö, jfr dock Mendelsohn sid 107 x. Mendelsohn anser att det finns en risk att en sådan klausul kan anses som ett förbud för franchisetagaren att bestrida giltigheten av de licensierade rättigheterna och att det därför finns en risk att franchiseavtalet hamnar utanför gruppundantaget. Han anser att det därför vore dumt att inkludera den, eftersom franchisegivaren är mycket bättre skyddad av att istället se till att hans rättigheter är välgrundade och väl skyddade före avtalets ingående.

Det kan även vara värt att inkludera know-how och annan assistans i franchisetagarens erkännande av dess värde, trots att den inte är en immaterialrätt i ordets rätta bemärkelse.⁴³⁸

Det nya vertikala gruppundantaget innehåller ingen motsvarande bestämmelse, och ett avtalsvillkor som förbjuder franchisetagaren att angripa franchisegivarens rättigheter synes alltså vara tillåtet så länge avtalet omfattas av gruppundantaget. Jag är däremot tveksam till dess tillåtlighet vid en individuell bedömning utanför gruppundantaget. Om de licensierade rättigheterna går att angripa så kan det innebära att man sätter en avtalspart i en konkurrens-mässigt sämre situation än någon annan som använder t ex ett varumärke utan licens. Den icke licensierade användaren kan nämligen i en process försvara sig genom att hävda att varumärket är ogiltigt, något som franchisetagaren om en sådan bestämmelse är tillåten inte kan göra utan att begå avtalsbrott.

6.6.12. Skyldigheter relaterade till franchisegivarens kommersiella metoder

Franchiseundantaget art 3(2) f tillåter skyldigheten för franchisetagaren att tillämpa franchisegivarens kommersiella metoder samt utvecklingar av dessa samt de av franchisegivaren licensierade immateriella rättigheterna. Franchisetagaren kan alltså vara i princip helt uppbounden för hur han skall sköta sin verksamhet, men han gick in i systemet medveten om detta.⁴³⁹

Bestämmelsen stammar från Pronuptia punkt 17 och 18. Sådan kontroll anses nödvändig för att franchisegivaren skall kunna bibehålla franchisenätets identitet och anseende, och anses inte konkurrensbegränsande. Kommissionen har uttryckligen bekräftat detta i flera av sina beslut,⁴⁴⁰ medan KKV nöjer sig med att konstatera att villkor med syfte att säkerställa franchisenätets identitet och anseende, liksom villkor för att skydda franchisegivarens know-how och immateriella rättigheter, inte anses konkurrensbegränsande.⁴⁴¹

Det nya vertikala gruppundantaget innehåller inga bestämmelser som skulle föranleda någon annan bedömning.

6.6.13. Skyldigheter relaterade till lokaler och annan utrustning

Samma argument som i avsnitt 6.6.12. ligger bakom de i franchiseundantaget tre följande artiklarna, 3(2) g - i.⁴⁴² Franchisegivaren kan kräva att franchisetagaren skall iaktta franchisegivarens normer för sin utrustning och utstyrseln av de i avtalet angivna lokalerna och/eller transportmedlen, se art 3(2) g.⁴⁴³ Samma bedömning måste gälla även under det nya vertikala gruppundantaget.

⁴³⁸ Korah sid 89 m. Know-how åtnjuter visserligen visst skydd genom lagen (1990:409) om skydd för företags-hemligheter, men det är tveksamt om man för den skull kan kalla den för en immaterialrätt. Med företagshemligheter avses enligt 1 § ”sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende”. Know-how och annan assistans som meddelas i ett franchiseförhållande faller utan tvekan under denna bestämmelse.

⁴³⁹ Korah sid 73 f, Larsson Remnelid sid 79 m.

⁴⁴⁰ Yves Rocher, punkt 40, Pronuptia, punkt 25 ii, Computerland, punkt 23 iii, Servicemaster, punkt 13.

⁴⁴¹ Se KKV:s beslut i bl a Hemglass och Björsells.

⁴⁴² Korah sid 74 m.

⁴⁴³ Enligt Korah, se sid 74 not 1, är det särskilda påpekandet om transportmedlen överflödigt då definitionen i franchiseundantaget art 1(3) e för de i avtalet angivna lokalerna omfattar även transportmedel.

Ett villkor som innebär att franchisetagaren åläggs att inte flytta lokalerna utan samtycke från franchisegivaren måste skiljas från förpliktelsen att inte utnyttja franchisen från annan plats än de avtalade lokalerna. Det senare anses konkurrensbegränsande, men är undantagen i franchiseundantagets art 2 c, medan den förra står på den vita listan bland de ovillkorliga klausulerna, art 3(2) i. I Pronuptia, punkt 19, sägs att en sådan klausul behövs för att skydda franchisenätets identitet och anseende, som klart påverkas av butikens läge. Inte heller för denna fråga innehåller det nya vertikala gruppundantaget några bestämmelser som påverkar bedömningen.

6.6.14. Franchisegivarens kontrollrätt

Franchisetagaren kan enligt franchiseundantaget art 3(2) h åläggas skyldigheten att låta franchisegivaren kontrollera lokalerna, varorna eller tjänsterna samt franchisetagarens lager och redovisning. Detta anses inte konkurrensbegränsande, så länge rätten inte missbrukas genom att franchisegivaren t ex straffar franchisetagaren för hans prissättning.⁴⁴⁴ Ingenting i det nya vertikala gruppundantaget synes påverka denna bedömning.

6.6.15. Överlåtelse av kontraktuella rättigheter och skyldigheter

Den sista klausulen på franchiseundantagets ovillkorliga vita lista är art 3(2) j. Denna artikel tillåter en skyldighet för franchisetagaren att inte utan franchisegivarens samtycke överlåta sina rättigheter och skyldigheter enligt franchiseavtalet. En sådan klausul är nödvändig för att hindra att franchisegivarens know-how och kommersiella assistans hamnar i konkurrenternas händer.⁴⁴⁵ Den är också generellt tillåten enligt det nya vertikala gruppundantagets riktlinjer.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ Servicemaster, punkt 19.

⁴⁴⁵ Se Servicemaster, punkt 12.

⁴⁴⁶ Riktlinjerna punkt 36 g.

6.6.17. Franchisetagarens oberoende ställning

Franchisetagaren måste enligt franchiseundantaget art 4 c ange sin ställning som självständigt företag, utan att detta för den skull behöver inkräkta på franchisenätets identitet. Detta kan ske t ex genom en väl synlig skylt i butiken, som i Computerland, eller på ett kort i skyltfönstret, på företagets brevpapper eller liknande och alltså inte nödvändigtvis längst fram i butiken.⁴⁴⁷

I franchiseundantagets preambel, punkt 12, sägs att en sådan upplysning ger konsumenterna bättre information och bidrar därmed till att ge konsumenterna en skälig andel av de fördelar som uppnås med franchisenätet. På vilket sätt konsumenterna skulle dra fördel av denna information sägs inte. Motiveringen är mycket tydligare i Computerland, där kommissionen förklarar att allmänheten tack vare informationen inte blir vilseledd vad gäller de verkliga ägandeförhållandena och ansvaret för den aktuella franchiseenheten.⁴⁴⁸

Något sådant krav finns inte uttryckt i det nya vertikala gruppundantaget, och kommer därför inte längre vara någon förutsättning för gruppundantagets tillämpning. Det är däremot av andra skäl viktigt att klargöra detta förhållande, se ovan avsnitt 6.2.4., och ett sådant krav kan knappast anses som konkurrensbegränsande ens i extrema fall.

6.6.18. Prisbestämmelser

Franchisegivaren får enligt franchiseundantaget art 5 e inte varken direkt eller indirekt ålägga franchisetagaren begränsningar vad gäller återförsäljningspriser för de varor eller tjänster som omfattas av franchisen. Rena prisrekommendationer är dock tillåtna, så länge de inte leder till något samordnat förfarande för att upprätthålla dem, jfr art 8 d och se franchiseundantagets preambel punkt 13, samt Servicemaster.⁴⁴⁹

Bestämmelsen ligger helt i linje med både kommissionens och KKV:s praxis till dags dato, och torde omfatta både minimipriser, maximipriser och absoluta priser.⁴⁵⁰ Maximipriser har dock beviljats undantag av KKV i RIMI och Duka, men inte av kommissionen. Maximipriser torde även vara tillåtna enligt det svenska gruppundantaget för kedjor i detaljhandeln, se ovan avsnitt 4.2.5. Då maximipriser inte anses skadliga för konsumenterna torde förbudet främst kunna förklaras av EG:s integrationsmål, då maximipriser kan medverka till att dela upp marknaden. Ett maximipris som införs för en återförsäljare i ett lågprisområde tar bort incitamentet för honom att försöka sälja till områden med högre priser, och därmed konkurrera med återförsäljarna där.⁴⁵¹

Det nya vertikala gruppundantaget innebär att förbudet lättas något, då art 3 a tillåter att franchisegivaren åläggs maximipriser utan att detta faller gruppundantaget. Förändringen är kanske inte så kontroversiell i sig, men den öppnar för en hårdare prisstyrning från franchisegivarens sida vad gäller just det högsta pris som franchisetagarna får ta ut. Bestämmelsen torde vara mest intressant för franchisenät med lågpriskoncept, som genom att sätta upp maximipriser för franchisetagarna ytterligare kan hävda detta koncept.

⁴⁴⁷ de Cockborne sid 103 n, högra kolumnen.

⁴⁴⁸ Computerland, punkt 24 iii.

⁴⁴⁹ Servicemaster, punkt 20. När endast prisrekommendationer förekommer anses det inte konkurrensbegränsande.

⁴⁵⁰ Korah sid 87 m, Larsson/Remnelid sid 88 m.

⁴⁵¹ Korah sid 87 m.

6.7. Några särskilda frågor

6.7.1. Huvudfranchiseavtal

Sannolikheten att ett huvudfranchiseavtal kan undantas enligt franchiseundantaget är enligt Korah låg, då de flesta sådana avtal är trepartskonstellationer, och franchiseundantaget endast gäller avtal där endast två företag är parter. En franchisetagare ingår nämligen oftast, förutom sitt avtal med huvudfranchisetagaren, ett avtal även med huvudfranchisegivaren i vilket han erkänner huvudfranchisegivarens immateriella rättigheter.⁴⁵² I ett sådant fall måste därför individuellt undantag sökas. Detta bottnar i att kommissionen enligt förordning 19/65 tidigare inte hade kompetens att förordna om gruppundantag för avtal med fler än två parter, se art 1.

Enligt Rådets förordning 1215/1999 av den 10 juni 1999 har detta nu som ett led i införandet av det nya vertikala gruppundantaget förändrats så att det för vertikala avtal är möjligt för kommissionen att även förordna om gruppundantag för flerpartsavtal, så länge parterna befinner sig på olika nivåer i distributionskedjan. Oftast torde en huvudfranchise-givare, en huvudfranchisetagare och en ”vanlig” franchisetagare finnas på olika nivåer, och därmed omfattas.

Eftersom definitionen på konkurrerande företag i franchiseundantaget såväl som det nya vertikala gruppundantaget inte är geografiskt begränsad kan det dock inte uteslutas att huvudfranchisetagaren och huvudfranchisegivaren kan anses som *konkurrenter*. I ett sådant fall utesluter franchiseundantaget art 5 a franchiseundantagets tillämplighet.⁴⁵³ Samma problem kvarstår i det nya vertikala gruppundantaget, då detta inte gäller för konkurrerande företag utom i vissa fall av ensidiga avtal, se ovan 5.4.2. Problemet är dock troligen större i teorin än i den praktiska verkligheten.

Franchiseundantaget art 2 b undantar en begränsning för en huvudfranchisetagare att sluta franchiseavtal med franchisetagare utanför hans avtalade område. Detta är inte en begränsning på återförsäljning, eller något annat villkor som rör parternas inköp, försäljning eller återförsäljning. Det är därför som jag ser det osäkert om sådana begränsningar mellan huvudfranchise-givaren och huvudfranchisetagaren omfattas av det nya vertikala gruppundantaget. Det är dock, med tanke på att franchiseundantaget medger undantag för en sådan bestämmelse, troligen inga problem att få ett individuellt undantag. Det finns så vitt jag vet däremot inte någon vägledande praxis på området.

6.7.2. Övergångsproblem

Övergångsregeln i det nya vertikala gruppundantaget art 12 innebär att franchiseavtal som omfattas av reglerna i franchiseundantaget och som är i kraft 2000-05-31 är giltiga enligt de nuvarande reglerna fram till 2001-12-31. Efter denna tidpunkt gäller det nya vertikala gruppundantaget även för dessa avtal.

Franchiseavtal ingås ofta på mycket lång tid. Fem år är ingen ovanlig avtalstid. Övergångstiden känns med denna bakgrund något kort, och kan leda till att flera franchiseavtal kan behöva omförhandlas i onödan, vilket är både dyrt och komplicerat.

Den korta övergångstiden leder även till svårigheter för en franchisegivare som skall ingå franchiseavtal i nuläget att avgöra vilka regler han skall anpassa sig efter. Å ena sidan är det nya

⁴⁵² Korah sid 44 m.

⁴⁵³ Korah sid 44 y.

vertikala gruppundantaget ännu inte i kraft, men en anpassning efter detta kan bespara honom mödan att omförhandla avtalen när övergångstiden är slut. Å andra sidan innebär reglerna om selektiv distribution i det nya vertikala gruppundantaget problem som franchisegivaren kanske vill undvika in i det längsta, vilket talar för att hålla sig till franchiseundantaget så länge det är möjligt. Något generellt ”rätt svar” för denna problematik kan inte ges, utan det får avgöras från fall till fall.

7. Slutsatser och sammanfattning

7.1. Slutsatser - allmänt om det nya vertikala gruppundantaget

Den övergripande slutsatsen av det nya vertikala gruppundantaget är att det löser de problem som belastar de nuvarande gruppundantagen, men tyvärr skapar det i gengäld andra problem istället.

Det nuvarande systemet har kritiserats främst för att gruppundantagen är allt för strikta och formalistiska, och närmast fungerar som en tvångströja, för att de är för snäva och endast omfattar vissa specifikt angivna avtal och för att de inte beaktar vilka effekter ett visst avtal faktiskt får på marknaden.⁴⁵⁴

Det nya vertikala gruppundantaget löser problemet med allt för snäva gruppundantag genom att alla vertikala avtal omfattas av samma gruppundantag. För att undvika att gruppundantaget blir för formalistiskt bygger gruppundantaget på svarta listor för vad som inte omfattas av gruppundantaget, snarare än vita listor för vad som omfattas. Slutligen innehåller gruppundantaget en marknadsandelsgräns för att knyta samman undantaget med företagens marknadsinflytande.⁴⁵⁵ Avtal mellan företag som inte når upp till detta tröskelvärde omfattas av gruppundantaget, medan avtal mellan företag som överskrider tröskelvärdet inte presumeras olagliga utan måste granskas individuellt.

Så långt allt väl. Så vitt jag kan se har kommissionen med denna metod lyckats lösa de problem som vidhäftar de nuvarande gruppundantagen.

Gruppundantaget innehåller flera bestämmelser som specifikt berör selektiv distribution. Dessa bestämmelser är svåra eller omöjliga att kombinera med andra vertikala begränsningar.⁴⁵⁶ På detta kommer det att gå en skiljelinje i gruppundantaget mellan avtal som innebär selektiv distribution och övriga vertikala avtal. Detta ger knappast intrycket av att all distribution behandlas lika, och leder till problem främst för franchiseavtal, se nedan avsnitt 7.2.

Gruppundantaget föreslås även omfatta vertikala avtal som ingås mellan en sammanlutning av återförsäljare som säljer till slutkonsumenter och dess leverantörer eller medlemmar.⁴⁵⁷ Kommissionen laborerar här med en slags ”vertikala horisontella” avtal. Bestämmelsen är från teoretisk synvinkel inte så lyckad, då den leder till en viss begreppsförbistring om vad som skall anses vara ett vertikalt respektive ett horisontellt avtal. Bestämmelsen ligger dock i linje med gruppundantagets syfte, d v s att behandla alla former av distribution på samma, eller i varje fall likartat, sätt.

Något som är mer av en observation än ett problem är att det verkar finnas en tendens hos kommissionen att hellre bedöma avtal enligt gruppundantaget än individuellt. I avsnitt 5.7.2. ovan konstaterades att agentavtal enligt riktlinjerna till det nya vertikala gruppundantaget sannolikt kommer att omfattas av EG-fördraget art 81(1) i högre grad än enligt nuvarande regler, och därmed vara i behov av gruppundantaget. På liknande sätt konstaterades i avsnitt 5.7.3. att kommissionen vid sin bedömning av ett avtal inte ser på frågan om avtalet alls är konkurrensbegränsande förrän *efter* det har konstaterats att gruppundantaget av någon orsak inte är tillämpligt. Anmärkningsvärt är här att den relativt komplicerade och många gånger osäkra bedömningen av relevant marknad och företagets andel härav i syfte att avgöra om

⁴⁵⁴ Se ovan avsnitt 3.2.3.

⁴⁵⁵ Se ovan avsnitt 3.3.1.

⁴⁵⁶ Se ovan bl a avsnitt 5.5.1. och 6.

⁴⁵⁷ Se ovan avsnitt 5.9.1.

tröskelvärde i gruppundantaget överskrider går *före* bedömningen om avtalet alls är konkurrensbegränsande. Därmed inte sagt att denna sista fråga alltid är så mycket enklare.

Den troligaste förklaringen till denna tendens är att kommissionen vill använda gruppundantaget som ett handfast verktyg för att avgöra vilka avtal som behöver granskas. Om gruppundantaget fångar upp avtalet finns det ingen anledning att ägna resurser åt att avgöra om avtalet egentligen *behöver* fångas upp av ett undantag. På detta sätt kan kommissionen spara resurser till de mer allvarliga överträdelserna, vilket måste vara en positiv utveckling.

Situationen ter sig ändå något märklig, då anmälningstvävet numera är avskaffat för vertikala avtal. Det är alltså företagen själva, och alltså inte som förut kommissionen, som skall avgöra om ett avtal är förenligt med konkurrensrätten. Möjligheten till retroaktiva undantag gör att kommissionen egentligen bara behöver bedöma anmälningar som kommit in med anledning av en tvist, och i framtiden skall kommissionen enligt vitboken inte ens bedöma dessa ärenden, då EG-fördraget art 81(3) föreslås göras direkt tillämplig i medlemsstaterna.⁴⁵⁸ Detta betyder att domstolen i den aktuella tvisten själv får kompetens att avgöra undantagsfrågan. Möjligen är kommissionens rädsla för en överbelastning av individuella bedömningar därför numera något missriktad.

7.2. **Slutsatser - franchiseavtal**

För franchiseavtal verkar gruppundantaget tyvärr snarare skapa än lösa problem.

Det huvudsakliga problemet för franchiseavtal under det nya vertikala gruppundantaget är den ovan nämnda indelningen i selektiv distribution och annan distribution. Franchiseavtal består oftast av en kombination av olika vertikala begränsningar, där inslag av selektiv distribution såväl som ensamåterförsäljning inom skyddade områden ofta ingår. Sådana kombinationer tillåts av franchiseundantaget, men inte i det nya vertikala gruppundantaget.⁴⁵⁹ Franchiseavtal som innehåller selektiv distribution riskerar därför att närmast bli en underavdelning till selektiv distribution. Det är mycket tveksamt om detta är speciellt lyckat, och indelningen kan komma att medföra problem främst för befintliga franchiseavtal.

Även införandet av marknadsandelsgränsen i det nya vertikala gruppundantaget måste anses vara en nackdel för franchiseavtalen, som tidigare inte haft några sådana begränsningar att ta hänsyn till.

Vad gäller de franchiseavtal som omfattas av gruppundantaget så kommer en del franchiseavtal som idag inte omfattas av franchiseundantaget klart att omfattas, medan andra som nu omfattas av franchiseundantaget riskerar att i framtiden inte omfattas.

Partihandelsfranchise och vissa enklare typer av franchiseavtal, tillhör de franchiseavtal som idag inte omfattas av franchiseundantaget men som kommer att omfattas av det nya vertikala gruppundantaget. Huvudfranchiseavtal och *rena* konceptsamarbeten som inte innefattar distribution av varor och tjänster omfattas idag av franchiseundantaget men riskerar att falla utanför det nya vertikala gruppundantaget. Det ter sig något märkligt av kommissionen att å ena sidan vilja bedöma allt fler avtal under gruppundantaget, men å andra sidan försvåra för avtal som idag klart omfattas av gruppundantag att falla in under det nya vertikala gruppundantaget. I detta sammanhang tål dock att upprepas att följderna av att ett avtal inte omfattas av gruppundantaget inte är att det presumeras olagligt, utan att det måste granskas individuellt, i första hand av företaget själv.

⁴⁵⁸ Se ovan avsnitt 2.5.6. om Vitboken.

⁴⁵⁹ Se ovan avsnitt 6.6.

Vad som gäller för produktionsfranchise är fortfarande en öppen fråga, men sannolikt kommer endast enklare former av produktionsfranchise där karaktären av återförsäljning dominerar att omfattas av det nya vertikala gruppundantaget.⁴⁶⁰

På grund av att övergångstiden i art 12 är relativt kort och många franchiseavtal löper på mycket lång tid kan reformen även riskera att tvinga fram en mängd onödiga och dyra omförhandlingar av redan befintliga avtal. Den korta övergångstiden gör det även svårt för en franchisegivare att veta vilka regler han skall anpassa sina avtal efter.

7.3. Sammanfattning

7.3.1. Sammanfattning

Denna uppsats har studerat utkastet till det nya vertikala gruppundantaget och jämfört det med det nuvarande gruppundantaget för franchiseavtal.

Efter ett inledande avsnitt om svensk och europeisk konkurrensrätt i allmänhet sammanfattas kommissionens Grönbok om vertikala begränsningar i gemenskapens konkurrenspolitik samt dess uppföljning. I grönboken konstateras att vertikala begränsningar inte i sig är skadliga eller positiva för konkurrensen, utan måste bedömas var för sig i sitt ekonomiska sammanhang. Det framförs en del kritik mot det nuvarande systemet med specifika gruppundantag för vissa avtalstyper. Dessa anses vara allt för snäva och formalistiska. Dessutom beaktar de inte ett avtals effekter på marknaden så som enligt den ekonomiska teorin bör ske.

För att råda bot på dessa problem föreslås i uppföljningen till grönboken de gamla gruppundantagen ersättas av ett nytt, mycket omfattande, vertikalt gruppundantag. Detta skall innehålla endast en svart lista med förbjudna avtalsvillkor, samt en marknadsandelsgrens för att även väga in företagets marknadsinflytande. Detta gruppundantag utgör en kompromiss mellan behovet av extensiv marknadsanalys i varje enskilt fall och företagets och kommissionens behov av ett billigt och rättssäkert verktyg för bedömningen av vertikala begränsningar.

Gruppundantaget omfattar alla former av distribution av varor eller tjänster utom för bilar, dvs ensamåterförsäljaravtal, exklusiva inköpsavtal, selektiv distribution och franchiseavtal. Dessutom omfattas under vissa förhållanden även ”vertikala avtal som ingås mellan en sammanslutning av återförsäljare som säljer till slutkonsumenter och dess medlemmar, eller mellan en sådan sammanslutning och dess leverantörer”. Huvuddragen i dessa distributionsformer beskrivs i avsnitt 4 ovan.

I avsnitt 5 kommenteras reglerna i utkastet till det nya vertikala gruppundantaget.

Gruppundantaget gäller för alla avtal mellan två eller flera parter på olika nivåer i distributionskedjan som reglerar villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av varor eller tjänster, dvs vertikala avtal. Det gäller även för ”vertikala avtal” mellan sammanslutningar av detaljister och deras leverantörer eller medlemmar, men inte för avtal mellan konkurrenter mer än i två särskilda fall. Vidare får avtalsparterna inte ha en andel av den relevanta marknaden som överstiger 30 % (inte inräknat en viss ”töjman”, se art 8).

Gruppundantaget innehåller två svarta listor, en med särskilt allvarliga begränsningar som utesluter hela gruppundantagets tillämpning och en med mindre allvarliga begränsningar som endast innebär att de uppräknade villkoren inte omfattas av gruppundantaget. Dessa villkor analyseras ovan i uppsatsen.

⁴⁶⁰ Se ovan avsnitt 6.5.3.

För de fall som ett avtal omfattas av gruppundantaget men ändå inte har sådana positiva nettoeffekter för konkurrensen kan kommissionen återkalla gruppundantaget för det avtalet. En medlemsstats konkurrensmyndighet kan under motsvarande förhållanden återkalla gruppundantaget för sitt eget territorium. Kommissionen kan även vid fall av stora parallella nätverk genom en särskild förordning förklara att vissa vertikala begränsningar inte omfattas av gruppundantaget för en viss marknad.

Avtal som inte omfattas av gruppundantaget presumeras inte vara olagliga, men måste granskas individuellt. Det är företagen själva som skall göra denna granskning, och de är numera befriade från anmälningsplikt. Om avtalet behöver anmälas, t ex p g a en tvist, så kan det numera beviljas undantag retroaktivt.

Gruppundantaget planeras träda i kraft 2000-06-01, och upphör att gälla 2010-06-01.

Franchising är i korthet ett sätt för ett företag att utan egna investeringar sprida ett framgångsrikt affärskoncept genom att upplåta rätten att använda konceptet till andra företag. Franchiseavtal består av olika kombinationer av vertikala begränsningar, och är inte i sig konkurrensbegränsande, utan måste enligt EG-domstolens dom i Pronuptia bedömas i sitt juridiska och ekonomiska sammanhang.

Franchiseavtal omfattas idag av ett eget gruppundantag. Uppsatsen analyserar den konkurrensrättsliga bedömningen av de vanligaste villkoren i franchiseavtal både enligt nu gällande regler och enligt utkastet till det nya vertikala gruppundantaget. Den största förändringen för dessa avtal under det nya vertikala gruppundantaget är att selektiva inslag inte kan kombineras med andra vertikala begränsningar som områdesskydd.

Vissa franchiseavtal som inte omfattades av franchiseundantaget, t ex vissa former av trade name franchising och partihandelsfranchise, kommer att omfattas av det nya vertikala gruppundantaget. Andra franchiseavtal som idag omfattas av franchiseundantaget riskerar däremot att inte omfattas av det nya vertikala gruppundantaget, främst huvudfranchiseavtal och vissa rena konceptsamarbeten.

Uppsatsens slutsats är att det nya vertikala gruppundantaget visserligen löser de nuvarande problemen, men skapar istället nya. För franchiseavtal är svårigheterna att kombinera selektiv distribution med andra vertikala begränsningar den tydligaste konsekvensen, och det troligen största problemet. Det är också en nackdel att franchiseavtal kommer att behöva anpassa sig efter en marknadsandelsgräns som inte finns i det nuvarande franchiseundantaget. Kommissionen verkar även vilja få in så många avtal som möjligt under gruppundantaget för att inte behöva granska dem individuellt.

7.3.2. Summary in English

This paper has studied the draft regulation and guidelines for the new vertical restraints block exemption and compared it to the present block exemption on franchise agreements.

After an opening chapter on Swedish and European competition law in general, focusing on the prohibition on agreements restraining competition, the commissions Green paper on vertical restraints in the Community competition policy and follow-up to the Green paper is summarized. The Green paper concludes that vertical restraints are not *per se* anti- or pro-competitive, but must be analysed in their legal and economic context. Some criticism is advanced toward the present system with specific block exemptions for certain types of agreements. These are considered all too narrow and formalistic. Also they do not take the actual effects on the market of an agreement into consideration as economic theory desires.

In order to cure these problems the follow-up to the Green paper proposes that the old block exemptions should be replaced with one new, largely encompassing, vertical restraints block exemption. This block exemption should be comprised of only a black list of prohibited clauses, and a market share threshold for the consideration of companies market influence. This block exemption is a compromise between the need of an extensive market analysis in every individual case and the need of companies and the Commission for a cheap and legally secure tool for the appraisal of vertical restraints.

The block exemption applies to all forms of distribution of goods or services except cars, i.e. exclusive distribution agreements, exclusive purchasing agreements, selective distribution and franchise agreements. Additionally, under certain circumstances it also applies to "vertical agreements entered into between an association of distributors selling to final consumers and its members, or between such an association and its suppliers". The main features of these forms of distribution are outlined in chapter 4 above.

Chapter 5 comments the provisions of the new draft block exemption regulation on vertical restraints.

The block exemption applies to all agreements between two or more parties on different levels in the chain of distribution which regulate the provisions under which the parties may purchase, sell or resell certain goods or services, hereafter referred to as "vertical agreements". It also applies to "vertical agreements" entered between associations of retailers and their members or suppliers, but not to agreements between competitors more than on two separate occasions. Additionally, the parties are not allowed to exceed a market share of 30 % of the relevant market (not including some elasticity in art 8).

The block exemption includes two black lists, one containing "hardcore" provisions that render the entire block exemption non-applicable and one containing less serious provisions that only prevent the block exemption from applying to the listed provisions. The specific provisions are analysed above.

In the particular cases where the block exemption applies to an agreement that does not have such positive net effects on competition that it merits an exemption the Commission can withdraw the block exemption for that specific agreement. The competent authority of a member state can under the same circumstances do the same for their own territory. The Commission may in cases of large parallel networks of similar agreements by a special regulation declare that the block exemption does not apply to certain vertical restraints on a certain market.

Agreements that the block exemption does not apply to are not presumed illegal, but must be examined on an individual basis. The companies themselves are required to do this examination and are now freed from their duty of notification. If the agreement should need notification, for example in case of litigation, it is now possible to exempt it retroactively.

The block exemption is scheduled to enter into force 2000-06-01, and expires 2010-06-01.

Franchising is in short a way for companies to, without own investments, spread a successful business concept by licensing the right to use the concept to other companies. Franchise agreements are comprised of different combinations of vertical restraints, and are not in themselves anticompetitive but must be appraised in their legal and economic context.

Franchise agreements today benefit from a specific block exemption. This paper analyses the legal appraisal, from the view of competition law, of the most common clauses in franchise agreements both according to the present regulation and according to the new vertical restraints block exemption draft regulation. The biggest change for franchise agreements under the new

vertical restraints block exemption is that elements of selective distribution can not be combined with other vertical restraints such as territorial protection.

Some franchise agreements that the present franchise agreement block exemption does not apply to, such as certain forms of trade name franchising and wholesale franchises, will be encompassed by the new vertical restraints block exemption. Other franchise agreements that the present regulation applies to are at risk of being excluded from the new vertical restraints block exemption, mainly master franchise agreements and some pure concept cooperations.

The conclusion of this paper is that the new vertical restraints block exemption on one hand solves the present problems, but on the other creates new ones. For franchise agreements the most apparent consequence, and probably the largest problem, is the difficulty to combine selective distribution with other vertical restraints. It is also a drawback that franchise agreements will be subject to a market share threshold that the present franchise agreements block exemption does not contain. The commission also seems intent to place as many agreements as possible under the block exemption in order to avoid the need for individual examination.

8. Källor och förkortningar

8.1. Offentligt tryck

8.1.1. Offentliga utredningar

SOU 1987:17 *Franchising - betänkande av franchiseutredningen*

SOU 1998:98 *Konkurrenslagens regler om företagskoncentration*

8.1.2. Propositioner

Proposition 1975/76:81 *med förslag om ändringar i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m m*

Proposition 1992/93:56 *Ny konkurrenslagstiftning*

Proposition 1998/99:144 *Regler om företagskoncentration*

8.1.3. Utskottsbetänkanden

Lagutskottets betänkande 1998/99:LU7 *Franchising*

8.1.4. Förordningsmotiv

Regeringens förordningsmotiv 1993:1, Förordningar om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20), Näringsdepartementet.

Regeringens förordningsmotiv 1996:1, Förordning om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för försäljnings- och serviceavtal för motorfordon, Näringsdepartementet.

Regeringens förordningsmotiv 1996:2, Förordning om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för ensamåterförsäljaravtal, Näringsdepartementet.

8.1.5. Meddelanden från Kommissionen

EGT 68/C 75/03, korrigerad av EGT 68/C 84/14, Kommissionens tillkännagivande om samarbete mellan företag.

KOM (1996) 721 slutlig, Grönbok om vertikala begränsningar i EG:s konkurrens politik, 22 januari 1997, citerat grönboken.

EGT 96/L 107/04, 96/280/EG Kommissionens rekommendation av den 3 april 1996 om definitionen på små och medelstora företag.

EGT 97/C 372/03 Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning.

EGT 97/C 372/04 Meddelande om avtal av mindre betydelse som inte omfattas av art 85(1) i fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen (de minimis), citerat de minimis-reglerna.

EGT 97/C 313/03 Meddelande från kommissionen om samarbete mellan kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter för handläggning av ärenden som omfattas av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget.

Meddelande från kommissionen om tillämpningen av EG:s konkurrensregler på vertikala begränsningar - Uppföljning av grönboken om vertikala begränsningar, 30 september 1998, citerat uppföljningen.

EGT 99/C 270/07 Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, citerat riktlinjerna.

8.1.6. Allmänna råd

Konkurrensverkets allmänna råd KKVFS 1993:7 om visst samarbete mellan företag som inte omfattas av förbudet i 6 § konkurrenslagen

Konkurrensverkets allmänna råd KKVFS 1999:1 om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 6 § konkurrenslagen

8.2. Doktrin

8.2.1. Litteratur

Axberg, Curt, *Franchising - en handbok*, upplaga 1:1, Liber-Hermods, Malmö 1993, citerat Axberg.

Axberg, Curt, Engström, Anders, Fernlund, Anders, Hemgren, Anders, Ottosson, Mats, *Franchising i praktiken*, Studentlitteratur, Lund 1999, citerat Axberg m fl

Axberg, Curt, Engström, Anders, Fernlund, Anders, Ottosson, Mats, Sohlberg, Stig, *Franchising i Sverige 1997*, Effectum Franchise Consulting och Svenska Franchiseföreningen, 1997, citerat Franchising i Sverige 1997.

Bellamy, Christopher, Child, Graham D., *Common market law of competition*, third edition, Sweet & Maxwell, London 1990, citerat Bellamy/Child.

Bernitz, Ulf, *Den nya konkurrenslagen*, andra upplagan, Juristförlaget, Stockholm 1993, citerat Bernitz.

Bladini, Filip, *Den konkurrensrättsliga argumentationen*, i Ånd og rett, Festskrift till Birger Stuevold Lassen, Universitetsforlaget, Oslo 1997, sid 155 - 172, citerat Bladini 2.

Braun, W. David, Rawlinsson, Francis, Ritter, Lennart, *EEC competition law, a practitioners guide*, första omtryckningen 1992, Kluwer law and taxation publishers, Deventer 1991, citerat Ritter.

Carlsson, Kenny, Söderlind, Erik, Ulriksson, Magnus, *Konkurrenslagen - en kommentar*, upplaga 1:1, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1999, citerat Carlsson m fl.

Ericsson, Eric, Karlsson, Johan, Rislund, Olle, Wetter, Carl, *Konkurrenslagen i praxis*, Juridik & Samhälle, Stockholm 1995, citerat Wetter m fl.

European Franchise Federation, *European franchise survey*, European Franchise Federation, augusti 1997, citerat European franchise survey.

Korah, Valentine, *An introductory guide to EC competition law and practice*, sixth edition, Hart publishing, Oxford 1997, citerat Korah LYB.

Korah, Valentine, Rothnie, Warwick A., *Exclusive distribution and the EEC competition rules regulations 1983/83 & 1984/83*, second edition, Sweet & Maxwell, London 1992, citerat Korah/Rothnie.

Korah, Valentine, *Franchising and the EEC competition rules regulation 4087/88*, ESC publishing limited, Oxford 1989, citerat Korah.

Larsson, Rolf, Remnelid, Pär, *Franchising ur ett konkurrensrättsligt perspektiv*, Juristförlaget, Stockholm 1996, citerat Larsson/Remnelid.

Mendelsohn, Martin, Harris, Bryan, *Franchising and the block exemption regulation*, Longman Law, Tax and Finance, London 1991, citerat Mendelsohn.

Steiner, Josephine, Woods, Lorna, *Textbook on EC law*, 6th edition, Blackstone Press, London 1998, citerat Steiner/Woods.

8.2.2. Artiklar

Bladini, Filip, *Den svenska konkurrensrätten - mål och inriktning*, SvJT 1995 sid 454 - 480, citerat Bladini.

Buigues, Pierre, Ilzkovitz, Fabienne, Jaquemin, Alexis, *Horizontal mergers and competition policy in the european community*, European economy nr 40 1989, citerat Buigues m fl.

de Cockborne, Jean-Eric, *After the new EEC franchising block exemption, which franchise agreements should still be notified?*, Journal of international franchising and distribution law mars 1989 sid 101 - 110, citerat de Cockborne.

Lehner, Stefan, Meiklejohn, Roderik, Vanhalewyn, Eric, *Competition and integration - community merger control policy*, European economy nr 57 1994, citerat Lehner m fl.

Sundberg, Anita, *Anmälan för undantag avskaffas, regeltillämpningen decentraliseras*, Konkurrens 3/1999 sid 14 - 16.

8.3. Rättsfall

8.3.1. EG-domstolen

Mål 56 & 58/64 Etablissements Consten SA and Grundig-Verkaufs GmbH v EEC Commission, [1966] ECR sid 299, citerat Consten/Grundig.

Mål 56/65 Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm, [1966] ECR sid 235, citerat Société Technique Minière.

Mål 14/68 Walt Wilhelm and others v Bundeskartellamt, [1969] ECR sid 1, citerat Walt Wilhelm.

Mål 5/69 Völk v Ets. Vervaecke Sprl, [1969] ECR sid 295, citerat Völk v Vervaecke.

Mål 41/69 ACF Chemiefarma v Commission, [1970] sid 661, citerat Quinine.

Mål 48, 49, 51-57/69 ICI (Imperial Chemical Industries Ltd) and others v Commission, [1972] ECR sid 619, citerat Dyestuffs.

Mål 6/72 Europemballage Corporation and Continental Can Co Inc v Commission, [1973] ECR sid 215, citerat Continental Can.

Mål 8/72 Vereeniging van Cementhandelaren v Commission, [1972] ECR sid 977, citerat Vereeniging van Cementhandelaren.

Mål 8/74 Procureur du roi v Dassonville, [1974] ECR sid 837, citerat Dassonville.

Mål 27/76 United Brands Co. and United Brands Continental BV v Commission, [1978] ECR sid 207, citerat United Brands.

Mål 85/76 Hoffman-La Roche & Co AG v Commission, [1978] ECR sid 461, citerat Hoffmann-La Roche.

Mål 253/78 & 1-3/79 Procureur de la République v Giry and Guérlain, [1980] ECR sid 483, citerat Guérlain.

Mål 100-103/80 Musique Diffusion Francaise v Commission, [1983] ECR sid 1825, citerat Pioneer.

Mål 170/83 Hydrotherm Gerätebau GmbH v Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas, [1984] ECR sid 2999, citerat Hydrotherm.

Mål 193/83 Windsurfing International inc. v Commission, [1986] ECR sid 611, citerat Windsurfing.

Mål 161/84 Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, [1986] ECR sid 353, citerat Pronuptia.

Mål 62/86 AKZO Chemie UK Ltd v Commission, [1991] ECR sid I-3359, citerat AKZO.

Mål C-234/89 Delimitis (Stergios) v Henninger Bräu, [1991] ECR sid I-935, citerat Delimitis.

Mål 70/93 Bayerische Motorenwerke AG and VAG v ALD Autoleasing D GmbH, [1995] ECR sid I-3459, citerat BMW v ALD.

Mål C-333/94P Tetra Pak International SA v EC Commission, [1996] ECR sid I-5951, citerat Tetra Pak II.

8.3.2. Första instansrätten

Mål T-24/90 Automec Srl v Commission, [1992] ECR sid II-2223, citerat Automec II.

8.3.3. Tingsrätter

Slutligt beslut nr ST 618 meddelat 19941125, mål nr T 559/94, Sundsvalls TR, citerat Lexicon.

8.4. Ärenden

8.4.1. Kommissionen

Beslut 78/253/EEG Campari, EGT nr L 70 13.3.1978, citerat Campari.

Beslut 87/14/EEG Yves Rocher, EGT nr L 8 10.1.1987, citerat Yves Rocher.

Beslut 87/17/EEG Pronuptia, EGT nr L 13 15.1.1987, citerat Pronuptia (com).

Beslut 87/407/EEG Computerland, EGT nr L 222 10.8.1987, citerat Computerland.

Beslut 86/604/EEG Servicemaster, EGT nr L 332 3.12.1988, citerat Servicemaster.

Beslut 89/94/EEG Charles Jourdan, EGT nr L 35 7.2.1989, citerat Charles Jourdan.

8.4.2. Konkurrensverket

Beslut nr 646/93, 24 januari 1994, citerat RIMI.

Beslut nr 866/93, 24 januari 1994, citerat Falcon.

Beslut 1765/93, 27 november 1997, citerat Hemglass.

Beslut nr 319/94, 9 maj 1994, citerat Solanum I.

Beslut nr 406/94, 19 december 1996, citerat Jede.

Beslut 443/94, 5 november 1995, citerat DHL.

Beslut nr 93/95, 28 februari 1995, citerat ICA Handlarnas.

Beslut nr 232/95, 23 augusti 1995, citerat Björsells.

Beslut nr 650/96, 11 september 1996, citerat Solanum II.

Beslut 1120/97, 30 april 1998, citerat Monark.

8.5. Förkortningar

art	Artikel
d v s	Det vill säga
ECR	European Court Reports
EG	Europeiska gemenskapen
EGT	Europeiska gemenskapens officiella tidning
EU	Europeiska unionen
f d	Före detta
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
KKV	Konkurrensverket
KommL	Lag (1914:45) om kommission
KL	Konkurrenslagen (1993:20)
MD	Marknadsdomstolen
m fl	Med flera
o s v	Och så vidare
p g a	På grund av
Prop	Proposition
resp	Respektive
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
t ex	Till exempel
TR	Tingsrätt

8.6. Hänvisningar till litteratur

ö	Överst på sidan
x	Mellan sidans mitt och sidans överkant
m	På sidans mitt
y	Mellan sidans mitt och sidans nederkant
n	Längst ned på sidan
f	Med följande sida (vid hänvisning till sida i litteratur)
ff	Med flera följande sidor (vid hänvisning till sida i litteratur)

9. Alfabetiskt sökordsregister

Sökordsregistret innehåller de flesta centrala begrepp som behandlas i uppsatsen. Om ett visst begrepp behandlas särskilt så markeras detta med en fetlagd sidnumrering. På andra platser där begreppet förekommer men inte behandlas särskilt är sidnumreringen normal. Hänvisning görs bara till de platser i texten där begreppet spelar någon materiell roll. Begreppet kan alltså förekomma även på andra platser i uppsatsen utan att just den specifika platsen markeras här.

A

Absolut områdesskydd... 15, 24, 25, 40, 45, 52, 70
 Accessoriska begränsningar **16**
 Agentavtal **45**, 87
 Aktiv försäljning 41, 52, 71, 72, 78
 Allokeringseffektivitet 8
 Ancillary restraints ... *Se* Accessoriska begränsningar
 Anknutna företag 31, 34, **35**, 37, 39, 53
 Avtalskriteriet 14, **15**, 30

B

Bagatellavtal 14, **16**, 45, 47
 Begränsat områdesskydd 31, 72
 Begränsning av återförsäljning **40**, 73
 Best efforts 79
 Bestämmande inflytande **36**, 39, 63
 Bilar *Se* Motorfordon
 Blankett K1 18
 Bruttopriser 15, 47
 Business format franchise 6, **57**, 58
 Böter **17**, 18

C

Comfort letter **18**, 25
 Concerted practices *Se* Samordnat förfarande

D

Dassonville-doktrinen **9**, 10
 De minimis **16**, 40
 Disclosurelagstiftningen 62
 Diskriminering av kunder 21
 Diskriminering av leverantörer 21
 Distributionsfranchise 64
 Distributionskedjan .. **12**, 27, 37, 41, 51, 63, 85, 89
 Distributionssystem 23, 28, 51, 52
 Dubbel tillverkning 38
 Dubbel återförsäljning 38

E

Effektiv konkurrens 8
 Ekonomisk effektivitet 9
 Ekonomisk enhet *Se* Principen om ekonomisk enhet
 Ekonomisk teori 24
 Ensamåterförsäljaravtal 20, 23, **28**, 36, 49, 55, 79, 89
 Exklusiv kundtilldelning 48
 Exklusiv leveransskyldighet **36**, 39, 51, 69
 Exklusiva inköpsavtal 20, 23, 29, 41, 49, 89
 Exklusiva områden 23, 41, 48, 72, 78

F

Formulär A/B 18
 Franchiseavgift 59
 Franchiseavtal 20, 23, 26, 57, **58**, 61, 63, 67, 68, 70, 88
 Franchiseenhet 5, 60, 84
 Franchisenät 53, 59, 64, 69
 Franchisesystem 5, 28, 31, 58, 75, 80
 Franchiseundantaget 6, 37, 42, 57, 58, 62, 63, 66, **67**, 68, 69, 85
 Franchising 25, 51, **57**, 58, 59, 63, 66, 90
 Fullständig konkurrens 8
 Förbud mot konkurrensbegränsande avtal 14
 Förbud vid vite 17
 Företag **11**
 Företagsförvärv **21**, 54
 Förhör **22**
 Förordning om icke-tillämplighet **44**
 Förutsättningar för undantag **17**

G

Garantier 31, 79
 Gentlemen's agreement **15**
 Good-will 60, 61
 Grantback-klausul **81**
 Gruppundantag 5, **19**, 25, 26, 34, 43, 57, 68, 87
 Grönboken 23, 89

H

Handelsagenter 13, 46
 hold-up-problem **50**
 Hold-up-problem 50
 Horisontell... **12**, 15, 24, 28, 32, 42, 47, 49, 53, 63
 Huvudfranchiseavtal **62**, 67, **85**, 88
 Hyresavtal 37

I

Icke-ingripandebesked 11, **19**, 25, 47, 65, 70, 75
 Icke-selektiva franchiseavtal **70**, 71, 77, 78
 Icke-selektiva franchisesystem 78
 Immunitet 18, 19
 Individuellt undantag *Se* Undantag
 Industriell franchise *Se* Produktionsfranchise
 Inköpsrestriktioner 73, **75**
 Inommarkeskonkurrens **12**, 24, 28, 48, 51
 Insatsvaror 41, 68, 73
 Integrationsmålet **9**, 10, 29, 84
 Intrång 60, 78, 82
 Invändningsförfarande **18**, 66, 76

J

Joint ventures..... 36

K

Kartell 9, 12, 24
 Kedjor i detaljhandeln..... 11, 20, 32, 53, 84
 Know-how..... 37, 42, 50, 58, 64, 67, 72, 80, 82
 Kombinationer av vertikala begränsningar..... 52, 90
 Kommersialiseringskedjan 12, 29, 63
 Kommissionär..... 13, 46
 Koncerner 13, 36
 Konkurrensbegränsande
 Effekt 16
 Syfte 15, 16
 Konkurrensbegränsningskriteriet 14, 15
 Konkurrensklausul 70, 75
 Konkurrensklausuler 16, 36, 42, 48, 49, 51, 59, 67,
 72, 74
 Konkurrensskadeavgift 17
 Konkurrenstest 15
 Konkurrerande företag 35, 38, 54, 78, 85
 Konkurrerande tjänster 42
 Konkurrerande varor .28, 29, 31, 42, 49, 51, 75, 77
 Kopplingsförbehåll..... 29, 31, 48
 Korsvisa leveranser..... 41, 77
 Kumulativa effekter..... 45, 52
 Kvalitativ märkbarhet 16
 Kvantitativ märkbarhet..... 16
 Kvantitetsbegränsningar 48, 50

L

Leasingavtal..... 37, 67
 Legal professional privilege 22

M

Manualer 60
 Marknadsandel 13, 21, 26, 32, 45
 Marknadsandelsgräns..... 13, 26, 34, 38, 54, 69, 87
 Marknadsföring 32, 41, 64, 80
 Marknadsinflytande 26, 48, 51, 87
 Marknadsintegration 23, 48
 Marknadsinträde 24
 Marknadsuppdelning 15
 Maximipris..... 32, 40, 84
 Meddelarskydd..... 81
 Mellanmärkeskonkurrens 12, 24, 48, 51
 Mellanprodukter 37, 51
 Mindre allvarliga begränsningar 89
 Minimikvantitet 29, 31
 Minimilager..... 79
 minimiomsättning 79
 Minimipriser..... 84
 Minimisortiment 79
 Missbruk av dominerande ställning 17, 21
 Motorfordon 5, 20, 23, 26, 30, 38, 89
 Myndighetsutövning 11
 märkbarhetskriteriet..... 16
 Märkbarhetskriteriet..... 14

N

Negative clearance Se Icke-ingripandebesked

O

Objektiva kvalitetskriterier..... 64, 75
 OEM-tillverkare 41
 Ogiltighet..... 17, 20
 Områdesskydd..... 49, 63, 64, 70, 78, 90
 Omsättningsgräns..... 34, 54

P

Parallelimport..... 29, 77
 Parallellt uppträdande..... 15
 Passiv försäljning..... 40, 41, 52, 71, 79
 Pilotverksamhet..... 59, 61
 Portfölj av varor..... 40
 Potentiella konkurrenter..... 12, 21, 35, 38
 Predatory pricing..... Se Underprissättning
 Principen om ekonomisk enhet 13, 45
 Prisbindning 24, 32, 40, 45, 46, 48
 Prisdiskriminering..... 49
 Prisrekommendation 40
 Prisrekommendationer..... 10, 53, 65, 84
 Produktionsfranchise..... 65, 67, 68, 89

R

Rekommenderat pris..... Se Prisrekommendation
 Relevant geografisk marknad..... 13
 Relevant marknad.... 13, 15, 21, 32, 43, 47, 69, 87
 Relevant Marknad 54
 Relevant produktmarknad 13
 Relevanta marknad 89
 Reservdelar 31, 41, 72, 75, 78
 Retroaktivt undantag..... 18, 26, 90
 Royalties..... 77

S

Samhandelskriteriet 10, 54
 Samhandeln 55, 65, 66
 Samhandels..... 11
 Samordnat förfarande 15, 84
 Se Snålskjutsproblem"
 Selektiv distribution 23, 26, 30, 36, 41, 48, 67, 70,
 86
 Selektiva franchiseavtal 70, 71, 73, 76, 78
 Sjunkna kostnader..... 24, 50, 52
 Skadestånd..... 17
 Skyddsobjekt 10
 Slutprodukter 37
 SME..... Se Små och medelstora företag
 Små och medelstora företag..... 8, 45
 Snålskjutsproblem..... 24, 29, 49
 Supportcentral 59, 60
 Svart lista..... 20, 26, 29, 31, 33, 34, 40, 42, 66, 89
 Särskilt allvarliga begränsningar 34, 40, 45, 47, 52,
 72, 89

T

Tillbehör 72, 75, 78
 Tillförseln till den svenska marknaden 32, 54
 Trade name franchising..... 57, 69, 90
 Tvångströjeeffekt..... 25, 26, 87

U

UFOC..... 62

Undantag.....	17 , 33, 46, 69, 77
Underprissättning.....	21
Undersökning på plats.....	22
Undertaking.....	Se Företag
Uppföljningen till Grönboken.....	23, 55, 89
Uppgiftsskyldighet.....	22
Utbildning.....	60, 80
Utestängningseffekter.....	43, 48, 51

V

Vertikal.....	12 , 16, 20, 23, 63, 68
Vertikala horisontella avtal.....	87
Vit lista.....	20, 28, 72, 77, 83
Vitboken.....	19 , 88

Å

Åläggande om information.....	22
Återförsäljningsbegränsning.....	Se Begränsning av återförsäljning
Återkallelse	
Territoriell.....	43
Återkallelse	
Generell.....	43

Ö

Övergångsregler.....	34, 52, 67
Överprissättning.....	21