

Juridiska institutionen

Examensarbete höstterminen 2011, 30 hp

Gränsen mellan aktiv och passiv försäljning

– en analys av konkurrensreglerna på marknaden för anläggningsmaskiner

Karin Wallman



Handledare: Filip Bladini
Examinator: Kristoffer Schollin

GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Innehållsförteckning

Summary.....	1
Förord.....	2
1 Inledning.....	3
2 Syfte.....	4
3 Tillvägagångssätt och avgränsningar.....	4
4 Metod och material.....	6
4.1 Metod.....	6
4.2 Material.....	8
5 Marknaden för anläggningsmaskiner.....	9
5.1 Marknadsbeskrivning.....	9
5.2 Avtalen på marknaden för anläggningsmaskiner.....	10
6 Konkurrensreglernas historik och syften.....	10
6.1 Självreglerande lagstiftning.....	10
6.2 Kommissionens syften med konkurrensreglerna.....	12
6.2.1 Ett ekonomiskt synsätt.....	12
6.2.2 Övergripande mål om marknadsintegration	13
7 Artikel 101 FEUF och dess tillämplighet på vertikala avtal.....	14
7.1 Tillämplighet av artikel 101 FEUF på vertikala avtal.....	14
7.2 Påföljder vid överträdelse av förbudet.....	14
7.3 Avtal som generellt inte omfattas av artikel 101 FEUF.....	15
7.4 Vertikala avtals negativa inverkan på konkurrensen.....	15
7.5 Vertikala avtals positiva inverkan på konkurrensen	17
8 Vanligt förekommande distributionssätt.....	18
8.1 Vertikal integration med helägda återförsäljare.....	19
8.2 Agentavtal.....	19
8.3 Ensamåterförsäljaravtal.....	20
8.4 Selektiv distribution.....	23
8.5 Single branding.....	23
8.6 Marknaden för anläggningsmaskiner.....	25
9 Gruppundantaget för vertikala avtal	26
9.1 Allmänt.....	26
9.2 Riktlinjer om vertikala begränsningar	26
9.3 Det vertikala gruppundantagets tillämpningsområde.....	27
9.3.1 Påverkan på handeln mellan två eller flera medlemsstater.....	27
9.3.2 Definitionen av ett vertikalt avtal.....	28
9.3.2.1 Förekommande tolkningssvårigheter på marknaden för anläggningsmaskiner.....	30
9.3.3 Relevant marknad och beräkning av marknadsandelar.....	30
9.3.3.1 Produktmarknaden för anläggningsmaskiner.....	32
9.3.3.2 Den geografiska marknaden för anläggningsmaskiner.....	33
9.4 Särskilt allvarliga begränsningar.....	34
9.4.1 Vilka begränsningar är särskilt allvarliga?.....	34
9.4.2 Kan särskilt allvarliga begränsningar vara tillåtna?.....	36
9.4.2.1 Märkbar effekt på handeln mellan medlemsstater.....	36
9.4.2.2 Effektivitetsfördelar.....	37
9.4.2.3 Enskilda fall av särskilt allvarliga begränsningar som kan falla utanför art 101.1 eller uppfylla art 101.3...38	
10 Att hindra den passiva försäljningen.....	39
10.1 Passiv försäljning i riktlinjerna.....	39
10.1.2 Marknaden för anläggningsmaskiner.....	40
10.1.3 Särskilt om internetförsäljning.....	41
10.1.3.1 Användningen av internet som distributionskanal på marknaden för anläggningsmaskiner.....	42
10.2 Passiv försäljning i doktrin och rättsvetenskapliga artiklar.....	42
10.3 Passiv försäljning i praxis.....	43
10.3.1 Marknaden för anläggningsmaskiner	49
11 Om gruppundantaget inte är tillämpligt.....	49
11.1 Artikel 101.3 FEUF.....	50
11.1.1 Förbättrar produktionen eller distributionen av varor eller främjar tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande.....	51
11.1.2 Begränsningarna ska vara nödvändiga.....	51
11.1.3 Skälig andel till konsumenterna.....	52
11.1.4 Konkurrensen får inte sättas ur spel.....	52
11.2 Återkallelse av gruppundantaget och förklaring att gruppundantagsförordningen inte är tillämplig	53
12 Marknadsanalys	54

13 Diskussion med slutsatser.....	56
14 Sammanfattning.....	59
Källor.....	61

Summary

The distinction between active and passive sales do not cause any problems in the theory, but reality shows the opposite. It is difficult to show that efforts to be seen constitutes a violation of the prohibition to actively sell outside an exclusive area, especially since the Commission in its practice has said that surveillance measures in themselves may constitute restrictions on passive sales. The analysis give that more detailed guidelines probably would not solve the problem but rather it is the objectives behind the rules and the application of them that causes confusion.

The new Guidelines on vertical agreements give the impression that the European Commission's approach to hardcore restrictions has changed. It says explicitly that they may be exempted in certain situations. On the other hand, the goals and the objectives of the rules are the same - the quest to reach an integrated market is still highly present. The restraints which go against that goal has not changed either, while it is clear that including resale price maintenance and territorial protection in an agreement directly prevents a single market. The clash between the single market imperative and 'the effects-based approach' is evident, and something the Commission needs to be more honest about.

One proposed solution in the essay is to design the rules so that 'absolute territorial protection' is prohibited instead of using the concept of active and passive sales, and to leave it open for companies to determine if their actions lead to this. The severity of limiting a dealers choice remains high, but such a design would probably increase the chances for suppliers to use their chosen distribution system efficiently, and to control that they are followed. With the current conceptual use suppliers at the market for construction equipment are not expressly forbidden to do so, but the scope is *de facto* limited. In any case, it should be made clear in the Guidelines for *de minimis* agreements that companies with small market shares may include hardcore restrictions in their agreements when they are not considered to restrict competition in a significant way. Uniform rules are essential to have adequate predictability.

The Commission's willingness to move closer to commercial reality has not been sufficiently reflected in practice. The impact of the 'economic approach' within practice since the 1990s when it was first introduced suggests that changes are slow. Critics argue that a continued *per se* prohibition of territorial restrictions is not the most efficient from an economic perspective, but it is perhaps the way the rules must be made to be able to realize the internal market. That the companies pay the price for this is clear.

Förord

Jag är glad att jag valde ett ämne som tillät mig att ha en praktiskt infallsvinkel. Det gjorde processen och arbetet mycket roligare. Det har också gett mig en erfarenhet av tillämpad juridik som är få juridikstudenter förunnat under studietiden.

Jag vill börja med att tacka Jan Svensson på Volvo Trucks som i ett inledande skede gav mig ett antal intressanta uppslag på uppsatsämnen. Därefter vill jag rikta ett särskilt tack till Henrik Wetter och Eugenio Osorio Florio på Volvo Construction Equipment som gett mig en god inblick i marknaden för anläggningsmaskiner och förklarat de praktiska problemen. Min handledare Filip Bladini ska också ha ett särskilt tack för guidningen och feedbacken i uppsatsskrivandet och de igenkännande orden ”det ska kännas svårt och jobbigt”.

Min familj, mina vänner och studiekamrater som tagit hand om mig och kommit med uppmuntrande ord under hela min studietid och under uppsatsskrivandet – jag är glad och stolt över att ha er i mitt liv.

Göteborg december 2011

Karin Wallman

1 Inledning

Distribution är en sektor som spelar en central roll för den europeiska ekonomin, inte bara för att det är en stor sektor med många anställda, utan också för att den har stor betydelse för andra sektorer. Nästan alla varor når slutkonsumenterna via en distributionskanal. Att det finns öppna distributionsmarknader där det råder konkurrens är därför av avgörande betydelse.

Konkurrensreglerna ger företagen stor frihet att välja vilka distributionsformer de föredrar eftersom avtalen skrivs mellan parter i olika led i distributionskedjan. Sådana vertikala avtal anses relativt ofarliga ur konkurrensrättslig synpunkt till skillnad från horisontella avtal som hanteras mycket mer restriktivt. Samtidigt står det klart att vissa beteenden som hindrar tillträde till marknader eller begränsar konkurrensen på annat sätt inte accepteras.

I april 2010 antog EU-kommissionen en ny förordning om vilka leverans- och distributionsavtal som undantas från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i artikel 101.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) utan en individuell prövning. Gruppundantagsförordningen för vertikala avtal och dess riktlinjer ger en inblick i kommissionens nuvarande ståndpunkt och kan vara ett effektivt verktyg vid identifiering och minimering av risker. Med få undantag undantar förordningen alla distributionsavtal som ingås mellan en leverantör och en återförsäljare som var och en inte har marknadsandelar på över 30 % och då avtalet ifråga inte innehåller några av de i förordningen uppräknade särskilt allvarliga begränsningarna av konkurrensen.

En sådan svartlistad begränsning av konkurrensen är att hindra en återförsäljares passiva försäljning i ett ensamåterförsäljaravtal. En sådan begränsning innebär att återförsäljaren inte kan sälja till kunder som inte tillhör hans exklusivt tilldelade försäljningsområde, ofta ett medlemsland, även om försäljningen sker på kundens initiativ. Detta leder så gott som alltid till en uppdelning av marknader genom att enskilda återförsäljare får absolut områdesskydd. Om en aktör har ett sådant absolut områdesskydd innebär det att kunderna inom det området inte kan välja att köpa samma produkter från andra länder där priserna kan vara lägre. De är helt utelämnade till återförsäljaren och dennes prissättning. Detta är mycket allvarligt då parallellhandel mellan medlemsstaterna är en viktig del i upprättandet av en inre europeisk marknad.

På marknaden för anläggningsmaskiner, där bland annat grävmaskiner och hjullastare tillverkas och distribueras, upplever leverantörerna i vissa situationer tolkningssvårigheter vad gäller gränsdragningen

mellan aktiv och passiv försäljning. I kommissionens riktlinjer till gruppundantaget för vertikala avtal ges en vägledning i hur olika begränsningar bedöms och där finns också en definition av vad som utgör passiv respektive aktiv försäljning, men begreppet problematiseras inte. Även om inställningen hos lagstiftaren är tydlig kvarstår därför frågetecknen om vilket beteende som ska anses innebära ett konkurrenshämmande beteende å ena sidan och vad som utgör en aktiv marknadsföringsåtgärd å andra sidan. Detta innebär att en leverantör inte vet om vissa formuleringar i avtalen eller vissa ageranden kan utgöra ett beteende som kommissionen anser begränsar konkurrensen och därför är otillåtna. Möjligen leder det till att leverantörerna tillämpar en striktare tolkning än vad som är nödvändigt. Får en leverantör samla in information om var maskinerna levereras? Utgör det en passiv åtgärd att åka över till en annan återförsäljares område och serva maskiner om denne samtidigt marknadsför sig med reklam på servicefordonet? Kan en återförsäljare låta sig intervjuas i en tidning som bara ges ut i en annan återförsäljares område? Även om kommissionen laborerar med osäkerhet för att företagen ska välja det säkraste alternativet får detta inte gå så långt att förutsebarheten går förlorad.

2 Syfte

Det övergripande syftet med uppsatsen är att utreda om reglerna är lämpligt utformade med hänsyn till vad lagstiftaren vill uppnå. Framför allt ska ifrågasättas om begrepps användningen av passiv och aktiv försäljning går att tillämpa i praktiken eller om en annan utformning av reglerna är att föredra. Fokus blir bestämmelsen 4 b i) i gruppundantaget, vilken handlar om exklusiv distribution och på vilket sätt en återförsäljare kan hindras att sälja utanför sitt område, eftersom det är det mest använda distributionssättet på marknaden för anläggningsmaskiner.

Mitt ämnesval initierades av att Volvo Construction Equipment (VCE) upplever konkurrensrättsliga tolkningssvårigheter på marknaden för anläggningsmaskiner, och därför utgår jag ifrån i min tes att reglerna skapar praktiska svårigheter. Jag tror att kommissionens syften med reglerna kolliderar med den ekonomiska verkligheten och att svaren på aktörernas frågor inte går att finna i riktlinjerna eftersom de inte ses som problem i teorin.

3 Tillvägagångssätt och avgränsningar

Med den begränsade tid och det omfång av regler som ryms i gruppundantaget för vertikala avtal har jag tvingats begränsa mitt arbete till vissa delar av regelverket. Jag gör inte anspråk på att redogöra för gruppundantagets alla bestämmelser och deras inverkan på hur företag kan konkurrera utan har valt

begreppen aktiv respektive passiv försäljning som mitt fokus. I min ansats att klargöra problematiken kring den valda utformningen av artikel 4 b i) har jag dock insett vikten av att regeln sätts in i sitt sammanhang. Därför inleds också uppsatsen med en beskrivning av den marknad på vilken analysen görs, för att sedan ge en förklaring av systematiken i konkurrensreglerna och deras bakgrund. Därefter kommer ett längre avsnitt om gruppundantaget och problematiken kring begreppen aktiv och passiv försäljning. Hur problematiken ser ut specifikt på marknaden för anläggningsmaskiner berörs löpande i texten, men sammanfattas också i marknadsanalysen.

För att få den nödvändiga verklighetsbasen i arbetet har jag under processen haft löpande kontakt med VCE. De har givit mig praktiska exempel på när reglerna är svårtillämpade och när riktlinjerna inte ger vägledning, vilket har varit avgörande för slutsatserna i mitt arbete. Den information som har framkommit vid dessa möten har integrerats med de deskriptiva delarna av arbetet för att göra det mer levande. Det gör det också tydligt att framställningen och analysen enbart gäller den specifika marknaden för anläggningsmaskiner. Uppmärksammas ska dock att hänvisningar till praxis omfattar andra marknader då antalet avgöranden på marknaden för anläggningsmaskiner är knappt, vilket vittnar om att de resonemang och slutsatser som mitt arbete leder fram till troligen har större räckvidd.

Jag har vidare inte haft ambitionen att fastställa den relevanta produktmarknaden och geografiska marknaden för anläggningsmaskiner. För att kunna avgöra vilka marknadsandelar varje aktör har krävs vidare god kunskap i ekonomisk teori och faktiska siffror, vilket jag inte anser ligga inom ramen för syftet med ett examensarbete i juridik. Eftersom praxis inte är omfattande går det heller inte att avgöra hur kommissionen skulle definiera den relevanta marknaden. Som senare kommer att framgå är inte heller sådana exakta siffror nödvändiga för ämnet i uppsatsen.

Vidare har en avgränsning gentemot artikel 102 FEUF om förbud mot missbruk av dominerande ställning gjorts. Artikel 101 och artikel 102 FEUF tillämpas självständigt från varandra och ett avtal som faller under artikel 101.1 men undantas enligt artikel 101.3 kan likväl anses vara ett missbruk av dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF. Det senare är osannolikt om en individuell prövning av avtalet gjorts, men om det undantagits genom ett gruppundantag åtnjuter det inte samma skydd. Denna problematik är komplicerad och ryms inte i den här uppsatsen, varför jag också valt att inte redogöra för bestämmelsen ens i kortare ordalag.

Till sist ska uppmärksammas att min framställning bara kommer att beröra konkurrensreglerna på EU-nivå. Kort kan sägas att EU-reglernas terminologi återkommer i den svenska Konkurrenslagen och att

de svenska lagrummen hänvisar till EU-förordningen om vertikala avtal. I den proposition som tagit upp vertikala konkurrensbegränsande avtal sägs också att kommissionens riktlinjer, även om de inte är bindande, ändå har betydelse för tolkningen av Konkurrenslagen.¹ Med grunden att de materiella reglerna är så lika hänvisas därför inte till de svenska lagrummen i texten. Det som skiljer de svenska reglerna från EU-reglerna åt är att det bakomliggande syfte om marknadsintegration som finns hos EU-reglerna inte återfinns i Konkurrenslagen. Att den svenska konkurrensmyndigheten och domstolarna trots detta troligen tillämpar liknande tolkning kommer att framgå i arbetet. Se också nedan under avsnitt 9.3.1 om kravet att handeln mellan medlemsstater måste påverkas för att EU-reglerna ska vara tillämpliga.

I arbetet används begreppen återförsäljare och distributör synonymt. Vid hänvisningar till praxis avses med mål såväl kommissionens beslut som avgöranden från Tribunalen och Europeiska Unionens domstol (EU-domstolen).

4 Metod och material

4.1 Metod

Min metod under arbetets gång kan inte sägas vara rent rättsdogmatisk, ett begrepp som blir alltför smalt.² Jag har utöver rättskällorna på området, bestående av EU-lagstiftning, praxis och doktrin, också funnit stöd i praktikers erfarenheter, icke bindande tillkännagivanden från EU-kommissionen samt rättsvetenskapliga artiklar ur tidskriften ECLR (European Competition Law Review) som är särskilt utformad att spegla utvecklingen av EU:s konkurrensregler. Ansatsen är mer lämplig att beskriva som rättsvetenskaplig, eftersom ett sådant begrepp medger en användning av en fri argumentation och material utöver rättskällorna i form av exempelvis empiri och teorier från andra discipliner.³ Trots att argumentationen ofta innefattar ekonomiteoretiska överväganden anser jag därför att mitt perspektiv är inomrättsligt, vilket utöver inordnandet under begreppet ”rättsvetenskapligt” också stöds av det faktum att samma överväganden går att finna i syftena bakom den lagstiftning jag analyserat. Min tanke med uppsatsen har varit att, med anledning av att praktiker uppmärksammat ett problem, analysera om reglerna uppfyller sina syften. Uppsatsen är därför problemorienterad, vilket förhoppningsvis blir tydligt med mina löpande hänvisningar till den aktuella marknaden i arbetet. Den problemorienterade ansatsen gör det vidare möjligt att ifrågasätta givna grundförutsättningar, såsom angivna syften för de europeiska konkurrensreglerna.

1 Prop. 2009/10:236, s 11.

2 Sandgren, C, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, s 36.

3 A a s 14.

Min valda teoretiska utgångspunkt föll sig ganska naturligt efter att jag satt mig in i ämnet. Riktlinjerna, som inte är en ”riktig” rättskälla är onekligen ändå de mest inflytelserika reglerna vad gäller tolkningen av begreppet passiv försäljning. Riktlinjerna är med ett annat begrepp så kallad ”*soft law*”. Lika naturligt var det att få med praktikers uttalanden. De var nödvändiga för att problemet skulle kunna identifieras och för mig att förstå marknaden. Den praxis jag analyserat utgörs också endast i litet omfång av auktoritativa prejudikat, men är i mina ögon oumbärliga för att kunna uttala sig om den troliga tolkningen från kommissionen och domstolarna i ett enskilt fall. Med detta sagt var ett rent rättsdogmatiskt angreppssätt egentligen aldrig aktuellt.

Mitt arbete har haft empiriska inslag. Det har dock inte varit fråga om en statistisk undersökning med syftet att nå ett representativt resultat, utan möten med ambitionen att få praktiska exempel på vilka tolkningssvårigheter som finns.⁴ De kunskaper jag fått därigenom speglas inte i direkta citat från aktörerna utan snarast i de slutsatser jag kommer fram till, vilket jag anser bidrar till att ge trovärdighet och en viktig verklighetsbas. Den branschspecifika information som framkommer i arbetet och där ingen hänvisning ges till praxis eller litteratur har framkommit vid VCE: s beskrivning av marknaden. Hur VCE upplever reglerna och konkurrenssituationen på marknaden kan sägas tjäna som ett stickprov som jag också menar kan ligga till grund för generella slutsatser. Omfånget av de empiriska uppgifterna är därför tillräckligt för att ge grund till argumentationen att det finns brister i reglernas utformande. Den kritik som framförts går vidare att finna i artiklarna i ECLR och i kommissionens utvärdering av tidigare reglering, vilket visar på dess underbyggnad.

Uppsatsen har ett leverantörsperspektiv eftersom det främst är leverantörerna som måste anpassa sina distributionssystem efter reglerna i gruppundantaget, däribland bestämmelsen om förbud mot begränsningar av passiv försäljning. Det ska dock påpekas att de praktiska exempel som förekommer i texten emanerar från klagomål bland återförsäljarna som via leverantören kommit mig tillhanda. Det är därför inte ett ensidigt eller partiskt arbete, eftersom det redogörs för såväl återförsäljares, leverantörers som myndigheters synsätt. Ambitionen var att också få uttalanden från Konkurrensverket som, så att säga, axlar kommissionens roll på den svenska marknaden. Eftersom jag fick till svar att svensk praxis vad gäller begreppet passiv försäljning saknas, ansåg jag det därefter inte fruktbart att gå vidare med fler frågor.

⁴ Sandgren, C, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, s 42.

4.2 Material

Mitt material har som ovan redan nämnts bestått av EU-lagstiftning, doktrin i allmän konkurrensrätt, doktrin specifikt om distributionsavtal och vertikala avtal på en EU-nivå samt artiklar från ECLR (European Competition Law Review). Jag har valt att arbeta med vad i mina ögon är det mest relevanta och kvalitativa materialet för mitt ämne. Jag inledde mitt arbete med att läsa mer övergripande litteratur om svensk konkurrensrätt och EU:s konkurrensregler, bland andra *Svensk konkurrensrätt* av Leif Gustafsson Jacob Westin och *Competition law* av Richard Whish. Av sådana typer av mer överblickande litteratur finns naturligtvis mer, men jag har valt att koncentrera mig på litteratur som särskilt berör vertikala avtal och distributionsavtal inom EU, varav den mest uppdaterade är *EU distribution law* av Joanna Goyder som berör reglerna i det skick de är nu. Det faktum att nya riktlinjer och förordningar nyligen införts gjorde att jag valde bort en del mindre uppdaterad litteratur. Den litteratur som är ett par år gammal som jag ändå använt har jag bedömt vara fortsatt relevant till största delen. Många formuleringar är desamma. Eftersom min studie också går ut på att se hur syftena med reglerna uppfylls är det relevant att gå lite längre tillbaka i tiden och jämföra med hur reglerna utformats innan.

De riktlinjer och tillkännagivanden som härstammar från kommissionen är inte bindande för medlemsstaterna och inte heller för kommissionen själv, varför de står utanför begreppet "EU-lagstiftning". De har alltså, vilket också påvisas i arbetet, ett stort inflytande på rättsläget vad gäller tolkningen av artikel 101 FEUF, såväl kommissionens egna som domstolarnas tolkningar. De utgör vad som brukar kallas *soft law* som får mer och mer utrymme i tolkningen av den europeiska rätten. Artiklarna i ECLR är också särskilt relevanta med tanke på det valda problemet. Tesen att användandet av begreppet passiv försäljning inte ses som ett teoretiskt men praktiskt problem kommer ifrån att begreppet lämnas lite utrymme i riktlinjer och doktrin men uppmärksammas i just sådana rättsvetenskapliga artiklar.

Vidare har hemsidan för Generaldirektoratet för konkurrens, som är den avdelning inom kommissionen som har huvudansvaret för den direkta konkurrenstillsynen, varit behjälplig i orienteringen av de relevanta reglerna. Konkurrensverkets hemsida har bistått med information på liknande sätt.

Det svåraste med materialsökningen var att göra en bra avvägning mellan hur stor plats kommissionens riktlinjer skulle få jämfört med beskrivningar i doktrin och artiklar. I min framställning av reglerna görs ofta hänvisningar till riktlinjerna då de åtminstone förenklat kan sägas utgöra gällande rätt, men i mer

analyserande och ifrågasättande avsnitt ges ibland en alternativ eller kritisk syn på vad kommissionens regler egentligen betyder för den rättsliga situationen hos aktörerna på den aktuella marknaden.

Jag har också allt eftersom arbetet fortlöpt insett att det jag vill belysa är ett mycket avgränsat tema. Det har ställt krav på mig att inte hamna i redogörelser som är alltför allmänna eller att fastna på nivån av att förklara FEUF eller att redovisa för gruppundantagets alla bestämmelser. Det tar fokus ifrån det ämne uppsatsen faktiskt är avsedd att ha. Min ambition har därför varit att minsta möjliga mån vara deskriptiv och i största mån ha ett analyserande perspektiv. Det i sin tur ställer vissa krav på läsaren. Jag har skrivit med tanken att läsaren har en viss förkunskap i juridik och konkurrensrätt, det vill säga verksamma jurister eller juridikstudenter. Med detta inte sagt att även andra praktiker som ställs inför de praktiska problemen, som en person anställd hos leverantören med ansvar för kontakten med återförsäljarna, ska kunna dra nytta av vad som sägs. Avvägningen har gjort att jag i viss mån valt att hänvisa till litteratur där man kan fördjupa sig i teman som bara beskrivs kortare i min framställning, vilket förhoppningsvis ger ett komplement och bidrar till förståelse.

5 Marknaden för anläggningsmaskiner

5.1 Marknadsbeskrivning

De största tillverkarna av anläggningsmaskiner är amerikanska Caterpillar och japanska Komatsu.⁵ Bland övriga konkurrenter märks VCE, Hitachi, Deere, JCB och CNH.⁶ De konkurrerar på världsmarknaden med starka varumärken, breda produktprogram och världsomspännande återförsäljar- och serviceorganisationer som består av helägda och självständiga återförsäljare. De har alla breda produktutbud men är var och en ofta ledande i någon specifik produkttyp. Vid sidan av de ledande aktörerna finns ett stort antal mer eller mindre lokala konkurrenter inom olika produktområden. De är oberoende så kallade *traders* eller handlare som handlar utanför leverantörernas egna distributionskanaler och gör det både med nya och gamla maskiner och ofta via internet. Till skillnad från de stora aktörerna tillverkar de inga maskiner. De kan konkurrera genom att utnyttja den efterfrågan hos kunderna om direkt och snabb leverans av enstaka maskiner som de stora företagen inte kan tillfredsställa. De köper och säljer maskiner från en återförsäljare i ett land och säljer vidare maskinen till ett annat land där behovet finns, ett typexempel på hur parallellhandel fungerar. De oberoende handlarna kan konkurrera med de större företagen eftersom de inte har kostnader för

⁵ Redeye, SSAB: Stark rapport väntas, 2010-04-28 (2011-10-15), <http://www.redeye.se/bolag/ssab/analys/userreport/ssab-stark-rapport-vantas>

⁶ CNH är resultatet av fusionen mellan New Holland N.V. och Case Co., vilken bedömdes av kommissionen i ärende IV/M.1571- New Holland/Case, [2000] OJ C130, s 0011 och nämns i arbetet.

garantiavsättningar och lägre kostnader över huvud taget. Dessutom har de möjligheten att, till skillnad från de bundna återförsäljarna, gå in på vilken nationell marknad som helst och aktivt söka kunder. Leverantörernas återförsäljare erbjuder istället en helhetslösning med service och underhåll, garanti, finansiering, värdering av restvärden – alla faktorer som är viktiga för uppbyggandet av *good-will*.

Slutkunderna på marknaden är till största delen större byggföretag, i Sverige aktörer som Skanska och NCC.⁷ Maskinerna används vid framför allt vägbyggen och i tung och energirelaterad industri. Något som särskiljer köpbeteendet på marknaden för anläggningsmaskiner är att kunderna efterfrågar och köper ett större antal olika maskiner samtidigt. Försäljningen sker alltså inte produktvis utan i grupper för att förstärka maskinparkerna hos slutanvändarna.

5.2 Avtalen på marknaden för anläggningsmaskiner

Det är vanligt bland de större aktörerna på marknaden för anläggningsmaskiner att dela upp sin distribution i Europa i exklusiva områden. Ofta utgörs ett område av ett land, men större länder som Tyskland och Frankrike kan delas upp i flera områden. Det finns både av leverantörerna helägda återförsäljare och självständiga återförsäljare bundna till distributionssystemen.⁸ Exklusiviteten innebär att de har ensamrätt på att sälja ett visst märke av en maskin inom det område de tilldelats medan leverantören åtar sig att inte utse en annan distributör inom samma distrikt. Återförsäljarna kan dock få utse andrahandsåterförsäljare (så kallade *subdealers*) med avtal om samma villkor som gäller mellan dem och leverantören. I avtalen kan utgå ifrån att aktiv och passiv försäljning definieras på snarast identiskt sätt som i riktlinjerna för vertikala avtal.⁹ Vanligen avtalas det också om *single branding*, det vill säga att återförsäljaren är skyldig eller förmås att köpa in produkterna från leverantören och inte ska handla med konkurrerande märken.¹⁰ Det kan avtalas att återförsäljaren ska köpa alla produkter från leverantören under en utsatt tid och därefter en viss del eller ställas krav på en viss minimikvantitet. Kombinationen av exklusivitet och *single branding* gör att återförsäljaren i de flesta fall bara handlar med leverantören.

6 Konkurrensreglernas historik och syften

6.1 Självreglerande lagstiftning

1965 öppnade kommissionen genom förordning 19/65 för första gången upp för möjligheten att

⁷ Volvo Group, Quick facts about Volvo CE, (2011-10-24),

http://www.volvoce.com/constructionequipment/corporate/en-gb/AboutUs/quick_facts/Pages/quick_facts.aspx

⁸ Caterpillar, Översikt över samverkan, (2011-10-24), <http://sverige.cat.com/cda/layout?m=93323&x=14>

⁹ Se nedan under 10.1.

¹⁰ Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 129.

genom en förordning förklara artikel [101.1 FEUF] icke tillämplig på vissa grupper avtal och samordnade förfaranden som anses uppfylla villkoren i artikel [101.3].¹¹ Innan införandet var företagen tvungna att anmäla varje enskilt avtal till kommissionen för en individuell prövning och ett eventuellt undantag från förbudet, vilket resulterade i ett stort antal anmälningar och mycket administrativt arbete för institutionen.¹² Det nya systemet innebar en direkt tillämpbarhet av artikel [101] utan föregående beslut av kommissionen.¹³ Separata undantag för ensamåterförsäljaravtal, exklusiva inköpsavtal och franchiseavtal infördes.¹⁴

En negativ konsekvens av de första gruppundantagen var att de ansågs styrande och kunde få en reglerande effekt på marknaden eftersom de var detaljrika och måste följas precis för att vara gällande. Kommissionen tog kritiken till sig och har uttalat att speciellt vad gäller gruppundantaget för vertikala avtal, som 1999 ersatte de tidigare separata undantagen, ska reglerna vara målinriktade snarare än detaljstyrande.¹⁵

Tillämpbarheten av gruppundantagen är beroende av ett tröskelvärde på marknadsandelar, vilket kan anses medföra en viss osäkerhet för företagen. Huruvida ett avtal ska anses otillåtet eller inte beror i mångt och mycket på hur den relevanta marknaden definieras, en undersökning som ofta förblir ofullständig eftersom det kan anses omotiverat att lägga ner den tid och de resurser som krävs. Vidare kan marknadsandelen fluktuera över avtalstiden och leda till att avtalet som blivit undantaget plötsligt är otillåtet.¹⁶ Slutligen, även om det sällan utnyttjats, har kommissionen och konkurrensmyndigheterna i medlemsländerna rätt att dra tillbaka tillåtligheten av ett avtal som ligger inom gruppundantagets gränser för att det ändå anses ha konkurrensbegränsande effekter.¹⁷

När ett avtal faller under undantaget hjälper det å andra sidan att lindra oro hos osäkra handelspartners. Det gör också att eventuella utredningar från kommissionen eller konkurrensmyndigheter snabbt kan avslutas utan att kräva detaljerade konkurrensfrämjande argument. Det avskräcker också från att ta tvister till domstol. Varje riskbedömning av ett föreslaget vertikalt avtal bör därför inkludera ett

11 Rådets förordning (EEG) nr 19/65 av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden. Se också Korah, V, *An introductory guide to EC competition law and practice*, s 97.

12 Korah, V och O'Sullivan, D, *Distribution agreements under the EC competition rules*, s 114.

13 Wijckmans, F, Tuytschaever, F och Vanderelst, A, *Vertical agreements in EC competition law*, s 11. För en mer detaljerad beskrivning av den historiska utvecklingen hänvisas till Korah, V och O'Sullivan, D, *Distribution agreements under the EC competition rules*, s 114-121.

14 Korah, V och O'Sullivan, D, *Distribution agreements under the EC competition rules*, s 116.

15 Gustafsson, L och Westin, J, *Svensk konkurrensrätt*, s 73.

16 De Stefano, G, *The new EU vertical restraints regulation: Navigating the vast seas beyond safe harbours and hardcore restrictions*, ECLR 2010, s 487.

17 Artikel 29 i Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

bestämmande av huruvida gruppundantaget är tillämpligt eller inte.¹⁸

6.2 Kommissionens syften med konkurrensreglerna

Historiskt sett har inte bara begränsningar av produkter för att höja priserna till nackdel för konsumenterna legat i fokus för kommissionen. Speciellt i början ansågs också konkurrensreglerna vara ett viktigt medel i säkerställandet av principen om fri rörlighet. EU-institutionerna var negativt inställda till alla begränsningar av handel mellan medlemsstaterna och också vertikala avtal ansågs vara ett stort hot mot konkurrensen.¹⁹ Även om lagstiftningen och genomförandepolitiken på senare år har fokuserat mer på ekonomisk analys av konsumentnytta och verklig marknadseffekt fortsätter det så kallade *single market imperative* att utöva inflytande.²⁰

6.2.1 Ett ekonomiskt synsätt

En utvärdering av systemet med gruppundantag gjorde 1994 i en så kallad Grönbok, en utredning som innehöll många idéer som inte funnits med förut. Bland annat fick ekonomiska överväganden stort inflytande.²¹ Kommissionen sa för första gången att vertikala begränsningar är mindre allvarliga än horisontella och att vertikala begränsningar trots sina konkurrensbegränsande effekter ofta löser problem på marknaden. I uppföljningen till Grönboken²² kritiserade man tidigare gruppundantag för att inte ta verklig marknadsmakt i beaktande och påstod att man numera skulle ha ett mer ekonomiskt angreppssätt. Begränsningar som ledde till prisbindning och absolut områdesskydd svartlistades.²³

Principerna infördes bland annat i förordning 2790/99, vilken är föregångaren till det nu gällande gruppundantaget 330/2010.²⁴ Där stod det uttryckligen att kommissionen vid sin bedömning av enskilda ärenden ska "använda en ekonomisk metod" när den tillämpar artikel 101 på vertikala begränsningar.²⁵ Även om formuleringen har tagits bort i den nya förordningen och kommissionen fortfarande inte förklarat vad som menas med ett mer ekonomiskt synsätt är man i doktrin överens om att EU:s konkurrenspolicy numera har ett väl etablerat fokus på de ekonomiska effekterna av avtalen.²⁶

18 De Stefano, G, The new EU vertical restraints regulation: Navigating the vast seas beyond safe harbours and hardcore restrictions, ECLR 2010, s 487.

19 Korah, V och O'Sullivan, D, Distribution agreements under the EC competition rules, s 16.

20 Goyder, J, EU distribution law, s 21 och de förenade målen C-501/06 P, C-513/06 P och C-519/06 P GlaxoSmithKline Services unlimited, tidigare Glaxo Wellcome plc mot Europeiska kommissionen, [2010] 4 CMLR 50 under p 61.

21 Grönbok om vertikala begränsningar i EG: s konkurrenspolitik KOM(96) 721.

22 Draft communication on the application of the EC Competition rules to vertical restraints - Follow-up to the Green Paper on Vertical restraints, [1998] OJ C365/3. Se Korah, V och O'Sullivan, D, Distribution agreements under the EC competition rules, s 117.

23 Korah, V och O'Sullivan, D, Distribution agreements under the EC competition rules, s 117.

24 Kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden.

25 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2000/C291/01, p 102.

26 Kellerbauer, M, The Commission's new enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies'

Det innebär ett allt större användande och inflytande av ekonomisk teori och analys i argumenten för och emot ett avtal som innehåller vertikala begränsningar. Det är konsumenters välfärd som lyfts fram som anledningen till att konkurrensen måste skyddas, inte i första hand hur företagen på marknaden påverkas av begränsningarna.²⁷ Det står uttryckligen i de nu gällande riktlinjerna att ”syftet med artikel 101 är att företag inte ska använda sig av avtal för att begränsa konkurrensen till nackdel för konsumenterna”.²⁸

6.2.2 Övergripande mål om marknadsintegration

Utöver reglernas mer uppenbara uppgift att reglera företagens agerande på marknaden för att värna om konkurrensen till förmån för konsumenterna kan strävan att skapa en integrerad marknad fortfarande sägas vara det viktigaste underliggande politiska målet.²⁹ Skapandet av en enhetlig marknad är sedan länge ett av huvudmålen för Europeiska unionens konkurrenspolitik.

Kommissionen menar att den inre marknaden ger företag i EU möjlighet att ta sig in på nya marknader som tidigare varit stängda för dem på grund av hinder på nationell nivå. Att tränga in på nya marknader är en riskfylld process som kräver tid och investeringar, en process som ofta underlättas av avtal mellan lokala återförsäljare och producenter som önskar ta sig in på en ny marknad. En effektiv distribution med lämpligt stöd före och efter försäljning är ett led i den konkurrensprocess som gynnar konsumenterna.³⁰ EU värnar om möjligheterna till parallellhandel, det vill säga import och export av varor och tjänster som sker utanför redan etablerade leverans- och distributionssystem, eftersom ett sådant handelsflöde anses bidra till att stärka konkurrensen på olika produktmarknader och på lång sikt leder till att utjämna prisnivåskillnader mellan olika geografiska områden inom EU.³¹ De prisskillnader som fortfarande råder mellan medlemsstaterna stimulerar företagen att ta sig in på nya marknader. På grund av den starka anknytningen till marknadsintegration, som kan vara positiv eller negativ, har de vertikala begränsningarna haft särskilt stor betydelse för unionens konkurrenspolitik.

Fri rörlighet av varor är dock inte tillräckligt för att skapa en fungerande inre marknad. Om alla hinder för gränsöverskridande handel är borta men reglerna för medlemsstaterna ser olika ut kommer

exclusionary conduct: A shift towards a more economic approach?, ECLR 2010, s 176 och Goyder, J, EU distribution law, s 73.

27 Korah, V och O'Sullivan, D, Distribution agreements under the EC competition rules, s 17.

28 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 7.

29 Bland andra Gustafsson, L och Westin, J, Svensk konkurrensrätt, s 20 och Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 7.

30 Grönbok om vertikala begränsningar i EG: s konkurrenspolitik KOM(96) 721, s i.

31 Konkurrensverket, Frågor och svar, (2011-11-02) <http://www.kkv.se/t/Page.aspx?id=2114#parallellhandel%20inom%20eu>

produktionen styras över dit de mest generösa förutsättningarna finns och resultera i arbetslöshet i andra delar av EU. Man har identifierat att gemensamma regler, bland andra gemensamma konkurrensregler, krävs för att förverkliga en inre marknad.³²

7 Artikel 101 FEUF och dess tillämplighet på vertikala avtal

7.1 Tillämplighet av artikel 101 FEUF på vertikala avtal

I artikel 101.1 FEUF förbjuds ”alla avtal mellan företag och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden, särskilt sådana som innebär att försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs och att marknader eller inköpskällor delas upp.”³³

Bestämmelsen omfattar även vertikala avtal.³⁴ Även om ett avtal initialt faller under förbudet finns en möjlighet till undantag i artikel 101.3 FEUF om det ger fördelar som väger upp de konkurrenshämmande effekterna. Ett vertikalt avtal som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den därigenom uppnådda vinsten undantas förbudet. Begränsningarna måste dessutom vara nödvändiga för att uppnå målet och konkurrensen får inte sättas ur spel för en väsentlig del av varorna.³⁵ Om avtalet faller under gruppundantaget för vertikala avtal anses ovanstående villkor uppfylla utan en individuell prövning.³⁶

7.2 Påföljder vid överträdelse av förbudet

Avtal som är förbjudna enligt artikel 101.1 FEUF är ogiltiga (artikel 101.2 FEUF). Artikel 23 i förordning nr 1/2003 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget³⁷ stadgar vidare att kommissionen får ålägga företag som uppsåtligen överträder artikel [101] eller [102] FEUF böter. För varje företag som deltagit i överträdelsen får böterna inte överstiga 10 % av den

32 Grönbok om vertikala begränsningar i EG: s konkurrensolitik KOM(96) 721, s i.

33 För en fullständig redogörelse av rekvisiten i artikel 101, se bland andra Whish, R, Competition law, s 81-147 och Goyder, J, EU distribution law, s 22-38.

34 Fastslogs för första gången i förenade målen 56 och 58/64 Consten & Grundig mot Europeiska gemenskapernas kommission, [1966] ECR, s 339-40 och mål 56/65 Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm, [1966] ECR, s 235. Se också Wijckmans, F, Tuytschaever, F och Vanderelst, A, Vertical agreements in EC competition law, s 63.

35 Jag redogör för rekvisiten nedan under avsnitt 11.1.

36 Artikel 2 i Kommissionens förordning nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av avtal och samordnade förfaranden.

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

sammanlagda omsättningen.³⁸ Hänsyn tas till både hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått.

7.3 Avtal som generellt inte omfattas av artikel 101 FEUF

Gruppundantagsförordningen är bara tillämplig på avtal som omfattas av artikel 101.³⁹

Avtal som inte kan påverka handeln mellan medlemsstater märkbart eller som inte har till syfte eller effekt att begränsa konkurrensen omfattas inte av artikel 101.1 FEUF. Avtal mellan små och mindre företag och avtal av mindre betydelse anses inte ha en märkbar effekt på konkurrensen och undantas från artikel 101 (s.k. *de minimis*-avtal). Avtal mellan konkurrerande företag som inte har en marknadsandel som överstiger 10 % och avtal mellan icke-koncurrerande företag som inte har en större marknadsandel är 15 % faller därför utanför artikel 101.⁴⁰

Agentavtal faller också som huvudregel utanför artikel 101. En agent som inte bär någon eller en obetydlig risk i fråga om de avtal som ingås å huvudmannens vägnar anses istället vara en del av huvudmannens verksamhet, varför ett mellan två separata företag inte kan sägas föreligga. Den gränsdragningsproblematik som finns mellan äkta och oäkta agentavtal förklaras närmre under avsnittet om agentavtal i 8.2.⁴¹

En tredje avtalstyp som faller utanför artikel 101 är underleverantörsavtal. Ett sådant avtal föreligger när en uppdragsgivare tillhandahåller teknik eller utrustning till en underleverantör som åtar sig att producera vissa produkter för uppdragsgivarens räkning. Sådana avtal omfattas istället av kommissionens tillkännagivande av den 18 december 1978 om bedömningen av vissa underleverantörsavtal med hänsyn till 85.1 i EEG-fördraget. Begränsningar om att underleverantören inte får bedriva egen forskning eller förbjuds att producera för någon annan kan dock falla under artikel 101.⁴²

7.4 Vertikala avtals negativa inverkan på konkurrensen

Vertikala begränsningar kan ofta leda till effektivitetsvinster. Först om det brister i konkurrensen och det finns en viss grad av marknadsstyrka i leverantörs- eller köparledet eller i båda leden finns det

38 Summorna brukar vara omfattande, i vissa fall upp till 40 miljoner euro. Se Dethmers, F och Posthuma de Boer, P, Ten years on: Vertical agreements under article 81, ECLR 2009, s 428.

39 Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010/C 130/01, p 8.

40 Se närmre i Kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (*de minimis*).

41 Se också närmre i Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 13 och Wijckmans, F, Tuytschaever, F och Vanderelst, A, Vertical agreements in EC competition law, s 229.

42 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 22.

anledning att ingripa.⁴³ Relationen mellan leverantör och distributör präglas av sin dubbelsidiga karaktär; leverantören åtnjuter fördelar av att återförsäljaren säljer många maskiner och återförsäljaren tjänar på att det går bra för leverantören eftersom det kan återspeglas i lägre priser och bättre erbjudanden. Till skillnad från relationen mellan konkurrenter där den enes död är den andres bröd blir konsekvenserna av ett samarbete positiva för båda parter och i slutändan också konsumenterna. Vissa ekonomer har gått så långt som att hävda att vertikala begränsningar inte skulle användas om de inte medförde effektivitetsvinster, men nu tycks det finnas en konsensus om att syftet ibland enbart kan vara att begränsa konkurrensen.⁴⁴

De negativa effekter som kommissionen identifierat kan komma av vertikala begränsningar är

- utestängning av andra leverantörer eller köpare genom att hinder sätts upp för inträde eller utvidgning,
- att konkurrensen mjukas upp mellan leverantörer och att konkurrensen mellan varumärken därför minskar (s.k. *inter-brand competition*),
- att konkurrensen mellan återförsäljarna minskar och att konkurrensen om ett varumärke därför minskar (s.k. *intra-brand competition*), samt
- att hinder ställs upp för marknadsintegration och att det leder till att konsumenter inte kan köpa varor eller tjänster i vilken medlemsstat de vill

Påverkan på konsumenterna står i fokus, och en uppmjukning av konkurrensen kan leda till höjda priser, sämre utbud och kvalitet och minskad produktinnovation.⁴⁵

På en marknad där enskilda återförsäljare säljer en enda leverantörs varumärke eller varumärken leder en minskning av konkurrensen mellan återförsäljare av samma varumärke till en minskning av konkurrensen inom varumärken mellan dessa återförsäljare, men det behöver inte ha några negativa effekter för konkurrensen mellan återförsäljare i allmänhet. Om det finns en hård konkurrens mellan varumärken är det osannolikt att en minskning av konkurrensen inom varumärken kommer att ha negativa effekter för konsumenterna.⁴⁶ Det finns dock en risk för så kallade kumulativa effekter. Om antalet konkurrenter är förhållandevis litet och deras marknadsposition är tämligen likartad i fråga om marknadsandelar, kapacitet och distributionsnät, finns det en risk för samverkan och uppmjukning av

43 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 6.

44 Korah, V och O'Sullivan, D, Distribution agreements under the EC competition rules, s 1 f.

45 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 101-105.

46 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 102.

konkurrensen. Om olika leverantörer auktoriserar samma ensamåterförsäljare inom ett visst område, kan risken för samverkan och uppmjukning av konkurrensen öka ytterligare. Ju större den kumulativa marknadsandelen är för de varumärken som säljs av de multipla ensamåterförsäljarna, desto större är också risken för samverkan och uppmjukning av konkurrensen och desto mer kommer konkurrensen mellan varumärken att minska.⁴⁷ Problematiken med kumulativa effekter gäller även för små och medelstora företag som annars ofta undantas artikel 101 FEUF genom *de minimis*-förordningen.⁴⁸

Vertikala begränsningar i form av förbud mot att sälja aktivt utanför ett visst område, vilket är del av vad som kallas exklusiv distribution, påverkar inommärkeskonkurrensen och har också en stark koppling till möjligheterna för marknadsintegration. Om priserna skiljer sig stort mellan olika medlemsstater och en återförsäljare har en sådan begränsning kan det bli svårare för köpare i en medlemsstat där priserna är höga att köpa till lägre priser i andra områden. Om exporten hade varit fri hade priserna utjämnats.⁴⁹ Detta är viktigt att ha i åtanke för den följande diskussionen om hur kommissionens mål med marknadsintegration påverkar utformandet och tillämpningen av reglerna.

7.5 Vertikala avtals positiva inverkan på konkurrensen

I riktlinjerna till gruppundantaget lyfter kommissionen fram att vertikala begränsningar också kan ha positiva effekter, särskilt genom att främja konkurrens i andra avseenden än priskonkurrens, till exempel i form av högre kvalitet på tjänsterna. Genom att optimera sina produktions- eller distributionsprocesser kan ett företag som saknar marknadsstyrka öka sin vinst. Vertikala begränsningar kan vara till hjälp i detta avseende, eftersom vanliga affärsmässiga transaktioner mellan leverantör och köpare, där endast pris och kvantitet i en viss transaktion avgörs, kan leda till alltför låga investerings- och försäljningsnivåer.⁵⁰ Riktlinjerna ger ett par konkreta exempel på vad kommissionen uppfattar som situationer då även mer vittgående begränsningar kan vara motiverade. I följande stycken gäller samtliga hänvisningar till riktlinjerna om vertikala begränsningar om inte annat anges.

Ensamåterförsäljaravtal eller konkurrensklausuler är begränsningar som kan användas för att komma till rätta med ett så kallat snålskjutsproblem, det vill säga att en återförsäljare åker snålskjuts på en annan återförsäljares marknadsföringsåtgärder. Ett exempel som blir mer och mer aktuellt är att en konsument konsulterar en säljare i butik men köper produkten hos en annan återförsäljare på internet där priset är lägre. Snålskjutsproblematiken anses av kommissionen endast relevant om det är fråga om relativt nya

47 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 154.

48 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 11.

49 Korah, V, och O'Sullivan, D, Distribution agreements under the EC competition rules, s 10.

50 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 106-109.

eller tekniskt komplicerade varor och varorna har ett relativt högt värde (p 107a). I praktiken tas åtgärder för att skydda mot snålskjuts också vid när det gäller nya prestigefulla produkter, eftersom distributören då kan få bättre marginaler vilket motiverar denne att köpa in mer och marknadsföra produkten mer. Denna senare tankegång finns dock inte med i kommissionens resonemang.⁵¹

En annan situation då vertikala begränsningar godtas är om en tillverkare vill gå in på en ny marknad. Det kan då krävas särskilda investeringar för att etablera varumärket på marknaden, och för att övertyga en återförsäljare att göra dessa investeringar kan en försäkran om områdesskydd vara avgörande. Återförsäljare som är etablerade på andra marknader bör då hindras från att sälja på den nya marknaden under en viss period för att, som ovan nämnts, inte kunna åka snålskjuts på de investeringarna (p 107b). Om produkterna är kända för att vara av särskilt kvalitativ art, kan också en begränsning genom ensamåterförsäljaravtal eller selektiv distribution vara lämplig. Leverantören kan då begränsa försäljningen till de ”bästa butikerna” (p 107c).

Kundspecifika långsiktiga investeringar som köparen inte kan använda i transaktioner med andra leverantörer och som ger produkter som bara kan säljas med betydande förlust när avtalet löpt ut kan också kräva vissa försäkringar genom till exempel exklusiva leveransavtal för att komma till stånd (p 107d).

8 Vanligt förekommande distributionsätt

En leverantör väljer det distributionsalternativ som är mest kostnadseffektivt och som påverkas så lite som möjligt av konkurrensregler och andra rättsakter.⁵² Valet är beroende av bland annat regler om immaterialrätt och konsumentskyddsregler och kan inkludera rättsliga överväganden om skatteeffektivitet och en producents kännedom om de lokala marknaderna.⁵³

På marknaden för anläggningsmaskiner har många aktörer valt att kombinera ensamåterförsäljaravtal med avtal om *single branding*. För att få en komplett bild av de distributionssystem kommissionen haft i åtanke vid utformandet av gruppundantaget för vertikala avtal ska här redogöras kort för vanligt förekommande distributionsätt och deras eventuella negativa påverkan på konkurrensen.

51 Korah, V och O'Sullivan, D, Distribution agreements under the EC competition rules, s 31.

52 Coase, R, The Nature of the Firm cit efter Korah, V och O'Sullivan, D, Distribution agreements under the EC competition rules, s 1.

53 Goyder, J, EU distribution law, s 71.

8.1 Vertikal integration med helägda återförsäljare

Att som leverantör integrera vertikalt innebär att man har kontroll över flera länkar i distributionskedjan genom helägda återförsäljare. Vertikal integration har fördelen att avtalen mellan leverantören och återförsäljaren *inte* behöver utformas med hänsyn till artikel 101 FEUF enligt principen om ekonomisk enhet. Om företagen inte är fristående och oberoende av varandra tillhör de samma ekonomiska enhet och är inte två olika företag i gruppundantagets mening.⁵⁴ I *Viho* konstaterade EU-domstolen att agerande via dotterbolag på uppdrag av en leverantör som ger externa effekter inte kan angripas med artikel 101 FEUF. Ett eventuellt missbruk av en dominerande ställning får utredas med hjälp av artikel 102 FEUF.⁵⁵

Även om vertikal integration kan tyckas ge god kontroll är det inte alltid ekonomiskt effektivt med en sådan lösning. Vid distribution i andra länder krävs kunskaper om speciella förhållanden i området eller landet vilket en lokal distributör antagligen har mer kunskap om, och med skatteöverväganden och tillgång till kapital som andra viktiga faktorer är det ofta mer effektivt att lägga ut distributionen på någon annan. Handlingsutrymmet och flexibiliteten minskar och det är svårt att ta beslut när det inte går att ha en överblick över organisationens alla nivåer. Ofta står därför valet istället mellan agentavtal och exklusivtetsavtal.⁵⁶

8.2 Agentavtal

En agent är en juridisk eller fysisk person med befogenhet att förhandla och/eller ingå avtal på en annan persons vägnar (huvudman), antingen i agentens eller huvudmannens namn, om inköp av varor eller tjänster för huvudmannen eller försäljning av varor eller tjänster som tillhandahålls av huvudmannen. För att klassificeras som ett ”äkta” agentavtal och falla utanför artikel 101 FEUF: s tillämpningsområde ska agenten inte bära någon eller endast en obetydlig risk ifråga om de avtal som ingås. En äkta agent anses istället utgöra en del av huvudmannens verksamhet. Förhållanden som talar för att avtalet är äkta är att äganderätten till varorna inte övergår på agenten och att agenten inte bidrar till kostnaderna för leverans och inköp eller för lagerhållning samt att agenten heller inte enligt avtalet ansvarar för gentemot tredje man för produktskador. Om avtalet är ett äkta agentavtal kan huvudmannen reglera inom vilket område agenten får vara aktiv, vilka kunder agenten får sälja till samt vilka priser han ska hålla utan att riskera att falla under artikel 101 FEUF.⁵⁷

54 Gustafsson, L och Westin, J, Svensk konkurrensrätt, s 48.

55 Mål C-73/95 P, *Viho Europe BV mot Europeiska gemenskapernas kommission med stöd av Parker Pen Ltd.*, [1996] ECR, s I-05457 under p 13.

56 Korah, V och O'Sullivan, D, *Distribution agreements under the EC competition rules*, s 3.

57 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 12-21 och Korah, V och O'Sullivan, D, *Distribution agreements under the EC competition rules*, s 5.

Ett agentavtal kan dock omfattas av artikel 101 FEUF även om huvudmannen bär hela den relevanta kommersiella och ekonomiska risken om det underlättar samverkan mellan flera huvudmän som använder samma agenter till exempel använder dem för att samverka om marknadsstrategier, det vill säga om sådana avtal ger kumulativa effekter.⁵⁸

Var gränsen går för ett äkta agentavtal och ett oäkta sådant är inte tydlig och den ”från fall till fall”-bedömning som utvecklats i praxis lämnar företagen med en betydande osäkerhet.⁵⁹ Att använda sig av integrerade agenter för att undvika konkurrensreglerna har också nackdelen att nationella regler kan göra det väldigt dyrt att göra sig av med agenter som använts en längre tid. Tysk lag är ett exempel där agenter åtnjuter ett starkt skydd.⁶⁰ I lagen (1991:351) om handelsagentur finns bestämmelser bland annat om rätt till avgångsvederlag och längre uppsägningstid ju längre avtalet pågått.

Ett agentavtal där agenten tilldelats ett exklusivt område påverkar bara konkurrensen mellan samma varumärke (*intra-brand competition*) och faller troligen utanför artikel 101 FEUF. En *single branding*-begränsning kan dock anses vara konkurrensbegränsande.⁶¹

8.3 Ensamåterförsäljaravtal

Med ett ensamåterförsäljaravtal ges en återförsäljare en ensamrätt att sälja en produkt inom ett visst område. Samtidigt är återförsäljaren hindrad från att aktivt marknadsföra och sälja produkterna utanför det området. Synonymt med ensamåterförsäljaravtal är ett avtal om exklusiv distribution. Den leverantör som vill ha ett exklusivt distributionssystem måste sätta upp samma restriktioner av den aktiva försäljningen utanför området även för alla andra distributörer inom unionen och för leverantören själv, vilket inte framgår direkt av förordningen men ställs upp som krav i riktlinjerna.⁶²

Exklusiviteten kan dock aldrig vara absolut. Om en kund utanför det tilldelade området initierar en affär kan inte återförsäljaren vägra denna baserat på att det i avtalet mellan honom och leverantören finns ett förbud mot att sälja utanför det exklusiva området. Att skriva in sådana begränsningar i avtalet är, som det kallas med ett konkurrensrättsligt begrepp, att begränsa den passiva försäljningen. Förbudet att, oavsett marknadsandel, begränsa den passiva försäljningen framgår av punkten 4 b i förordningen

58 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 20.

59 Se praxis som nämns i Korah, V och O'Sullivan, D, Distribution agreements under the EC competition rules, s 100.

60 A a s 5.

61 A a s 103.

62 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 51. Mer om detta i Wijckmans, F och Tuytschaever, F, Active sales restrictions revisited, ECLR 2004, s 112.

om vertikala avtal. Begränsningen ingår i den s.k. ”svarta listan” av begränsningar som i princip alltid har konkurrenshämmande effekter. Detta beskrivs närmare i avsnitt 10.

Ett avtal om exklusiv distribution är i sin natur konkurrensbegränsande eftersom leverantören inte kan leverera samma varor till andra återförsäljare i det utvalda området och återförsäljarna inte fritt kan sälja till vem han vill och vart som helst. Kommissionens största oro med detta är att inommarkeskonkurrensen (*intra-brand competition*) sätts ur spel och att avtalen kan leda till att marknader delas upp. Vidare uppmärksammas att när de flesta eller alla leverantörer tillämpar ensamåterförsäljaravtal kan det leda till samverkan, både på leverantörens och återförsäljarens nivå.⁶³ Ensamåterförsäljaravtal är likväl vanligt förekommande och anses ofta vara nödvändiga för att återförsäljare ska satsa pengar på marknadsföringssatsningar.⁶⁴ Det kan i vissa fall inte finnas något praktiskt alternativt distributionssätt på en marknad.⁶⁵

Ett system med ensamåterförsäljaravtal leder ofta till effektivitetsfördelar, och då främst för produkter som är nya eller komplexa till sin natur. Därutöver görs stordriftsfördelar ifråga om transport och distribution vilket leder till besparingar av logistikkostnader.⁶⁶ I målet *JCB*, som gällde marknaden för anläggningsmaskiner, nämndes fördelar som förbättrad produktplanering, förenklad marknadspenetrering och att service kan ges på oförutsedda tidpunkter och under krävande serviceförhållanden.⁶⁷ I ingressen till det tidigare specifika gruppundantaget för ensamåterförsäljaravtal beskrevs fördelarna som att ”distributionen förbättras eftersom producenten inte behöver upprätthålla talrika affärsförbindelser med ett stort antal återförsäljare och, genom att handla med endast en återförsäljare, lättare kan övervinna de distributionsproblem som uppstår i internationell handel till följd av språkliga, rättsliga och andra skillnader. Dessutom underlättar de ifrågavarande avtalen marknadsföringen av en produkt och medför en intensiv bearbetning av marknaden och kontinuitet i leveranserna, samtidigt som distributionen rationaliseras. De främjar konkurrensen mellan olika tillverkares produkter; därigenom utgör dessa avtal ofta det mest effektiva medlet och ibland det enda, särskilt för små och medelstora företag, att tränga in på en marknad. Slutligen möjliggör dessa avtal också att användarna snabbare och lättare kan få tillgång till varor, särskilt sådana som är tillverkade i andra länder”.⁶⁸

63 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 151.

64 Gustafsson, L och Westin, J, Svensk konkurrensrätt, s 115.

65 Goyder, J, EU distribution law, s 78.

66 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 164.

67 Ärende COMP.F.1/35.918 *JCB*, [2002] OJ L69, s 0001-0049 under p 207.

68 Kommissionens förordning (EEG) nr 1983/83 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av ensamåterförsäljaravtal cit efter Grönbok om vertikala begränsningar i EG: s konkurrenspolitik KOM(96) 721, s 36.

I litteratur som är baserad på ekonomisk teori går samma slutsatser att finna. Det talas om förändring av kompetensvillkoren på så sätt att betydelsen av priskompetens minskas och att detaljhandelservice lyfts fram som det viktigaste kompetensverktyget.⁶⁹ Exklusiva områden sägs också kunna minska snålshjutsproblematiken.⁷⁰ Nyttan av informationen om lokala marknadsförhållanden som en lokal exklusiv distributör lyfts också fram som en faktor som leder till bättre effektivitet eftersom de beslut som tas är baserade på de lokala förhållandena.⁷¹

Det konstaterades relativt tidigt att exklusiva distributionsavtal kan falla under artikel 101 FEUF. I *Consten & Grundig* från 1966 konstaterade kommissionen för första gången att artikel 101 FEUF är tillämplig på vertikala distributionsavtal. I det målet hade Grundig utsett Consten till just exklusiv distributör av deras teveapparater, radioapparater och annan teknisk utrustning i Frankrike. Consten åtog sig att varken direkt eller indirekt sälja till någon utanför området och åtnjöt ytterligare skydd genom att Grundig förbjöd samma sak gentemot andra återförsäljare i andra medlemsstater. Domstolen höll med om kommissionens bedömning att avtalet bröt mot artikel [101 FEUF] eftersom det innebar ett *absolut områdesskydd* för Consten.⁷²

Nu gäller att exklusiv distribution undantas artikel 101 FEUF genom gruppundantaget om avtalsparternas marknadsandelar inte överstiger 30 % och områdesskyddet inte är absolut, det vill säga att den passiva försäljningen inte begränsas. Områdesskyddet får inte ställa upp andra villkor än att leverantören är skyldig att leverera vissa varor endast till ensamåterförsäljaren och inte heller leverera varor som omfattas av avtalet till konsumenter inom det avtalade området samt återförsäljarens skyldighet att avstå från att utanför det avtalade området söka kunder till de varor som omfattas av avtalet, upprätta filialer och hålla lager för distribution.⁷³

Praxis ger exempel på situationer då exklusivitetsavtal i kombination med ett vidare territoriellt skydd undgår artikel 101 FEUF, men det är begränsat till fall som gäller ny teknik.⁷⁴ Detta beskrivs närmre

69 Rey, P och Stiglitz, J, The role of exclusive territories in producers' competition, s 431-451 cit efter González-Hernando, S, Iglesias, V och Trespolacios, J, Exclusive territories and performance dimensions in industrial distribution channels, *Industrial Marketing Management* 2005, s 537.

70 Mathewson, F och Winter, R, Territorial restrictions in franchise contracts, p 181-192 cit efter González-Hernando, S, Iglesias, V och Trespolacios, J, Exclusive territories and performance dimensions in industrial distribution channels, *Industrial Marketing Management* 2005, s 537.

71 Rey, P och Tirole, J, The logic of vertical restraints, s 921-939 cit efter González-Hernando, S, Iglesias, V och Trespolacios, J, Exclusive territories and performance dimensions in industrial distribution channels, *Industrial Marketing Management* 2005, s 537.

72 Förenade målen 56 och 58/64 *Consten & Grundig* mot Europeiska gemenskapernas kommission, [1966] ECR, s 339-40.

73 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 152.

74 Se Goyder, J, EU distribution law, s 80.

under avsnitt 10.

8.4 Selektiv distribution

Likt exklusiv distribution innebär selektiv distribution en begränsning i antalet återförsäljare, men inte baserat på exklusiva områden utan på kvalitativa och kvantitativa kriterier, till exempel att återförsäljaren besitter en viss kunskap om produkten ifråga. En annan skillnad är att begränsningen av försäljningen inte begränsar den aktiva försäljningen utanför ett område utan all försäljning som inte sker till auktoriserade återförsäljare, vilket ger att utpekade återförsäljare och slutkunder är de enda potentiella kunderna.⁷⁵

Vid bedömningen av eventuella konkurrenshämmande effekter görs skillnad på kvalitativ och kvantitativ selektiv distribution. Rent kvalitativ selektiv distribution grundar sig på objektiva kriterier som bestäms av varans natur, som utbildning av personal, vilken service som ges, att ett visst urval av produkter säljs och så vidare. Tillämpningen av sådana kriterier begränsar inte direkt antalet detaljister och anses i allmänhet falla utanför artikel 101.1 FEUF eftersom den anses sakna konkurrenshämmande effekter. Det krävs dock att kriterierna är nödvändiga för att bevara produktens kvalitet och att de tillämpas lika för samtliga återförsäljare. Kvantitativ selektiv distribution medför fler urvalskriterier som mer direkt begränsar antalet återförsäljare, genom att till exempel kräva en minimi- eller maximiförsäljning eller att fastställa antalet återförsäljare.⁷⁶ Det är vanligt att kriterierna är såväl kvalitativa som kvantitativa och då bedöms avtalet i sin helhet.

De eventuella riskerna för konkurrenshämmande effekter är minskad inommarkeskonkurrens och, särskilt i fall av kumulativ effekt, utestängning av vissa typer av återförsäljare samt underlättande av samverkan mellan leverantörer eller köpare och svagare konkurrens.

Kvalitativ och kvantitativ selektiv distribution undantas enligt gruppundantagsförordningen så länge varken leverantörens eller köparens marknadsandel överstiger 30 %, även i kombination med andra vertikala begränsningar om de inte är särskilt allvarliga, och under förutsättning att återförsäljarnas frihet att bedriva aktiv försäljning till andra återförsäljare och till slutanvändare inte begränsas.⁷⁷

8.5 Single branding

En leverantör väljer ofta att begränsa möjligheterna för återförsäljaren att köpa varor från andra än

⁷⁵ Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 174.

⁷⁶ Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 175.

⁷⁷ Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 176.

leverantören själv. Ett sådant avtal garanterar försäljning till leverantören och löpande leveranser för återförsäljaren. I begreppet *single branding*, i de svenska riktlinjerna beskrivet som avtal om försäljning av ett enda varumärke, ingår flera olika typer av begränsningar. Begränsningen kan gälla alla köp av en viss vara med ett visst varumärke eller alla köp av en viss typ av produkt oavsett varumärke. En leverantör kan vilja införa en av begränsningarna eller båda.⁷⁸

Single branding kommer till uttryck bland annat genom konkurrensklausuler (*non-compete clauses*) vilka med gruppundantagets begrepps användning utgörs av en skyldighet eller incitament att köparen ska göra mer än 80 % av sina inköp på en särskild marknad hos en enda leverantör. Det innebär inte att köparen endast kan köpa direkt av leverantören, utan att köparen inte ska köpa och återförsälja eller införliva konkurrerande varor eller tjänster.

Kvantitetsbegränsningar (*quantity forcing*) som åläggs köparen är en lindrigare form av konkurrensklausuler där incitament eller skyldigheter som överenskommit mellan leverantören och köparen föranleder den sistnämnda att i stor utsträckning koncentrera sina inköp till en enda leverantör. De kan exempelvis utgöras av krav på inköp av en minimikvantitet och krav på lagerhållning.

En s.k. engelsk klausul (*english clause*) som kräver att köparen rapporterar eventuella bättre offerter och som tillåter att köparen godtar en sådan offert endast om leverantören inte ger ett lika fördelaktigt erbjudande, kan väntas ha samma effekt som ett avtal om försäljning av ett enda varumärke, särskilt om köparen måste avslöja vem som avger den bättre offerten.⁷⁹

Kommissionen ser att ovanstående typ av klausuler kan ge upphov till utestängningseffekter, uppmjukning av konkurrensen, underlättande av samverkan bland leverantörer vid kumulativ användning och, i det fallet att återförsäljaren är detaljist, minskad konkurrens inom varumärken i butik. *Single branding* undantas med stöd av gruppundantagsförordningen om varken köparens eller leverantörens marknadsandel överstiger 30 %.⁸⁰ Avtal om *single branding* är ingen särskilt allvarlig begränsning enligt gruppundantaget. Om en konkurrensklausul införs och gäller längre än fem år är bara den klausulen ogiltig och resten av avtalet tillåtet (såvida inte fler otillåtna begränsningar finns).⁸¹

78 Goyder, J, EU distribution law, s 90.

79 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 129.

80 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 130.

81 Artikel 5 i Kommissionens förordning nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av avtal och samordnade förfaranden.

8.6 Marknaden för anläggningsmaskiner

På marknaden för anläggningsmaskiner torde inte valet av exklusiv distribution göra att all inommarkeskonkurrens sätts ur spel eftersom det finns aktörer utanför leverantörernas etablerade distributionssystem. Aktörerna som avses är de oberoende *traders* som nämndes inledningsvis i marknadsbeskrivningen. De gör att de stora leverantörerna tvingas konkurrera med sig själva när de tillför maskiner från ett område till ett annat för att tillgodose kundernas krav på låga priser och tillgänglighet. De inverkar med andra ord positivt på inommarkeskonkurrensen och möjliggör parallellhandel. Eftersom de ledande aktörerna finns i de flesta medlemsstater och i samma medlemsstater som sina konkurrenter torde det stå klart att också mellanmarkeskonkurrens finns, om än inte total. De stora leverantörerna konkurrerar inte så mycket med olika kvalitet som med utbud av service och underhåll.

Kombinationen av ett ensamåterförsäljaravtal och avtal om *single branding* kan leda till utestängning av andra leverantörer om det finns kumulativa effekter på marknaden. Om den däremot inte leder till en betydande utestängning kan kombinationen rent av främja konkurrensen genom att öka ensamåterförsäljarens motivation att inrikta sina ansträngningar på just det varumärket.⁸² Det senare tycks gälla på marknaden för anläggningsmaskiner. Risken för kumulativa effekter finns eftersom flera stora aktörer använder sig av samma distributionssystem, men det finns inga återförsäljare som har ensamrätt på flera olika märken (multipla återförsäljare) och det finns många oberoende *traders* som håller inommarkeskonkurrensen levande.

I riktlinjerna ges ett exempel på när ett exklusivt distributionssystem har en negativ påverkan på konkurrensen.⁸³ Konkurrenssituationen på marknaden för anläggningsmaskiner är likartad på så vis att ett fåtal stora aktörer med liknande distributionssystem finns. I övrigt finns inte många likheter – det finns inga multipla återförsäljare, det är inte fråga om enkla produkter och områdena är indelade i större områden. Ett exklusivt distributionssystem på marknaden motiveras av, till skillnad från exemplet, att anläggningsmaskiner får anses vara komplicerade produkter och att det därför krävs god kunskaper hos återförsäljarna.

Trots att det valda distributionssystemet tycks motiverat för branschen upplever aktörer på marknaden svårigheter vad gäller möjligheterna att skydda sina återförsäljare från varandra. Varför det är så kommer att utredas i det följande.

82 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 161.

83 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 166.

9 Gruppundantaget för vertikala avtal

9.1 Allmänt

Gruppundantaget erbjuder en trygg hamn för vissa typer av vertikala avtal mot förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i artikel 101.1 FEUF. Det täcker avtalstyper som tidigare reglerades i separata gruppundantag, som exklusiv distribution och franchising, och till skillnad från innan omfattas också selektiv distribution och avtal om tjänster.⁸⁴ Ett vertikalt avtal som faller under dess tillämpningsområde anses uppfylla de villkor som ställs upp i artikel 101.3 FEUF - villkor om att avtalet förbättrar distributionen eller tekniken vilket medför fördelar för konsumenterna, att dessa medel är nödvändiga för att uppnå de fördelarna och inte sätter konkurrensen ur spel på marknaden ifråga.

9.2 Riktlinjer om vertikala begränsningar

Kommissionens policy för distributionsavtal framställs i gruppundantaget för vertikala avtal. Det är i sin tur åtföljt av detaljerade riktlinjer som ger mycket information om hur kommissionen resonerar. Riktlinjerna är ett försök från kommissionens sida att bidra till rättslig förutsägbarhet som hör ihop med dess ekonomi- och effektbaserade synsätt. Kommissionen kan inte frånga riktlinjerna utan att ange särskilda skäl för detta.⁸⁵ Det framgår dock i början av riktlinjerna att det finns ett tolkningsutrymme där det sägs att ”de kriterier som presenteras [...] kan inte tillämpas mekaniskt, utan måste tillämpas med vederbörlig hänsyn till de specifika omständigheter som föreligger i varje enskilt ärende.”⁸⁶ Det sägs också att riktlinjerna inte ”påverkar [...] den rättspraxis som Tribunalen och Europeiska unionens domstol utvecklat om tillämpningen av artikel 101 på vertikala avtal”.⁸⁷

I praktiken ger riktlinjerna relativt tydliga indikationer på hur kommissionen kommer att tolka gruppundantaget i enskilda fall. De generella tolkningsprinciperna av EU-lagstiftning kräver att kommissionens avsikter när förordningen togs fram ska beaktas vid tolkningen, varför riktlinjerna väger tungt i ett fall då kommissionen ska tillämpa reglerna. Domstolarna har också uttalat att ett företag som blivit misslett av riktlinjerna och utformat sina avtal därefter inte ska kunna åläggas böter om avtalet sedan visar sig ha konkurrensbegränsande effekter. Eftersom få mål om vertikala begränsningar kommit till prövning hos domstolarna står sig riktlinjernas betydelse i många fall. De är väldigt inflytelserika på de nationella domstolarna och konkurrensmyndigheterna även om de inte är bindande

84 Gustafsson, L och Westin, J, Svensk konkurrensrätt, s 116.

85 Goyder, J, EU distribution law, s 74 och mål C-167/04 P JCB Service mot Europeiska gemenskapernas kommission, [2006] ECR, s I-08935 under p 207.

86 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 3.

87 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 4.

för dem.⁸⁸

Det är dessutom så att riktlinjerna kompletterar förordningen med tolkningsdata. Det är först i riktlinjerna som kravet ställs upp att en exklusiv återförsäljaren ska vara skyddad från aktiv försäljning från leverantören *och alla andra* återförsäljare inom leverantörens distributionssystem inom EU. Skulle frågan ställas på sin spets är domstolarna inte bundna av den regeln, och de nationella myndigheterna gör klokt i att anta ett kritiskt angreppssätt gentemot riktlinjernas formuleringar när de går utöver förordningens ordalag.⁸⁹

9.3 Det vertikala gruppundantagets tillämpningsområde

En förutsättning för att gruppundantaget ska vara tillämpligt är att varken leverantörens eller återförsäljarens marknadsandel överstiger 30 % och att avtalet inte innehåller särskilt allvarliga begränsningar.⁹⁰ Ovanför tröskelvärdet på 30 % finns det ingen presumtion att avtalen omfattas av artikel 101.1 eller att de inte uppfyller villkoren i artikel 101.3, men i mån av tvist är det upp till parten som blir anklagad att bevisa att avtalet antingen inte har konkurrensbegränsande effekter eller ska undantas efter en individuell prövning.⁹¹

9.3.1 Påverkan på handeln mellan två eller flera medlemsstater

En grundläggande förutsättning för gruppundantagets tillämplighet är också att avtalet ifråga påverkar handeln mellan två eller flera medlemsstater. Påverkan ska vara ”märkbar”.⁹² Tillämpningen av kriteriet om påverkan på handeln är oberoende av definitionen av relevant geografisk marknad. Handeln kan påverkas även om den relevanta marknaden anses vara nationell eller mindre. Eftersom det är frågan om en påverkan som är ”direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiell” får tillämpningsområdet anses vara omfattande.⁹³ Trots att bedömningen är komplex, görs sällan en noggrann utredning hos Konkurrensverket.⁹⁴ Vertikala avtal och nät av liknande vertikala avtal som genomförs i flera medlemsstater kan normalt sett påverka handeln mellan medlemsstater om de ger upphov till att handeln leds i vissa banor eller ger utestängningseffekter.⁹⁵ Se mer om kopplingen till de särskilt allvarliga begränsningarna nedan under 9.4.2.1.

88 Goyder, J, EU distribution law, s 74.

89 Wijckmans, F och Tuytschaever, F, Active sales restrictions revisited, ECLR 2004, s 112.

90 Artikel 3 i Kommissionens förordning nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av avtal och samordnade förfaranden.

91 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 23.

92 Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget, 2004/C 101/07, p 3.

93 Goyder, J, EU distribution law, s 28.

94 Gustafsson, L och Westin, J, Svensk konkurrensrätt, s 31.

95 Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget, 2004/C 101/07, p 70.

9.3.2 Definitionen av ett vertikalt avtal

I gruppundantagsförordningen definieras ett vertikalt avtal som ”ett avtal eller samordnat förfarande som ingås mellan två eller flera företag som vart och ett, inom ramen för avtalet eller det samordnade förfarandet, är verksamt i olika led i produktions- eller distributionskedjan, och som avser villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster”.⁹⁶ Att avtalet eller det samordnade förfarandet ska vara mellan två eller flera företag innebär att distributionsavtal för slutledet inte ingår om slutkonsumenten inte är ett sådant.⁹⁷

För att det ska vara fråga om ett avtal i den mening som avses i artikel 101 är det tillräckligt att parterna har uttryckt sin gemensamma avsikt att uppträda på ett visst sätt på marknaden. Hur avsikten tagit sig form spelar ingen roll. Om ett konkret avtal som uttrycker samförstånd saknas måste det visas att den ena partens ensidiga policy har fått den andra partens samtycke. En sådan slutsats kan dras om ett avtal som utarbetats i förväg ger en part rätt att senare anta en viss ensidig policy som kommer att vara bindande för den andra parten. För det andra, om det inte finns något sådant uppenbart samtycke, kan kommissionen visa att det finns ett underförstått samtycke. För detta är det nödvändigt att visa att en part uttryckligen eller underförstått kräver att den andra parten samarbetar för att genomföra den förras ensidiga policy och att den andra parten har gjort detta genom att tillämpa den ensidiga policyn i praktiken. Ju större grad av tvång desto mer talar för att ett tyst samtycke föreligger.⁹⁸ Klart är att man inte kan undvika reglernas tillämpning genom att inte skriva ned villkoren för avtalet eller att förlita sig på ett så kallat *gentlemen's agreement*.⁹⁹

I de flesta fall uppstår inte några problem vid frågan om ett avtal eller samordnat förfarande föreligger. De prövningar av vertikala avtal som har gjorts har dock oftast handlat om just detta, och EU-domstolen har flera gånger visat på en mer restriktiv tolkning av begreppet avtal än kommissionens mycket vidsträckta definition.¹⁰⁰

I *Volkswagen II*¹⁰¹ hade Tribunalen (då Förstainstansrätten) att bedöma om de cirkulärskrivelser med uppmaningar om att inte gå under de angivna rekommenderade priserna, som skickats ut till Volkswagens återförsäljare i Tyskland efter att återförsäljaravtalen skrivits under, blivit del av avtalet. Kommissionen hävdade att skrivelserna innebar att Volkswagen fastställde priserna för återförsäljarna

⁹⁶ Artikel 1.1 a i Kommissionens förordning nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av avtal och samordnade förfaranden.

⁹⁷ Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 2.

⁹⁸ Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 25 a.

⁹⁹ Goyder, J, EU distribution law, s 22.

¹⁰⁰ Dethmers, F och Posthuma de Boer, P, Ten years on: Vertical agreements under article 81, s 427-428.

¹⁰¹ Mål T-208/01 Volkswagen AG mot Europeiska kommissionen, [2003] ECR, s II-05141.

medan Volkswagen argumenterade att de var ensidigt formulerade vädjanden från deras sida. Kommissionen påpekade att det finns praxis som säger att den omständighet att en återförsäljare ingår i en selektiv säljorganisation innebär att denne direkt eller indirekt har accepterat tillverkarens säljpolicy.¹⁰² Domstolen dömde dock till Volkswagens fördel och menade att senare modifieringar av en överenskommelse inte per automatik kan anses accepterade av återförsäljarna enbart genom deras deltagande i distributionsnätverket.¹⁰³ Domstolen gjorde istället en konkret bedömning huruvida artiklarna i återförsäljaravtalet kunde anses bemyndiga Volkswagen att ge bindande uppmaningar till återförsäljarna avseende prissättningen. Målet överklagades till EU-domstolen, som ogillade talan. Där framhölls vikten av att göra en konkret bedömning i varje enskilt fall. ”Det kan nämligen inte omedelbart uteslutas att en uppmaning som strider mot konkurrensreglerna kan anses vara tillåten enligt skenbart neutrala bestämmelser i återförsäljaravtalet.”¹⁰⁴ Också i *Mercedes-Benz* annullerade Tribunalen kommissionens beslut eftersom den inte ansåg det bevisat att det fanns ett avtal eller samordnat förfarande. Agerandet ansågs vara ensidigt.¹⁰⁵

I beslutet *Bayer* drog kommissionen definitionen ännu längre än tidigare, men fick inte medhåll från varken Tribunalen eller EU-domstolen. EU-domstolen sa att för att ett avtal ska anses föreligga med grund i ett underförstått samtycke är det nödvändigt att ”manifestationen av önskan hos en av de avtalslutande parterna att uppnå ett konkurrensbegränsande mål måste vara en inbjudan till den andra parten, uttryckligt eller underförstått, att uppfylla detta mål gemensamt, och det gäller ännu mer där (...) ett sådant avtal vid en första anblick inte är av intresse för den andra parten, det vill säga återförsäljaren.”¹⁰⁶ EU-domstolen uttalade i målet *T-Mobile* att ett samordnat förfarande ”ska anses bedriva ett konkurrensbegränsande syfte som avses i artikel 101, om dess innehåll och mål och med beaktande av sitt juridiska och ekonomiska innehåll, i ett enskilt fall kan resultera i en begränsning av konkurrensen.” Rätten betonade att följderna av ett samordnat förfarande endast måste undersökas när en analys av dess villkor inte ensamt visar på en påverkan på konkurrensen som är tillräckligt skadlig.¹⁰⁷ Vidare konstaterade domstolen att det inte är nödvändigt att det finns en faktisk begränsning av konkurrensen eller en direkt länk mellan det samordnade förfarandet och konsumentpriserna. Ett

102 Mål 107/82 AEG-Telefunken AG mot Europeiska gemenskapernas kommission, [1983] ECR, s 03151 under punkt 38 som gällde selektiv distribution.

103 Mål T-208/01 Volkswagen AG mot Europeiska kommissionen, [2003] ECR, s II-05141 under p43-45 och 55. Se också Wijckmans, F, Tuytschaever, F och Vanderelst, A, *Vertical agreements in EC competition law*, s 68.

104 Mål C-74/04 P, Volkswagen AG mot Europeiska gemenskapernas kommission, [2006] ECR, s I-06585.

105 Ärende COMP/36.264 Mercedes-Benz, [2002] OJ L257, s 0001-0047.

106 Förenade målen C-2/01 P och C-3/01 P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV och Europeiska gemenskapernas kommission mot Bayer AG, [2004] ECR, s I-00023 under punkt 102.

107 Mål C-8/08 T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV, Vodafone Libertel NV mot Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, [2009] ECR, s I-04529 under p 43 och 28.

utbyte av information mellan konkurrenter är behäftat med ett konkurrensbegränsande syfte om utbytet kan ta bort oklarheter om det avsedda beteendet hos de deltagande företagen.¹⁰⁸

9.3.2.1 Förekommande tolkningssvårigheter på marknaden för anläggningsmaskiner

Det händer att en leverantör får en förfrågan från sina helägda återförsäljare om de ska ge offerter till en potentiell kund som inte finns inom det tilldelade området. Det råder då en osäkerhet hur leverantören kan agera. Återförsäljaren är fri att välja vem han vill ingå avtal med, men vill undvika att ”ta” kunder från en annan återförsäljare. Eftersom återförsäljaren ifråga är en del av leverantörens verksamhet borde det enligt den ekonomiska enhetens princip, som för artikel 101 innebär att leverantör och återförsäljare är samma ”företag”, vara tillåtet att till exempel ge rådet att ge offerter som ger kunden anledning att välja den andre återförsäljaren.¹⁰⁹ Att den helägda återförsäljaren frågar om råd visar att ledningen inte känner sig oberoende i sitt beslutsförfattande och på ett nära samband mellan mor- och dotterföretag. Om återförsäljaren däremot är självständig kan ett likadant agerande ses som ett samordnat förfarande då det indirekt handlar om ett samförstånd mellan leverantör och återförsäljare att skydda en annan återförsäljare genom att neka dennes kunder avtal, eftersom en föga tilldragande offert kan likställas med ett ”nej”.

9.3.3 Relevant marknad och beräkning av marknadsandelar

För att gruppundantaget ska vara tillämpligt får varken leverantörens eller återförsäljarens marknadsandel överstiga 30 %.¹¹⁰ Enligt artikel 3 i gruppundantagsförordningen är det leverantörens marknadsandel på den marknad där denna säljer varorna eller tjänsterna och köparens marknadsandel på den marknad där denna köper varorna eller tjänsterna som avgör om gruppundantaget är tillämpligt. Det är en nyhet i förhållande till tidigare gruppundantag då återförsäljarens marknadsandel bara togs i beaktande om det var fråga om en begränsning i ett avtal om exklusiv leverans där det handlar om huruvida ett sådant arrangemang hindrar försäljarens konkurrenter från möjligheten att konkurrera om en substantiell del av kunderna.¹¹¹ Denna förnyelse är ett försök att begränsa makten hos stora detaljister och innebär att färre avtal hamnar inom tillämpningen för gruppundantaget.¹¹² Förändringen härrör bland annat ifrån de klagomål som fanns inom livsmedelsbranschen där lokala leverantörer stod

108 Se mer i Loozen, E, The application of a more economic approach to restrictions by object: No revolution after all, ECLR 2010, s 147.

109 Se mer om begreppet i Gustafsson, L och Westin, J, Svensk konkurrensrätt, s 48.

110 Artikel 3 i Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden.

111 De Stefano, G, The new EU vertical restraints regulation: Navigating the vast seas beyond safe harbours and hardcore restrictions, ECLR 2010, s 488.

112 Coumes, J-M och Wilson, K, New rules on supply and distribution agreements: Main changes of the new system, ECLR 2010, s 439.

i förhandlingsposition med de betydligt större återförsäljarna i form av stormarknader.¹¹³

Att beakta den relevanta marknaden är det första steget vid en misstänkt överträdelse av konkurrensreglerna. Analysen, som omfattar både produkten och den geografiska dimensionen av den relevanta marknaden, kan användas för att fastställa om det finns faktiska konkurrenter som kan påverka beteendet hos det aktuella företaget och för att bedöma graden av verklig konkurrens på marknaden. Följande hänvisningar gäller Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad¹¹⁴ om inte annat anges.

En *relevant produktmarknad* omfattar alla varor eller tjänster som betraktas som utbytbara av konsumenterna på grund av produkternas egenskaper, pris och tilltänkta användning. Frågan om utbytbarhet kan prövas genom att svara på om kunden vid en prisökning på 5-10% enkelt kan växla till en annan vara som svar på prisförändringen (p 17). I den praktiska bedömningen är kommissionen öppen för att använda all tillgänglig information som kan vara relevant. Det finns ingen strikt hierarki av källor eller information. Företagens bedömningar, utredningar som beställs från industrins konsulter eller branschorganisationer eller bolagens omsättningssiffror kan hjälpa till för att beräkna den totala marknadens storlek och marknadsandelen för varje leverantör (p 25). Det är dock inte alltid nödvändigt att nå en definitiv slutsats om den relevanta produktmarknaden. Om en transaktion inte leder till några konkurrensbegränsningar oavsett vilket av de föreliggande alternativen av relevanta marknader som väljs, eller om begränsningarna är så allvarliga att de får negativa effekter oavsett definition, kan frågan lämnas därhän (p 27).

En *relevant geografisk marknad* omfattar det område inom vilket de berörda företagen deltar i utbudet av produkter eller tjänster och där konkurrensvillkoren är tillräckligt homogena (p 8). Betydelsen av nationella eller lokala preferenser, kundernas aktuella inköpsmönster, produktdifferentiering och varumärken vägs in i bedömningen av den relevanta geografiska marknaden för att fastställa huruvida företag inom olika områden verkligen utgör alternativa försörjningskällor för konsumenterna. Det teoretiska tankeexperimentet grundar sig även här på substitution orsakad av prisförändringar, och den fråga som måste besvaras är återigen om kunderna skulle kunna börja anlita företag någon annanstans på kort sikt och till försumbara kostnader (p 29).

113 Grönbok om vertikala begränsningar i EG: s konkurrenspolitik, s 6, p 156 samt Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C130/01, p 166-167.

114 Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr C 372 , 09/12/1997 s. 0005 – 0013.

9.3.3.1 Produktmarknaden för anläggningsmaskiner

På marknaden för anläggningsmaskiner säljs produkter som gräver, röjer, planar ut och forslar bort överblivet material för att förbereda platser där arbete ska utföras.¹¹⁵ Maskiner som hjullastare, grävmaskiner, dumprar, väghyvlar, rivningsutrustning, asfaltläggare och vältar ingår i utbudet.¹¹⁶ Med kommissionens begrepps användning ingår dessa maskiner i vad som kallas byggutrustning. Begreppet omfattar en rad olika maskiner som används i de inledande skedena av byggverksamhet och väg- och vattenbyggnad.

Praxis för den specifika marknaden är inte omfattande, och det finns utrymme för argumentation för vilken den relevanta produktmarknaden är. Klart är att en indelning görs i lätta maskiner som används för mindre bygg- eller underhållsarbeten och tunga byggmaskiner som används vid storskalig bygg- och anläggningsverksamhet, till exempel infrastrukturarbeten.¹¹⁷ I beslutet *JCB* gjorde kommissionen dessutom bedömningen att det sällan går att hitta ett substitut till en produkt på marknaden för anläggningsmaskiner, varför överträdelserna i det aktuella målet skulle bedömas efter avgränsade produktmarknader för varje produktgrupp. Maskinerna klassificerades efter dragkraft och svängvinkel men avgörande var vilken funktion de fyller. Ingen maskin kan utföra exakt samma arbete som en annan.¹¹⁸ Indelningen motiverades vidare med att produkterna används av olika kunder och att det finns väsentliga prisskillnader mellan de olika produktgrupperna. *JCB* bestred kommissionens inställning och menade att den relevanta produktmarknaden borde vara marknaden för jordförflyttnings- och byggutrustning. Kommissionen såg ingen anledning att frånga sin tidigare bedömning att det finns en avgränsad produktmarknad för varje produktgrupp och menade att det i vart fall inte behövdes utredas ytterligare eftersom bevisen i målet visade att förfarandena haft negativa effekter på ett betydande sätt även med den definition av marknad som *JCB* angett.¹¹⁹ I ett senare beslut från kommissionen, *Doosan/Bobcat*, öppnades det mer än tidigare upp för den indelning av marknaden som parterna i tidigare mål ofta hävdade är den lämpligaste. Även om frågan lämnades öppen höll kommissionen med om att det inte längre är lämpligt att bedöma varje enskild produkttyp som en separat marknad. Detta med stöd av det faktum att det ändå finns en hög grad av utbytbarhet mellan olika utrustningstyper och framför allt att det finns en växande efterfrågan från stora distributörer och uthyrningsföretag om ett komplett utbud av produkter. Dessutom ökar antalet tillbehör som kan införlivas med olika produkter vilket breddar deras användbarhet. Det är med anledning av detta uttalande numera troligt att

115 Ärende COMP.F.1/35.918 *JCB*, [2002] OJ L69, s 0001-0049 under p 6.

116 *SWECON*, Produkter, (2011-09-15), <http://www.volvoce.com/DEALERS/SV-SE/SWECON/PRODUCTS/Pages/introduction.aspx>

117 Ärende IV/M.1571- *New Holland/Case*, [2000] OJ C130, s 0011 under p 55.

118 Ärende COMP.F.1/35.918 *JCB* under p 7.

119 Ärende COMP.F.1/35.918 *JCB* under p 10-11.

marknaden anses vara en och samma för alla anläggningsmaskiner alternativt en marknad för tyngre maskiner och en marknad för lättare maskiner. Frågan avgjordes inte i målet då man konstaterade att inga konkurrensproblem skulle uppstå även med den smalare definitionen av marknaden.

Vad gäller reservdelar ansåg kommissionen i *JCB* att de på marknaden för jordförflyttnings- och byggutrustning inte tillhör samma marknad som de primära, nya produkterna. Man erkände att det finns ett starkt samband eftersom maskinerna används under krävande förhållanden och att det därför är nödvändigt att byta ut vissa delar, men att priserna på reservdelarna fortfarande utgör en liten andel av priserna på maskinerna och fortsätter att utgöra en liten andel i förhållande till maskinens restvärde över en längre period.¹²⁰ I övrigt finns inga svar att hämta i praxis. Det går att hävda att primär- och eftermarknad bör anses vara densamma på grund av den starka kopplingen till service och underhåll som finns redan vid köpet av en ny maskin. Prissättningen vid ett köp av en ny maskin baseras inte bara på produktionspriset utan även beräknad förslitning, service, underhåll och drifttimmar. Livscykeln för maskinen är avgörande för priset, en faktor som inte bör ses som försumbar.

I ärendet *CEAHR* som gällde schweiziska armbandsur kom kommissionen fram till att reservdelar till och reparation av uren tillhörde samma marknad som de nya uren. Förra året kom dock Tribunalens svar på sökandens överklagande, med resultatet att beslutet ogiltigförklarades. Tribunalen ansåg att kommissionen ”åsidosatt sin skyldighet att beakta alla faktiska och rättsliga omständigheter som är relevanta” vid sin bedömning av den relevanta marknaden. Kommissionen hade på grund av ett felaktigt tillvägagångssätt inte visat att konsumenterna som äger lyx- eller prestigeur ”rimligen kan välja en annan primär produkt för att undvika en höjning av priset på reservdelar eller att priset på reservdelar i allmänhet påverkar konkurrensen mellan primära produkter. (...) Kommissionen gjorde sig således skyldig till en uppenbart oriktig bedömning när den bedömde dem tillsammans såsom tillhörande en enda marknad.”¹²¹

Målet visar att det avgörande är vilka avvägningar konsumenten gör vid köpet, och vad gäller anläggningsmaskiner går det som ovan antytts att argumentera för att tillgång till reservdelar, service och underhåll är direkt avgörande för prissättningen av produkterna och valet av återförsäljare.

9.3.3.2 Den geografiska marknaden för anläggningsmaskiner

Mindre kontroversiellt är hur den geografiska marknaden ska avgränsas. Det slogs i kommissionens

120 Ärende COMP.F.1/35.918 *JCB* under p 12 f.

121 Mål T-427/08 Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs (*CEAHR*) mot Europeiska kommissionen, [2010] ECR, s 00000 under p 49 och 107.

beslut om sammanslagningen av New Holland och Case fast att marknaden för jordförflyttning- och byggtrustning omfattar hela EES på grund av de låga transportkostnaderna och de harmoniserade rättsliga kraven och efterfrågemönstren.¹²² De stora återförsäljarna distribuerar från ett begränsat antal platser till hela den europeiska marknaden och grossistpriserna tycks utjämnas inom Europa.¹²³ Dessutom konstaterade kommissionen att ”distributionen verkar spela en mindre roll jämfört med marknaden för jordbruksmaskiner (som också aktualiserades i målet då företagen var aktiva även på den marknaden, min anm). Dels är direkt central försäljning utbredd, och för det andra verkar inträde på de nationella marknaderna vara möjligt med tanke på i) förekomsten av ett stort antal återförsäljare av flera märken, ii) behov av färre återförsäljare än på marknaden för jordbruksmaskiner och iii) exempel på gjorda nyinträden.”¹²⁴

Vad gäller den geografiska marknaden för reservdelar styrs den av efterfrågan på byggtjänster och väg- och vattenbyggnadstjänster. Eftersom reservdelarna måste vara tillgängliga snabbt för att förhindra kostsamma förseningar förutsätter försäljningen en lokal närvaro. Behovet av installationstjänster begränsar efterfrågan ytterligare.¹²⁵ Inte heller den här frågan har avgjorts i praxis, men är inte avgörande för den kommande diskussionen.

9.4 Särskilt allvarliga begränsningar

9.4.1 Vilka begränsningar är särskilt allvarliga?

Företag som ligger under 30 %-gränsen kan ändå inte åtnjuta undantag från förbudet i artikel 101 FEUF om deras avtal innehåller särskilt allvarliga begränsningar. Artikel 4 i gruppundantagsförordningen innehåller en förteckning över dessa särskilt allvarliga begränsningar, på engelska så kallade *hardcore restrictions*, som leder till att hela det vertikala avtalet utesluts från förordningens tillämpningsområde. Ett avtal med sådana begränsningar ger upphov till en presumtion om att avtalet omfattas av artikel 101.1. Det presumeras också att avtalet sannolikt inte uppfyller villkoren i artikel 101.3.¹²⁶

Fastställande av priser, i form av direkt bestämmande eller påtryckningar för ett visst rekommenderat pris, är inte tillåtet. Att det rekommenderade priset trycks i förväg på förpackningen kan till exempel

122 Ärende IV/M.1571 New Holland/Case, [2000] OJ C130, s 0011 under p 55. Se även ärende IV/M.2369 CNH/FHE, [2001] OJ 363, s 0033 under p 11.

123 Ärende IV/M.1571 New Holland/Case under p 66.

124 Ärende IV/M.1571 New Holland/Case under p 68, min översättn.

125 Ärende COMP.F.1/35.918 JCB under p 22 f.

126 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 47.

utgöra ett fastställande av priset.¹²⁷ I Polistil/Arbois konstaterade kommissionen, utan att bedöma omfattningen av de icke-återvinningsbara kostnader nödvändiga för att inrätta ett återförsäljarnät och konkurrenssituationen på den aktuella marknaden, att prisbindning har till syfte att hindra konkurrensen och därför är förbjudet.¹²⁸

Restriktioner av till vilket område och till vem återförsäljaren kan sälja är som utgångspunkt inte heller tillåtna. De fyra undantagen är

- a) begränsningar av aktiv försäljning inom ett exklusivt område eller till en exklusiv kundgrupp som reserverats för leverantören eller som leverantören tilldelat en återförsäljare,
- b) begränsningar av återförsäljarens försäljning till slutanvändare, om denne driver verksamhet på grossistnivå,
- c) begränsning av försäljning till icke auktoriserade återförsäljare av medlemmarna i ett selektivt distributionssystem, och
- d) begränsningar av återförsäljarens möjligheter att sälja komponenter till leverantörens konkurrenter.¹²⁹

Det kan vara fråga om direkta skyldigheter om att inte sälja till vissa kunder eller skyldigheten att föra över beställningar från dessa kunder till andra återförsäljare. Det kan också vara begränsningar till följd av indirekta krav som syftar till att förmå återförsäljaren att inte sälja till en viss kund, till exempel i form av sänkta rabatter, hot om att upphöra med leveranser eller uppsägning av avtalet, begränsningar av leveransvolymen till efterfrågan inom det tilldelade området, krav på högre pris på varor som ska exporteras och begränsning av den del av försäljningen som kan exporteras. Det är ännu mera sannolikt att denna typ av metoder anses utgöra en begränsning av köparens försäljning om de kombineras med att leverantören inför ett övervakningssystem som syftar till att kontrollera vart varorna faktiskt levereras (t.ex. användning av viss märkning eller vissa serienummer). Tillämpningen av artikel 4 b påverkar inte en begränsning som gäller återförsäljarens etableringsställe, varför gruppundantaget är tillämpligt även om man kommer överens om att köparen kommer att begränsa sina försäljningsställen och lagerlokaler till en viss adress, plats eller ett visst område.¹³⁰

127 Goyder, J, EU distribution law, s 105.

128 Ärende IV/30.658 Polistil/Arbois, [1984] OJ L136, s 0009-15.

129 Artikel 4 b i Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden.

130 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 50.

Om en leverantör har ett selektivt distributionssystem kan det inte finnas någon exklusiv områdes- eller kundtilldelning.¹³¹ Det är inte heller tillåtet att direkt eller indirekt hindra återförsäljarna från att handla med varandra med avtalsvarorna, det vill säga kombinera de selektiva kriterierna med ett krav att återförsäljarna köper avtalsvarorna från en viss källa.¹³²

Sist i artikel 4 nämns den enda begränsning gentemot en leverantör som är förbjuden. En leverantör av komponenter kan inte hindras av köparen från att sälja samma komponenter som reservdelar till reparatörer eller andra tjänsteleverantörer som av köparen inte fått i uppdrag att reparera eller underhålla dennes varor. Regeln är viktig för fristående reparatörer som annars kan få svårt att komma över reservdelar.¹³³

9.4.2 Kan särskilt allvarliga begränsningar vara tillåtna?

9.4.2.1 Märkbar effekt på handeln mellan medlemsstater

Om ett avtal innehåller någon av de i artikel 4 i gruppundantagsförordningen nämnda begränsningarna åtnjuter avtalet inget skydd. Inte heller de *minimis*-riktlinjerna ger skydd mot avtal mellan små och medelstora företag om de innehåller särskilt allvarliga begränsningar.¹³⁴ I praxis finns det däremot fall som indikerar att avtal med allvarliga begränsningar kan undgå artikel 101 om de inte har en märkbar effekt på handeln mellan två eller fler medlemsstater. I *VW-Audi*¹³⁵ och *Yves Saint Laurent*¹³⁶ bedömdes märkbarheten både i förhållande till effekten på konkurrensen och handeln mellan medlemsstater. Att praxis visat att avtal som hindrar köparen att ha fullständig frihet i sitt val av kunder är konkurrensbegränsande och att avtal som förbinder återförsäljaren att inte vidareförsälja varorna utanför sitt område begränsar parallellhandeln gjorde inte att domstolen i målen lät bli att utreda huruvida handeln mellan medlemsstater också påverkades märkbart. I *Yves Saint Laurent* sa domstolen att ”även ett avtal med absolut områdesskydd kan undgå förbudet i artikel [101] i fördraget, om det,

131 Artikel 4 c i Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden och p 56 i Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01.

132 Artikel 4 d i Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden och p 58 i Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01.

133 Artikel 4 e i Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden och p 59 i Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01.

134 Tillkännagivande från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (de minimis) 2001/C 368/07 under 11.2 b.

135 Ärende 98/273 VW-Audi, [1998] OJ L124, s 0060-0108 under p 149. Se även Dethmers, F och Posthuma de Boer, P, Ten years on: Vertical agreements under article 81, ECLR 2009, s 426.

136 Mål C-306/96 Javico International och Javico AG mot Yves Saint Laurent Parfums SA, [1998] ECR, s I-01983 under p 12 ff.

med hänsyn till de ifrågavarande parternas svaga ställning på den relevanta produktmarknaden, endast har en obetydlig inverkan på marknaden”.¹³⁷ Målet föranleddes av en begäran om förhandsavgörande från en fransk domstol, varför domstolen inte gjorde en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet och om de medförde att avtalet ifråga var tillåtet. I andra mål har domstolarna sagt att begränsningar av export *troligen* påverkar handeln mellan medlemsstater på ett märkbart sätt, varför det är tveksamt om ett försvar baserat på sådan argument i praktiken kan vara framgångsrik.¹³⁸

9.4.2.2 Effektivitetsfördelar

Riktlinjerna till gruppundantaget säger inte att *hardcore restrictions* är *per se* olagliga, de ingår formellt i den uppräknning i riktlinjerna under punkterna 106-109 av positiva effekter i form av effektivitetsvinster konkurrensbegränsningar kan medföra. Riktlinjernas formulering kring möjligheten för särskilt allvarliga begränsningar att undantas har också mildrats. I de tidigare riktlinjerna sades det att det är ”föga troligt att det beviljas undantag för avtal som innehåller sådana särskilt allvarliga begränsningar”.¹³⁹ Uttrycket är numera borttaget och istället sägs det, som tidigare nämnts, att sådana begränsningar ger ”upphov till en presumtion om att avtalet omfattas av artikel 101.1.” och ”att avtalet sannolikt inte uppfyller villkoren i artikel 101.3”. Företagens möjlighet att i ett enskilt fall få föra talan om effektivitetsvinster lyfts fram i samma punkt.¹⁴⁰

Utifrån detta går det inte att dra slutsatsen att kommissionens syn på de särskilt allvarliga begränsningarna verkligen har ändrats. Så som kommissionen och domstolarna hittills tillämpat artikel 4 under 2000-talet talar för att synen inte ändrats mycket sedan införandet av den så kallade ekonomiska metoden med fokus på faktiska effekter. Särskilt kommissionen är snabb på att neka deras tillåtelse utan överväganden. I beslut som *JCB* och *Opel*¹⁴¹ gjordes inga större ansträngningar för att utvärdera begränsningarnas effekt i förhållande till marknadsposition. Man sa att särskilt allvarliga begränsningar ”är till sin natur konkurrensbegränsande varför ingen analys av deras faktiska effekter är nödvändiga”.¹⁴²

Det är här viktigt att återigen nämna inflytandet på reglerna från målet om marknadsintegration. Edith Loozen påpekar i sin artikel att de flesta andra konkurrensrättsliga regimer syftar till att öka konsumenters välfärd endast på ett sätt, nämligen genom konkurrens. Detta ger att vertikala

137 Se om resonemanget i Korah, V och O'Sullivan, D, Distribution agreements under the EC competition rules, s 169.

138 Dethmers, F och Posthuma de Boer, P, Ten years on: Vertical agreements under article 81, ECLR 2009, s 426.

139 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2000/C 291/01, p 46.

140 Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010/C 130/01, p 47.

141 Ärende COMP/E-2/39.143 Opel, [2007] OJ L330/44.

142 Dethmers, F och Posthuma de Boer, P, Ten years on: Vertical agreements under article 81, ECLR 2009, s 426.

begränsningar inte ses som begränsningar som har *till syfte* att begränsa konkurrensen då det med ett ekonomiskt synsätt inte är tillräckligt att *intra-brand competition* hindras för att konkurrensen ska skadas. EU: s kompletterande syfte med marknadsintegration gör däremot att produktallokeringen blir väldigt viktig och att vertikala förhållanden som hindrar den på något sätt kvalificeras som begränsningar som har till syfte att begränsa konkurrensen (på engelska *restriction by object*).¹⁴³ Rätten för konsumenter att handla var de vill är en symbol för den inre marknaden.¹⁴⁴

I det här sammanhanget är det också intressant att nämna hur definitionen av effektivitetsfördelar diskuteras i *Vertical Territorial Restrictions and Public Policy: Theories and Industry Evidence* av Shantanu Dutta, Jan B. Heide och Mark Bergen. Där sägs att den primära aspekten av effektivitet vad gäller territoriella restriktioner varit möjligheten att kontrollera snålshjutsproblem. I utredningen visar författarna att valet att införa territoriella begränsningar också har att göra med transaktionskostnader och informationsasymmetri. De menar att det är troligare att indela distributionen i områden om återförsäljarna har bättre information om marknaden och att begränsningarna kan öka effektiviteten även när service är relativt irrelevant. Vad gäller transaktionskostnader visar författarna att svårigheter med att upptäcka förseelser mot exklusiviteten är negativt kopplade till användandet av begränsningar och att möjligheten till genomförandemekanismer, till exempel särskilda investeringar, har en positiv effekt. Vidare ifrågasätter man den grundläggande tanken att en aktör inför mer begränsningar ju större han är, då de fått resultat som visar att en leverantör är mer benägen att införa dem om denne *förväntar sig* hård konkurrens. Författarna förespråkar därför den *rule of reason*-bedömning som finns i USA och ställer sig kritisk till EU: s *per se*-förbud.¹⁴⁵

9.4.2.3 Enskilda fall av särskilt allvarliga begränsningar som kan falla utanför art 101.1 eller uppfylla art 101.3

Nytt för riktlinjerna från 2010 är också den uttryckliga förklaringen att en leverantör kan få ålägga ett förbud mot samtliga återförsäljare att sälja till vissa kategorier av slutanvändare om en sådan inskränkning är objektivt nödvändig av hälso- eller säkerhetsskäl som hör ihop med att varan ifråga är farlig.¹⁴⁶ Likaså sägs att områdesbegränsningar kan falla utanför artikel 101.1 under en viss tid om begränsningarna är objektivt nödvändiga för att distributören ska kunna komma in på en ny marknad. Möjligheten att under en viss period ge en återförsäljare ett områdesskydd som nämndes ovan under

143 Loozen, E, The workings of article 101 TFEU in case of an agreement that aims to limit parallel trade (GlaxoSmithKline Services (C-501/06P, C-513/06P and C-519/06P)), s 352.

144 Faull, J och Nikpay, A, The EC law of competition, s 1133.

145 Dutta, S, Heide, J och Bergen, M, Vertical Territorial Restrictions and Public Policy: Theories and Industry Evidence, s 131.

146 Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag, 2004/C 101/08, p 18.

6.2 gäller alltså även begränsningar av passiv försäljning.¹⁴⁷ Någon praxis att exemplifiera när detta resonemang godkänts finns inte.

Även om kommissionen närmar sig en annan syn på särskilt allvarliga begränsningar tycks grundinställningen vara densamma. En förändrad attityd hos företagen till att våga införa territoriella begränsningar utöver vad som gjorts tidigare är därför inte heller trolig. Den enda reella möjligheten för att ett agerande som skulle kunna beskrivas som en särskilt allvarlig begränsning för att det i teorin kan leda till prisbindning eller marknadsuppdelning inte ska förbjudas torde därför vara att det inte klassificeras som just detta. Nedan följer de gränsdragningar för vilket agerande som är tillåtet respektive otillåtet med praktiska exempel från praxis och marknaden för anläggningsmaskiner vad gäller definitionen av passiv försäljning.

10 Att hindra den passiva försäljningen

Om marknadsandelarna understiger 30 % får en leverantör skriva exklusivitetsavtal med sina återförsäljare som ger en exklusivitet till aktiv försäljning inom ett visst område. Den passiva försäljningen får dock inte begränsas, vilket uttrycks implicit genom att endast begränsning av aktiv försäljning är undantaget förbudet i artikel 4 b) i) i förordningen:

Artikel 4

Begränsningar som medför att gruppundantaget inte gäller – särskilt allvarliga begränsningar

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

(...)

b) Begränsning av det område inom vilket eller av den kundkrets till vilken en köpare som är part i avtalet, utan att det påverkar en begränsning som avser etableringsstället, får sälja avtalsvarorna eller avtalstjänsterna, med undantag för

i) begränsningar av aktiv försäljning inom det exklusiva geografiska området eller till en exklusiv kundgrupp som reserverats för leverantören eller som leverantören tilldelat en annan köpare, om en sådan begränsning inte begränsar försäljningen för köparens kunder

(...)

10.1 Passiv försäljning i riktlinjerna

I riktlinjerna till förordningen om vertikala avtal finns en definition av vad som utgör aktiv respektive passiv försäljning. Vägledningen är inte särskilt omfattande, utan det lämnas till företagen att avgöra vilka ageranden som begränsar återförsäljarnas rätt att vidta passiva åtgärder på ett sådant sätt att man

147 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 61.

går utöver vad reglerna tillåter.

Aktiv försäljning beskrivs som att man aktivt kontakter enskilda kunder, till exempel genom direktreklam, icke begärd e-post och besök. Aktiv försäljning är också att aktivt närma sig en viss kundkategori eller kunder inom ett visst område genom reklam, internet eller genom att vidta andra säljfrämjande åtgärder med särskild inriktning på dessa kunder. Reklam eller säljfrämjande åtgärder som är attraktiva för återförsäljaren endast om de når ut till en viss kundkategori betraktas som aktiv försäljning till de kunderna.

Passiv försäljning definieras som att tillgodose beställningar som kunder själva tagit initiativ till, inbegripet leverans till sådana kunder. Allmän reklam eller allmänna säljfrämjande åtgärder som når kunder i andra återförsäljares områden, men som kan anses utgöra ett försvarbart sätt att nå kunder i exempelvis det egna området, anses utgöra passiv försäljning. Åtgärderna anses vara ett försvarbart sätt att nå sådana kunder om det skulle vara attraktivt för köparen att göra dessa investeringar även om de inte skulle nå kunder i andra återförsäljares områden eller kundkategorier.¹⁴⁸

10.1.2 Marknaden för anläggningsmaskiner

Ett tydligt exempel på svårigheten med begreppet passiv försäljning från marknaden för anläggningsmaskiner kom upp vid ett av mina möten med VCE. Det visar på att bestämmelsen i 4 b och vägledningen i riktlinjerna är svårtillämpade.

En återförsäljare i en medlemsstat anordnar en *open day* för befintliga och potentiella kunder, branschorganisationer och andra intresserade. I samband med denna låter han sig intervjuas i en branschtidning som sedan publicerar en artikel där återförsäljaren får goda recensioner. Tidningen ges endast ut i grannmedlemsstaten där en annan återförsäljare har ensamrätt på att sälja samma produkter. Är detta att aktivt inrikta sig mot den andre återförsäljarens kunder eller är det ett försvarbart sätt att marknadsföra sig? I riktlinjerna sägs att aktiv försäljning bland annat är ”reklam (...) som är attraktiv för köparen endast om de når ut till en viss kundkategori eller till kunder inom ett visst område”. Det går att argumentera för att återförsäljaren i det här fallet är medveten om att tidningen ifråga endast ges ut i den andra medlemsstaten och att han därför vidtar en aktiv marknadsföringsåtgärd genom att låta sig intervjuas. Å andra sidan är det väldigt svårt för leverantören att bevisa detta. Det är lätt att visa att återförsäljaren ifråga figurerat i tidningen och att tidskriften bara ges ut i det landet, men att artikeln har sin grund i en aktiv marknadsföringsåtgärd är svårare att påvisa. Likaså är det riskabelt för leverantören

148 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 51.

att ringa upp återförsäljaren som gjort intervjun och ifrågasätta hans agerande då kommissionen har en skarp inställning gentemot styrande beteende som, om det upprepas, skulle kunna leda till att återförsäljaren inte skulle våga sälja passivt till grannmedlemsstaten och att detta skulle utgöra ett samordnat förfarande som underförstått gäller för att skydda den andre återförsäljaren.

Definitionen av aktiv respektive passiv försäljning i riktlinjerna tar heller inte hänsyn till den relation som byggs upp mellan en återförsäljare och dess kunder. På marknaden för anläggningsmaskiner är det sällan fråga om enstaka affärer. Ett byggföretag behöver ständigt uppdatera sina maskinbanker och med jämna mellanrum serva sina maskiner. Gränsdragningen mellan aktiva och passiva ”säljfrämmande åtgärder” passar dåligt när en återförsäljare åker över flertalet gånger till en annan återförsäljares område för att utföra service och underhåll med reklam tryckt på servicefordonet. Enligt en strikt tolkning av riktlinjerna utgör detta agerande passiv försäljning eftersom återförsäljaren inte på eget initiativ åker över gränsen. Å andra sidan ger detta agerande lika mycket marknadsföring som om att han själv gjort det. För leverantören, som vill skydda sina återförsäljare från varandra för att distributionssystemet ska fungera och vara fortsatt attraktivt, är detta problematiskt. Exemplet visar återigen svårigheten för en leverantör att bevisa att återförsäljaren ifråga aktivt marknadsfört sig och för det andra de praktiska problem som uppstår när en uppdelning i aktiv och passiv försäljning styr vad som är tillåtet och inte.

10.1.3 Särskilt om internetförsäljning

Efter de allmänna definitionerna av aktiv respektive passiv försäljning följer en längre passage om vad som utgör vad vid användandet av internet som verktyg för att nå ut till kunder. Internet nämndes särskilt även i de tidigare riktlinjerna men då utan att gå in och skilja på särskilda ageranden. Utgångspunkten var då och är fortfarande att användandet av en hemsida utgör passiv försäljning och är ett rimligt sätt för kunder att nå återförsäljare. Däremot anses till exempel avtal om att ensamåterförsäljaren ska hindra kunder i ett annat område från att gå in på dennes webbplats eller ska se till att kunder där automatiskt omdirigeras till tillverkarens eller andra återförsäljares webbplatser utgöra en otillåten begränsning av passiv försäljning. Samma bedömning görs av avtal om att ensamåterförsäljaren ska avsluta en konsuments transaktioner när dennes kreditkort visar en adress som inte ligger inom återförsäljarens område och avtal om att återförsäljaren ska begränsa internetförsäljningens andel av den totala försäljningen. Leverantören får dock ställa upp ett krav uttryckt i ett belopp på hur mycket återförsäljaren ska sälja i sin vanliga fysiska butik för att garantera att butiken fungerar väl.

Allmänt sägs att det är tillåtet att begränsa en återförsäljares användning av internet endast om de säljfrämjande åtgärderna skulle leda till en aktiv försäljning. Kommissionen anser att nätreklam direkt riktad till vissa kunder utgör en aktiv marknadsföringsåtgärd. I allmänhet är försök att bli upptäckt inom ett visst område eller av en viss kundkategori aktiv försäljning till det området eller den kundkategorin. Om till exempel en sökmotor betalas för att visa reklam särskilt för användare inom ett visst område är det fråga om aktiv försäljning till det området.¹⁴⁹

10.1.3.1 Användningen av internet som distributionskanal på marknaden för anläggningsmaskiner

Internet används inte av de större aktörerna som distributionskanal i någon större omfattning. Hemsidorna är främst ett sätt att hitta information om vilka maskiner som ingår i utbudet och var man kan hitta återförsäljarens lokaler. Forumet utnyttjas däremot för försäljning av reservdelar till maskinerna (SWECON för VCE och Pon Equipment för Caterpillar s.k. Partstore).

De oberoende *traders* som också finns på marknaden använder sig främst av internet för att nå sina kunder. De annonserar ut maskiner på annonssidor och har hemsidor som redogör för vilka typer av maskiner de säljer och hänvisar till direktkontakt via telefon. I förhållande till reglerna om internetförsäljning i gruppundantaget har handlarna inga skyldigheter. Eftersom de inte har några större verksamheter får de utforma sina system hur de vill. Gränsen gentemot de stora aktörerna går vid att utge sig för att vara en utsedd återförsäljare av ett specifikt märke.

Det går inte att dra en rak linje mellan det faktum att aktörerna på marknaden för anläggningsmaskiner inte upplever några problem med avgränsningarna vad gäller internetförsäljning och förhållandet att definitionen är utförlig i riktlinjerna. Det är dock troligt att det finns ett samband.

10.2 Passiv försäljning i doktrin och rättsvetenskapliga artiklar

I allmän konkurrensrättslig doktrin beskrivs inte användningen av definitionerna aktiv och passiv försäljning som något problem. Där sägs kort att aktiv försäljning kan begränsas i vissa fall men att passiv försäljning ”i princip aldrig kan begränsas”.¹⁵⁰ I doktrin som är riktad mot distribution och vertikala avtal problematiseras inte heller användningen av begreppen aktiv och passiv försäljning. Valentine Korah och Denis O'Sullivan lyfter problemet vad gäller oklarheter vid internetförsäljning och ger kommissionen kritik för sin formalism, kritik som i mångt och mycket fått svar i de nya

149 Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2010/C 130/01, p 52-54.

150 Gustafsson, L och Westin, J, Svensk konkurrensrätt, s 117

riktlinjerna.¹⁵¹

I ECLR går det att finna kritik gentemot utformningen av reglerna och tillämpningen av desamma. Till skillnad från läroböckerna kan författarna till artiklarna gå utöver att beskriva *de lege lata* och ge förslag på förbättringar.

Frances Dethmers och Pier Posthuma de Boer säger att bestämmelsen i 4 b är svårläst och att riktlinjerna inte ger mycket klarhet till dess omfattning. Att man inte identifierar vad som är särskilt allvarliga begränsningar av territoriell art lämnas ett antal luckor. De ställer sig frågan om en begränsning är lika allvarlig även om den inte leder till absolut skydd, något som kommissionen vid tidpunkten för artikeln inte gett något svar på. Även om man i de nya riktlinjerna kan läsa att företag kan föra en argumentation om effektivitetsfördelar till följd av avtal med särskilt allvarliga begränsningar går samma fientliga inställning som tidigare att avläsa i praxis.¹⁵² Författarna förespråkar inte mer omfattande riktlinjer, då man menar att detaljerade beskrivningar snarast leder till vidare oklarheter och förvirring och har en tendens att ge alltför teoretiska resonemang. Istället undrar de om inte reglerna borde ändras och begreppsanvändningen passiv försäljning respektive aktiv försäljning tas bort från listan av särskilt allvarliga begränsningar. Ett förbud mot ett absolut områdesskydd skulle vara mer ändamålsenligt och tydligt.¹⁵³

Frank Wijckmans och Filip Tuytschaever rekommenderar i sin artikel från 2004, då förordning 2790/1999 fortfarande gällde, företag att inte införa begränsningar av aktiv försäljning om de bedömer det för svårt att bevisa förseelser mot dem. Om ett företag ändå väljer att ha en sådan begränsning bör man utforma klausulen så att den inte går utöver vad kommissionen definierar som exklusiv distribution, det vill säga att återförsäljaren ska utöva aktiv försäljning endast inom sitt tilldelade område och inte utanför där områden är reserverade för leverantören eller andra återförsäljare.¹⁵⁴

10.3 Passiv försäljning i praxis

I den praxis som behandlar parallellhandel har det handlat om huruvida ett avtal kan anses ha kommit till stånd eller inte snarare än att utreda om agerandet utgör en begränsning av passiv försäljning. Praxis vad gäller vertikala begränsningar är över huvud inte omfattande. Målen nedan kan ändå påvisa vilka typer av ageranden som av kommissionen och domstolarna identifieras som begränsningar av passiv

151 Korah, V och O'Sullivan, D, Distribution agreements under the EC competition rules, s 181.

152 Se bland annat nedan på sida 46 om målet *Nintendo*.

153 Dethmers, F och Posthuma de Boer, P, Ten years on: Vertical agreements under article 81, ECLR 2009, s 433 och 438.

154 Wijckmans, F och Tuytschaever, F, Active sales revisited, ECLR 2004, s 110 och 113.

försäljning. Avsaknaden av praxis vad gäller problematiken kan också användas i en argumentation för att problemet inte finns i teorin och därför inte angrips av kommissionen och domstolarna, något jag återkommer till i avsnitt 13.

I *Consten & Grundig*¹⁵⁵, som redan nämnts tidigare under avsnittet om ensamåterförsäljaravtal, hade Grundig uttryckligen i avtalet med sin återförsäljare förbjudit denne från att sälja, såväl aktivt som passivt, utanför Frankrike. Att Grundig på samma gång avstod från att själv konkurrera på den franska marknaden innebar ett absolut områdesskydd för Consten. Fallet var banbrytande då det var första gången kommissionen förklarade artikel 101 FEUF tillämplig på vertikala avtal. Målet kan också sägas vara ett typexempel på sådana begränsningar som kommissionen vill hindra genom bestämmelsen i 4 b i gruppundantaget. Beslutet överklagades och ogiltighetsförklarades delvis av Tribunalen, då det ansågs gå utöver syftet att förhindra ett absolut områdesskydd. Domstolen menade att kommissionen borde ha tillåtit ensamåterförsäljaravtalet med villkoret att parallellimport inte fick förbjudas, det vill säga att den passiva försäljningen inte skulle hindras. Målet kan inte ge någon klarhet till var gränsen går mellan otillåtet och tillåtet beteende, men visar att uttryckliga begränsningar av passiv försäljning i avtalen i vart fall inte tillåts.

I *Société La Technique Minière*¹⁵⁶, som var ett mål liknande *Grundig*, framhävde domstolen vikten av att bedöma begränsningen i sin verkliga kontext när man ska avgöra om ett avtal påverkar konkurrensen. I avtalet hade återförsäljaren fått ensamrätt att sälja avtalsvarorna i Frankrike och var hindrad från att sälja konkurrerande varor utan leverantörens samtycke. Däremot hindrades inte parallellimport uttryckligen. Domen i målet kom en månad innan *Consten & Grundig*, och vittnar om att en viss oenighet fanns om hur den nya ekonomiska metoden skulle yttra sig.

Tolv år senare i *Miller* var det återigen fråga om att ett uttryckligt exportförbud införts i avtalet. Klausulen lød: ”Inga Miller-produkter ska exporteras från Alsace-Lorraine till andra länder”. Domstolen sa att en sådan bestämmelse till sin natur utgör en begränsning av konkurrensen, och det faktum leverantören inte tillämpar bestämmelsen strikt innebär inte att den inte har en effekt eftersom själva dess existens skapar ”en visuell och psykologisk” grund som bidrar till en uppdelning av marknader. Målet har senare använts till grund för att i andra mål utan vidare argumentation förbjuda ett avtal med liknande formuleringar.¹⁵⁷

155 Förenade målen 56 och 58/64 *Consten & Grundig* mot Europeiska gemenskapernas kommission, [1966] ECR, s 339-40.

156 Mål 56/65 *Société Technique Minière* mot *Machinenbau Ulm*, [1966] ECR, s 235.

157 Mål 19/77 *Miller International Schallplatten GmbH* mot Europeiska gemenskapernas kommission, [1978] ECR, s

År 2000 kom kommissionens beslut i *JCB*¹⁵⁸, ett avgörande mål för aktörerna på marknaden för anläggningsmaskiner. Det är ett av få fall som berör deras specifika marknad och ger uttalanden om hur kommissionen tolkar konkurrenssituationen på den. Eftersom kommissionen avgränsade marknaden på ett sådant sätt att varje produktgrupp bedömdes för sig blev JCB:s marknadsandelar också betydande och gruppundantagsförordningen icke tillämplig. Kommissionen uttalade dock att marknadsindelningen inte var avgörande för utgången i målet eftersom de sannolika effekterna av avtalen och förfarandena inom JCB:s distributionsnät skulle varit betydande även med den av JCB föreslagna marknadsdefinitionen (p 11 i målet). JCB hade alltså klart gått över gränsen för vad kommissionen ansåg vara tillåtet agerande.

JCB hade uttryckligen i avtal reglerat förbud mot försäljning utanför det exklusiva området och tvingat återförsäljare betala kompensation för att man sålt utanför. De hade också informellt i egna dokument sagt att man ska avråda återförsäljare från att sälja utanför sitt område och uppgett att man oroas av försäljning som pågår över gränserna. Vidare visade uttalanden från de officiella distributörerna att de upplevde sig tvingade att inte sälja till kunder utanför sitt område även efter att klausulerna i avtalen ändrats (p 82 i målet). En bestämmelse om att de italienska distributörerna bara fick köpa från andra officiella distributörer i andra medlemsstater om JCB:s italienska dotterbolag godkände det ansågs innebära en begränsning av passiv försäljning. JCB:s argumentation att distributörerna inte hindrats från att göra inköp från andra medlemsstater eftersom priserna varit mycket lägre i Italien godtogs inte. Inte heller införandet av så kallade serviceavgifter som alternativ till förbudet att sälja utanför området godkändes då de inte ansågs bygga på faktiska kostnader. JCB hade också i Storbritannien infört ett system där distributörerna fick bidrag beroende på försäljningens destination, vilket direkt sågs som ett hinder för parallellhandeln¹⁵⁹. Eftersom JCB hade en marknadsandel på över 30 % fick de inte heller avtala om *single branding*. Kommissionen hävdade att JCB infört restriktioner för passiv försäljning genom att blanda sig i den exportförsäljning som gjordes av återförsäljarna i Storbritannien, ålägga de italienska distributörerna att endast sälja inom sina distrikt, kräva att dess tillstånd söktes av de irländska distributörerna innan export skedde samt genom att genom sitt franska dotterbolag delta i förhandlingar om provisioner på service i Frankrike. Vidare menade kommissionen att klausulen 4 b i avtalen tillämpades mer strikt än deras utformning och i praktiken innebar ett fortsatt förbud mot passiv försäljning.

00131. Se också Korah, V, Cases and materials on EC competition law, s 74.

158 Ärende COMP.F.1/35.918 JCB, [2002] OJ L69, s 0001-0049.

159 I svensk praxis finns ett exempel från Marknadsdomstolen där olika rabatter inom och utom distrikt ansågs utgöra hinder av passiv försäljning, se mål MD 2008:12.

Tribunalen ogiltigförklarade kommissionens beslut till viss del. Domstolen ansåg inte att kommissionen bevisat att JCB:s agerande lett till fastställande av priser och inte heller att serviceavgifterna inte baserades på faktiska kostnader, men sa inte heller att ett sådant agerande skulle ha accepterats.¹⁶⁰

På marknaden för personbilar finns vidare ett antal exempel på parallellhandelsmål.¹⁶¹ Agerande som där ansetts hindra parallellhandel är att pressa distributörerna genom hot att säga upp avtalet, icke-utbetalning av bonusar, vägran att låta garantin gälla även utanför området eller att låta återförsäljaren vänta på leverans längre när det står klart att kunden finns utanför det tilldelade området.¹⁶² Det har alltså där inte varit fråga om, likt i *JCB*, att leverantören uttryckligen i avtalet hindrat den passiva försäljningen. Agerande som leder till återförsäljarnas möjligheter att sälja utanför det tilldelade området minskar är inte heller tillåtet.

I *Bayer* hänvisade kommissionen i överklagandet till Tribunalen till *Merck och Beecham* som grund för att hävda att parallellimport under alla händelser måste skyddas. I överklagandet poängterade domstolen dock att syftet med artikel 101 FEUF inte är att undanröja hinder för handeln inom gemenskapen helt och hållet. Den är mer begränsad eftersom endast konkurrenshinder inrättade som ett resultat av en gemensam vilja mellan minst två parter är förbjudna enligt denna bestämmelse. Domstolen påpekade att *Merck och Beecham* inte skulle tolkas såsom gjorts av kommissionen. En tillverkare som inte har en dominerande ställning och då det inte finns någon gemensam vilja mellan honom och hans grossister, får anta den leveranspolicy som han anser nödvändig även om den till sin natur medför begränsningar av konkurrensen och påverkar handeln mellan medlemsstaterna. ”Det är inte öppet för kommissionen att försöka nå resultat (...) genom att förstora eller vidga omfattningen av [avsnitt 1 (Regler tillämpliga på företag) i kapitel 1 i avdelning VII i fördraget]”.¹⁶³ Målet handlade om kommissionens sätt att utvidga definitionen av ett avtal och inte huruvida den passiva försäljningen begränsats, men visar att domstolens tolkning av artikel 101 och möjligheten till undantag därifrån skiljer sig från kommissionen och ställningstagandet att parallellhandel inte ska skyddas till varje pris.

I *Topps*¹⁶⁴ ansåg kommissionen parallellhandeln hindrad på grund av att leverantören hos sina grossister

160 Mål T67/01, *JCB Service mot Europeiska gemenskapernas kommission*, [2004] OJ C85, s 0023 under p 119 ff.

161 Det finns en särskild gruppundantagsförordning för motorfordon – Kommissionens förordning (EU) nr 461/2010 av den 27 maj 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av

vertikala avtal och samordnade förfaranden inom motorfordonssektorn.

162 Se Tilläggsriktlinjer för vertikala begränsningar i avtal om försäljning och reparation av motorfordon och om återförsäljning av reservdelar till motorfordon, 2010/C 138/05, p 49-50.

163 Mål T-41/96 *Bayer AG mot Europeiska gemenskapernas kommission*, [2000] ECR, s II-03383, p 177 ff.

164 Ärende COMP/C-3/37.980 *Souris-Topps*, [2006] OJ L353, s 0005-6.

aktivt samlade in information för att ta reda på omfånget av parallellhandeln, övervakade slutdestinationerna, begärde försäkran om att lager inte skulle reexporteras till andra medlemsstater och hotade att upphöra med leveranser om detta inte efterlevdes (p 6 i målet). Kommissionen tillämpade artikel 101 FEUF på avtalet utan att analysera den ekonomiska verkligheten och definiera den relevanta marknaden med motiveringen att det rörde sig om begränsningar som har *till syfte att* inskränka konkurrensen, i enlighet med vad som sägs i riktlinjerna för tillämpning av artikel 101.3 FEUF¹⁶⁵. Detta korta konstaterande återspeglades sedan i den lika korta utredningen av om det finns möjlighet till undantag. Det konstaterades att återförsäljarna var hindrade från att både aktivt och passivt sälja utanför området, vilket gjorde gruppundantaget icke tillämpligt eftersom begränsningarna ”avsåg att garantera ett absolut territoriellt skydd”. Inte heller ett individuellt undantag var möjligt eftersom ”sådana begränsningar inte leder till förbättrad distribution och är till förfång för konsumenterna” (p 9 i målet). Någon vidare utredning av de faktiska omständigheterna gjordes inte.

I ett mål som fick sin slutliga dom av EU-domstolen i februari i år hade kommissionen likt tidigare inte motiverat sitt beslut med grunden att passiv försäljning begränsats.¹⁶⁶ Tribunalen utredde i överklagan istället huruvida ett avtal kunde anses ingånget eller inte. Bakgrunden till tvisten var att kommissionen under mars 1995 inledde en undersökning av videospelsbranschen som i sin tur ledde till en specifik granskning av Nintendos verksamhet. CD-Contact Data var Nintendos ensamåterförsäljare i Belgien och Luxemburg. När kommissionen varskodde Nintendo om att de fått klagomål om att företaget hindrade parallellhandeln erkände man att vissa av dess återförsäljningsavtal och allmänna villkor innehöll sådana klausuler och uppgav att man ville samarbeta. Utredningen slutade med ett beslut om att CD-Contact Data ansågs ha deltagit i ett system av avtal och samordnade förfaranden med Nintendo som haft till syfte att hindra parallellexporten av Nintendos produkter. Grunden var att CD-Contact Data per fax till kund uppgivit att man inte var intresserade av någon export. Det faktum att CD-Contact Data sedan brutit mot detta och ändå levererat produkter spelade ingen roll för utgången.

Tribunalen bekräftade CD-Contact Datas skuld i överklagandet och konstaterade att de genom sitt agerande hindrat parallellhandeln. Att det skriftliga distributionsavtalet dem och Nintendo emellan medgav passiv försäljning spelade ingen roll då det ingåtts två år efter det att kommissionens utredning började.

Svaranden väckte i sitt överklagande kritik mot kommissionens och tribunalens tillvägagångssätt (punkt

165 Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag, 2004/C 101/08, p 20.

166 Mål C-260/09 P Activision Blizzard Germany GmbH, tidigare CD-Contact Data GmbH mot Europeiska kommissionen, [2011] ECR, s 00000.

24 och framåt i målet). Bland annat sa man att man borde ha tagit hänsyn till det faktum att avtalet medgav passiv försäljning. Eftersom aktiv försäljning utanför området förbjöds i avtalet menade man också att ”det inte är konstigt att ha kontakt med leverantören i den frågan”. Man ansåg att man för att utföra en korrekt juridisk bedömning av omständigheterna borde, efter att ha fastställt att CD-Contact Data deltog i ett informationsutbyte om parallellimport, ha prövat huruvida uppträdandet i fråga avsåg en begränsning av aktiv parallellförsäljning, i enlighet med distributionsavtalet, eller huruvida det också avsåg en otillåten begränsning av passiv parallellförsäljning. Utan att fastställa förekomsten av ett avtal vars avsikt var att gå utöver en begränsning av aktiv försäljning, kunde förstainstansrätten enligt klaganden inte dra slutsatsen att CD-Contact Data var part i ett avtal som stred mot artikel 101.1 FEUF: Klaganden yrkade i andra hand att förstainstansrätten i varje fall åsidosatt sin motiveringsskyldighet, eftersom man inte uttalade sig om skälen till att skillnaden mellan aktiv parallellförsäljning och passiv parallellförsäljning inte skulle beaktas i målet. Kommissionen å sin sida ansåg det inte nödvändigt att Tribunalen efter att ha fastställt att det förelåg ett avtal mellan CD-Contact Data och Nintendo för att begränsa parallellhandeln att i domen ytterligare utveckla motiveringen avseende skillnaden mellan återförsäljarnas aktiva respektive passiva försäljning.

EU-domstolen fann inte att svarandens argument har någon grund i de faktiska omständigheterna. Den ansåg att Tribunalen tagit hänsyn till att ordalydelsen i avtalet inte förbjöd passiv försäljning, och att man därefter korrekt kommit fram till att de fax som skickats mellan CD-Contact Data och dess kunder bevisat att de *de facto* avsåg att hindra exporten fullt ut.

Även om svaranden inte får gehör för sin argumentation är den intressant i förhållande till uppsatsens tes. Den ifrågasätter kommissionens och domstolarnas korta motiveringar till varför ett agerande hindrar parallellhandeln och på vilket sätt detta skadar konkurrensen. Intressant är också hur domstolen bemöter svarandens argumentation om att faxen tolkats på ett felaktigt sätt och att de skickades för att uppmärksamma förbudet mot aktiv försäljning utanför området. Domstolen säger att även om de aktuella faxen kan tolkas på det sätt som klaganden har gjort gällande, kan det ändå konstateras att den tolkning som klaganden föreslår inte är den enda som kan göras av innehållet i faxen och att den därför inte kan säga att Tribunalen begått något materiellt fel vid sin tolkning. Kanske finns det grund för ett påstående att Tribunalens tolkning grundar sig på den allvarliga syn på begränsningar av parallellhandel som uttrycks i riktlinjerna och hänger ihop med målet om en inre marknad. Jag diskuterar detta vidare i avsnitt 13.

10.3.1 Marknaden för anläggningsmaskiner

Praxis visar att många olika typer av ageranden anses utgöra begränsningar av passiv försäljning, eller med andra ord, hinder av parallellhandel. Utgången i målen vittnar om vikten av möjligheten till parallellhandel som en del av målet att uppnå en inre marknad.

Praxis visar vidare att leverantörer är begränsade i sina möjligheter att samla in information och material för att eventuellt kunna bevisa att en återförsäljare brutit mot avtalet. Att ha ett ”övervakningssystem” samtidigt som man begränsat en återförsäljares möjligheter att sälja till vem han vill kan både enligt *Topps* och riktlinjerna utgöra en otillåten begränsning. Detta anknyter till exemplet som gavs ovan i 10.1.2 om att begreppsanvändningen av aktiv och passiv försäljning inte ta hänsyn till den relation som byggs upp mellan en återförsäljare och hans kunder. En befintlig kund återkommer till samma återförsäljare när en ny service krävs eller denne vill byta ut sina maskiner. För att en leverantör ska kunna visa att en viss maskin sålts aktivt till en kund i ett annat område och att detta sker i flera fall krävs att leverantören på något vis får uppgifter om hur stor andel maskiner som säljs inom återförsäljarens område respektive utanför området. Utgången i *Topps* vittnar om att en sådan övervakning är riskabel och kan ses som en begränsning av parallellhandel.

Eftersom en leverantör inte får övervaka sina återförsäljare genom system som anger slutdestination för produkterna är det likaså svårt för en leverantör av anläggningsmaskiner att undersöka huruvida återförsäljare i vissa stater aktivt säljer överflödiga maskiner via *traders* direkt till kunder i andra stater. Den löpande försäljning av såväl nya som begagnade anläggningsmaskiner på annonssidor där samma bild figurerar varje gång och inga serienummer anges vittnar om att det finns en marknad för detta. Det finns dock inga medel för leverantören att bevisa att så är fallet. Återförsäljaren kan enkelt avfärda en anklagelse med ett ”det var han som ringde mig”. I verkligheten finns även här en relation att ta hänsyn till, då en *trader* ringer upp en gång i månaden och frågar om det finns maskiner att köpa.

11 Om gruppundantaget inte är tillämpligt

Även om ett företag gör bedömningen att de ligger inom de marknadsandelar som gruppundantaget kräver kan kommissionen och nationella konkurrensmyndigheter stoppa ett enskilt avtal för att de anser att avtalet ändå har skadliga effekter på konkurrensen. Ett distributionsavtal kan falla utanför gruppundantagsförordningen av flera andra anledningar. Det kan till exempel innehålla särskilt allvarliga begränsningar eller ingås mellan två konkurrenter. Bland de kategorier av distributionsavtal som inte åtnjuter förmånen av gruppundantaget är de som överskrider tröskeln för marknadsandelar

viktiga.

11.1 Artikel 101.3 FEUF

Kommissionen framhäver i riktlinjerna till vertikala avtal att många vertikala avtal som visserligen faller under artikel 101.1 FEUF också har positiva effekter för marknaden i sin helhet. Ett samarbete som i och för sig faller under förbudet kan leda fram till utvecklingen av nya produkter, vilket gynnar konsumenterna i slutändan. Om sådana avtal förbjöds rakt av skulle mycket av marknadens dynamik gå förlorad. Av denna anledning har också gruppundantaget för vertikala avtal införts. De flesta avtal som ingås mellan parter i olika led av en distributionskedja anses inte skada konkurrensen. I gruppundantaget sägs dessutom att avtal som inte faller under gruppundantaget på grund av att avtalsparterna har för stora marknadsandelar inte heller presumeras vara förbjudna utan att de också kan undantas efter en individuell prövning av rekvisiten i artikel 101.3. Hur villkoren ska tolkas har utförligt beskrivits i ett tillkännagivande från kommissionen.¹⁶⁷ Samtliga hänvisningar i avsnittet avser dessa riktlinjer om inte annat anges.

Även om min analys ger att avtalen på marknaden för anläggningsmaskiner bör falla under gruppundantaget ska här ges en närmare beskrivning av villkoren för att påvisa de höga krav som ställs för ett individuellt undantag. Artikel 101.3 FEUF utesluter inte vissa typer av avtal från sitt tillämpningsområde på förhand, vilket innebär att företagen har en formell rätt att i ett enskilt ärende visa att avtalet kan ge konkurrensfrämjande effekter trots att det innehåller *hardcore restrictions*. Riktlinjerna uttalar dock en presumtion för att ett sådant avtal sannolikt inte uppfyller kraven i artikel 101.3 FEUF, och praxis får anses ha visat att en sådan utgång är tveksam i praktiken.¹⁶⁸ Bevisbördan åligger den som åberopar rätten till undantag, och företaget ifråga måste motbevisa den presumtion som säger att ett sådant avtal sannolikt inte uppfyller villkoren.¹⁶⁹ Det krävs att företagen har dokumenterat att avtalet sannolikt kommer att leda till effektivitetsvinster och kan visa att villkoren i artikel 101.3 generellt sett är uppfyllda. Vidare krävs det att kommissionen faktiskt bedömer de sannolika negativa effekterna på konkurrensen innan den gör den slutliga bedömningen av om villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda.¹⁷⁰

Ett avtal måste enligt artikel 101.3 FEUF för att undantas

167 Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag, 2004/C 101/08.

168 Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010/C 130/01, p 23.

169 Artikel 2 i Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

170 Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010/C 130/01, p 47.

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

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

De fyra villkoren i artikel 101.3 FEUF är kumulativa varför det i det enskilda fallet blir överflödigt att undersöka övriga villkor om det konstaterats att ett av villkoren inte uppfylls (p 38). Det anses också vara lämpligt att behandla frågan om nödvändighet före frågan om en skälig andel kommer konsumenterna till dels. Analysen av en skälig andel kräver nämligen en avvägning mellan positiva och negativa effekter vilken inte bör omfatta verkningarna av begränsningar som redan underkänts i nödvändighetstestet (p 39). De fyra villkoren är också uttömmande och ett avtal som inte klarar prövningen är ogiltigt.

11.1.1 Förbättrar produktionen eller distributionen av varor eller främjar tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande

Kostnadsminskningar i allmänhet hos företagen som samarbetar ger inga konkurrensfrämjande effekter på marknaden. Endast objektiva fördelar kan beaktas. Kopplingen mellan avtalet och effektivitetsvinsterna måste vara stark och vinsterna vara värda något för att kunna väga upp de konkurrensbegränsande effekterna (p 50). Påståenden som grundar sig på indirekta effekter är i regel för osäkra för att kunna beaktas. Ett exempel är att ett avtal gör det möjligt för de berörda företagen att öka vinsterna och därmed investera mer i forskning och utveckling, vilket i sista hand kommer konsumenterna tillgodo (p 54). Påståenden om effektivitetsvinster måste också alltid kunna underbygga att det finns en sannolikhet att de kommer att uppstå och i den omfattningen och i så fall hur och när de ska uppnås (p 51). Man ska med tillräcklig säkerhet kunna fastslå att vinsterna har uppnåtts eller troligen kommer att uppnås.

11.1.2 Begränsningarna ska vara nödvändiga

Det begränsande avtalet som sådant måste vara rimligt nödvändigt (73). Det ska inte finnas några andra i ekonomiskt hänseende praktiskt genomförbara och mindre begränsande sätt att uppnå effektivitetsvinsterna. Det krävs naturligtvis inte att parterna beaktar hypotetiska alternativ, bedömningen ska göras utifrån de marknadsvillkor som råder (75). Det kan också vara nödvändigt att se om parterna kunnat uppnå vinsterna själva och företagen tvingas förklara varför inte samma resultat

kunnat uppnås genom intern tillväxt och priskonkurrens (76). Den avgörande faktorn är om avtalet gör det möjligt att bedriva verksamheten effektivare än vad som sannolikt varit fallet om det inte funnits.

Den andra delen av bedömningen är att se till om *varje enskild* begränsning är nödvändig. En begränsning är nödvändig om ”det faktum att den inte fanns skulle eliminera eller betydligt minska de effektivitetsvinster som avtalet ger upphov till eller göra det betydligt mindre sannolikt att de förverkligas” (79).

Det är en svårdragen gräns mellan vad som egentligen behövs för att åstadkomma avtalets fördelar med minsta möjliga negativa konsekvenser för konkurrensen.¹⁷¹

11.1.3 Skälig andel till konsumenterna

Begreppet konsumenter i detta sammanhang är vitt. Det inbegriper alla direkt och indirekta användare av produkten, som tillverkare som använder produkten som råvara, grossister, detaljhandlare och slutkonsumenter (p 84). Den nytta som förs vidare till konsumenterna måste kompensera dem för de negativa effekter som konstaterats mot bakgrund av artikel 101.1 FEUF. Nettoeffekten av avtalet måste åtminstone vara neutral (p 85). Att det tar en tid innan vinsterna uppstår utesluter inte en tillämpning, men däremot måste större effektivitetsvinster påvisas ju längre tid som går innan nyttan tillkommer konsumenterna (p 87).

11.1.4 Konkurrensen får inte sättas ur spel

Ytterst prioriteras skyddet av konkurrensen och konkurrensprocessen högre än de effektivitetsvinster som avtal eventuellt kan ge upphov till (p 105). Om konkurrensen sätts ur spel i den mening som avses beror på vilken grad av konkurrens som rådde före avtalet och på dess påverkan på konkurrensen, det vill säga vilken minskning av konkurrensen det orsakar. Ju mindre konkurrens det fanns från början desto mindre påverkan från avtalet krävs för att konkurrensen ska sättas ur spel (107). Tillämpningen kräver en realistisk analys av konkurrenskillorna på marknaden, hur starkt konkurrensstryck de utsätter avtalsparterna för och vilken inverkan avtalet har på det konkurrensstrycket. Både faktisk och potentiell konkurrens måste beaktas (108).

Vid bedömningen av det tredje villkoret måste man ta hänsyn till sambandet mellan artikel 101 och artikel 102 FEUF eftersom artikel 101.3 FEUF enligt rättspraxis¹⁷² inte kan hindra tillämpningen av artikel 102 FEUF. Bestämmelsen kan inte användas på begränsande avtal som utgör missbruk av

171 Gustafsson, L och Westin, J, Svensk konkurrensrätt, s 68.

172 Förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P *Compagnie maritime belge* mot Europeiska gemenskapernas kommission, [2000] ECR, s I-01365, punkt 130.

dominerande ställning.

11.2 Återkallelse av gruppundantaget och förklaring att gruppundantagsförordningen inte är tillämplig

Om ett avtal faller inom gruppundantagets tillämpning gör det det fram till att kommissionen eller en nationell konkurrensmyndighet avlägsnar förmånen av förordningen. Ett sådant avlägsnande kan ske även för ett företag med mindre marknadsandel. För det första kan det göras med anledning av att ett enskilt avtal anses skada konkurrensen¹⁷³ och för det andra kan gruppundantagets tillämpbarhet inskränkas att inte gälla en särskilt kategori av avtal¹⁷⁴, utan att avgöra om de enskilda avtalen är tillåtna eller inte i förhållande till artikel 101.1 FEUF. I båda fallen har beslutet endast *ex nunc*-effekt, det vill säga gäller för framtiden och inte retroaktivt. Om återkallelseförfarandet tillämpas har kommissionen eller konkurrensmyndigheten bevisbördan för att avtalet omfattas av artikel 101.1 och att det inte uppfyller ett eller flera av villkoren i artikel 101.3.¹⁷⁵

Syftet bakom möjligheten att dra tillbaka förmånen av gruppundantaget är att komma tillrätta med kumulativa effekter av konkurrensbegränsande avtal. Tillträde till marknaden kan hindras och konkurrensen begränsas märkbart för att parallella nät av liknande vertikala avtal tillämpas, till exempel att vissa leverantörer tillämpar kvalitativ selektiv distribution och att andra tillämpar kvantitativ selektiv distribution på samma marknad.¹⁷⁶

Att företagen inte helt kan lita på att deras avtal åtnjuter undantag från förbudet i artikel 101.1 FEUF trots att de uppfyller de villkoren i gruppundantaget kan vara mer ett teoretiskt problem än ett praktiskt sådant. Än så länge har återkallelseförfarandet tillämpats extremt sällan, trots att möjligheten funnits i många år.¹⁷⁷ Det finns dock kritiker som säger att anledningen till att möjligheten inte utnyttjats är att kravet i artikel 6 i gruppundantagsförordningen om att 50 % av marknaden ska bestå av ett nät av parallella liknande avtal inte är realistiskt. Eftersom sådana marknader är extremt ovanliga, finns det också få verkliga exempel på återkallade undantag. Vidare ifrågasätts möjligheten att ställa ett enskilt företag till svars för kumulativa effekter; en leverantör måste i princip ha tillgång till sina konkurrenters avtal för att kunna bedöma omfattningen av det parallella nätverket. Och om ett företag har en så stark

173 Artikel 29 i Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

174 Artikel 6 i Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden.

175 Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010/C 130/01, p 77.

176 Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010/C 130/01, p 75.

177 Goyder, J, EU distribution law, s 114.

ställning på marknaden att konkurrenternas inblandning inte spelar någon roll, är det inte fråga om kumulativa effekter utan om artikel 102 FEUF och företagets eventuella dominerande ställning.¹⁷⁸

12 Marknadsanalys

Med en europeisk geografisk marknad och en produktmarknad som innefattar flera olika produktgrupper talar mycket för att gruppundantaget är tillämpligt på återförsäljaravtalen på marknaden för anläggningsmaskiner. Det är rimligt att aktörerna på marknaden får utgå ifrån en enda stor marknad i sin bedömning av om gruppundantaget är tillämpligt och om de har rätt att använda sig av exklusiva distributionssystem och *single branding*. Den praktiska konsekvensen av att gruppundantaget inte skulle vara tillämpligt blir att en aktör gällande vissa maskiner kan avtala om *single branding* men i ett avtal om andra produkter inte kan göra det. Eftersom slutkunderna på marknaden normalt beställer flera olika produkttyper under samma avtal och från samma återförsäljare finns det en orimlighet i en sådan ordning. I praktiken skulle det bli väldigt svårt att utforma avtalen på ett enhetligt och praktiskt genomförbart sätt.

Genom att jämföra vad som sägs i riktlinjerna till gruppundantaget om exklusiv distribution och *single branding* med förhållandena på marknaden för anläggningsmaskiner ger min analys att det också är motiverat att kombinera exklusiv distribution och *single branding* på den aktuella marknaden. Eftersom det finns oberoende *traders* fungerar inommarkeskonkurrensen och riskerna för utestängning är små. Kombinationen av distributionssätten är positiv för konkurrensen eftersom den motiverar återförsäljarna att inrikta sig på marknadsföringen och försäljningen av ett särskilt märke. De oberoende handlarna ser till att parallellhandeln fungerar och att de stora aktörerna får ”konkurrera med sig själva” när de tillför maskiner från ett område till ett annat. När maskiner som producerats i exempelvis Tyskland hamnar på den svenska marknaden innebär det en press på den svenska återförsäljaren att pressa priserna, ha bättre tillgänglighet på maskiner och erbjuda bättre service. Detta torde från kommissionens sida ses högst positivt eftersom det möjliggör en europeisk inre marknad för de aktuella produkterna. Eftersom de ledande aktörerna finns i de flesta medlemsstater och i samma medlemsstater som sina konkurrenter torde det vidare stå klart att också mellanmärkeskonkurrens finns, om än att den inte är total. Vad gäller mellanmärkeskonkurrensen ska återigen nämnas att leverantörerna inte konkurrerar främst med bästa pris utan mycket med utbud av service och underhåll. Risken för kumulativa effekter är heller inte överhängande eftersom leverantörerna inte har samma återförsäljare, det vill säga att det inte finns några multipla återförsäljare.

178 Dethmers, F och Posthuma de Boer, P, Ten years on: Vertical agreements under article 81, s 438.

I *JCB* nämndes att efterfrågan på anläggningsmaskiner har en lokal spännvidd, och särskilt vad gäller reservdelar gäller att de finns tillgängliga snabbt för att inte kostsamma förseningar ute på byggarbetsplatser ska uppstå. Att marknaden ställer krav på goda kunskaper om lokala förhållanden möjliggör för mindre aktörer att erbjuda detta bättre än vad de officiella märkesåterförsäljarna kan genom att sälja icke-märkesreservdelar. Detta är också positivt för konkurrensen på marknaden.

Ett alternativt distributionssätt skulle vara att utse agenter, vilket skulle kunna innebära färre risker i förhållande till konkurrensreglerna om territoriella begränsningar, men samtidigt skulle kräva ett större ekonomiskt risktagande för leverantörerna. Likaså är gränsdragningen för äkta och oäkta agentavtal oklar och även ett äkta agentavtal kan anses bryta mot artikel 101.1 FEUF om det kombineras med *single branding*.

Även selektiv distribution är ett teoretiskt möjligt alternativ. Den väljs typiskt sett vid distribution av exklusiva konsumentprodukter som parfym, men är också vanlig för mer komplexa varor som kräver rådgivning innan köp och service efter köp, till exempel personbilar.¹⁷⁹ Leverantörerna måste med en sådan ordning fortfarande ta ställning till artikel 101.1 FEUF och gruppundantagets regler men slipper problematiken med att skilja på aktiv och passiv försäljning, då varken eller är tillåtet att begränsa om man har ett selektivt distributionssystem. Vidare passar modellen dåligt in med verkligheten på marknaden. Som redan nämnts ställs från kunderna höga krav på eftermarknadsservice och tillgänglighet av maskiner, krav som innebär att reservdelar och mekaniker måste vara tillgängliga mer eller mindre alltid. Detta innebär naturligtvis höga kostnader för distributören. För att det ska vara attraktivt för återförsäljaren att göra investeringar som gör detta möjligt erbjuder leverantören exklusivitet till aktiv försäljning, då det ger goda möjligheter till en framgångsrik verksamhet.

Reglerna i gruppundantaget och dess tillhörande riktlinjer får anses lämpligt utformade för marknaden på så sätt att de möjliggör för aktörerna att välja de distributionssätt som anses mest effektiva. Däremot har konstaterats att reglerna och vägledningarna inte ger leverantörerna möjligheten att tillse att deras valda distributionssystem efterföljs. Detta är möjligen ett ordningsproblem som ligger på leverantörernas ansvar och utanför konkurrensreglernas syften, men jag har med min ovanstående framställning försökt påvisa att konkurrensreglerna i hög grad påverkar leverantörernas möjligheter att "säga åt" sina återförsäljare vad de får och inte få göra. Att 4 b i) i gruppundantagsförordningen är svårtillämpad leder till att leverantörerna inte vet hur de ska bemöta kritik från återförsäljarna att deras

179 Goyder, J, EU distribution law, s 130.

system inte efterlevs på ett sätt som inte riskerar att utgöra ett avtal eller samordnat förfarande som begränsar konkurrensen.

13 Diskussion med slutsatser

Territoriella begränsningar har länge varit föremål för intensiv politisk debatt. Den centrala frågan i denna debatt har varit om sådana arrangemang utnyttjas för effektivitet eller konkurrensbegränsande syften. Det råder konsensus om att båda scenarion är möjliga. Hur de ska behandlas med hänsyn till att kommissionen introducerat ett ekonomi- och effektbaserat synsätt är dock inte klart, och i praxis går det inte heller att urskilja någon enhetlighet.¹⁸⁰ I vissa fall görs en analys baserat på effekterna och omständigheterna i det enskilda fallet, och ibland har man nöjt sig med att konstatera att tidigare praxis visat att begränsningar av passiv försäljning leder till ett absolut områdesskydd vilket i princip aldrig kan medföra några fördelar för konsumenter. En policy som inte tillämpas allmänt och konsekvent är inte en trovärdig policy och bör ses över. Även om kommissionen laborerar med osäkerhet, så får detta som tidigare sagts inte leda till att förutsebarheten går om intet.

Det går också att ifrågasätta om det finns en reell möjlighet för ett företag som påstås bryta mot artikel 101.1 FEUF genom att begränsa passiv försäljning att påvisa effektivitetsvinster och åberopa artikel 101.3 FEUF. I riktlinjerna, som inte är bindande men väl inflytelserika för tolkningen, ges en *presumption* för att avtal innehållande sådana begränsningar *sannolikt* inte uppfyller kraven i artikel 101.3 FEUF. Detta torde innebära en stark *presumption*, vilken i praxis också i många fall inneburit att en prövning av de faktiska omständigheterna inte gjorts och utan att begränsningarna ansetts förbjudna *per se*. Sett från leverantörernas sida krävs också mycket för att motbevisa *presumptionen*. De ska ha dokumenterat att avtalet sannolikt kommer att leda till effektivitetsvinster och kunna visa att villkoren i artikel 101.3 FEUF generellt sett är uppfyllda. Samtidigt är en leverantör inte bara hindrad att uttryckligen i avtalen hindra passiv försäljning, han får inte heller agera på så sätt att möjligheterna för sådan handel minskas. I praxis har begränsningar i form av kontroll av slutdestination för varorna ansetts begränsa konkurrensen, utan att ta hänsyn till att sådan kontroll kan behövas för att kunna kontrollera att den exklusiva rätten att sälja aktivt inom ett område respekteras. I uppsatsen har inte fokus legat på att ge exempel på agerande som skulle kunna klara en sådan argumentation. Detta menar jag hänger ihop med att kommissionens inställning inte medger ett reellt utrymme för en sådan och att det därför inte gått att hitta exempel i praxis. Det jag istället försökt påvisa med arbetet är att kommissionens ståndpunkt *de facto* leder till att företag bedömer chanserna att vinna framgång med en sådan argumentation är lika

¹⁸⁰ Dethmers, F och Posthuma de Boer, P, Ten years on: Vertical agreements under article 81, ECLR 2009, s 424.

med noll.

Vidare kan de reella möjligheterna för kommissionen att faktiskt tillämpa sin effektbaserade metod på särskilt allvarliga begränsningar ifrågasättas. För det första betraktas avtal som innehåller begränsningar av passiv försäljning som avtal som har *till syfte att* begränsa konkurrensen i riktlinjerna för tillämpning av artikel 101.3 FEUF. Där sägs att effekten av sådana avtal inte behöver bedömas för att falla under förbudet i artikel 101.1 FEUF, till skillnad från avtal med samma *resultat*.¹⁸¹ Därefter sägs att en annan bedömning ska göras när det avgörs om artikel 101.3 FEUF är tillämplig. Då görs ingen skillnad på avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen och avtal som har till resultat att konkurrensen begränsas. Där ska de faktiska konsekvenserna av avtalet avgöra. Jag har svårt att tro att bedömaren kan se några fördelar med en begränsning som han i första ledet bedömt ha till direkt syfte att skada konkurrensen, även om denne går in med ett effektbaserat angreppssätt. Måhända är det svårt att se några sådana tydliga effektivitetsfördelar på exempelvis marknaden för anläggningsmaskiner, men möjligheten att få lägga fram en sådan argumentation och få gehör från domstolen eller kommissionen borde inte vara omöjligt. Vidare har uppmärksammats att begreppet ”effektivitetsfördelar” skulle kunna vidgas.

För det andra står kommissionens mål med en inre marknad i motförhållande till användningen av ett effektbaserat synsätt på begränsningar av passiv försäljning. Möjligheten för distributörer att välja sin marknad och för konsumenter att kunna köpa sina varor och tjänster var helst de vill hänger ihop med att leverantörer inte kan begränsa den gränsöverskridande handeln. Att leverantörer begränsar sin distribution genom ensamåterförsäljaravtal kan ge effektivitetsfördelar, men gör inte att varor kan spridas fritt över gränserna. Eftersom parallellhandel är avgörande för förverkligandet av en inre marknad, är det också svårt för kommissionen att se fördelarna med begränsningar av passiv försäljning när de går rakt emot detta syfte. Då reglerna är baserade på utgångspunkten att en inre marknad ska skapas och att parallellhandel är en viktig faktor för att nå detta mål borde kommissionen också erkänna att detta trumfar ut effektivitetsfördelar. Generaladvokat Warners åsikt i *Distillers*¹⁸² uppmärksammar vad kommissionen vill skydda - ”kommissionen tycks säga att den inte bryr sig om ifall DCL tillverkar och säljer produkter inom EU, utan att deras policy om parallellimport är viktigare.”¹⁸³

Om kommissionen anser att begränsningar av passiv försäljning är så allvarliga att deras förekomst oavsett avtal bör förbjudas, är det istället lämpligare att *per se* undanta dem från möjligheten till

181 Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag, 2004/C 191/08, p 20.

182 Mål 30/78 *Distillers Company Limited mot Europeiska gemenskapernas kommission*, [1980] ECR, s 02229.

183 *Korah, V, Cases and materials on EC competition law*, s 81.

undantag. Vidare bör ifrågasättas om de ska kvarstå som *hardcore restrictions*. Möjligen är det lämpligare med ett förbud mot absoluta områdesskydd, och att låta företagen avgöra vilka kombinationer av begränsningar som innebär sådana. En sådan formulering skulle inte hindra att även begränsningar av passiv försäljning som inte innebär ett totalt områdesskydd inte skulle kunna förbjudas, bara att utgångspunkten är att de undantas enligt gruppundantaget. Möjligheten för kommissionen och nationella myndigheter att ta tillbaka undantaget kvarstår och skulle kanske tillämpas mer flitigt.

Vidare bör riktlinjernas betydelse för rättsläget också ses ur ett praktiskt perspektiv. Formellt påverkar de ”inte den rättspraxis som Tribunalen och Europeiska unionens domstol utvecklat om tillämpningen av artikel 101 på vertikala avtal”. I praktiken står sig riktlinjerna i de flesta fall, då inte många mål når domstolarna. Det faktum tillsammans med att de kompletterar förordningen med regler (punkt 52 i riktlinjerna) gör dem väldigt inflytelserika på, om inte domstolarna på EU-nivå, så de nationella domstolarna och konkurrensmyndigheterna. Kommissionens syn på konkurrensbegränsningar är dominerande och styr hur företagen utformar sina avtal, även om de formellt inte kan sägas utgöra rättsläget. De brister som finns i utformningen av dess regler får därför stort genomslag på all distribution i Europa. Intressant i detta sammanhang är den starka kopplingen mellan förbudet mot att hindra passiv försäljning och marknadsintegration och det faktum att detta mål inte återfinns i de flesta nationella konkurrenslagstiftningarna. Det går därför att ifrågasätta om samma policy bör gälla när handeln mellan två medlemsstater inte påverkas.¹⁸⁴ Likaså bör uppmärksammas att det blir väldigt svårt för de nationella konkurrensmyndigheterna att bortse från riktlinjerna i sådana fall. Över huvud taget bör de ha ett kritiskt förhållningssätt gentemot riktlinjerna, inte minst när de går utöver förordningen.¹⁸⁵

En översyn av hur reglerna för vertikala avtal slår mot de enskilda marknaderna bör göras. Kanske ska industrimarknader urskiljas från marknader för produkter som når privatpersoner (konsumenter i sin smalare betydelse). Det innebär ett fokus på att sänka priserna i första hand genom att möjliggöra för lågpriskedjor att konkurrera med exklusiva produkter. Likt författarna i *Ten years on: Vertical agreements under article 81* tycker jag att man kan ifrågasätta om detta är det mest fördelaktiga för konsumenter (i sin vidare mening) i det långa loppet.¹⁸⁶ På marknaden för anläggningsmaskiner är faktorerna för en lyckad transaktion inte bara lägsta pris utan framför allt tillgängligheten av service och underhåll och tillhandahållandet av maskiner som kan hjälpa till att producera mycket material under en längre tid. En kund på marknaden för anläggningsmaskiner gör inte samma överväganden som en konsument på marknaden för jeans, och därför ser inte heller leverantörernas verklighet likadan ut. Kommissionen har

184 Dethmers, F och Posthuma de Boer, P, *Ten years on: Vertical agreements under article 81*, ECLR 2009, s 435.

185 Wijckmans, F och Tuytschaever, F, *Active sales revisited*, ECLR 2004, s 112 f.

186 Dethmers, F och Posthuma de Boer, P, *Ten years on: Vertical agreements under article 81*, ECLR 2009, s 438.

visserligen uttryckligen sagt att konsumenters välfärd går före hur företagen påverkas av reglerna, men det går att ifrågasätta om en sådan prioritering går ihop med ett ekonomiskt synsätt. Likaså medger kommissionen att konkurrensfaktorer utöver priset kan öka i betydelse genom vertikala begränsningar, men sättet de tillämpar reglerna tycks sätta priset först. Begreppsanvändningen av passiv och aktiv försäljning är en del av detta problem. Den medför osäkerhet och tillämpas strikt då kommissionens mål att nå en inre marknad prioriteras vid tolkningen av reglerna. Redan i Grönboken om vertikala begränsningar fick indelningen i aktiv och passiv försäljning kritik för att vara förlegad och att företagen får betala priset för marknadsintegrationen, och denna kritik anser jag fortsatt berättigad.

14 Sammanfattning

Jag anser att min tes bekräftats i arbetet. Distinktionen mellan aktiv och passiv försäljning orsakar inte några problem i teorin, men verkligheten visar det motsatta. Det är svårt att visa att ansträngningar för att synas utgör ett brott mot förbudet att aktivt sälja utanför det exklusiva området, särskilt som kommissionen i sin praxis sagt att övervakningsåtgärder i sig utgör begränsningar av passiv försäljning. Min analys ger att mer utförliga riktlinjer troligen inte skulle lösa problematiken utan att det snarast är syftena bakom reglerna och dess tillämpning som medför oklarheter.

De nya riktlinjerna för vertikala avtal ger sken av att kommissionens inställning till särskilt allvarliga begränsningar ändrats. Det står uttryckligen att de kan undantas i vissa situationer, vilket det inte gjort förut. Å andra sidan finns samma mål och syften bakom reglerna kvar – målet om en integrerad marknad är fortfarande högst aktuellt. Vilka begränsningar som går emot det målet har knappast heller modifierats, omfattande prisbindning och absolut områdesskydd omöjliggör en enhetlig marknad. Med de nya riktlinjerna sänder kommissionen ut signaler att möjligheterna för undantag för särskilt allvarliga begränsningar har ökat, men det går att ifrågasätta om de verkligen har gjort det. Det genomslag ”den ekonomiska metoden” fått i praxis sedan 1990-talet då den först introducerades vittnar om att förändringar sker långsamt. För att förverkliga den inre marknaden och samtidigt närma sig den kommersiella verkligheten hos företagen bör kommissionen istället vara öppen med att de krockar ibland. Om det sedan går att motivera att målet med den inre marknaden ska gå före företagens möjlighet att välja det mest effektiva distributionssättet är en annan fråga.

Ett förslag till lösning är att utforma reglerna på så sätt att absolut områdesskydd är förbjudet, kontraktuellt och *de facto*, och att det lämnas öppet för företagen att avgöra om deras agerande leder till detta. Allvarligheten att begränsa återförsäljarnas valmöjligheter är fortsatt stor, men en sådan

utformning skulle möjligen öka chanserna för leverantörerna att utnyttja sina valda distributionssystem effektivt, vari ligger att kunna kontrollera att de efterföljs. Så som reglerna nu är utformade är inte leverantörerna på marknaden för anläggningsmaskiner uttryckligen förbjudna att göra det, men *de facto* är handlingsutrymmet begränsat.

I vart fall bör det i riktlinjerna för *de minimis*-avtal klargöras att företag med små marknadsandelar kan ha avtal innehållande särskilt allvarliga begränsningar då de inte anses begränsa konkurrensen på ett märkbart sätt. Enhetliga regler är avgörande för att förutsebarheten ska vara fullgod.

Kommissionen har genom utvecklingen av reglerna visat på en vilja att närma sig den kommersiella verkligheten, men ambitionerna får inte tillräckligt genomslag i praxis. Det återstår att se om detta förändras. Kritikerna menar att *per se*-förbud av territoriella begränsningar inte är det mest effektiva sett ur ett ekonomiskt perspektiv, men det är kanske det sätt på vilket reglerna måste utformas om den inre marknaden ska kunna förverkligas. Att företagen får betala priset för detta är tydligt.

Källor

Offentliga publikationer

Prop 2009/10:236 om vertikala konkurrensbegränsande avtal

EU-rätt

Rådets förordning (EEG) nr 19/65 av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden

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

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

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

Riktlinjer om vertikala begränsningar 2000/C 291/01

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

Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag 2004/C 101/08

Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010/C 130/01

Tilläggsriktlinjer för vertikala begränsningar i avtal om försäljning och reparation av motorfordon och om återförsäljning av reservdelar till motorfordon 2010/C 138/05

Grönbok om vertikala begränsningar i EG: s konkurrenspolitik KOM(96) 721

Draft communication on the application of the EC Competition rules to vertical restraints – Follow-up to the Green Paper on Vertical restraints , [1998] OJ C365/3

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, [1997] OJ C372, s 0005-0013

Draft Commission Notice Guidelines on Vertical restraints SEC (2009) 946/3

Litteratur

- Faull, Jonathan och Ali Nikpay, *The EC law of competition*, Oxford University Press 2007
- Goyder, Joanna, *EU distribution law*, Hart Publishing 2011
- Gustafsson, Leif och Westin, Jacob, *Svensk konkurrensrätt*, Norstedts juridik 2010
- Korah, Valentine, *Cases and materials on EC competition law*, Hart publishing 2006
- Korah, Valentine och O'Sullivan Denis, *Distribution agreements under the EC competition rules*, Hart Publishing 2002
- Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, Nordstedts Juridik AB 2007
- Wijckmans, Frank, Tuytschaever, Filip och Vanderelst, Alain, *Vertical agreements in EC competition law*, Oxford University Press Inc. 2006
- Whish, Richard, *Competition law*, Oxford University Press 2009

Artiklar

- Coumes, Jean-Michel och Wilson, Katharine, *New rules on supply and distribution agreements: Main changes of the new system*, European Competition Law review (ECLR) 2010, s 439-441
- De Stefano, Gianni, *The new vertical restraints regulation: navigating the vast seas beyond safe harbours and hardcore restrictions*, European Competition Law review (ECLR) 2010, s 487-490
- Dethmers, Frances och Posthuma de Boer, Pier, *Ten years on: Vertical agreements under article 81*, European Competition Law review (ECLR) 2009, s 424-439
- Kellerbauer, Manuel, *The Commission's new enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies' exclusionary conduct: A shift towards a more economic approach?*, European Competition Law review (ECLR) 2010, s 175-186
- Loozen, Edith, *The application of a more economic approach to restrictions by object: No revolution after all (T-Mobile Netherlands (C-8/08))*, European Competition Law review (ECLR) 2010, s 146-150
- Loozen, Edith, *The workings of article 101 TFEU in case of an agreement that aims to limit parallel trade (GlaxoSmithKline Services (C-501/06P, C-513/06P, C-515/06P and C-519/06P))*, European Competition Law review (ECLR) 2010, s 249-353
- Wijckmans, Frank och Tuytschaever, Filip, *Active sales restrictions revisited*, European Competition Law review (ECLR) 2004, s 107-113

Internetkällor

- Konkurrensverket, Frågor och svar, (2011-11-02) <http://www.kkv.se/t/Page.aspx?id=2114#parallellhandel%20inom%20eu>

Volvo Group, Quick facts about Volvo CE, (2011-10-24),
http://www.volvoce.com/constructionequipment/corporate/en-gb/AboutUs/quick_facts/Pages/quick_facts.aspx

Caterpillar, Översikt över samverkan, (2011-10-24), <http://sverige.cat.com/cda/layout?m=93323&x=14>

Redeye, SSAB: Stark rapport väntas, 2010-04-28 (2011-10-15),
<http://www.redeye.se/bolag/ssab/analys/userreport/ssab-stark-rapport-vantas>
SWECON, Produkter, (2011-09-15), <http://www.volvoce.com/DEALERS/SV-SE/SWECON/PRODUCTS/Pages/introduction.aspx>

Rättsfallsförteckning

Svenska domstolar

MD 2008:12

Internationella och utländska domstolar

Europeiska unionens domstol

Mål 56/65 Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm, [1966] ECR, s 235

Förenade målen 56 och 58/64 Consten och Grundig mot Europeiska gemenskapernas kommission, [1966] ECR, s 339-40

Mål 19/77 Miller International Schallplatten GmbH mot Europeiska gemenskapernas kommission [1978] ECR, s 00131

Mål 30/78 Distillers Company Limited mot Europeiska gemenskapernas kommission, [1980] ECR, s 02229

Mål 107/82 AEG-Telefunken AG mot Europeiska gemenskapernas kommission, [1983] ECR, s 03151

Mål C-73/95P Viho Europe BV mot Europeiska gemenskapernas kommission med stöd av Parker Pen Ltd., [1996] ECR, s I-05457

Mål C-306/96 Javico International och Javico AG mot Yves Saint Laurent Parfums SA, [1998] ECR, s I-01983

Förenade målen C-2/01P och C-3/01P Bundesverband der Arzneimittel Importeure eV och Europeiska gemenskapernas kommission mot Bayer AG, [2004] ECR, s I-00023

Mål C-74/04P Volkswagen AG mot Europeiska gemenskapernas kommission, [2006] ECR, s I-106585

Mål C-167/04 P JCB Service mot Europeiska gemenskapernas kommission, [2006] ECR, s I-08935

Mål C-8/08 T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV och Vodafone Libertel NV mot Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, [2009] ECR, s I-04529
Förenade målen C-501/06P, C-513/06P och C-519/06P GlaxoSmithKline Services Unlimited, tidigare Glaxo Wellcome plc mot Europeiska kommissionen, [2010] 4 CMLR 50
Mål C-260/09P Activision Blizzard Germany GmbH, tidigare CD-Contact Data GmbH mot Europeiska kommissionen, [2011] ECR, s 00000

Tribunalen

Mål T-41/96 Bayer AG mot Europeiska gemenskapernas kommission, [2000] ECR, s II-03383
Mål T-208/01 Volkswagen AG mot Europeiska kommissionen, [2003] ECR, s II-05141
Mål T-67/01 JCB Service mot Europeiska gemenskapernas kommission, [2004] OJ C85, s 0023
Mål T-427/08 Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs (CEAHR) mot Europeiska kommissionen, [2010] ECR, s 00000

Europeiska kommissionens beslut

Ärende IV/30.658 Polistil/Arbois, [1984] OJ L136, s 0009-0015
Ärende 98/273 VW-Audi, [1998] OJ L124, s 0060-0108
Ärende IV/M.1571 New Holland/Case, [2000] OJ 130, s 0011
Ärende IV/M.2369 CNH/FHE, [2001] OJ 363, s 0033
Ärende COMP.F1/35.918 JCB, [2002] OJ L69, s 0001-0049
Ärende COMP/36.264 Mercedes-Benz, [2002] OJ L257, s 0001-0047
Ärende COMP/C-3/37.980 Souris-Topps, [2006] OJ L353, s 005-006
Ärende COMP/E-2/39.143 Opel, [2007] OJ L330/44

Registrerades på kursen för första gången HT 2011.

Deltog i examinationstillfället i januari 2012.