

Spärregeln i det svenska gruppundantaget för ensamåterförsäljaravtal

Av jur. kand. JOHAN CARLE

Inledning

Avsikten med införandet av en ny konkurrenslag och ett antal gruppundantag i Sverige är att, så långt det är möjligt, uppnå materiell rättslikhet med Romfördragets konkurrensregler och därmed också med EES-avtalets motsvarande regler.¹ Ledning vid tillämpningen av konkurrenslagen och gruppundantagen skall därför hämtas från rättspraxis inom EG.

En för näringslivet mycket viktig avtalsform är ensamåterförsäljaravtal, dvs. avtal till vilka två företag är parter och där den ena parten förbinder sig att endast till den andra parten leverera vissa varor för återförsäljning inom ett visst geografiskt område. Inom EG finns ett gruppundantag för sådana avtal.² Detta gruppundantag gäller i princip oberoende av hur stor del av en relevant marknad³ leverantören i fråga har.⁴ I Sverige har införts motsvarande gruppundantag med en avgörande skillnad. En spärregel har införts som innebär att om en leverantör har över 35 procent av den relevanta marknaden i fråga, kan han ej använda sig av det svenska gruppundantaget.

Eftersom syftet med den nya konkurrenslagen och därmed sammanhängande gruppundantag är att uppnå största materiella rättslikhet med EG:s konkurrensregler och motsvarande regler i EES-avtalet, bör mycket starka skäl föreligga innan avvikelse görs från EG:s materiella konkurrensregler. Nedan behandlas frågan huruvida tillräckligt starka skäl föreligger för att införa en sådan avvikelse i form av ovan angiven spärregel.

¹ Prop. 1992/93:56, s. 21.

² Förordning (EEG) nr 1983/83 av den 22 juni 1983.

³ En relevant marknad består dels av en relevant produktmarknad, dels av en relevant geografisk marknad. Den relevanta produktmarknaden omfattar de produkter som köpare anser vara utbytbara, dvs sådana produkter som på grund av pris, funktion och egenskaper i övrigt tillfredsställer samma behov hos köparen, se t. ex. mål 6/72 Europemballage och Continental Can mot kommissionen (1973) ECR 215. Med den relevanta geografiska marknaden avses de områden där konkurrensförhållandena för produkten i fråga är desamma för dem som handlar med produkten, se t. ex. mål 27/76 United Brands mot kommissionen (1978) ECR 207.

⁴ Det kan dock tänkas fall där ett ensamåterförsäljaravtal är förbjudet såsom missbruk av en dominerande ställning, jfr mål T 51/89 Tetra Pak mot kommissionen (1991) 4 CMLR 334.

EG:s gruppundantag för ensamåterförsäljaravtal

Enligt artikel 85(1) i Romfördraget är avtal mellan företag, som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna inom EG, förbjudna om de har till syfte eller effekt att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden.

Ensamåterförsäljaravtal står i strid med artikel 85(1) i Romfördraget, eftersom leverantören av varorna i fråga genom avtalet är förhindrad att utse annan återförsäljare inom avtalsområdet. Leverantörens handlingsutrymme har härigenom begränsats, vilket utgör en otillåten konkurrensbegränsning.

Ett ensamåterförsäljaravtal medför emellertid fördelar för såväl leverantören av de varor som omfattas av avtalet som för återförsäljaren. Den största fördelen för leverantören torde vara att han genom avtalet kan koncentrera sin försäljningsverksamhet, eftersom han inte behöver upprätthålla affärsförbindelser med flera återförsäljare.⁵ Återförsäljaren vinner på avtalet främst genom att han ej får någon konkurrens från andra som säljer samma vara inom avtalsområdet. I många fall är ensamrätten till och med en förutsättning för att någon skall vilja ta den kommersiella risk som återförsäljning innebär.⁶ Även konsumenterna av de varor som omfattas av avtalet kan få del av vinsterna genom att distributionen förbättras och genom att få tillgång till varorna snabbare och lättare.⁷

Inom EG har de nyss angivna fördelarna ansetts vara så stora att ett gruppundantag utfärdats för ensamåterförsäljaravtal, som utformats i enlighet med gruppundantaget.

EES-avtalets ikraftträdande har inneburit att EG:s gruppundantag, med vissa förändringar avseende den geografiska tillämpningen, gäller inom hela EES-området.⁸

Spärregeln i det svenska gruppundantaget för ensamåterförsäljare

Enligt EG:s gruppundantag för ensamåterförsäljaravtal får ensamåterförsäljare åläggas att inte tillverka eller distribuera varor, som konkurrerar med varor som omfattas av avtalet.⁹ I motsvarande

⁵ Se stycke 5 i ingressen till kommissionens förordning (EEG) nr 1983/83 av den 22 juni 1983.

⁶ *Ibid* ingressen stycke 6. I de fall ensamrätten till återförsäljning är en förutsättning för att någon överhuvudtaget skall vilja åta sig att sälja viss vara torde ensamrätten emellertid inte utgöra någon konkurrensbegränsning. Utan ensamrätten hade ju varan ifråga aldrig kunnat komma ut på marknaden, jfr mål 56/65 Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm (1966) ECR 235 och mål 258/78 Nungesser mot kommissionen (1982) ECR 2015.

⁷ *Ibid* ingressen stycke 7.

⁸ Bilaga XIV till EES-avtalet.

⁹ Artikel 2.

svenska gruppundantag har emellertid, som ovan sagts, en spärrregel införts som innebär att en leverantör inte kan använda sig av gruppundantaget om han har över 35 procent av den relevanta marknaden. Orsaken till att en spärrregel införts i det svenska gruppundantaget är, enligt motiven, skillnaden i storlek på relevanta marknader inom EG-rättens och konkurrenslagens område.¹⁰ Antalet distributionskanaler på den svenska marknaden påstås vara begränsade och det anses ej heller alltid finnas tillräckligt stor efterfrågan för att fler sådana kanaler skall kunna etableras. Då leverantören enligt EG:s gruppundantag har rätt att hindra sin återförsäljare att sälja konkurrerande produkter, anses redan ett fåtal leverantörer kunna blockera distributionskanalerna för andra konkurrenter. Den införda spärrregeln anses kunna minska faran för att så skall ske.

I motiven till det svenska gruppundantaget anges vidare:

”Får en leverantör, som utsett en ensamåterförsäljare på en lokal marknad, en stor marknadsandel på denna marknad är detta ett tecken på att mellanmärkeskonkurrensen är otillräcklig. Det finns då skäl att öppna för ökad inommärkeskonkurrens.”¹¹

Påståendet att en hög marknadsandel för en leverantör är ett tecken på bristande mellanmärkeskonkurrens, dvs. otillräcklig konkurrens mellan olika märken som tillhör samma relevanta marknad, kan starkt ifrågasättas. Konkurrensen i Sverige fungerar normalt väl och en hög marknadsandel ger således främst uttryck för att det är fråga om en vara som konsumenterna föredrar framför andra. Vad gäller oligopolmarknader är det vidare så, att en hög marknadsandel är ett utslag av att t. ex. skalfördelar gör sig gällande. Då den svenska marknaden är liten, är det fullt naturligt att det på denna finns fler marknader med oligopolistiska inslag än som är fallet på andra större marknader.

Vidare gäller att i de fall då en hög marknadsandel faktiskt ger uttryck för en bristande mellanmärkeskonkurrens är det naturliga att vidta åtgärder mot just detta och *inte* att öka inommärkeskonkurrensen, dvs. konkurrensen mellan flera säljare av ett och samma märke, som motiven anger vara lösningen. Enligt min mening är det en självklarhet att bristande mellanmärkeskonkurrens inte kan åtgärdas genom att fler återförsäljare säljer en vara av ett och samma märke.

De leverantörer som omfattas av spärrregeln kan nu inte längre förhindra mellanmärkeskonkurrens, eftersom de inte kan förhindra återförsäljare från att föra varor som direkt konkurrerar

¹⁰ Förordningsmotiven 1993:1, s. 5.

¹¹ Förordningsmotiven, s. 15.

med de egna varorna. Det kan säkert finnas fall då det kan vara befogat att på detta sätt försöka att öka mellanmärkeskonkurrensen. Regeln förhindrar emellertid också vissa leverantörer och deras återförsäljare från att begränsa inommärkeskonkurrensen, eftersom någon ensamrätt för dessa återförsäljare inte får förekomma; detta trots att det är den bristande mellanmärkeskonkurrensen som anses vara otillräcklig.

Om en spärregel nödvändigtvis måste införas, finns det bättre sätt att åtgärda den påstått bristande mellanmärkeskonkurrensen. Ett sätt vore att ange att om en leverantör har en marknadsandel över 35 procent, skall han inte få hindra återförsäljare från att sälja konkurrerande produkter. En sådan lösning har den fördelen att den inte hindrar någon leverantör, oavsett marknadsandel, från att utse ensamåterförsäljare. Detta vore till fördel, inte endast för leverantörer med större marknadsandelar, utan särskilt för återförsäljare. Det är ju normalt återförsäljarna som önskar vara de enda inom sina respektive områden, under det att detta inte är lika viktigt för leverantören.

Den utformning spärregeln nu givits kan leda till minskad i stället för ökad konkurrens, vilket visas genom två exempel.

En återförsäljare måste ofta genomföra omfattande investeringar i varulager, lokaler och marknadsföring, vilket medför betydande ekonomiska risker för honom. För att vilja ta dessa risker brukar han kräva att få vara ensam inom sitt område. Det kan han emellertid inte vara i de fall hans leverantör har över 35 procent av den relevanta marknaden. Om nu återförsäljaren gör nyss angivna investeringar och varan i fråga blir populär finns det en risk att andra, som inte tagit motsvarande ekonomisk risk, börjar sälja samma vara inom hans område. Dessa andra återförsäljare drar således nytta av någon annans ekonomiska risktagande och brukar därför betecknas som s. k. free riders.¹² Det kan i många fall leda till att dessa s. k. free riders kan erbjuda ett lägre pris på varan än den som gjort varan populär.

Vidare, om någon utses att vara ensamåterförsäljare åt en leverantör, som har en marknadsandel om t. ex. 25 procent, utgör spärregeln inte något hinder. Om återförsäljaren sedan lyckas öka marknadsandelen till 40 procent kan han, på grund av spärregeln, emellertid ej längre göra gällande sin ensamrätt. I detta läge kan leverantören sålunda utse ytterligare en återförsäljare inom samma område.

I de båda nyss angivna exemplen torde spärregeln medföra att incitamenten att arbeta för ett visst märke minskar betydligt. Det

¹² Se t. ex. V. Korah "Exclusive dealing agreements in the EEC", London 1993.

torde nämligen vara mindre vanligt att någon vill göra investeringar i ett märke som inte kommer endast honom själv utan också alla andra till godo. Konsumenterna kommer att förlora på detta genom ett minskat utbud.

Det bör vidare noteras att det många gånger kan föreligga betydande svårigheter att avgöra vad som är den relevanta marknaden. EG-praxis ger vid handen att relevanta marknader avgränsats synnerligen snävt.¹³ Spärregeln riskerar därför att bli svårhanterlig för många företag. Det är inte rimligt att införa så svårbedömbara regler med tanke på att de bestämmelser i ett ensamåterförsäljaravtal som inte faller innanför gruppundantaget är ogiltiga och kan medföra betydande ekonomiska sanktioner.¹⁴

Införandet av en spärregel medför även problem i de fall ett ensamåterförsäljaravtal inte endast avser viss vara utan också reservdelar till den. Av rättspraxis inom EG framgår att reservdelar kan utgöra en särskild produktmarknad skild från de produkter i vilka de infogas.¹⁵ Detta innebär att en svensk leverantör som har en procent av en relevant marknad, t. ex. för datorer, inte kan utse den som är ensamåterförsäljare av hans datorer att också vara ensamåterförsäljare av reservdelar till dessa datorer. Leverantören av datorerna i fråga har ju hundra procent av marknaden för reservdelar till dessa datorer och därför slår spärregeln till. Detta kan inte ha varit avsikten med det svenska gruppundantaget, men är en oundviklig effekt.

Spärregeln och EES-avtalet

Enligt 5 § konkurrenslagen gäller att om såväl konkurrenslagen som konkurrensreglerna i EES-avtalet kan tillämpas i ett visst fall, skall beslut med stöd av konkurrenslagen vara förenliga med EES-avtalets konkurrensregler.

Av förarbetena till konkurrenslagen kan den slutsatsen dras, att i den mån parter till ett ensamåterförsäljaravtal kan visa att deras avtal faller under EES-avtalets gruppundantag för ensamåterförsäljaravtal gäller detta framför motsvarande svenska gruppundantag.¹⁶ I dessa fall kan parterna således bortse från spärregeln och oavsett marknadsandel använda sig av ensamåterförsäljaravtal, som begränsar såväl inommärkes- som mellanmärkeskonkurrensen.

¹³ Se t. ex. mål 22/78 Hugin mot kommissionen (1979) ECR 1869 och mål T-30/89 Hilti mot kommissionen (1991) II ECR 1439.

¹⁴ 7, 26 och 33 §§ konkurrenslagen.

¹⁵ Se mål 22/78 Hugin mot kommissionen (1979) ECR 1869 och mål 238/87 AB Volvo mot Erik Veng (1988) ECR 6211.

¹⁶ Prop. 1992/93:56, s. 68.

Avgörande för frågan om en svensk leverantör med en marknadsandel över 35 procent skulle kunna förlita sig på EES-avtalets gruppundantag för ensamåterförsäljaravtal eller ej är om det s. k. samhandelsrekvisitet i artikel 53(1) i EES-avtalet är uppfyllt eller ej. Enligt rättspraxis från EG anses ett avtal påverka samhandeln om det påverkar handelsmönstret mellan minst två av EG:s medlemsstater eller om det kan få en sådan effekt.¹⁷ Det är således tillräckligt med en potentiell effekt på handeln för att samhandeln skall anses påverkad. Tolkning av samhandelsrekvisitet har varit så vid att det i doktrinen ansetts rimligt att anta att ett avtal faktiskt påverkar samhandeln, såvida inte annat kan visas.¹⁸

Enligt EG:s gruppundantag för ensamåterförsäljaravtal gäller vidare att, i den mån endast företag från en medlemsstat är parter till ett ensamåterförsäljaravtal, skall gruppundantaget tillämpas också på detta avtal förutsatt att samhandeln påverkas.¹⁹ Även rent nationella avtal kan således ha samhandelseffekt.

Av rättspraxis inom EG framgår att även ett avtal som i sig självt har en obetydlig effekt på konkurrensen kan anses påverka samhandeln.²⁰ Detta är fallet då avtalet tillsammans med andra avtal bildar ett sådant nätverk att den kumulativa effekten av dem påverkar samhandeln. I fallet *Stergios Delimitis mot Henninger Bräu*²¹ behandlades bl. a. frågan huruvida ett exklusivt inköpsavtal, rörande leveranser av obetydliga kvantiteter öl från ett tyskt bryggeri till en ägare av ett kafé i Frankfurt, kunde påverka samhandeln. EG-domstolen ansåg att svaret på denna fråga var beroende av svårigheter för konkurrenter utanför Tyskland att få tillträde till den tyska marknaden och i vilken utsträckning avtalet tillsammans med andra liknande avtal utgjorde ett sådant nätverk att de sammantaget bidrog till att skilja den tyska marknaden från övriga marknader inom EG. Inom EG bedöms således frågan om samhandeln berörs som nära sammankopplad med om det föreligger en konkurrensbegränsning.

Om större svenska företag ålägger sina ensamåterförsäljare att inte föra konkurrerande produkter till dem som omfattas av avta-

¹⁷ I mål 56/65 *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm* ((1966) ECR 235) ansåg EG-domstolen att för att ett avtal skall kunna påverka samhandeln måste det "... be possible to foresee with a sufficient degree of probability on the basis of a set of objective factors of law or of fact that the agreement in question may have an influence, direct or indirect, actual or potential, on the pattern of trade between member-States".

¹⁸ R. Whish, "Competition Law", London 1993 s. 216.

¹⁹ Ingressen stycke 3.

²⁰ Mål 23/67 *Brasserie de Haecht S. A. mot Wilkin* (1967) ECR 407 och mål C-234/89 *Stergios Delimitis mot Henninger Bräu* (1991) I ECR 935.

²¹ Mål C-234/89 *Stergios Delimitis mot Henninger Bräu* (1991) I ECR 935, se även P. Lasok "Assessing the Economic Consequences of Restrictive Agreements: A Comment on the Delimitis Case" (1991) 5 ECLR.

len, dvs. precis det som enligt motiven till det svenska gruppundantaget avseende ensamåterförsäljning ej är önskvärt, torde möjligheterna att falla under EES-avtalets motsvarande gruppundantag öka betydligt. I dessa fall torde nämligen utländska konkurrenters möjligheter att få tillgång till den svenska marknaden komma att väsentligt begränsas. Härigenom påverkas samhandeln och de svenska företagen kan dra nytta av EES-gruppundantaget.

En paradoxal effekt av spärreglen kan således vara att stora svenska företag i ökad omfattning inför ett förbud för sina återförsäljare att föra konkurrerande varor, varigenom de kommer i åtnjutande av EES-gruppundantaget för ensamåterförsäljaravtal. Spärregeln uppmuntrar således större företag att införa konkurrensbegränsningar.

Spärregeln kommer också att medföra att företag på samma relevanta marknad har att rätta sig efter skilda regelsystem. Det gäller i de fall vissa företag kan dra nytta av EES-gruppundantaget för ensamåterförsäljaravtal, under det att andra företag med tillverkning i Sverige inte kan dra nytta av något motsvarande gruppundantag. Av motiven framgår att denna konkurrensnackdel inte ansetts utgöra motiv nog att låta bli att införa spärregeln.²² Motiven anger att missgynnade företag i stället kan söka individuellt undantag för avtalet hos Konkurrensverket. Denna lösning är, enligt min mening, inte förenlig med normal affärsverksamhet. Intresset för att ingå avtal under förutsättning att Konkurrensverket beviljar undantag torde vara ytterst begränsat. Det torde i detta sammanhang vara tillräckligt att nämna att verket har minst tre månader på sig att handlägga en begäran om individuellt undantag.

Slutsatser

Syftet med införandet av en ny konkurrenslag och ett antal gruppundantag är att uppnå materiell rättslighet med Romfördragets konkurrensregler och därmed också med EES-avtalets motsvarande regler. Mycket starka skäl skall därför föreligga för att avvika från EG:s materiella konkurrensregler. Enligt min mening föreligger inte, på ovan angivna grunder, tillräckligt starka skäl för att införa en spärregel i det svenska gruppundantaget för ensamåterförsäljaravtal.

Leverantörer som omfattas av spärregeln kommer att ha en konkurrensnackdel jämfört med andra leverantörer, eftersom de inte får utse ensamåterförsäljare. Enligt min mening är det högst olämpligt att lagstiftaren på detta sätt skapar konkurrensnackdelar

²² Förordningsmotiven, s. 6.

för vissa företag. Den konkurrensrättsliga lagstiftningen skall alltid vara konkurrensneutral, eftersom all konkurrensrättslig lagstiftning som gynnar vissa företag på andras bekostnad står i strid med hela idén om en marknadsekonomi. Spärregeln bygger på tanken att leverantörer med små marknadsandelar skall få hjälp gentemot dem med en hög marknadsandel. Den konkurrensrättsliga lagstiftningen skall emellertid inte gynna några företag, vare sig de är stora eller små. Spärregeln bör därför utgå ur det svenska gruppundantaget, varefter materiell rättslikhet i denna del uppnås med Romfördragets och EES-avtalets konkurrensregler.