

Ny syn på vertikal prisstyrning*

EU:s konkurrensrätt i förändring

ANDERS FERNLUND**

1. Övergripande om vertikal prisstyrning

1.1 Bakgrund

Inom den europeiska konkurrensrätten har vi sedan tid tillbaka lärt oss att vertikal prisstyrning tillhör de särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar som gör avtal ogiltiga.¹ Detta klargörs i artikel 101.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) och förtydligas i det vertikala gruppundantaget (VBER).² Ytterligare förklaringar och förtydliganden av texten i VBER ger kommissionen, genom tillkännagivande riktlinjer om vertikala begränsningar (Vertical Guidelines, VG).³ I såväl VBER som VG anses vertikala avtal som direkt eller indirekt syftar till att fastställa ett lägsta försäljningspris som köparen ska iaktta, vertikal prisstyrning, i regel utgöra en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning.⁴

Prissamverkan är på intet sätt en ny företeelse och heller inte något område som är outrett i svensk rätt. Redan 1965–66 genomfördes den statliga utredningen ”Prissamverkan och konkurrens”, i vilken dåvarande hovrättsfiskalen, jur.lic. Ulf Bernitz bidrog med en gedigen genomgång av ”Internationell konkurrensbegränsningsrätt” såsom bilaga 1 i SOU:n.⁵ I sin

* Artikeln har tidigare förekommit i JT nr 2 2024–25.

** Jur.dr, Juridiska fakulteten, Stockholms universitet, advokat och civ. ek., ASTRA advokater.

¹ Enligt artikel 101.2 FEUF.

² Kommissionens förordning (EU) 2022/720 av den 10 maj 2022 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden.

³ Riktlinjer om vertikala begränsningar (2022/C 248/01).

⁴ VBER artikel 4 a och VG p. 185 ff.

⁵ SOU 1966:48, Prissamverkan och konkurrens.

genomgång konstaterade Bernitz att konkurrensbegränsningslagstiftningen runt om i världen byggde på två principer, förbudsprincipen och missbruksprincipen.⁶ Enligt förbudsprincipen kan man förbjuda vissa konkurrensbegränsande handlingssätt och döma den som överträder förbuden. Enligt missbruksprincipen öppnas möjligheten att pröva konkurrensbegränsande handlingssätt i administrativ ordning om handlingssättet visar sig skadligt. Bernitz konstaterade att principerna inte låg långt ifrån varandra eftersom förbudsprincipen kunde mildras med legala undantag och dispenser samtidigt som missbruksprincipen kunde skärpas genom regler att vissa konkurrensbegränsande handlingar presumeras vara skadliga intill motsatsen bevisar (omvänd bevisbörda).⁷ De flesta länder har skapat sina konkurrensbegränsande lagar med en blandning av de två principerna. Bernitz konstaterade också att prissamverkan kan förekomma i såväl horisontella samarbeten som i vertikala.

1.2 Konkurrensbegränsande samarbeten i vertikala avtal inom EU

Regleringen av prisstyrning och andra förmodade konkurrensbegränsande samarbeten sker inom den europeiska konkurrensrätten i artikel 101.1 FEUF som lyder:

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

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

⁶ A.a., s. 144 f.

⁷ A.a.

Tillämpningen av förbudet i artikel 101.1 FEUF innehåller fyra huvudkriterier: företagskriteriet, samhandelskriteriet, avtalskriteriet och konkurrensbegränsningskriteriet.⁸ Denna artikel är koncentrerad till konkurrensbegränsningskriteriet. Företagskriteriet och samhandelskriteriet kommer knappast att behandlas medan avtalskriteriet endast belyses såtillvida att kriteriet kan uppfyllas genom avtal, beslut av företagsammanslutningar och samordnande förfaranden.

Konsekvensen av användande av förbjudna förfaranden framgår av artikel 101.2 FEUF:

”Avtal eller beslut som är förbjudna enligt denna artikel är ogiltiga.”

Mot denna klara och tydliga huvudregel ska sedan ställas möjligheten till undantag. Genom artikel 101.3 FEUF får bestämmelserna i punkt 1 förklaras icke tillämpliga t.ex. genom gruppundantag. I denna artikel är det vertikala gruppundantaget (VBER) tillsammans med riktlinjer om vertikala begränsningar (VG) av särskilt intresse. I VG p. 5 fastställs principerna för bedömning av vertikala avtal enligt artikel 101 FEUF. Särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar anses i allmänhet ha till syfte att begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 101 FEUF – och således också enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen (KL), SFS 2008:579 – och kan redan till sin natur anses vara skadliga för konkurrensen, vilket framgår av VG p. 179 och 195.⁹ Vertikal prisstyrning anses vanligtvis begränsa konkurrensen. EU-domstolen har konstaterat att prissamarbeten i vertikala avtalsförhållanden anses till sin natur vara mindre allvarliga än i horisontella prissamarbeten.¹⁰

1.3 Doktrin

Företeelsen ”prisstyrning” har många alternativa varianter såsom prissamverkan, priskontroll, prisadministration, etc. och kallas på engelska oftast resale price maintenance (RPM). Oavsett vilken term som används i olika sam-

⁸ Vladimir Bastidas Venegas, En kort not om instuderingen av EU:s konkurrens- och statsstödsrätt, Juridisk Publikation 1/2018, s. 129 f.

⁹ Se även t.ex. EU-domstolens dom den 3 juli 1985, Binon mot AMP, C-243/83, EU:C:1985:284, EU-domstolens dom den 1 oktober 1987, VVR mot Sociale Dienst, C-311/85, EU:C:1987:418 och EU-domstolens dom den 19 april 1988, SPRL Louis Erauw-Jacquery v La Hesbignonne SC, C-27/87, EU:C:1988:183.

¹⁰ EU-domstolens dom den 14 mars 2013, *Allianz Hungária Biztosító m.fl.*, C-32/11, EU:C:2013:160, p. 43 och kommissionens beslut den 24 juli 2018 i ärende AT.40465, *Asus*, p. 138.

manhang, är företeelsens syfte detsamma. Företeelsen utgör en styrning och kontroll för att påverka priserna på varor och tjänster i en marknad. Detta kan ske genom avtal som direkt eller indirekt syftar till att begränsa köparens möjligheter att bestämma sitt försäljningspris, däribland avtal som syftar till att fastställa ett fast eller lägsta försäljningspris som köparen ska iaktta.¹¹ När prisstyrning används av ett tidigare led i näringskedjan mot ett senare, t.ex. en producent styr priset för en detaljist, så avses vertikal prisstyrning. Detta kan ske genom angivande av pristak, prisgolv, prisintervall eller fasta priser. Vertikal prisstyrning kan ske genom såväl direkta som indirekta metoder.¹² Trots det sagda anses angivande av ett högsta återförsäljningspris eller ett rekommenderat återförsäljningspris, inte som en vertikal prisstyrning, utan undantas i VBER artikel 4 a.

I tiden för det svenska inträdet i EU var den rådande uppfattningen om prisstyrning följande, enligt den doktrin som ingående omfattade den europeiska konkurrensrätten. Bellamy & Child hade en mycket strikt inställning till prisstyrning och konstaterade i grundverket *Common Market Law of Competition* att en överenskommelse att bestämma ett pris utgör till sin natur en konkurrensbegränsning enligt syftet i Romfördragets artikel 85(1).¹³ Även prisrekommendationer låg i riskzonen att bedömas som brott mot dåvarande artikel 85(1), detta trots att gruppundantag uttryckligen accepterades prisrekommendationer.¹⁴

Frågan om prisstyrning behandlades ingående i *EEC Competition Law – A practitioners guide* av författarna Ritter, Braun och Rawlinson redan 1991.¹⁵ Författarna listade alla tänkbara former av prisstyrning och avslutar med konstaterandet att det normalt sätt inte går att få undantag under artikel 85(3) för dessa företeelser.¹⁶

I Ulf Bernitz lärobok *Den nya konkurrenslagen* från 1993 redogjordes för hanteringen av prissamverkan i den nya konkurrenslagen inför Sveri-

¹¹ VG p. 185.

¹² VG p. 186–187.

¹³ Bellamy & Child, *Common Market Law of Competition*, Sweet & Maxwell, 4 u., 1993, s. 173–188. Bellamy & Childs grundverk heter numera *European Union Law of Competition* och är nu aktuell i sin 8 u.

¹⁴ Se t.ex. punkt 13 i inledningen till dåvarande gruppundantaget för franchiseavtal, Commission Regulation (EEC) No 4087/88 of 30 November 1988 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of franchise agreements.

¹⁵ Ritter, Braun och Rawlinson, *EEC Competition Law – A practitioners guide*, Kluwer Law, 1991, s. 114–124.

¹⁶ Detta avser den tid då det gick att få individuella undantag och icke-ingripande besked.

ges inträdde i EG.¹⁷ Bernitz konstaterade att bruttoprisförbudet från 1954 numera ingår som ett led i förbudet i 6 § KL av vertikal prissamverkan. Dock blev de vertikala cirkapriserna fortfarande tillåtna så länge de var ensidiga och självständiga, dvs. inte hade föregåtts av förhandlingar mellan parterna. Bernitz nämnde också att den nya konkurrenslagen innebar en viss uppluckring av det svenska bruttoprisförbudet, som tidigare var absolut. Uppluckringen berodde på det EU-rättsliga bagatellkartellundantaget som medger leverantörer med liten marknadsandel att ange fasta priser.¹⁸

I boken *Konkurrenslagen och EES-avtalets konkurrensregler* från 1993 tog Carlsson, Göranson och Schuer upp priser och andra affärsvillkor som förbjudna konkurrensbegränsningar.¹⁹ Även i denna bok förekom en lång lista på de förbjudna prisstyrningsföreteelserna, men i denna listning gavs föredömligt löpande praxishänvisningar i varje enskilt fall.

Även i *Konkurrensrätten inom EU och EES* tog Coyet, Gustafsson, Olsson och Simonsson upp frågan om prisstyrning.²⁰ Det konstaterades att vertikala fastställanden av priser var tidigare mycket vanliga, t.ex. i återförsäljaravtal, men att de hädanefter är förbjudna. I samband med genomgången av förbudet i dåvarande 6 och 19 §§ KL tog författarna upp möjligheterna till individuella undantag, gruppundantag och icke-ingripandebesked, dock utan att särskilt nämna undantaget för rekommenderade priser i gruppundantag.²¹

2. Legal utveckling

2.1 USA

Trots att denna artikel behandlar EU:s konkurrensrätt så måste vi se till utvecklingen av konkurrensrätten i USA i vår analys. Prissamverkan är ett välkänt fenomen såväl i USA som i EU och de legala regelverken kring denna företeelse liknar varandra ganska väl.²² The Sherman Act antogs redan 1890 och var ämnad att förbjuda monopol och konkurrenshämmande avtal. Rom-

¹⁷ Bernitz, Ulf, *Den nya konkurrenslagen*, Juristförlaget, 1993, s. 25 f.

¹⁸ Jfr dagens bagatellavtalsundantag – KKVFS 2017:3.

¹⁹ Carlsson, Göranson och Schuer, *Konkurrenslagen och EES-avtalets konkurrensregler*, Publica, 1993, s. 83–88.

²⁰ Coyet, Gustafsson, Olsson och Simonsson, *Konkurrensrätten inom EU och EES*, Norstedts Juridik, 1993, s. 64 och 364.

²¹ Se artikel 5(e) i dåvarande gruppundantaget för franchiseavtal – Commission Regulation (EEC) No 4087/88 of 30 November 1988 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of franchise agreements.

²² Den amerikanska Sherman Act och det europeiska Romfördraget med dess efterföljare.

fördraget, som antogs 1957, innehöll förbud mot konkurrensbegränsande avtal och missbruk av dominerande ställning i artiklarna 85 och 86.²³

Portalparagrafen i the Sherman Act (Section 1) anger

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.

Praxis visar att amerikanska domstolar inte har ägnat sig åt semantisk lagtolkning utan tolkat in ordet *oskäligt* när de bedömer handelshinder (restraint of trade). Analysen i amerikanska domstolar av avtal under antitrustlagstiftningen sker enligt två alternativ.²⁴ Det första alternativet är ”the *per se* rule”, då man konstaterar att blotta existensen av en handelshindrare bestämmelse gör den olaglig. Det andra alternativet är ”the rule of reason”, då man ser till omständigheterna i det specifika fallet, dess effekt och syfte. Om domstolen finner handelshindrare moment i analysen enligt *rule of reason* så inträder en omvänd bevisbörda och parten måste bevisa att effekten inte är handelshindrare.

I fall av vertikal prisstyrning förlitade sig amerikanska domstolar under större delen av 1900-talet på det tidigare prejudikatet *Dr. Miles*.²⁵ Enligt det målet var vertikala minimipriser i sig ett handelshinder som stod i strid med antitrustlagstiftningen. Domstolarna dömde enligt *per se* regeln med hänvisning till *Dr. Miles* ända in på 2000-talet.

Det dröjde till 2007 innan *Dr. Miles*-prejudikatet ersattes av ett nytt prejudikat i *Leegin*-målet, som krävde djupare analys enligt rule of reason.²⁶ I *Leegin*-målet dömde District court och Court of Appeals enligt tidigare praxis till förmån för motparten *PSKS* enligt *per se*-regeln, men US Supreme Court konstaterade att ”*Dr. Miles* is overruled, and vertical price restraints are to be judged by the rule of reason.”²⁷ För en fullständig genomgång av *Leegin*-målet hänvisas till ett antal analyser i amerikanska law journals.²⁸

²³ Idag artikel 101 och 102 i FEUF.

²⁴ Carrier, *The Four-Step Rule of Reason*, Antitrust, Vol. 33, No. 2, Spring 2019, s. 50.

²⁵ *Dr. Miles Medical Co. v. John D Park & Sons Co.*, 220 US 373 (1911).

²⁶ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 887 (2007).

²⁷ *Leegin*-domen, s. 877.

²⁸ Se t.ex. Peter M. Ellis, *Leegin Creative Leather Products v. PSKS and Vertical Restraints*, 34 N.C. J. INT'L L. 569 (2008).

2.2 EU

I såväl USA som i EU är lagreglerna avfattade så att blotta existensen av prisstyrning i ett avtal, innebär att avtalet är ett konkurrenshämmande avtal. Essensen av analysen inom EU ligger i begreppet ”syfte eller resultat” (by object or by effect). Om ett prisstyrningsbestämmelsen i ett avtal anses ha till syfte att hämma konkurrensen så finns inget behov att analysera den verkliga effekten av bestämmelsen.

Den amerikanska Leegin-domen påverkade den EU-rättsliga debatten kring prissamverkan, i den riktning att blotta existensen av en prisbestämelse inte skulle leda till ogiltighet. Detta märktes särskilt under arbetet med förnyelse av det vertikala gruppundantaget (VBER 2010) som kom 2010.²⁹ Resultatet blev dock endast följande tillägg till text i ingressen (*min understrykning*):³⁰

”Vertikala avtal som innehåller begränsningar som sannolikt kommer att begränsa konkurrensen och skada konsumenterna, eller som inte är absolut nödvändiga för att uppnå effektivitetsfrämjande effekter, bör inte beviljas undantag enligt denna förordning. Särskilt bör gruppundantaget enligt denna förordning inte omfatta vertikala avtal som innehåller vissa typer av allvarligt konkurrenshämmande begränsningar, såsom lägstapris eller fasta återförsäljningspriser och vissa slag av territoriellt skydd, oberoende av de berörda företagens marknadsandel.”

Inom EU har olika initiativ förekommit i debatten, där individuella medlemsstater har försökt att klargöra tillåtlighet eller ogiltighet av prisstyrningsbestämmelser. Den tyska konkurrensmyndigheten Bundeskartellamt nådde långt genom publicerandet av ett upplysningsdokument om förbudet gällande vertikal prisfixering i dagligvaruhandeln.³¹ Syftet med publikationen var att förklara bakgrunden, syftet och omfattningen av förbudet mot vertikal prissättning inom dagligvaruhandeln. Publikationen innehåller konkreta exempel på hur prisstyrningsklausuler kan vara formulerade och anvisningar hur de bör bedömas rättsligt.³² Myndigheten konstaterar att dessa klausuler

²⁹ 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.

³⁰ Den understrukna texten utgör det relevanta tillägget i VBER 2010, punkt 10 i ingressen, jämfört med samma punkt i VBER 1999.

³¹ *Guidance note on the prohibition of vertical price fixing in the brick-and-mortar food retail sector*, July 2017, Bundeskartellamt, Bonn.

³² A.a., p. 46–50.

utgör sådana påtryckningar, alternativt incitament, från producent gentemot återförsäljaren som utgör brott mot den tyska konkurrenslagen.³³ Myndigheten tar det ytterligare ett steg genom att konstatera att även återförsäljaren begått konkurrensrättsbrott genom att acceptera ett fixerat pris, vilket strider mot såväl den tyska konkurrenslagen som EU-lagstiftning.³⁴

I ett beslut från det svenska konkurrensverket (KKV) den 22 juni 2023 redogjorde KKV för gällande rätt avseende prisstyrning på följande sätt.³⁵

”Av 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579) följer att avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt är förbjudna. Avtal kan undantas från förbudets tillämpning om förutsättningarna i 2 kap. 2 § konkurrenslagen är uppfyllda.

Med vertikal prisstyrning avses avtal eller samordnade förfaranden som begränsar köparens (återförsäljares) möjlighet att bestämma försäljningspriset på en (leverantörs) vara eller tjänst vid försäljning eller uthyrning av varor eller tillhandahållandet av tjänster.

Ett avtal eller en samordning mellan en leverantör och dennes återförsäljare som rättsligt eller faktiskt tvingar eller påverkar återförsäljare att tillämpa ett fast pris eller att inte underskrida ett visst lägsta pris anses normalt strida mot 2 kap. 1 § konkurrenslagen. Ett sådant avtal eller samordning uppfyller i regel inte heller förutsättningarna för undantag enligt 2 kap. 2 § konkurrenslagen.”

2.3 Super Bock-domen

En stor förändring i den EU-rättsliga konkurrensrätten kom genom dom av den 29 juni 2023 i mål C-211/22 – Super Bock Bebidas (Super Bock-domen). I målet hade Tribunal da Relação de Lisboa (appellationsdomstolen i Lissabon, Portugal) framställt en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF i målet Super Bock Bebidas SA m.fl. mot Autoridade da Concorrência (konkurrensmyndigheten i Portugal).³⁶ Begäran om förhandsavgörande avsåg tolkningen av artikel 101.1 FEUF och artikel 4 a i VBER

³³ Section 21(2) GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen).

³⁴ Section 1 GWB och artikel 101.1 FEUF.

³⁵ Dnr 249/2023, beslut 2023-06-22 (ICA Sverige AB).

³⁶ Parten Super Bock Bebidas SA m.fl. utgörs förutom bolaget i sig även av en styrelseledamot i Super Bock respektive och chefen för bolagets försäljningsavdelning på den så kallade *on-trade* kanalen. De tre parterna benämns gemensamt i artikeln som *Super Bock m.fl.*

samt VG.³⁷ Målet i appellationsdomstolen rörde lagenligheten av konkurrensmyndighetens beslut att fastställa att Super Bock m.fl. hade överträtt konkurrensreglerna och att ålägga dem böter för denna överträdelse.

Fakta i målet var följande. Super Bock tillverkar och saluför öl och andra drycker. Försäljningen sker genom olika kanaler, av vilka on-trade kanalen säljer till hotell, restauranger och kaféer. I denna kanal har Super Bock träffat ensamåterförsäljaravtal med oberoende återförsäljare som i sin tur säljer dryckerna vidare i geografiskt uppdelade områden i nästan hela Portugal. Appellationsdomstolen fann styrkt att Super Bock under lång tid ”regelbundet, generellt och oförändrat fastställt och ålagt samtliga återförsäljare de affärsvillkor som de skulle iaktta vid återförsäljning av de varor som Super Bock sålde till dem”.³⁸ Särskilt uppmärksammades att Super Bock hade fastställt ”minimipriser vid återförsäljning i syfte att säkerställa upprätthållandet av en stabil minimiprisnivå som var anpassad till hela den nationella marknaden”.³⁹ Minimipriserna fastställdes av Super Bocks försäljningsledning varje månad och kommunicerade ut till återförsäljarna, som i allmänhet tillämpade sagda priser. Återförsäljarna kontrollerades genom Super Bocks övervakningssystem där återförsäljarna rapporterade in sålda kvantiteter och belopp. De återförsäljare som inte iakttog minimipriserna riskerade represalier i form av indragna inköpsrabatter, återbetalningsskyldighet av erhållna återförsäljningsrabatter, nekade leveranser och nekad påfyllning av lager. Konkurrensmyndigheten i Portugal ansåg att dessa förfaranden utgjorde överträdelse av konkurrensreglerna i artikel 9.1 a NRJC och i artikel 101.1 a FEUF.⁴⁰ Myndigheten ålade därför Super Bock m.fl. böter.

Super Bock m.fl. överklagade beslutet till Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (domstolen för konkurrens-, reglerings- och tillsynsfrågor, Portugal), som fastställde konkurrensmyndighetens beslut. Super Bock m.fl. överklagade till Tribunal da Relação de Lisboa (appellationsdomstolen i Lissabon, Portugal), som hänsköt nedanstående frågor till EU-domstolen i en begäran om förhandsavgörande.

³⁷ Då gällande VBER var förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden (EUT L 102, 2010). Då gällande VG var riktlinjerna om vertikala begränsningar (EUT C 130, 2010).

³⁸ Super Bock-domen pkt. 13.

³⁹ A.st.

⁴⁰ NRJC = lei nr 19/2012 – Novo regime jurídico da Concorrência.

Den hänskjutande domstolen vill för det första få klarhet i huruvida begreppet ”konkurrensbegränsande syfte” kan omfatta, och i förekommande fall på vilka villkor, ett vertikalt avtal om fastställande av minimipriser vid återförsäljning. För det andra hyser den hänskjutande domstolen tvivel om hur begreppet ”avtal” ska tolkas när en leverantör ålägger sina återförsäljare att tillämpa minimipriser vid återförsäljning. För det tredje önskar den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida begreppet ”påverka handeln mellan medlemsstater” kan avse följderna av ett återförsäljningsavtal som endast är tillämpligt inom nästan hela en medlemsstats territorium.⁴¹

Appellationsdomstolen ställde följande frågor till domstolen:⁴²

”1) Utgör vertikalt fastställda minimipriser i sig en överträdelse genom syfte, vilket innebär att det inte först behöver prövas huruvida avtalet är tillräckligt skadligt?

2) Är det för att styrka att rekvisitet ”avtal” är uppfyllt vid en överträdelse på grund av (underförstått) fastställande av minimipriser för återförsäljare, nödvändigt att styrka att återförsäljarna i det konkreta fallet i praktiken tillämpade de fastställda priserna, i synnerhet genom direkt bevisning?

3) Är det för att det ska anses ha skett en överträdelse på grund av (underförstått) fastställande av minimipriser för återförsäljare tillräckligt att i) förteckningar som innehåller minimipriser och vinstmarginaler översänds, ii) återförsäljarna begär information om försäljningspriserna, iii) det framställts klagomål från återförsäljarna (när de anser att de återförsäljningspriser som de påtvingas inte är konkurrenskraftiga eller när de konstaterar att konkurrerande återförsäljare inte iakttar dessa priser) iv) det finns mekanismer för uppföljning av priser (genomsnittliga minimipriser) och v) det är möjligt att vidta repressalier (även om det inte har styrkts att sådana konkret har tillämpats)?

4) Kan det mot bakgrund av artikel 101.1 a FEUF, artikel 4 a i förordning nr 330/2010, Europeiska kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar och EU-domstolens praxis, presumeras att ett avtal mellan en leverantör och dennes återförsäljare genom vilket det (vertikalt) fastställs minimipriser och andra affärsvillkor som ska tillämpas på återförsäljningen, är tillräckligt skadligt för konkurrensen, med förbehåll för prövningen av de eventuella positiva ekonomiska effekterna av detta förfarande, i den mening som avses i artikel 101.3 FEUF?

⁴¹ Super Bock-domen p. 18.

⁴² Domen p. 19.

- 5) Är ett domstolsavgörande i vilket det slås fast att det objektiva rekvisitet ”avtal” mellan leverantören och återförsäljarna är uppfyllt, förenligt med artikel 101.1 a FEUF och med Europeiska unionens rättspraxis, om denna slutsats bygger på att
- a) leverantören regelbundet, generellt och utan ändringar, under den tid som förfarandet pågår, fastställer och påtvingar återförsäljarna affärsvillkor som de måste uppfylla när de återförsäljer de produkter de köper från leverantören, i synnerhet de priser som de ska ta ut av sina kunder, i första hand i form av minimipriser eller genomsnittliga minimipriser,
 - b) de påtvingade återförsäljningspriserna har meddelats muntligen eller skriftligen (via e-post),
 - c) återförsäljarna inte har någon möjlighet att självständigt fastställa sina återförsäljningspriser,
 - d) leverantörens anställda vanligtvis begär (per telefon eller vid ett personligt möte) att återförsäljarna ska iaktta de angivna priserna,
 - e) återförsäljarna i allmänhet iakttar de återförsäljningspriser som leverantören har fastställt (med undantag av enstaka meningsskiljaktigheter) och det i allmänhet konstateras att återförsäljarnas beteende på marknaden uppfyller de villkor som leverantören har fastställt,
 - f) återförsäljarna själva ofta ber leverantören att uppge återförsäljningspriser, för att inte riskera att bryta mot de fastställda villkoren,
 - g) det konstateras att återförsäljarna ofta klagat på leverantörens priser i stället för att helt enkelt tillämpa andra priser,
 - h) leverantören fastställer (lägre) vinstmarginaler och återförsäljarna godtar att dessa marginaler motsvarar ersättningsnivån för deras affärer,
 - i) det konstateras att leverantören genom att fastställa små vinstmarginaler, fastställer ett minimiåterförsäljningspris, eftersom vinstmarginalerna annars blir negativa,
 - j) leverantören beviljar återförsäljarna rabatter med hänsyn till de återförsäljningspriser som dessa i själva verket tillämpar – varvid det minimipris som leverantören dessförinnan har fastställt utgörs av återanskaffningsnivån vid ”*sell out*”,
 - k) återförsäljarna – mot bakgrund av att vinstmarginalen i många fall är negativ – måste iaktta de prisnivåer för återförsäljning som leverantören har ålagt dem och lägre återförsäljningspriser bara tillämpas i enstaka situationer och när återförsäljarna begär en ny rabatt från leverantören vid ”*sell out*”,
 - l) leverantören fastställer, och återförsäljarna iakttar, de högsta rabatter som får beviljas de olika kunderna, vilket ger upphov till ett minimiåterförsäljningspris, eftersom vinstmarginalen annars blir negativ,
 - m) leverantören har direktkontakt med återförsäljarnas kunder och återförsäljningsvillkoren därefter fastställs för dessa,

- n) leverantören, på initiativ av återförsäljarna, ingriper på så sätt att det är leverantören som beslutar om att vissa rabatter ska tillämpas eller som omförhandlar affärvillkoren för återförsäljning, och
 - o) återförsäljarna begär att leverantören ska godkänna en viss transaktion på vissa villkor för att säkerställa deras vinstmarginal?
- 6) Kan ett avtal om fastställande av minimipriser för återförsäljning, med de angivna egenskaperna och som omfattar nästan hela landets territorium, påverka handeln mellan medlemsstaterna?”

Eftersom denna artikel är koncentrerad till konkurrensbegränsningskriteriet, kommer endast den första och den fjärde frågan att behandlas vidare. Dessa två frågor behandlades också samlat av EU-domstolen.⁴³ Domstolen sammanfattade frågorna så att de ställts för att få klarhet i huruvida artikel 101.1 FEUF ska tolkas så, att konstaterandet att ett vertikalt avtal om fastställande av minimipriser för återförsäljning utgör ett ”konkurrensbegränsande syfte” kan göras utan att det först prövas huruvida avtalet visar att det föreligger en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen eller om det kan presumeras att ett sådant avtal i sig självt uppvisar en sådan grad av skadlighet.⁴⁴ Med anledning av den preciseringskonstaterade domstolen att det faller på den hänskjutande domstolen att göra den slutgiltiga bedömningen av huruvida det aktuella avtalet har haft till syfte att begränsa konkurrensen.⁴⁵ Domstolen tog därefter sin utgångspunkt i ordalydelsen av artikel 101.1 FEUF och konstaterade att det centrala rekvisitet i artikeln är att ett avtal har ”till syfte eller resultat” att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen.⁴⁶ Rekvisitetet är alternativt, vilket innebär att om det fastställts att ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte, saknas det anledning att undersöka dess verkningar på konkurrensen.⁴⁷ Domstolen slog fast att begreppet ”konkurrensbegränsande syfte” ska tolkas restriktivt och att det bara kan tillämpas för vissa typer av samordning mellan företag som är så pass skadlig för konkurrensen att det kan anses att någon bedömning av dess effekter inte behöver göras.⁴⁸ För att avgöra om ett avtal har ”till syfte” att begränsa konkurrensen måste det fast-

⁴³ Super Bock-domen pkt. 27–43.

⁴⁴ Domen p. 27.

⁴⁵ Domen p. 28.

⁴⁶ Domen p. 31.

⁴⁷ A.st.

⁴⁸ Domen p. 32.

ställas att avtalet i sig visar en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen.⁴⁹ En prövning av detta kriterium omfattar avtalsbestämmelserna, målet som eftersträvas och sammanhanget som avtalet ingår i, såsom vilka produkter och tjänster det gäller och omständigheterna på den relevanta marknaden.⁵⁰ En faktor som ingår i begreppet "avtalets sammanhang" kan vara de konkurrensfrämjande effekter som parterna gör gällande. Om sådana effekter är styrkta, relevanta och specifika för avtalet måste det prövas om de är tillräckligt betydande för att ge upphov till rimligt tvivel om avtalet är tillräckligt skadligt för konkurrensen.⁵¹ I samtliga ovannämnda punkter i domen angav domstolen omfattande hänvisningar till gällande praxis. Denna hänvisar domstolen till i sin sammanfattning när man anger att det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma om avtalsvillkoret om minimipriser har ett "konkurrensbegränsande syfte" i den mening som avses i artikel 101.1, genom att pröva huruvida detta avtal uppvisar en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen.⁵² Efter sammanfattningen övergår domstolen till att förklara skillnaderna mellan huvudbestämmelsen i artikel 101.1 FEUF och det som anges i artikel 4 a i VBER 1 och VBER 2.⁵³ I VBER 1 och 2 framgår att fastställande av minimipriser för återförsäljning kan omfattas av kategorin "särskilt allvarliga begränsningar".⁵⁴ Domstolen konstaterar att den omständigheten inte befriar den hänskjutande domstolen från att göra prövningen av om avtalsvillkoret om minimipriser har ett "konkurrensbegränsande syfte", dvs. att pröva huruvida detta avtal uppvisar en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen.⁵⁵ Domstolen går vidare i sin jämförelse av huvudbestämmelsen i artikel 101.1 FEUF och VBER 1 och 2 och konstaterar att artikel 4 a i VBER-förordningarna endast syftar till att utesluta vissa begränsningar från VBER:s tillämpningsområde.⁵⁶ VBER-förordningarna klassificerar inte de "särskilt allvarliga begränsningarna" i artikel 4 a som utgörande ett begränsande "syfte" eller begränsande "resultat". Inte heller kan begreppen "särskilt allvarlig begränsning" och "konkurrensbegränsande

⁴⁹ Domen p. 34.

⁵⁰ Domen p. 35.

⁵¹ Domen p. 36.

⁵² Domen p. 37.

⁵³ VBER 1 och VBER 2 är förordningarna nr 2790/1999 och nr 330/2010, båda föregångare till nuvarande VBER-förordning nr 2022/720.

⁵⁴ Super Bock-domen, pkt 38.

⁵⁵ Domen p. 39.

⁵⁶ Domen p. 40.

syfte” anses utbytbara i begreppsmässigt hänseende och sammanfaller inte heller nödvändigtvis. Konsekvensen av att en begränsning inte omfattas av VBER är att den ska prövas från fall till fall mot bakgrund av artikel 101.1 FEUF.⁵⁷ Sammanfattningen av domstolens svar på den första och den fjärde frågan blev:^{58 59}

Mot bakgrund av samtliga ovan angivna omständigheter ska artikel 101.1 FEUF tolkas så, att konstaterandet att ett vertikalt avtal om fastställande av minimipriser för återförsäljning har ett ”konkurrensbegränsande syfte” endast kan göras efter det att det har fastställts att avtalet är tillräckligt skadligt för konkurrensen, med beaktande av innehållet i avtalets bestämmelser, de mål som eftersträvas med avtalet och samtliga omständigheter som kännetecknar det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket det ingår.

2.4 Svensk praxis efter Super Bock

Sedan Super Bock-domen sommaren 2023 har KKV behandlat ett antal ärenden under ärendetyper ”konkurrensbegränsande samarbeten”.⁶⁰ Många av dessa är pågående och därför otillgängliga. Av de nyligen avgjorda ärendena har de flesta avslutats med motiveringen att KKV ”inte [finner] skäl att fortsätta utreda om förfarandet strider mot 2 kap. 1 § KL”.⁶¹ Det finns dock ett avgjort ärende av stort intresse för denna artikel, nämligen Tapwell-beslutet.⁶²

I beslutet redogörs att Tapwell AB säljer VVS-produkter till fristående återförsäljare som i sin tur säljer till marknaden. Tapwell har ”begränsat två återförsäljares möjligheter att bestämma sitt försäljningspris på så sätt att återförsäljarna inte skulle marknadsföra och sälja Tapwells produkter över internet till ett pris som understeg Tapwells vid var tid gällande rekommenderade

⁵⁷ Domen p. 41.

⁵⁸ Domen p. 43 och p. 66 (1).

⁵⁹ Som angavs tidigare så är denna artikel koncentrerad till konkurrensbegränsningskriteriet och i konsekvens med detta har endast den första och den fjärde frågan i Super Bock-domen behandlats. Av relevanshänsyn avstår jag därför också från att återge domstolens svar på resterande frågor.

⁶⁰ Notera att KKV:s beslut 2023-06-22 i Dnr 249/2023 (ICA Sverige AB) kom 7 dagar före Super Bock-domen. I det beslutet anger KKV att redan förekomsten av avtal om prisstyrning ”anses normalt strida mot 2 kap. 1 § konkurrenslagen”.

⁶¹ Se t.ex. beslut 2024-09-20 i Dnr 380/2024 (kycklingprodukter).

⁶² Beslut 2023-12-20 i Dnr 122/2021 (Tapwell AB).

derade priser minus 10 procent”.⁶³ KKV konstaterade att detta förfarande innebar överträdelse av 2 kap. 1 § KL och artikel 101 FEUF och att förfarandet hade pågått i drygt två år. För denna överträdelse beslutade KKV att Tapwell ska betala konkurrensskadeavgift med sexton miljoner niohundra tusen (16 900 000) kronor.

Intressant för denna artikel är att syftes-frågan har behandlats tydligt i Tapwell-beslutet och med referens till Super Bock-domen i såväl besluts-texten som i fotnoter.⁶⁴ KKV anser sig dock inte kunna utläsa hur omfattande och ingående bedömningen av avtalet i dess rättsliga och ekonomiska sammanhang behöver vara.⁶⁵ KKV drar därför slutsatsen, baserad på tidigare praxis, ”att bedömningen av avtal om vertikal prisstyrning inom ramen för deras rättsliga och ekonomiska sammanhang kan begränsas till vad som är absolut nödvändigt för att konstatera att avtalen har ett konkurrensbegränsande syfte”.⁶⁶ Med hänsyn till myndighetens skyldighet att beakta de konkurrensfrämjande effekter som parterna åberopar, kan KKV måhända tillåta sig denna begränsning.⁶⁷

3. Slutord

Super Bock-domen tar ett stort steg i klagörandet att endast förekomsten av en ”förmodad konkurrensbegränsande bestämmelse” inte utgör ett faktum som kan ligga till grund för att avtalet eller beslutet blir ogiltigt enligt artikel 101.2 FEUF.⁶⁸ Inte heller förekomsten av bestämmelser med ”särskilt allvarlig begränsning” enligt VBER artikel 4 a utgör något skäl i sig för att avtalet eller beslutet ska anses ogiltigt. Därmed är vi definitivt borta från den ”per se” tolkning av förmodade konkurrensbegränsande bestämmelser enligt amerikansk modell som tidigare har förekommit. Super Bock-domen tar dock ytterligare ett steg genom att kräva en prövning av om den förmodade konkurrensbegränsande bestämmelsen verkligen har ett ”konkurrensbegränsande syfte”. Sådan prövning sker för att avgöra om avtalet eller bestämmelsen uppvisar en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen.

⁶³ Tapwell-beslutet, s. 1.

⁶⁴ Tapwell-beslutet, p. 515 och 515 samt fotnot 507, 509–514, m.fl.

⁶⁵ Beslutet p. 513.

⁶⁶ Beslutet p. 515.

⁶⁷ Se Super Bock-domen, p. 36.

⁶⁸ Förmodat konkurrensbegränsande bestämmelser – se artikel 101.1 FEUF (a–e).

Prövningen sker kasuistiskt och tar således hänsyn till det specifika fallet samt de åberopade konkurrensfrämjande effekter som parterna anför.⁶⁹ Med dessa klara direktiv från domstolen har konkurrensmyndigheterna inom EU fått en tydlig arbetsordning gällande avgörande om ett avtal eller en bestämmelse har ”till syfte” att vara konkurrensbegränsande.

⁶⁹ Super Bock-domen p. 35–36.