

**Delphi**

# **Nya konkurrensrättsliga regler för distributionsavtal och andra vertikala avtal – vad gäller?**

**Elisabeth Eklund** / Partner / Advokat, **Helene Andersson** / Counsel / Advokat,  
**Karin Roberts** / Counsel / Advokat



Många leverantörer och återförsäljare måste ta hänsyn till både svenska och EU-rättsliga konkurrensregler vid utformningen av avtal om köp och försäljning av varor och tjänster, så kallade vertikala avtal. Avtal som innehåller otillåtna konkurrensbegränsningar är inte bara helt eller delvis ogiltiga, parterna riskerar dessutom dryga böter.<sup>1</sup> För vertikala avtal finns sedan många år så kallade gruppundantag. De syftar till att underlätta den annars ofta komplexa konkurrensrättsliga bedömningen och skapa frizoner för samarbeten mellan företag i olika led av produktions- och distributionskedjan. Ett vertikalt avtal som utformas i enlighet med ett gruppundantag är automatiskt tillåtet.

Den 1 juni 2022 ersätts det nu gällande EU-gruppundantaget för vertikala avtal av ett nytt.<sup>2</sup> Det nya gruppundantaget ("Gruppundantaget") bygger i allt väsentligt på det gamla, men innehåller en rad viktiga nyheter. På vissa punkter blir reglerna nu striktare medan andra innebär nya möjligheter för både leverantörer och återförsäljare. Till Gruppundantaget har EU-kommissionen publicerat riktlinjer ("Riktlinjerna")<sup>3</sup> som ytterligare ska underlätta tolkningen och tillämpningen av konkurrensreglerna på den här typen av avtal. Reglerna gäller för all slags vertikala avtal och är således tillämpliga på allt från återförsäljaravtal, selektiva distributionsavtal, agentavtal och franchiseavtal till exempelvis inköpsavtal.

I det följande lotsar vi dig igenom nyheterna och diskuterar vad de kan innebära för företag verksamma inom EU.

## 1. Ändringarna i Gruppundantaget i ett nötskal

Arbetet med att ta fram ett nytt gruppundantag inleddes i oktober 2018 och allt sedan dess har vissa frågor debatterats flitigt. När Europeiska kommissionen ("Kommissionen") den 10 maj i år antog Gruppundantaget reflekterar det till viss del den debatt som har pågått alltsedan arbetet inleddes. Som diskuteras nedan lyser de mest kontroversiella förslagen nu med sin frånvaro, men många ändringar innebär ändå stora förändringar i synen på vertikala avtal. De viktigaste ändringarna kan sammanfattas enligt följande:

- Digitala plattformar kan ses som leverantörer i Gruppundantagets bemärkelse. En digital plattform som förmedlar köp mellan andra aktörer är att ses som en leverantör och behöver därmed anpassa sig till Gruppundantagets krav.
- Leverantörer ges nu möjlighet att utvidga kretsen av "exklusiva återförsäljare". Tidigare kunde en leverantör endast utse en exklusiv återförsäljare inom ett visst geografiskt område eller mot en viss kundgrupp. Nu tillåts leverantörer att utse upp till fem återförsäljare inom ett och samma område eller till samma kundgrupp och ändå nyttja de fördelar som följer av ett exklusivt återförsäljarnät.
- Leverantörer kan välja att bedriva exklusiva och selektiva distributionssystem parallellt inom EU. Tidigare var en leverantör tvungen att välja den ena eller andra distributionsformen, men kan nu alltså bedriva ett exklusivt distributionssystem inom ett område och ett selektivt inom ett annat.

---

<sup>1</sup> Både EU-kommissionen och nationella konkurrensmyndigheter har på senare tid allt oftare utdömt böter i s.k. vertikala situationer. Ett exempel på detta är när Kommissionen i december 2018 beslutade att bötfälla klädtillverkaren Guess ca. 40 miljoner euro för att ha tillämpat territoriella begränsningar och begränsningar av återförsäljarnas möjligheter att sälja online. I mars året därpå tvingades Nike betala 12,5 miljoner euro för territoriella begränsningar i deras avtal med återförsäljare av profilprodukter (merchandise).

<sup>2</sup> 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, EUT L 134/4.

<sup>3</sup> Communication from the Commission, Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission - Guidelines on vertical restraints C (2022) 3006 final.

- Leverantörer får förbjuda sina återförsäljare att bedriva försäljning på digitala marknadsplatser, typ Amazon Marketplace och eBay. Det är dock inte tillåtet att förbjuda användningen av prisjämförelsetjänster. Återförsäljare måste ges möjlighet till ett effektivt användande av internet.
- Leverantörer kan nu föra vissa åtaganden nedåt i distributionsledet och till exempel kräva att återförsäljarna garanterar att deras kunder inte bedriver aktiv försäljning inom de områden där någon annan har givits en exklusiv försäljningsrätt.
- Vissa ändringar införs i reglerna kring så kallad "dual distribution" när leverantören konkurrerar med sin kund, men Kommissionen har backat i fråga om de mest långtgående ändringsförslagen.
- För första gången ser Kommissionen ett behov av att skydda fysisk detaljhandel mot e-handel snarare än tvärtom. Leverantörer ges därmed möjlighet att ta ut högre priser för varor eller tjänster som är avsedda för näthandel än för sådana som ska säljas i fysiska butiker.

## 2. Gruppundantagets struktur

Gruppundantaget behåller i allt väsentligt samma struktur som dess föregångare. Det innebär bland annat att alla konkurrensbegränsningar som inte uttryckligen förbjuds i Gruppundantaget är tillåtna, förutsatt naturligtvis att Gruppundantaget är tillämpligt på avtalet i fråga.

Medan artikel 1 innehåller en förteckning över olika definitioner anges i artikel 2 själva undantaget från förbudet. Där förklaras att de avtal som omfattas av Gruppundantaget också omfattas av undantaget i artikel 101(3) FEUF och därmed är automatiskt undantagna från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i artikel 101(1) FEUF.

I Gruppundantagets tredje artikel anges den tillämpliga marknadsandelsspärren. I likhet med tidigare gruppundantag krävs att vardera part har en marknadsandel om högst 30% på den berörda marknaden för att Gruppundantaget ska gälla. Har någon part en högre marknadsandel faller avtalet utanför Gruppundantaget. Det innebär inte att konkurrensbegränsande klausuler i dessa avtal per definition är förbjudna. Parterna åtnjuter däremot inte skydd av Gruppundantaget utan måste själva göra en individuell bedömning av eventuella konkurrensbegränsningar för att avgöra om de är förenliga med artikel 101(3) FEUF och därmed tillåtna.

Artikel 4 innehåller, precis som tidigare, den svarta listan. Här listas särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar, så kallade *hard-core restrictions*. Avtal som innehåller sådana begränsningar är förbjudna och därmed också automatiskt ogiltiga.

Även i artikel 5 listas otillåtna konkurrensbegränsningar. Skillnaden är dock att dessa förvisso är otillåtna, men att de inte automatiskt medför att avtalet i övrigt hamnar utanför den frizon som Gruppundantaget skapar. Övriga delar av avtalet kan därmed fortsatt vara skyddade.

Övriga artiklar i Gruppundantaget följer tidigare gruppundantag och diskuteras inte närmare här. I det följande ges en mer ingående presentation av nyheterna i Gruppundantaget.

### 3. "Dual distribution" – vad gäller när leverantören konkurrerar med sin kund?

#### 3.1 Vad är dual distribution?

Begreppet dual distribution avser en situation där en leverantör säljer produkter (eller tjänster) till en fristående återförsäljare samtidigt som leverantören själv säljer i till exempel egna butiker. Denna distributionsform anses ha växt mycket under pandemin när många märkestillverkare har startat egen e-handel samtidigt som de säljer via återförsäljare. Vår erfarenhet är att detta inte var helt ovanligt även tidigare, dels i situationen ovan men även då märkestillverkaren har flagship-stores i konkurrens med externa återförsäljare. Det var inte heller helt ovanligt att en leverantör sålde sina produkter i en kedja av främst egna butiker men där vissa butiker drevs enligt varumärkeslicensavtal med fristående handlare. Alla dessa situationer innebär utmaningar särskilt vad gäller informationsutbyte konkurrenter emellan.

Kommissionen föreslog inledningsvis under översynen av det vertikala regelverket att gruppundantaget endast skulle omfatta informationsutbyten mellan konkurrerande leverantörer och köpare om de bägge hade mycket låga marknadsandelar – under 10 %. Detta möttes av kraftig kritik vid den konsultation med intressenter som gjordes varför Kommissionen drog tillbaka förslaget.

Enligt artikel 2(4), första meningen i Gruppundantaget gäller nu att det inte är tillämpligt för avtal mellan konkurrerande företag, förutom i vissa särskilt angivna situationer. Vid prövningen om två företag är konkurrenter beaktas inte bara huruvida de faktiskt konkurrerar utan även om det är fråga om en så kallad potentiell konkurrent.<sup>4</sup>

Gruppundantaget tillåter situationer där leverantören och återförsäljaren förvisso konkurrerar i återförsäljarledet men där det inte är fråga om ett så kallat ömsesidigt avtal - det vill säga att köparen i sin tur får inte tillhandahålla produkter eller tjänster till leverantören. Om det däremot är fråga om ömsesidig distribution mellan konkurrenter måste detta samarbete istället bedömas enligt de så kallade horisontella riktlinjerna.<sup>5</sup>

När det är fråga om att kunden konkurrerar med leverantören genom försäljning av så kallade egna märkesvaror (EMV) regleras detta olika beroende på om kunden har egen tillverkning eller inte - se mer nedan.

#### 3.2 Vilken slags information får utbytas inom ramen för dual distribution?

Vad gäller situationer där informationsutbyte anses tillåtet framgår det av artikel 2.5 i Gruppundantaget att informationsutbytet mellan leverantören och köparen måste vara antingen är direkt kopplat till genomförandet av det vertikala avtalet eller nödvändigt för att förbättra produktionen eller distributionen av avtalsvarorna eller avtalstjänsterna.

Närmare exempel på vad som kan anses nödvändigt för olika distributionstyper anges i punkten 98 i Riktlinjerna. För ett exklusivt distributionsavtal kan det vara nödvändigt för parterna att utbyta information om sina respektive försäljningsverksamheter i vissa territorier eller med avseende på särskilda kundgrupper. Vid ett franchiseavtal kan det vara nödvändigt för franchisegivaren och

---

<sup>4</sup> En potentiell konkurrent är ett företag som inom ett år inte bara skulle kunna ställa om sin produktion och börja konkurrera genom att göra nödvändiga investeringar utan även sannolikt skulle göra det. Detta bedöms beroende på marknadsstruktur och legala och ekonomiska omständigheter. Möjligheten att inträda på marknaden får inte vara rent teoretiskt utan måste bygga på konkreta förutsättningar.

<sup>5</sup> Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal (2011/C 11/01) vilka i sin tur just nu är föremål för översyn av Kommissionen. Den 1 mars 2022 publicerade Kommissionen sina förslag till nya horisontella riktlinjer. Förslagen är nu föremål för en publik konsultation och de slutliga förslagen förväntas att träda ikraft den 1 januari 2023.

franchisetagaren att utbyta information om tillämpningen av en enhetlig affärsmodell i hela franchisenätverket. I ett selektivt distributionssystem kan det vara nödvändigt för distributören att dela information med leverantören om att den uppfyller urvalskriterierna och eventuella begränsningar av försäljningen till icke auktoriserade distributörer.

I punkten 99 i Riktlinjerna finns en icke uttömmande förteckning över exempel på information som, beroende på de särskilda omständigheterna, kan ha ett direkt samband med genomförandet av avtalet. Denna lista innefattar allt från teknisk information till information om kundernas inköp, priser (i vissa fall) och marknadsföringskampanjer.

I punkten 100 i Riktlinjerna ges exempel på informationsutbyten som typiskt sett är otillåtna vid dual distribution. Hit hör information om de framtida priser till vilka leverantören eller köparen avser att sälja avtalsvarorna/tjänsterna. Vidare anges att information om identifierade slutanvändare av avtalsvarorna/tjänsterna typiskt är otillåten att utbyta, såvida inte utbyte av sådan information är nödvändigt för att uppfylla en viss slutanvändares krav på anpassning av avtalsvarorna/tjänsterna, för att bevilja slutanvändaren särskilda villkor, till exempel inom ett kundlojalitetsprogram, eller att tillhandahålla garantitjänster.

Andra situationer där det undantagsvis kan anses nödvändigt att utbyta information är för att genomföra eller övervaka efterlevnaden av ett selektivt distributionsavtal eller ett exklusivt distributionsavtal där särskilda slutanvändare har tilldelats leverantören eller köparen. Slutligen anges att det inte anses nödvändigt att utbyta information om varor som sålts av en köpare under eget varumärke med en tillverkare av konkurrerande märkesvaror så till vida det inte är denne som är tillverkaren av dessa varor till kunden.

### *3.3 Särskilt om situationen där kunden konkurrerar med egna märkesvaror (EMV)*

Leverantörer och köpare kan också konkurrera på grund av att kunden säljer EMV. Detta förekommer i många branscher men i Sverige är detta särskilt vanligt i dagligvaruhandeln. För dessa situationer har Kommissionen nu infört en särskild regel i punkten 92 i Riktlinjerna inbärandes att den som säljer EMV men låter legotillverka dessa produkter inte ska ses som konkurrent till leverantören. Leverantören och dess kund ska alltså endast ses som konkurrenter om kundens EMV-tillverkning sker i egen fabrik. Detta förekommer, men vanligtvis outsourcas sådan produktion. Den förklaring som ges – till vad vi tycker är en ologisk regel – är att den som inte tillverkar i egen fabrik inte heller gör de investeringar som krävs för att ses som konkurrent.

När återförsäljaren har egen tillverkning ses parterna däremot fullt ut som konkurrenter och enligt punkten 92 i Riktlinjerna är undantaget i Gruppundantaget då inte tillämpligt. Vad gäller leverantören görs däremot inte någon åtskillnad beroende på om denne har egen tillverkning eller importerar produkterna, vilket är vanligt till exempel i livsmedelsindustrin, varför detta argument enligt vår mening haltar. Detta innebär i praktiken att det blir viktigt för leverantörer att försäkra sig om hur kundernas tillverkning av EMV sker, det vill säga i egen fabrik eller inte.

För situationen där EMV-leverantören har egen tillverkning och anses som konkurrent ska således en bedömning ske enligt de horisontella riktlinjerna. I punkten 103 anges dock att parterna i sådana situationer kan begränsa risken för otillåtet informationsutbyte genom att endast utbyta så kallad aggregerad information (där information om enskilda företag inte kan utläsas) eller historisk information (typiskt tolv månader gammal). Parterna kan även tillämpa så kallade brandväggar.<sup>6</sup> Om

---

<sup>6</sup> Med brandväggar menas att informationen är tillgänglig för en mycket begränsad krets personer och att detta garanteras med hjälp av teknik m.m..

kunden istället låter legotillverka produkterna blir det däremot fråga om en helt vertikal relation som ska bedömas enligt övriga bestämmelser i Gruppundantaget.

#### **4. Särskilt allvarliga begränsningar**

##### *4.1 Förbudet mot särskilt allvarliga begränsningar inte absolut*

I artikel 4 i Gruppundantaget listas särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar, så kallade hardcorebegränsningar. Huvudregeln är att återförsäljaren ska vara helt fri att själv välja sina kunder och sätta sitt försäljningspris. Avtalsklausuler som innebär begränsningar i denna del anses vara särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar och är därför svartlistade.

Förbudet är dock inte absolut och artikel 4 innehåller en rad exempel på situationer där en begränsning i återförsäljarens val av kunder eller prissättning kan tillåtas. Inledningsvis diskuteras möjligheterna att styra valet av kunder. I avsnitt 5 diskuteras sedan de begränsade möjligheterna till prisstyrning.

##### *4.2 Begränsningar i valet av kunder – olika regler för olika slags avtal*

Gruppundantaget gör en tydligare uppdelning av tillåtna territoriella begränsningar och kundbegränsningar utifrån varje typ av återförsäljaravtal. Dessutom görs anpassningar till de senaste årens explosionsartade utveckling inom e-handeln. Ändringarna i artikel 4 syftar även till att ge företag större flexibilitet vid utformningen av återförsäljarsystem genom att möjliggöra delad exklusivitet inom ett territorium eller för en kundgrupp.

Gruppundantaget tillåter nu leverantörer att begränsa sina återförsäljare i varierande grad beroende på om avtalet rör:

1. exklusiv distribution;
2. selektiv distribution; eller
3. "fri" distribution (varken exklusiv eller selektiv).

Nedan diskuteras Gruppundantagets nyheter kring de olika systemen närmare.

##### *4.2.1 Exklusiv distribution – upp till fem återförsäljare*

I ett exklusivt återförsäljarsystem ger leverantören antingen sig själv eller en återförsäljare en exklusiv rätt att sälja avtalsprodukterna inom ett visst territorium eller till en viss kundgrupp och begränsar sedan andra återförsäljare från att (aktivt) sälja till det exklusiva territoriet eller till den exklusiva kundgruppen.<sup>7</sup>

En av nyheterna i Gruppundantaget är konceptet "delad exklusivitet", vilket tillåter leverantören att utse, inte bara en utan upp till fem återförsäljare inom ett visst territorium eller för en viss kundgrupp och kalla dem exklusiva återförsäljare. Gränsen om högst fem återförsäljare per exklusivt territorium eller kundgrupp har satts för att bevara återförsäljarnas incitament att investera i marknadsföring och försäljning av leverantörens varor eller tjänster, samtidigt som leverantören ges tillräcklig flexibilitet att organisera sitt distributionssystem. Med fler än fem återförsäljare finns enligt

---

<sup>7</sup> Definitionen av ett exklusivt återförsäljarsystem framgår av Artikel 1 h i Gruppundantaget.

Kommissionen en ökad risk för att återförsäljarna kan åka snålskjuts på varandras investeringar, och därmed eliminera den effektivitet som den exklusiva distributionen är avsedd att uppnå.

För att det exklusiva distributionssystemet ska omfattas av Gruppundantaget måste de utsedda återförsäljarna skyddas från aktiv försäljning, dvs. riktade försäljningsinsatser, från andra återförsäljare.<sup>8</sup> Liksom tidigare är alla förbud mot så kallade passiv försäljning till det exklusiva territoriet eller den exklusiva kundgruppen strikt förbjudna.<sup>9</sup> Begreppen aktiv och passiv försäljning definieras nu för första gången direkt i Gruppundantaget.

Ytterligare en nyhet är att leverantören ges rätt att kräva att den aktiva försäljningsbegränsningen "vidarebefordras" till återförsäljarens kunder. En leverantör kan alltså förbjuda återförsäljaren och dess kunder från att aktivt sälja avtalsprodukterna eller tjänsterna till områden, eller till kunder där leverantören har förbehållit sig själv eller givit någon annan en exklusiv försäljningsrätt.

En annan nyhet är att leverantörer nu kan bedriva parallella distributionssystem inom EU. Det innebär att återförsäljarna i det exklusiva systemet även kan förbjudas att bedriva aktiv och passiv försäljning till icke-auktoriserade återförsäljare i de områden där leverantören bedriver ett selektivt distributionssystem.

De övriga konkurrensbegränsningar som leverantören kan tillämpa i ett exklusivt distributionssystem återspeglar undantagen i det tidigare gruppundantaget.

#### 4.2.2 Selektiv distribution

Selektiv distribution används ofta för lyxprodukter eller för tekniskt komplexa produkter och bygger på att leverantören ställer upp vissa angivna kvalitativa eller kvantitativa krav på återförsäljarna. De utvalda återförsäljarna förbjuds sedan från att sälja avtalsprodukterna till icke-auktoriserade återförsäljare.

Leverantören får här kräva att de auktoriserade återförsäljarna avstår från att bedriva aktiv och passiv försäljning till icke auktoriserade återförsäljare belägna inom det territorium där det selektiva återförsäljarsystemet drivs. Detta undantag liknar det undantag som fanns i det tidigare gruppundantaget men möjliggör dessutom för leverantören att kräva att återförsäljarens kunder också blir bundna av denna begränsning. Övriga tillåtna begränsningar återspeglar de tidigare tillåtna begränsningarna i det tidigare gruppundantaget.

I ett selektivt distributionssystem får leverantören även begränsa aktiv försäljning av medlemmarna i det selektiva distributionssystemet (och deras kunder), *till* ett annat territorium eller till en kundgrupp som är förbehållen leverantören eller som leverantören tilldelat en eller flera exklusiva

---

<sup>8</sup> Aktiv försäljning definieras i Gruppundantaget som aktiv kundkontakt genom besök, brev, e-postmeddelanden, samtal eller andra former av direkt kommunikation eller genom riktad reklam och marknadsföring, offline eller online, till exempel genom tryckta eller digitala medier, inbegripet onlinemedier, prisjämförelsetjänster och sökmotorreklam med inriktning på kunder inom särskilda områden eller särskilda kundgrupper, drift av en webbplats med en toppdomän som motsvarar särskilda områden, eller tillhandahållande på en webbplats av språk som är allmänt använda inom särskilda områden men som skiljer sig från de språk som vanligen används inom det område där köparen är etablerad.

<sup>9</sup> Passiv försäljning definieras som försäljning som svar på spontana förfrågningar från enskilda kunder, inklusive leverans av varor eller tjänster till kunden utan att försäljningen har inletts genom aktiv kundkontakt avseende en viss kund eller kundgrupp eller ett visst område, och inbegripet försäljning som är ett resultat av deltagande i offentlig upphandling eller svar på privata anbudsfordringar.

återförsäljare.<sup>10</sup> Detta undantag gör det möjligt för leverantören att skydda sitt exklusiva återförsäljarsystem i ett annat territorium.

#### 4.2.3 Fri distribution

Ett system för fri distribution definieras i artikel 4 d) i Gruppundantaget som en modell där leverantören varken driver ett exklusivt eller selektivt distributionssystem. Med ett system för fri distribution får leverantören införa begränsningar för sina återförsäljare (och återförsäljarens kunder) för att skydda de territorier där leverantören har inrättat ett exklusivt eller selektivt återförsäljarsystem. Inom området med fri distribution tillåts dock inga territoriella begränsningar.

#### 4.3 Krav på rätt till ett effektivt användande av internet för försäljning och annonsering

Begränsningar som på något sätt syftar till att hindra återförsäljare eller deras kunder från att effektivt använda internet för försäljning och annonsering av varorna eller tjänsterna anses utgöra särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar. Kommissionen ger exempel på situationer där ett avtal kan anses syfta till att begränsa en effektiv användning av internet. Det gäller till exempel avtal som syftar till att avsevärt minska den sammanlagda volymen av onlineförsäljning eller som söker begränsa möjligheten för slutanvändare att köpa varorna eller tjänsterna online. Även förbud mot användning av digitala marknadsföringskanaler anses vara en särskilt allvarlig begränsning.<sup>11</sup>

Återförsäljare får heller inte hindras från att använda digitala prisjämförelsetjänster. Däremot kan en begränsning av användningen av specifika prisjämförelsetjänster eller sökmotorer tillåtas, eftersom återförsäljaren kan använda andra digitala annonseringstjänster. På motsvarande sätt tillåts leverantören att förbjuda försäljning via digitala marknadsplatser, så kallade tredjepartsplattformar, eftersom återförsäljarna fortfarande kan sälja produkterna i egna webbbutiker och därmed inte är hindrade från att effektivt använda internet.

Kommissionen ger relativt utförlig vägledning och exempel på vad som avses med att kunna använda internet effektivt i Riktlinjerna.<sup>12</sup> Detta är välkomna förtydliganden som återspeglar EU-domstolens senaste rättspraxis, bland annat EU-domstolens domar i mål C-439/09 *Pierre Fabre* och mål C-230/16 *Coty*. Över tid kommer det vara intressant att se hur begreppet "effektiv användning av internet" för försäljning eller reklam tolkas och utvecklas närmare.

Ett krav på att återförsäljaren ska betala ett högre pris för produkter som är avsedda för e-handel än för dem som är avsedda för försäljning i fysiska butiker, så kallad dubbel prissättning, har fram till nu ansetts utgöra en särskilt allvarlig begränsning. Denna tidigare så strikta bedömning luckras nu upp. Dubbel prissättning anses inte längre utgöra en allvarlig konkurrensbegränsning förutsatt att den är avsedd att stimulera eller belöna en lämplig investeringsnivå och avser kostnaderna för varje försäljningskanal.<sup>13</sup> Den ändrade strategin motiveras av Kommissionens uppfattning att onlineförsäljningen vid det här laget har utvecklats till en välfungerande försäljningskanal.

---

<sup>10</sup> Artikel 4 c i Gruppundantaget.

<sup>11</sup> Artikel 4(e).

<sup>12</sup> Punkterna 204-215 i Riktlinjerna.

<sup>13</sup> Punkt 209 i Riktlinjerna.



#### 4.3.1 Vissa otillåtna begränsningar av onlineförsäljning

Som framgått ovan är alla förbud mot passiv försäljning till slutkunder strikt förbjudna. Onlineförsäljning anses som huvudregel utgöra passiv försäljning och Riktlinjerna ger en rad exempel på situationer där leverantören på ett otillåtet sätt försöker hindra sådan försäljning. Det kan till exempel ske genom att leverantören kräver av återförsäljaren att denne:

- hänskjuter beställningar från vissa kunder till andra återförsäljare;
- hindrar kunder som befinner sig i ett annat territorium från att se dennes webbutik; eller
- omdirigerar kunder till leverantörens, tillverkarens eller en annan säljares webbutik. Däremot kan leverantören kräva att återförsäljaren erbjuder länkar till leverantörens eller andra säljares nätbutiker.

#### 4.3.2 Vissa tillåtna begränsningar av onlineförsäljning

En viktig aspekt i selektiva distributionssystem är att leverantören kan ställa krav på minsta storlek och utseende för återförsäljarens butik (till exempel avseende inventarier, inredning, design, belysning och golvbeläggningar) eller produktens presentation, det minsta antalet produkter av märket som ska visas eller det minsta utrymmet mellan produkterna. På samma sätt kan leverantören nu uttryckligen ställa krav på återförsäljaren avseende det sätt på vilket varorna eller tjänsterna ska säljas online. Begränsningar som rör användningen av särskilda försäljningskanaler online, såsom e-marknadsplatser, eller införandet av kvalitetsstandarder för internetförsäljning skyddas därför i allmänhet av Gruppundantaget. Detta gäller oavsett typ av distributionssystem, förutsatt att de inte indirekt har till syfte att förhindra ett effektivt användande av internet.

Krav på hur försäljningen bedrivs anses således oftast tillåtet. Följande är exempel på krav som kan omfattas av Gruppundantaget i och med att de inte hindrar återförsäljaren från att effektivt använda internet och dessutom utgör krav som syftar till att säkerställa kvaliteten eller ett visst utseende i återförsäljarens webbutik:

- krav avseende visning av varorna eller tjänsterna i webbutiken (till exempel det minsta antalet artiklar som visas, hur leverantörens varumärken eller varumärken visas);
- ett direkt eller indirekt förbud mot användning av e-marknadsplatser;
- ett krav på att återförsäljaren även driver en eller flera fysiska butiker eller showrooms, till exempel som ett villkor för att bli medlem i leverantörens selektiva distributionssystem.

### 5. Styrning av kundens prissättning

Styrning av kundens prissättning eller s.k. bruttoprissättning (Eng "*retail price maintenance*" ("RPM")) svartlistas i Artikel 4(a) i Gruppundantaget. Däremot kan bruttoprissättning medföra sådana effektivitetsfördelar att det berättigar till ett undantag enligt Artikel 101(3) FEUF.<sup>14</sup>

Bruttoprissättning innefattar alla direkta eller indirekta sätt där leverantören styr sin kunds prissättning - vare sig det är fråga om ett minimipris eller fastpris. I punkterna 186-187 i Riktlinjerna

---

<sup>14</sup> Se punkten 6.1.1. i Riktlinjerna

ges ett antal exempel på bruttoprissättning. Här nämns bland annat att fastställa marginaler eller koppla kundens priser till dess konkurrenters priser.

Däremot är det liksom tidigare tillåtet med så kallade rekommenderade cirka-priser eller maximipriser. Med bruttoprissättning jämförs dock att leverantören genom incitament (till exempel genom ersättning för marknadsföringskostnader) eller hot (om till exempel leveransvägran) försöker förmå kunden att hålla sig till de rekommenderade priserna eller maxpriserna. Liksom tidigare görs undantag för situationer där leverantören under en kort tid – 2 till 6 veckor - anordnar en lågpriskampanj för en viss produkt eller tjänst.

Kommissionen noterar att mjukvara för så kallad prisbevakning eller krav på att återförsäljare till leverantören ska rapportera andra återförsäljare som tillämpar lägre priser kan vara ett sätt att säkerställa en viss prisnivå. Kommissionen konstaterar dock att detta inte per definition utgör bruttoprissättning.

Ett nytt begrepp är så kallade lägsta annonserade pris (eng: "minimum advertised prices" (MAP)). Dessa betraktas som indirekt prisstyrning och är därmed normalt svartlistade. Dock öppnas det upp för ett lägsta annonserat pris för att förebygga situationer där produkterna säljs av återförsäljaren till lockpriser under inköpskostnad.

Dessutom anges att när det är fråga om komplexa produkter där det finns risk för att de återförsäljare som enbart bedriver e-handel åker snålskjuts på dem som har fysiska butiker - med personal som kan förklara hur produkterna fungerar och som ger kunderna möjlighet att faktiskt se produkterna, et cetera - kan det vara tillåtet att ha ett fast pris. Leverantören ska då kunna visa att det finns risk för free-riding, att priserna ger tillräckliga incitament för investeringar i tjänster före försäljning och att det inte finns några realistiska och mindre restriktiva alternativa sätt att övervinna denna problematik. Sannolikheten för att RPM kommer att betraktas som konkurrensfrämjande anges vara högre när konkurrensen mellan leverantörerna är hård och leverantören har begränsad marknadsstyrka.

## **6. Uteslutna begränsningar – enskilda klausuler som inte omfattas av Gruppundantaget**

### *6.1 Inledning*

Liksom tidigare innehåller artikel 5 en lista över konkurrensbegränsningar som anses allvarliga, men inte så allvarliga att avtalet i dess helhet förlorar skyddet från Gruppundantaget. Det är alltså bara den enskilda klausulen som är otillåten och därmed inte omfattas av Gruppundantaget.

### *6.2 Konkurrensklausuler*

Liksom tidigare regleras möjligheten för leverantörer att begränsa återförsäljarnas möjlighet att tillverka eller sälja konkurrerande produkter. Definitionen av en konkurrensklausul är densamma som tidigare, innefattande alla klausuler som på något sätt medför en skyldighet för köparen att göra mer än 80 % av sina totala inköp från leverantören.

Konkurrensklausuler är inte i sig otillåtna, men får inte ingås på längre tid än fem år. En viktig nyhet rör avtal med automatisk förlängning. Tidigare ansågs sådana avtal vara ingångna på obestämd tid. Det innebar att även om avtalet hade en löptid på två år behövde konkurrensklausulen ges en uttrycklig livslängd på högst fem år och därefter omförhandlas, annars fanns det en risk att den skulle jämkas tidsmässigt. Nu anges i Riktlinjerna att även konkurrensklausuler som underförstått förlängs (eng. "tacitly renewable") kan omfattas av Gruppundantaget så länge köparen har en reell möjlighet att omförhandla klausulen eller säga upp avtalet inför utgången av femårsperioden.

Liksom tidigare får leverantören heller inte kräva att konkurrensklausulen binder köparen efter avtalets utgång. Undantaget från förbudet är franchiseavtal där begränsningen löper under max tolv månader från det att avtalet upphör och endast omfattar de lokaler eller den mark där köparen har bedrivit sin verksamhet under avtalstiden. Det här utgör en skillnad mot tidigare då lokalerna skulle ägas eller hyras av leverantören och inte köparen. Något sådant krav återfinns inte i Gruppundantaget.

Vidare måste, liksom tidigare, medlemmar i ett selektivt distributionssystem kunna sälja konkurrerande leverantörers varumärken.

### *6.3 Paritetsklausuler*

En nyhet rör så kallade paritetsklausuler. Gruppundantaget förbjuder varje direkt eller indirekt skyldighet som föranleder en köpare av digitala förmedlingstjänster att avstå ifrån att erbjuda, sälja eller återförsälja varor eller tjänster till slutanvändare på gynnsammare villkor via konkurrerande digitala förmedlingstjänster.<sup>15</sup> Gruppundantaget kommer dock fortfarande att vara tillämpligt på paritetsklausuler som innebär att en leverantör inte får erbjuda bättre priser eller gynnsammare villkor på sin hemsida än på den digitala förmedlingstjänsten.

## **7. Avslutande kommentarer**

De nya ändringarna innebär att de allra flesta företag behöver se över sina distributionsavtal för att försäkra sig om att de även fortsättningsvis åtnjuter skydd av Gruppundantaget, och om inte bedöma om de kvalificerar för ett individuellt undantag. Vissa ändringar kommer att vara nödvändiga. Andra kanske mer bör ses som en möjlighet för parterna att bättre utforma avtalen efter sina egna behov och önskemål. Den leverantör som idag har en exklusiv återförsäljare inom varje avtalsområde kan till exempel på sikt vilja utöka antalet "exklusiva återförsäljare" och ge dem delad exklusivitet. På motsvarande sätt är leverantörer nu friare att ställa villkor på utformningen av återförsäljarnas webbutiker.

För de avtal som redan är i kraft gäller en övergångsperiod om tolv månader. Senast den 31 maj 2023 måste företag alltså ha reviderat befintliga avtal så att de överensstämmer med det nya regelverket. Det kan med andra ord vara hög tid att nu påbörja inventeringen av befintliga avtal och överväga vilka möjligheter de nya reglerna erbjuder för framtiden.

---

<sup>15</sup> Här ser vi en kodifiering av den väg av beslut från nationella konkurrensmyndigheter, innefattande den svenska, rörande Booking.coms krav på att deras kunder inte fick erbjuda bättre villkor på andra hotellbokningssajter. Se till exempel Konkurrensverkets beslut Dnr 596/2013, <https://www.konkurrensverket.se/globalassets/dokument/konkurrens/beslut/atagande/13-0598-booking.pdf>.



**Elisabeth Eklund** / Partner / Advokat  
elisabeth.eklund@delphi.se +46 709 25 26 08



**Helene Andersson** / Counsel / Advokat  
helene.andersson@delphi.se +46 767 72 00 33



**Karin Roberts** / Counsel / Advokat  
karin.roberts@delphi.se +46 709 25 25 72

**Delphi**

delphi.se