

Nya gruppundantaget för leverans- och distributionsavtal

Den 1 juni 2022 trädde ett nytt EU-gruppundantag för vertikala avtal i kraft. Europeiska kommissionen har också antagit nya riktlinjer som ger vägledning för tillämpningen av gruppundantaget och bedömningen av avtal som inte omfattas av det. Ett motsvarande svenskt gruppundantag förväntas träda i kraft 1 januari 2023. Vi sammanfattar här praktiskt viktiga aspekter av det nya gruppundantaget som i flera avseenden skiljer sig från det föregående.

Rekommendationer

- ◆ Det nya regelverket motiverar en översyn av leverans- och inköpsavtal, distributionsavtal och andra vertikala avtal.
- ◆ Säkerställ att befintliga och nya avtal är förenliga med det nya regelverket. Notera att särskilda övergångsbestämmelser gäller för avtal som var ikraft 31 maj 2022 och som omfattas av det äldre men inte det nya gruppundantaget. För sådana avtal gäller det äldre gruppundantaget till 31 maj 2023.
- ◆ Tänk på att EU:s gruppundantag endast är tillämpligt på avtal som påverkar handeln mellan minst två medlemsstater och att ett motsvarande nytt svensk gruppundantag förväntas träda ikraft först den 1 januari 2023. Intill dess gäller alltså olika materiella regler.
- ◆ Överväg och hantera den exponering som är förknippad med avtal som inte omfattas av gruppundantaget och som är eller riskerar att vara förbjudna. Överväg även de möjligheter som följer av att ett oönskat avtalsvillkor är eller kan vara konkurrensrättsligt ogiltigt.
- ◆ Ett vertikalt avtal kan, i sig eller tillsammans med andra, i vissa fall göra det svårt för utomstående företag att få tillgång till varor, tjänster eller distributionskanaler på rimliga villkor. Om ditt företag är drabbat kan det finnas anledning att överväga vilka möjligheter som finns att med stöd av konkurrensreglerna åstadkomma en förändring.
- ◆ Kom ihåg att även konsumenterna och privatpersonerna har möjlighet att agera t.ex. genom att tipsa konkurrensmyndigheten om potentiella konkurrensproblem som kan vara förknippade med vertikala avtal. Det kan t.ex. vara fråga om att en vara betingar samma pris hos olika konkurrerande återförsäljare/detaljister eller att varan finns tillgänglig i men inte beställas från nätbutik i annan medlemsstat.

1 Bakgrund

Det nya EU-gruppundantaget för vertikala avtal och samordnade förfaranden¹ och kommissionens nya riktlinjer för vertikala begränsningar² offentliggjordes 10 maj 2022.³ Det nya regelverket har föregåtts av en ingående utvärdering och ett omfattande samråd som inleddes 3 oktober 2018. Förarbetena till det nya EU-gruppundantaget och kommissionens nya riktlinjer är omfattande.⁴ De nya reglerna beaktar den marknadsutveckling som skett och den rättspraxis som utvecklats sedan 2010.⁵

Det nya gruppundantaget ger ett automatiskt skydd (*safe harbour*) för avtal som omfattas av dess tillämpningsområde och uppfyller villkoren för undantag. Det nya gruppundantaget har i vissa avseenden ett snävare tillämpningsområde och i andra avseenden ett bredare tillämpningsområde jämfört med det föregående gruppundantaget.⁶ Det snävare och mer restriktiva tillämpningsområdet innebär att befintliga avtal behöver ses över och kanske omförhandlas och anpassas för att vara fortsatt skyddade av gruppundantag. Det bredare och mer tillåtande tillämpningsområdet innebär att avtal och skyldigheter som tidigare inte var möjliga nu kan omfattas av gruppundantag.

Det nya gruppundantaget har i stort sett samma struktur som det tidigare undantaget och innehåller elva artiklar.

- **Definitioner och tillämpningsområde.** Artikel 1 innehåller ett antal, delvis nya, definitioner. Artikel 2 förklarar att förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i artikel 101.1. FEUF inte är tillämpligt på vertikala avtal som innehåller vertikala begränsningar om något annat inte följer av förordningen. Av bestämmelsen följer bl.a. att gruppundantaget, med vissa praktiskt viktiga undantag, som regel inte gäller vertikala avtal mellan konkurrerande företag.
- **Marknadsandelsspärr 30 %.** Artikel 3 innehåller oförändrade marknadsandelströsklar. Ett villkor för gruppundantag är således alltjämt att leverantörens respektive köparens marknadsandel inte överstiger 30 % av den relevanta försäljnings- respektive inköpsmarknaden.
- **Svart lista.** Artikel 4 innehåller en *svart lista* med vertikala begränsningar som, i den mån de förekommer, innebär att avtalet som helhet inte omfattas av gruppundantaget. Det är fråga om begränsningar som anses särskilt allvarliga (*hard core restrictions*). Det kan t.ex. vara fråga om avtal som i sig eller i kombination med andra omständigheter under parternas kontroll begränsar köparens möjlighet att bestämma försäljningspriset.
- **Grå lista.** Artikel 5 innehåller en *grå lista* med avtalade skyldigheter som inte omfattas av gruppundantaget, s.k. uteslutna begränsningar (*excluded restrictions*).

¹ 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, 11.5.2022, s. 4. Den nya gruppundantagsförordningen ersätter Kommissionens förordning (EU) nr 330/10 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, EUT L 102, 23.4.2010, s. 1.

² Tillkännagivande från kommissionen. Riktlinjer om vertikala begränsningar (2022/C 248/01), EUT C 248, 30.6.2022, s. 1.

³ Kommissionens pressmeddelande Antitrustreglerna: Kommissionen antar en ny gruppundantagsförordning om vertikala avtal och nya vertikala riktlinjer 10.5.2022.

⁴ European Commission Public Consultations: Review of VBER and Vertical Guidelines.

⁵ Bland de viktigare avgörandena finns EU-domstolens förhandsavgöranden i mål C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* ECLI:EU:C:2011:649 och mål C-230/16 *Coty Germany* ECLI:EU:C:2017:941.

⁶ De viktigaste förändringarna sammanfattas i kommissionens förklarande anmärkning: Explanatory note on the new VBER and Vertical Guidelines 10.5.2022.

Sådana skyldigheter behöver inte men kan således vara förbjudna och ogiltiga även om avtalet i övrigt omfattas av gruppundantag. Det kan t.ex. vara fråga om en konkurrensklausul med en varaktighet som överstiger fem år.

- **Återkallelse och icke-tillämpning.** *Artikel 6* ger möjlighet för kommissionen och nationella konkurrensmyndigheter att i visst fall återkalla gruppundantaget för ett avtal som, trots att det omfattas av undantaget, bedöms ha sådana negativa verkningar att undantag inte anses motiverat.⁷ *Artikel 7* ger kommissionen möjlighet att under vissa förutsättningar genom förordning förklara att gruppundantaget inte ska tillämpas på vertikala avtal på en viss marknad.⁸
- **Beräkning och tillfälligt överskridande av marknadsandel eller omsättning.** *Artikel 8* och *artikel 9* innehåller närmare regler om tillämpningen av marknadsandels- och omsättningströsklarna i gruppundantaget.
- **Övergångsregel för avtal som omfattas av det föregående gruppundantaget.** *Artikel 10* innehåller en praktiskt viktig övergångsbestämmelse. Enligt bestämmelsen ska förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i artikel 101.1 FEUF inte gälla under perioden 1 juni 2022 till 31 maj 2023 i fråga om avtal som var i kraft 31 maj 2022 och som inte omfattas av det nya gruppundantaget men som 31 maj 2022 uppfyller villkoren för undantag enligt det föregående gruppundantaget. Övergångsbestämmelsen ger således en respit fram till 31 maj 2023 att anpassa avtal som per 31 maj 2022 omfattades av det föregående gruppundantaget.
- **Giltighetstid.** *Artikel 11* föreskriver att det nya gruppundantaget gäller i tolv år, från och med 1 juni 2022 till och med 31 maj 2034. Förordningen är till alla delar bindande och direkt tillämplig i alla medlemsstater.

Ett motsvarande nytt svenskt gruppundantag beräknas träda ikraft 1 januari 2023.⁹ Då kommer samma materiella regler att gälla, oavsett om svensk eller EU:s konkurrensrätt är tillämplig i det enskilda fallet. Fram till dess är det särskilt viktigt att bedöma om ett visst avtal kan påverka handeln mellan medlemsstater eller inte. Förbudet i artikel 101.1 FEUF kan nämligen tillämpas på avtal som påverkar samhandeln men som inte omfattas av undantag enligt EU-rätten, även om det skulle omfattas av det (nu gällande) svenska gruppundantaget.

Kommissionens nya riktlinjer för vertikala begränsningar ersätter de tidigare riktlinjerna och ger vägledning om hur gruppundantaget ska tolkas och tillämpas och hur vertikala avtal som inte omfattas av gruppundantaget ska bedömas. De nya riktlinjerna är mer utförliga än de tidigare och ger i vissa avseenden ny vägledning för bedömningen, t.ex. avseende hållbarhet. Riktlinjerna är vägledande även vid tillämpningen av konkurrenslagen. Riktlinjerna är emellertid inte rättsligt bindande för vare sig EU-domstolen eller svenska domstolar och skiljenämnder.

2 Definitioner och tillämpningsområde

Allmänt. Gruppundantaget gäller för vertikala avtal och samordnade förfaranden¹⁰ mellan två eller flera företag, som inte omfattas av något annat gruppundantag.¹¹ Ett företag är en enhet som bedriver ekonomisk verksamhet även om denna enhet i rättslig

⁷ Riktlinjerna p. 256 – 268.

⁸ Riktlinjerna p. 269 – 274.

⁹ Näringsdepartementets promemoria (N2022/00843) *Ändrade regler för vertikala avtal*.

¹⁰ Skäl 3.

¹¹ Artikel 2.7. Riktlinjerna p. 110 – 114.

mening består av flera juridiska eller fysiska personer. Avtal mellan bolag som ingår i en och samma ekonomiska enhet faller utanför tillämpningsområdet för förbudet mot konkurrensbegränsande avtal. Gruppundantaget är följaktligen inte tillämpligt på sådana avtal. Ett exempel kan vara ett leverans- eller distributionsavtal mellan bolag inom en och samma koncern. Ett annat exempel är avtal mellan en leverantör och en köpare som förhandlar och/eller ingår avtal för leverantörens räkning, antingen i eget eller huvudmannens namn, och som inte bär någon eller endast en obetydlig ekonomisk eller kommersiell risk i samband med de avtal som ingåtts eller förhandlats för leverantörens räkning. I sådana fall kan det vara fråga om ett, i konkurrensrättslig bemärkelse, agentavtal som inte omfattas av förbudet i artikel 101.1 FEUF. Agenten agerar därvid inte som en oberoende ekonomisk aktör utan snarare som leverantörens förlängda arm.¹² Enligt riktlinjerna kan en leverantör av onlinebaserade förmedlingstjänster normalt inte kvalificeras som en agent vid tillämpningen av artikel 101.1 FEUF.¹³

Definition av vertikalt avtal och vertikal begränsning. Ett vertikalt avtal definieras som ett avtal mellan två eller flera företag som vart och ett, *inom ramen för avtalet*, är verksamt i olika led i produktions- eller distributionskedjan, och som avser villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster.¹⁴ Även ett avtal mellan två konkurrenter anses således vertikalt om avtalsparterna, inom ramen för avtalet, är verksamma i olika led i produktions- eller distributionskedjan. Begreppet vertikala avtal omfattar även avtal mellan företag om tillhandahållande av onlinebaserade förmedlingstjänster.¹⁵ En *vertikal begränsning* definieras som en konkurrensbegränsning i ett vertikalt avtal som omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i artikel 101.1 FEUF.¹⁶ Gruppundantaget omfattar inte vertikala begränsningar som inte avser villkoren för inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster. Det kan t.ex. vara fråga om avtal om hyra, leasing eller om en skyldighet att inte bedriva forskning och utveckling.¹⁷

Gruppundantaget tillämpas som regel inte på vertikala avtal mellan konkurrenter.¹⁸ Med konkurrerande företag avses inte bara faktiska konkurrenter, dvs. företag som är verksamma på samma relevanta (produkt och geografiska) marknad.¹⁹ Begreppet konkurrerande företag omfattar också potentiella konkurrenter, dvs. företag som, *utan det vertikala avtalet*, på kort tid sannolikt skulle inträda på den relevanta marknaden. En grossist/återförsäljare som tillverkar och säljer varor under eget namn (egna varumärken) anses utgöra en konkurrent till en tillverkare/leverantör av konkurrerande varor om grossisten/återförsäljaren själv tillverkar de egna märkesvarorna, men inte om grossisten/återförsäljaren låter en tredje part producera dem (legotillverkning).²⁰

Gruppundantaget kan tillämpas på vissa icke-ömsesidiga vertikala avtal mellan konkurrenter. Gruppundantaget är tillämpligt på icke ömsesidiga vertikala avtal där leverantören konkurrerar med köparen i senare handelsled under förutsättning att köparen inte konkurrerar med leverantören i tidigare handelsled. Gruppundantaget kan således vara tillämpligt på ett vertikalt avtal mellan en grossist och en återförsäljare trots att grossisten konkurrerar med återförsäljaren i återförsäljarledet, under förutsättning att

¹² Riktlinjerna p. 29.

¹³ Riktlinjerna p. 46.

¹⁴ Artikel 1.1.a. Riktlinjerna p. 56 – 61.

¹⁵ Skäl 10-11.

¹⁶ Artikel 1.1 b.

¹⁷ Riktlinjerna p. 61.

¹⁸ Artikel 2.4 första stycket. Riktlinjerna p. 88 – 103.

¹⁹ Artikel 1.1. c. Riktlinjerna p. 90. Se även EU-domstolens dom i mål C-307/18 *Generics (UK) m.fl.* ECLI:EU:C:2020:52 p. 36 – 43 och C-591/16 *Lundbeck mot kommissionen* ECLI:EU:C:2021:243 p. 54 – 57.

²⁰ Riktlinjerna p. 92.

återförsäljaren inte konkurrerar med grossisten i grossistledet. Gruppundantaget är således tillämpligt på s.k. dubbel återförsäljning (*dual distribution*).²¹ I dessa fall gäller emellertid gruppundantaget inte för sådant informationsutbyte mellan leverantören och köparen som inte är direkt kopplat till genomförandet av avtalet eller som inte är nödvändigt för att förbättra produktionen eller distributionen av varorna eller tjänsterna.²² Riktlinjerna innehåller en icke uttömmande lista med exempel på informationsutbyte som, beroende på omständigheterna, normalt omfattas av gruppundantaget och en lista med exempel på informationsutbyte som vanligtvis inte gör det (t.ex information om priser som leverantören och/eller köparen avser att tillämpa i det led i vilket de konkurrerar om försäljning till kunderna).²³

Gruppundantaget tillämpas inte på vertikala avtal med en leverantör av onlinebaserade förmedlingstjänster som även fungerar som säljare av varor och tjänster som förmedlas via plattformen. Gruppundantaget är inte tillämpligt på vertikala avtal avseende onlinebaserade förmedlingstjänster (*online intermediation services*) där leverantören av förmedlingstjänsterna även säljer varor och tjänster i konkurrens med de företag till vilka leverantören tillhandahåller förmedlingstjänsterna (*hybrid platform*).²⁴

Gruppundantaget tillämpas på vissa vertikala avtal mellan en sammanslutning av detaljister och en enskild medlem eller en leverantör. Tillämpning av gruppundantaget i dessa fall gäller under förutsättning att alla medlemmar av sammanslutningen är detaljister av varor och att ingen enskild medlem av sammanslutningen har en årsomsättning som överstiger 50 miljoner euro. Gruppundantaget påverkar dock inte tillämpningen av förbudet i artikel 101.1 FEUF i fråga om horisontella avtal eller samordnade förfaranden mellan medlemmar i sammanslutningen eller med avseende på beslut som sammanslutningen fattar.²⁵

3 Marknadsandelsspärr 30 %

Ett villkor för gruppundantag är att leverantörens marknadsandel inte överstiger 30 % av den relevanta marknaden²⁶ där leverantören säljer de varor eller tjänster som omfattas av avtalet och att köparens marknadsandel inte överstiger 30 % av den relevanta marknaden där köparen köper de varor eller tjänster som omfattas av avtalet.²⁷ Om en marknadsandel senare, dvs. efter avtalets ingående, överskrider denna nivå ska dock undantaget fortsätta att tillämpas under en period av två på varandra följande kalenderår efter det år då tröskelvärdet först överskreds.²⁸ Marknadsandelarna ska i första hand beräknas på grundval av uppgifter om försäljnings- respektive inköpsvärde och i andra hand på grundval av försäljnings- respektive inköpsvolym och avse det föregående kalenderåret.²⁹

²¹ Artikel 2.4 a – b. Skäl 12 – 14.

²² Artikel 2.5 och skäl 13.

²³ Riktlinjerna p. 99 och p. 100.

²⁴ Artikel 2.6 och skäl 14. Riktlinjerna p. 62 – 68 och p. 104 – 109.

²⁵ Artikel 2.4 och skäl 3. Se även artikel 9 angående tillämpning av omsättningströskeln. Riktlinjerna p. 69 – 70.

²⁶ Jfr kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT nr C 372, 9.12.1997, s. 5. Tillkännagivandet är föremål för översyn 2020-2021: Evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law.

²⁷ Artikel 3.1 och skäl 7 – 9. Riktlinjerna p. 170 – 176.

²⁸ Artikel 8 d.

²⁹ Artikel 8 a – b.

4 Svart lista med särskilt allvarliga begränsningar

Utgångspunkter. Gruppundantaget ska inte ge undantag för vertikala avtal som innehåller skyldigheter eller andra bestämmelser som sannolikt kommer att begränsa konkurrensen och skada konsumenterna eller som inte är nödvändiga för att uppnå de effektivitetsfrämjande verkningarna.³⁰ Mot bakgrund härav innehåller gruppundantaget en lista med särskilt allvarliga begränsningar (*hard core restraints*), den s.k. svarta listan.³¹ Vid klassificeringen av en begränsning som särskilt allvarlig kan hänsyn tas till begränsningens innehåll och sammanhang, men klassificeringen bör inte vara beroende av marknadsspecifika omständigheter eller parternas individuella särdrag.³² En svartlistad begränsning innebär att avtalet som helhet faller utanför gruppundantaget. En sådan begränsning anses i regel ha till syfte att begränsa konkurrensen i strid med artikel 101.1 FEUF och uppfyller normalt inte förutsättningarna för undantag enligt artikel 101.3 FEUF.³³

Begränsning av köparens möjligheter att bestämma försäljningspriset.³⁴ Vertikala avtal som begränsar köparens möjlighet att bestämma försäljningspriset utgör som regel en särskild allvarlig begränsning, s.k. prisstyrning (*resale price maintenance, RPM*). Gruppundantaget är dock tillämpligt på avtal som innebär att leverantören fastställer ett högsta försäljningspris (maxpris) eller rekommenderar ett försäljningspris (cirkapris), om inte dessa som en följd av påtryckningar eller incitament från någon av parterna får karaktären av ett fast eller lägsta pris.

Ett avtal som bygger på ett visst intervall inom vilket köparen måste sätta sitt försäljningspris anses normalt utgöra en prisstyrning.³⁵ Detsamma gäller om en leverantör begär en prishöjning som åtföljs av köparen.³⁶ Riktlinjerna innehåller en lista med exempel på andra, mer indirekta metoder, för prisstyrning:³⁷

- Fastställa köparens marginal vid återförsäljning.
- Fastställa högsta rabatt som köparen får tillämpa vid återförsäljning.
- Villkora rabatter eller marknadsföringsbidrag till köparen av att köparen upprätthåller en viss prisnivå.
- Annonsera priser som återförsäljaren inte får underskrida (minimum advertised prices, MAP).³⁸
- Knyta köparens priser vid återförsäljning till andra återförsäljares priser.
- Hota med försenad leverans eller uppsägning av avtal om köparen inte iakttar en viss prisnivå vid återförsäljning.

System för övervakning av prissättning eller skyldighet för återförsäljare att underrätta leverantörer ifall andra återförsäljare tillämpar en avvikande prissättning kan utgöra medel för att upprätthålla men utgör inte i sig prisstyrning.³⁹

³⁰ Skäl 15.

³¹ Artikel 4 a – f. Riktlinjerna p. 177 – 245.

³² Skäl 15.

³³ Riktlinjerna p. 177 – 184.

³⁴ Artikel 4 a. Riktlinjerna p. 185 – 201.

³⁵ Riktlinjerna p. 185.

³⁶ Riktlinjerna p. 186.

³⁷ Riktlinjerna p. 187.

³⁸ Riktlinjerna p. 189.

³⁹ Riktlinjerna p. 190 – 191.

Begränsning av geografiskt område eller kundkrets i ett exklusivt distributionssystem.⁴⁰ Gruppundantaget är inte tillämpligt på avtal i ett exklusivt distributionssystem⁴¹ som begränsar det område inom vilket, eller de kunder till vilka ensamåterförsäljaren aktivt⁴² eller passivt⁴³ får sälja avtalsvarorna eller avtalstjänsterna. Gruppundantaget gör dock undantag för följande praktiskt viktiga begränsningar, som således omfattas av gruppundantaget:

- Begränsning av ensamåterförsäljarens och dennes direkta kunders⁴⁴ aktiva försäljning till ett område eller till en kundgrupp som är förbehållen leverantören⁴⁵ eller som leverantören exklusivt tilldelat högst fem andra ensamåterförsäljare.⁴⁶
- Begränsning av ensamåterförsäljarens och dennes kunders aktiva eller passiva försäljning till icke auktoriserade återförsäljare lokaliserade i ett område där leverantören driver ett selektivt distributionssystem för avtalsvarorna eller avtalstjänsterna.⁴⁷
- Begränsning som avser ensamåterförsäljarens etableringsställe.⁴⁸
- Begränsning av en ensamåterförsäljares aktiva eller passiva försäljning till slutanvändare, om ensamåterförsäljaren bedriver verksamhet i grossistledet.⁴⁹
- Begränsning av ensamåterförsäljarens möjligheter att aktivt eller passivt sälja komponenter som levereras i syfte att införlivas, till kunder som skulle använda dem för att tillverka samma slags varor som de som är producerade av leverantören.⁵⁰

⁴⁰ Artikel 4 b.

⁴¹ Med *exklusivt distributionssystem* avses ett distributionssystem där leverantören tilldelar ett område eller en kundgrupp exklusivt till sig själv eller till högst fem köpare och begränsar möjligheten för alla övriga köpare att aktivt sälja till det exklusiva området eller till den exklusiva kundgruppen. Artikel 1.1 h. Riktlinjerna p. 117 – 118.

⁴² Med *aktiv försäljning* avses 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. Artikel 1.1 l. Riktlinjerna p. 211 – 215.

⁴³ Med *passiv försäljning* avses 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, inbegripet försäljning som är ett resultat av deltagande i offentlig upphandling eller svar på privata anbudsinfordringar. Artikel 1.1 m. Riktlinjerna p. 211 – 215.

⁴⁴ Begränsningen får avse återförsäljarens direkta kunder, men leverantören får inte kräva att återförsäljarens direkta kunder ska vidareföra begränsningen av aktiv försäljning till andra kunder längre ned i distributionskedjan. Riktlinjerna p. 220.

⁴⁵ För att leverantören ska anses ha reserverat ett område eller en kundgrupp för sig själv krävs det inte att leverantören faktisk bedriver försäljning i det aktuella området eller gentemot den aktuella kundgruppen. Däremot krävs det att leverantören informerar samtliga distributörer om att området har reserverats. Riktlinjerna p. 124.

⁴⁶ Artikel 4 b (i). Riktlinjerna p. 219 – 222.

⁴⁷ Artikel 4 b (ii). Riktlinjerna p. 223.

⁴⁸ Artikel 4 b (iii).

⁴⁹ Artikel 4 b (iv). Riktlinjerna p. 225.

⁵⁰ Artikel 4 b (v). Riktlinjerna p. 226.

Vissa typer av begränsningar i ett selektivt distributionssystem.⁵¹ Gruppundantaget är inte tillämpligt på avtal i ett selektivt distributionssystem⁵² som begränsar det område inom vilket, eller de kunder till vilka medlemmarna i det selektiva distributionssystemet aktivt⁵³ eller passivt⁵⁴ får sälja varorna eller tjänsterna. Gruppundantaget gör dock undantag för följande praktiskt viktiga begränsningar, som således omfattas av gruppundantag:⁵⁵

- Begränsning av aktiv försäljning av medlemmarna i det selektiva distributionssystemet och deras direkta kunder inom ett område eller till en kundgrupp som är förbehållen leverantören eller som leverantören exklusivt tilldelat högst fem andra ensamåterförsäljare.⁵⁶
- Begränsning av aktiv eller passiv försäljning av medlemmarna i det selektiva distributionssystemet och deras kunder till icke auktoriserade återförsäljare som är lokaliserade i det område där det selektiva distributionssystemet drivs.⁵⁷
- Begränsning som avser etableringsstället för medlemmarna i det selektiva distributionssystemet.⁵⁸
- Begränsning av aktiv eller passiv försäljning till slutanvändare av medlemmar i ett selektivt distributionssystem som driver verksamhet i grossistledet.⁵⁹
- Begränsning av möjligheten att aktivt eller passivt sälja komponenter som levereras i syfte att införlivas, till kunder som skulle använda dem för att tillverka samma slags varor som de som är producerade av leverantören.⁶⁰

Gruppundantaget är inte tillämpligt på avtal i ett selektivt distributionssystem som begränsar möjligheten till korsvisa leveranser mellan medlemmarna i det selektiva distributionssystemet, oberoende av om de är verksamma i samma eller olika handelsled.⁶¹

Gruppundantaget är inte heller tillämpligt på avtal i ett selektivt distributionssystem som begränsar möjligheten för auktoriserade återförsäljare i detaljhandelsledet att aktivt eller

⁵¹ Artikel 4 c.

⁵² Med *selektivt distributionssystem* avses ett distributionssystem där leverantören åtar sig att, antingen direkt eller indirekt, sälja avtalsvarorna eller avtalstjänsterna endast till återförsäljare som valts ut på grundval av särskilda kriterier och där dessa återförsäljare åtar sig att inte sälja dessa varor eller tjänster till icke auktoriserade återförsäljare inom det område som leverantören har förbehållit sig för att driva detta system.

⁵³ Med *aktiv försäljning* avses 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. Artikel 1.1 I. Riktlinjerna p. 211 – 215.

⁵⁴ Med *passiv försäljning* avses 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, inbegripet försäljning som är ett resultat av deltagande i offentlig upphandling eller svar på privata anbudsinfordringar. Artikel 1.1 m. Riktlinjerna p. 211 – 215.

⁵⁵ Om villkoren är uppfyllda är gruppundantaget tillämpligt oberoende av vilken typ av produkter det handlar om och oberoende av vilka urvalskriterier som används. Leverantören är inte heller skyldig att offentliggöra urvalskriterierna. Riktlinjerna p. 151 med hänvisning till mål C-158/11 *Auto 24 SARL mot Jaguar Land Rover France SAS* ECLI:EU:C:2012:351, p. 31.

⁵⁶ Artikel 4 c (i) 1. Riktlinjerna p. 229.

⁵⁷ Artikel 4 c (i) 2. Riktlinjerna p. 230.

⁵⁸ Artikel 4 c (i) 3. Riktlinjerna p. 231.

⁵⁹ Artikel 4 c (i) 4. Riktlinjerna p. 232.

⁶⁰ Artikel 4 c (i) 5. Riktlinjerna p. 233.

⁶¹ Artikel 4 c (ii). Riktlinjerna p. 237.

passivt sälja till slutanvändare.⁶² Detta påverkar dock inte ovan nämnda möjlighet att begränsa aktiv försäljning till ett område eller till en kundgrupp som är förbehållen leverantören eller som exklusivt har tilldelats högst fem andra ensamåterförsäljare⁶³ eller möjligheten att begränsa etableringsställe.⁶⁴

Vissa typer av begränsningar i öppen distribution.⁶⁵ I de fall där leverantören varken driver ett exklusivt eller selektivt distributionssystem (s.k. öppen distribution), är gruppundantaget inte tillämpligt på avtal som innehåller en begränsning av det område inom vilket eller av de kunder till vilka en köpare aktivt⁶⁶ eller passivt⁶⁷ får sälja avtalsvarorna eller avtalstjänsterna. Gruppundantaget gör dock undantag för följande praktiskt viktiga begränsningar, som således omfattas av gruppundantag:

- Begränsning av köparens och dennes direkta kunders aktiva försäljning till ett område eller en kundgrupp som är förbehållen leverantören eller som leverantören exklusivt tilldelat högst fem ensamåterförsäljare.⁶⁸
- Begränsning av köparens och dennes direkta kunders aktiva eller passiva försäljning till icke auktoriserade återförsäljare lokaliserade i ett område där leverantören driver ett selektivt distributionssystem för avtalsvarorna eller avtalstjänsterna.⁶⁹
- Begränsning som avser köparens etableringsställe.⁷⁰
- Begränsning av köparens aktiva eller passiva försäljning till slutanvändare, om köparen driver verksamhet i grossistledet.⁷¹
- Begränsning av köparens möjlighet att aktivt eller passivt sälja komponenter som levereras i syfte att införlivas, till kunder som skulle använda dem för att tillverka samma slags varor som de som är producerade av leverantören.⁷²

⁶² Artikel 4 c (iii). Riktlinjerna p. 234.

⁶³ Artikel 4 c (i) 1.

⁶⁴ Artikel 4 c (i) 3.

⁶⁵ Artikel 4 d.

⁶⁶ Med *aktiv försäljning* avses 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. Artikel 1.1 l. Riktlinjerna p. 211 – 215.

⁶⁷ Med *passiv försäljning* avses 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, inbegripet försäljning som är ett resultat av deltagande i offentlig upphandling eller svar på privata anbudsinfordringar. Artikel 1.1 m. Riktlinjerna p. 211 – 215.

⁶⁸ Artikel 4 d (i). Riktlinjerna p. 240.

⁶⁹ Artikel 4 d (ii). Riktlinjerna p. 241.

⁷⁰ Artikel 4 d (iii). Riktlinjerna p. 242.

⁷¹ Artikel 4 d (iv). Riktlinjerna p. 243.

⁷² Artikel 4 d (v). Riktlinjerna p. 244.

Förhindrande av att köparen eller dennes kunder använder internet för att sälja varorna eller tjänsterna.⁷³ Gruppundantaget är inte tillämpligt på avtal som har till syfte att förhindra köparen eller köparens kunder från att effektivt använda internet för att sälja varorna eller tjänsterna.⁷⁴ Enligt gruppundantaget påverkar detta dock inte möjligheten att ålägga köparen andra begränsningar av onlineförsäljning eller begränsningar av onlinemarknadsföring som inte syftar till att förhindra användning av en hel onlinemarknadsföringskanal. Sådana begränsningar kan alltså omfattas av gruppundantag.⁷⁵

Vissa typer av begränsningar som avtalats mellan en leverantör av komponenter och en köpare som införlivar komponenterna.⁷⁶ Gruppundantaget omfattar inte begränsningar som avtalats mellan en leverantör av komponenter och en köpare som införlivar komponenterna (t.ex. en OEM-tillverkare) som hindrar leverantören från att sälja dessa komponenter som reservdelar till slutanvändare eller till oberoende reparatörer, grossister eller andra tjänsteleverantörer som av köparen inte fått i uppdrag att reparera eller underhålla köparens varor.⁷⁷

5 Grå lista med uteslutna begränsningar

Innebörd. Gruppundantaget ska inte ge undantag för avtalsbestämmelser som inte med tillräcklig säkerhet kan antas uppfylla villkoren för undantag i artikel 101.3 FEUF. Gruppundantaget innehåller därför en lista med uteslutna begränsningar (*excluded restrictions*), den s.k. grå listan.⁷⁸ De uteslutna begränsningarna är sådana som, trots att övriga förutsättningar för tillämpning av gruppundantaget är uppfyllda, skulle kunna försvåra tillträde eller expansion (utestängning) eller underlätta samordning av konkurrensbeteendet på marknaden. Sådana avtalsbestämmelser kan, beroende på omständigheterna, således vara förbjudna (och ogiltiga) även om avtalet i övrigt omfattas av gruppundantag.

Konkurrensklausul som är obegränsad i tiden eller som gäller längre än fem (5) år.⁷⁹ Med en *konkurrensklausul* avses varje direkt eller indirekt skyldighet som föranleder köparen att inte tillverka, köpa, sälja eller återförsälja varor eller tjänster som konkurrerar med avtalsvarorna eller avtalstjänsterna, eller varje direkt eller indirekt skyldighet för köparen att hos leverantören eller något annat företag som leverantören utsett göra mer än 80 % av sina totala inköp av avtalsvarorna eller avtalstjänsterna och av varor eller tjänster som på den relevanta marknaden är utbytbara med dessa, beräknat på grundval av värdet av eller, om det är gängse praxis inom branschen, volymen på köparens inköp under det föregående kalenderåret.⁸⁰

⁷³ Artikel 4 e.

⁷⁴ Ett sådant förhindrande kan t.ex. bestå i totalförbud mot internetförsäljning eller andra bestämmelser som har till syfte att begränsa en effektiv användning av internet, t.ex. genom att avsevärt minska den totala volymen av avtalsvarorna eller avtalstjänsterna som ska säljas på internet. Mål C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* ECLI:EU:C:2011:649 p. 54.

⁷⁵ Vägledning om vilka begränsningar och åtgärder avseende internetförsäljning som faller utanför gruppundantaget finns i p. 203 – 210 i riktlinjerna. Vad gäller begränsning av användningen av prisjämförelsetjänster, se även p. 343 – 349 i riktlinjerna.

⁷⁶ Artikel 4 f.

⁷⁷ Avtalet får emellertid innehålla begränsningar av leveranserna av reservdelar till de reparatörer eller tjänsteleverantörer som tillverkaren av originalutrustning har anförtrött reparation eller underhåll av sina egna produkter. Ett krav från OEM-tillverkaren på att medlemmar i det egna reparations- och servicenätet köper reservdelar från OEM-tillverkaren eller från andra medlemmar i dess selektiva distributionssystem, om ett sådant system används, omfattas således av gruppundantag. Riktlinjerna p. 245.

⁷⁸ Artikel 5 och skäl 16. Riktlinjerna p. 246 – 255.

⁷⁹ Artikel 5.1 a.

⁸⁰ Artikel 1.1 f.

Gruppundantaget utesluter, dvs. ger inte undantag för konkurrensklausuler med obegränsad varaktighet eller som gäller längre än fem år. Konkurrensklausuler som till följd av förlängning fortsätter att gälla efter femårsperiodens utgång kan dock omfattas av gruppundantaget om köparen kan omförhandla eller avsluta avtalet med rimlig uppsägningstid och till en rimlig kostnad, så att köparen på ett effektivt sätt kan byta leverantör när femårsperioden har löpt ut.⁸¹ Tidsgränsen på fem år gäller inte om köparen säljer avtalsvarorna eller avtalstjänsterna från lokaler och mark som ägs av leverantören eller som leverantören hyr av en tredje man som inte har någon anknytning till köparen, under förutsättning att konkurrensklausulen inte gäller efter det köparen lämnat lokalen/marken.⁸²

Konkurrensklausul som gäller efter det att avtalet löpt ut.⁸³ Gruppundantaget utesluter, dvs. ger inte undantag för konkurrensklausuler som gäller efter det att avtalet upphört att gälla. En konkurrensklausul som är begränsad till en period på ett år efter det att avtalet löpt ut omfattas dock av gruppundantaget om den avser varor eller tjänster som konkurrerar med avtalsvarorna eller avtalstjänsterna, är begränsad till de lokaler och den mark varifrån köparen har bedrivit verksamhet under avtalsperioden⁸⁴ och är oundgänglig för att skydda know-how⁸⁵ som leverantören har överfört till köparen.⁸⁶

Skyldighet för återförsäljare i ett selektivt distributionssystem att inte sälja vissa konkurrerande varumärken.⁸⁷ Gruppundantaget utesluter, dvs. ger inte undantag för skyldigheter som föranleder medlemmarna i ett selektivt distributionssystem att inte sälja vissa (dvs. en eller flera specifika) konkurrerande leverantörers varumärken.⁸⁸

Bred paritetsklausul i avtal avseende onlinebaserade förmedlingstjänster.⁸⁹ Gruppundantaget utesluter, dvs. ger inte undantag för bestämmelse som ålägger köpare av onlinebaserade förmedlingstjänster att inte erbjuda eller sälja varor eller tjänster till slutanvändare på gynnsammare villkor⁹⁰ via konkurrerande onlinebaserade förmedlingstjänster, s.k. breda paritets- eller mest gynnade klausuler (*across-platform retail parity obligations*). Andra (snäva) paritetsklausuler omfattas däremot av gruppundantaget.⁹¹

⁸¹ Riktlinjerna p. 248.

⁸² Artikel 5.2. Riktlinjerna p. 249.

⁸³ Artikel 5.1 b.

⁸⁴ Detta påverkar inte möjligheten att uppställa en icke tidsbegränsad begränsning av användning och utlämnande av *know-how* som ännu inte har blivit tillgänglig för allmänheten. Artikel 5.3 andra stycket.

⁸⁵ Ifrågasvarande *know-how* måste vara hemlig, väsentlig och identifierad i den mening som avses i artikel 1.1 j i förordning (EU) 2022/720, och den måste framför allt omfatta information som är viktig och till nytta för köparen när det gäller användning, försäljning eller återförsäljning av avtalsvarorna eller avtalstjänsterna. Riktlinjerna p. 251.

⁸⁶ Artikel 5.3.

⁸⁷ Artikel 5.1 c.

⁸⁸ Riktlinjerna p. 252.

⁸⁹ Artikel 5.1 d.

⁹⁰ Villkoren kan gälla priser, lager, tillgänglighet eller andra försäljningsvillkor. Riktlinjerna p. 253.

⁹¹ Riktlinjerna p. 254.

6 Avtal som inte omfattas av gruppundantag

Att ett avtal eller en avtalsbestämmelse inte omfattas av gruppundantaget innebär inte att avtalet eller bestämmelsen strider mot förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i artikel 101.1 FEUF. Det innebär bara att det måste göras en individuell bedömning av om avtalet/bestämmelsen omfattas av förbudet och, om så är fallet, om villkoren i artikel 101.3 FEUF är uppfyllda.

Riktlinjerna ger vägledning för bedömningen i enskilda fall.

Kontakt

Johan Karlsson

Partner

johan.karlsson@vinge.se



Trine Osen Bergqvist

Expert

trine.osenbergqvist@vinge.se

