

Rättsutlåtande rörande gruppundantagen för kedjor i detaljhandeln

av Nils Wahl, Stockholms universitet

Konkurrensverket april 1997
Utredare: Nils Wahl, Stockholms universitet
ISSN 1401-8438
AWJ Kunskapsföretaget AB, Nyköping 1997

Förord

Konkurrensverket har gett Nils Wahl, docent i Europeisk integrationsrätt vid Stockholms universitet, i uppdrag att analysera gruppundantaget för kedjor i detaljhandeln.

Konkurrensverket anser att rapporten utgör ett intressant bidrag till diskussionen om detta gruppundantag. Nils Wahls arbete har följts av en referensgrupp vid Konkurrensverket, men för de analyser och slutsatser som framförs i rapporten svarar författaren själv.

Stockholm i april 1997

Jan-Erik Ljusberg

Chef för Konkurrensverkets utredningsavdelning

Innehållsförteckning

1	Uppdraget	7
2	Allmänna utgångspunkter	8
2.1	Regeringens kompetens att utfärda gruppundantag	8
2.2	Konkurrensrättsliga utgångspunkter	10
2.3	Grunderna för gruppundantaget för kedjor i detaljhandeln	12
3	Gruppundantaget för kedjor i detaljhandeln	14
3.1	Allmänt om gruppundantagets struktur	14
3.1.1	Definition av kedjor	14
3.1.2	Avsaknad av en svart lista	15
3.2	Tillåtna konkurrensbegränsningar	16
3.2.1	Inköpssamarbete	16
3.2.2	Försäljning endast av medlemmarna	17
3.2.3	Gemensam marknadsföring	19
3.2.4	Prissamarbete	21
3.2.5	Kalkyleringshjälp	22
3.2.6	Butiksetablering, m.m.	23
3.3	Undantag för större kedjor	24
3.4	Beräkningsregler	25
3.4.1	Större respektive mindre kedjor	28
3.5	Övriga bestämmelser	29
4	Analys av gruppundantagets förenlighet med svensk och europeisk konkurrensrätt	31
4.1	Inledning	31
4.2	Förenligheten med konkurrenslagen och EGs konkurrensregler	32
4.2.1	Inköpssamarbete	32
4.2.2	Försäljning endast av medlemmarna	35
4.2.3	Prissamarbete	37
4.2.4	Den sammanlagda effekten	39
5	Sammanfattande ställningstagande	42

1 Uppdraget

Uppdraget syftar till att analysera det svenska gruppundantaget för kedjor i detaljhandeln (SFS 1993:80, såsom ändrad genom SFS 1996:368). Analysen sker i princip utifrån två olika infallsvinklar nämligen dels undantagets överensstämmelse med svensk rätt och då närmast konkurrenslagens mer allmänna uppbyggnad, dels dess överensstämmelse med EG-rätten. Oavsett detta sker dock analysen samlat så tillvida att respektive bestämmelse i gruppundantaget analyseras samtidigt i förhållande till såväl konkurrenslagen som EG-rätten.

Med detta syfte är utlåtandet disponerat på så sätt att först redogörs för vissa mer allmänna utgångspunkter (avsnitt 2), däribland den rättsliga grunden för gruppundantaget som sådant. I avsnitt 3 analyseras innebörden och tolkningen av respektive bestämmelse i gruppundantaget, varefter i avsnitt 4 bestämmelsernas förenlighet med konkurrenslagen och EG-rätten diskuteras. Utlåtandet avslutas med ett sammanfattande ställningstagande (avsnitt 5).

2 Allmänna utgångspunkter

Den svenska konkurrenslagen (KL 1993:20) är uppbyggd runt två principiella förbud, dels ett förbud mot konkurrensbegränsande avtal (6 §), dels ett förbud mot missbruk av dominerande ställning (19 §). Förbudet i 6 § är tämligen vidsträckt utformat genom att det förbjuder avtal som har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på den svenska marknaden på ett märkbart sätt eller om de ger ett sådant resultat. Förvisso ligger i kravet på märkbarhet en viss begränsning, men likväl är själva det grundläggande förbudet mer omfattande än vad som följer utifrån en rent konkurrensrättslig analys. Av detta skäl finns det flera olika möjligheter till undantag från förbudet i 6 §. Förutom att det är möjligt att efter anmälan till Konkurrensverket (KKV) erhålla ett individuellt undantag, samt möjligheterna att efter framställan hos Stockholms tingsrätt erhålla undantag, förutsätts även i lagen möjligheterna till s.k. gruppundantag. Enligt 17 § har regeringen möjlighet att genom verkställighetsföreskrifter ange olika typer av avtal som genom uppfyllandet av kraven i 8 §, skall ges undantag från förbudet i 6 § utan att anmälan därvid behöver ske till KKV. Gruppundantaget för samverkan i kedjor är ett sådant gruppundantag.

2.1 Regeringens kompetens att utfärda gruppundantag

Enligt 17 § har regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer rätt att ange vilka typer av avtal som skall omfattas av gruppundantag. Någon delegering har dock hittills inte skett utan det är regeringen som utfärdat alla gruppundantag.

Vid lagrådsgranskningen av det ursprungliga förslaget till ny konkurrenslag uttalade lagrådet att det kunde ifrågasättas i vilken utsträckning som regeringens befogenheter att utfärda gruppundantag verkligen stod i överensstämmelse med regeringsformen (RF) 8:2.¹ Enligt lagrådets uppfattning gick regeringens befogenhet längre än att enbart föreskriva verkställighetsföreskrifter. Lagrådet föreslog även vissa förändringar i det remitterade förslaget i syfte att uppnå en överensstämmelse. Med anledning av lagrådets yttrande skedde också en förändring så tillvida att propositionens lagförslag mer direkt uttalar att undantaget följer av lagen som sådan och att regeringen endast talar om vilka typer av avtal som skall undantas. Enligt regeringen var detta tillräckligt för att undvika konflikt med RF 8:2.² Några utskottsförändringar skedde inte.

¹ Prop. 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning, s. 337.

² Prop. 1992/93:56 s. 26 f.

Avgörande för frågan huruvida regeringens kompetens i detta avseende verkligen strider mot regeringsformen förefaller vara i vilken utsträckning som regeringens kompetens att utfärda gruppundantag kan sägas inverka på enskildas ekonomiska förhållanden inbördes. I den utsträckning så är fallet skall föreskrifter härom enligt RF 8:2 meddelas genom lag, varför varje regeringsförordning inom området skulle vara i strid med grundlagen. I den mån som det över huvud taget sker någon påverkan på enskildas ekonomiska förhållanden inbördes genom regeringens kompetens enligt 17 §, sker denna enligt min uppfattning genom att effekten av ogiltighetssanktionen i 7 § påverkas av ett gruppundantag. Giltigheten eller ogiltigheten av ett avtal mellan två eller flera parter är ju tveklöst av betydelse för enskildas ekonomiska förhållanden inbördes.

Gruppundantag skall i princip inte innebära någon förändring med avseende på de avtal som omfattas av undantaget i 8 §, eftersom gruppundantaget i sig självt skall bygga på de förutsättningar som anges i 8 §. Emellertid är det ju så att avtal som inte erhållit ett individuellt undantag är ogiltiga (7 §). Om då regeringen utfärdat ett gruppundantag som täcker ett visst avtal kommer detta avtal att undgå ogiltighetsstraffet så länge som det uppfyller kraven i själva gruppundantaget. För den händelse att ett visst avtal - trots att det uppfyller kraven i ett gruppundantag - har följder som är oförenliga med 8 §, kan KKV i och för sig återkalla förmånen av ett gruppundantag, men denna återkallelse ges dock ej retroaktiv verkan (18 §).³ Alldeles oavsett huruvida KKV återkallar verkan av ett gruppundantag i ett speciellt fall eller inte kommer avtalet ifråga således att under en tid ha varit giltigt. Utan gruppundantaget hade ju avtalet aldrig varit giltigt och möjligheten enligt 18 § att återkalla undantaget saknar ju retroaktiv effekt. Eftersom ogiltigheten påverkar enskildas ekonomiska förhållanden inbördes kan det enligt min uppfattning inte råda någon större tvekan om att regeringen genom 17 § inkräktar på det obligatoriska lagområdet. Detta alldeles oavsett huruvida regeringens kompetens går längre än att vara verkställighetsföreskrifter.

Ovanstående resonemang har som en outtalad förutsättning att regeringen verkligen agerat inom de ramar som sätts av kraven i 8 §. För den händelse regeringen på något sätt missuppfattat kraven i 8 § och därigenom gett gruppundantaget för stor omfattning (jämfört med vad som följer enligt 8 § i övrigt), varvid ogiltigheten inte slår till, gäller naturligtvis inverkan på enskildas ekonomiska förhållanden alla de avtal som på sådant sätt faller utanför kraven i 8 §. Det bör i detta sammanhang poängteras att regeringen inte tillagts någon kompetens att tolka kraven i 8 § KL, utan denna kompetens tillkommer exklusivt de rättsvårdande myndigheterna.

³ Prop. 1992/93:56 s. 84. Att så skall vara fallet följer enligt min uppfattning av regleringen i 12 §, där endast omständigheter inom parternas kontroll kan medföra återkallelse med retroaktiv verkan, vilket det inte är fråga om här. Retroaktivt återkallande av gruppundantag förefaller inte heller möjligt enligt EG-rätten, se härom preamble till Rfö 2821/71.

Det sagda följer enligt min uppfattning av att det enbart är fråga om verkställighetsföreskrifter. Det är därför väsentligt att regeringen vid utfärdandet av gruppundantag inte på något sätt föregriper de rättsvårdande myndigheterna, eller på annat sätt avviker från kraven i 8 § KL. För de gruppundantag som bygger på EG-rättens gruppundantag är risken för feltolkning mindre, eller kanske t.o.m. utesluten, medan så inte är fallet med avseende på gruppundantaget för kedjor. Som framgår nedan (avsnitt 4) är det min uppfattning att gruppundantaget för kedjor undantar fler förfaranden än vad som följer av 8 § KL, varför det enligt min uppfattning står klart att just detta gruppundantag innebär en förhållandevis klar överträdelse av RF 8:2. Genom det förhållandet att gruppundantaget innebär en förändring av vilka avtal som skall vara giltiga enligt 7 § KL, har regeringen påverkat enskildas ekonomiska förhållanden inbördes.

Även om det är min uppfattning att regeringens kompetens enligt 17 § står i strid med RF 8:2, förefaller inte detta vara något som domstolar i allmänhet har att ta direkt hänsyn till. Enligt RF 11:14 skall nämligen ett åsidosättande av en regeringsföreskrift endast ske i de fall konflikten med grundlagen är uppenbar. Alldeles oavsett att lagrådet i vart fall delvis pekade på frågan, är det inte min uppfattning att konflikten är av sådan karaktär. Problemet bör istället lösas lagstiftningsvägen. Det sagda gäller primärt gruppundantag i allmänhet. Det är möjligt att just gruppundantaget för kedjor skall bedömas annorlunda.

Sammanfattningsvis är det min uppfattning att regeringens kompetens att utfärda gruppundantag står i strid med RF 8:2, eftersom giltigheten av ett visst avtal, genom utfärdandet av ett gruppundantag, kan påverkas utöver vad som följer av lagen i övrigt.

2.2 Konkurrensrättsliga utgångspunkter

Vid en analys av gruppundantaget för kedjor i detaljhandeln uppkommer alltid frågan i vilken utsträckning som det finns några konkurrensrättsliga skäl att behandla annorlunda samverkan inom kedjor i jämförelse med t.ex. den samverkan som sker inom franchising, eller för den delen varför samverkan inom detaljhandeln skall behandlas annorlunda än samverkan inom andra delar av näringslivet.⁴

Från en principiell utgångspunkt föreligger över huvud taget inte någon annorlunda behandling vare sig med avseende på den första eller andra jämförelsen, eftersom det i båda fallen är kriterierna i 8 § som styr vilket samarbete som erhåller undantag. Från denna utgångspunkt finns det knappast anledning att göra skillnad mellan den samverkan som får ett

⁴ Jfr. t.ex. remissvaren i prop. 1992/93:56 s. 208 ff.

individuellt undantag och den samverkan som kan dra fördel av ett gruppundantag. Något annorlunda ter sig dock situationen från en mer praktisk utgångspunkt. Med avseende på andra samverkansformer inom detaljhandeln kan direkt konstateras att gruppundantaget för franchising i vissa delar tillåter ett mer omfattande samarbete,⁵ medan det samtidigt kan konstateras att andra delar av näringslivet inte tillåts en lika omfattande samverkan (genom individuella undantag eller gruppundantag) som kedjor (genom gruppundantaget).

Diskussionen om en annorlunda behandling av detaljhandeln jämfört med andra delar av näringslivet utgår således från den felaktiga utgångspunkten att olika företeelser skall behandlas på samma konkurrensrättsliga sätt. Tvärtom är det så att olika företeelser, t.ex. kedjor och franchising måste behandlas i vart fall delvis annorlunda sinsemellan för att uppnå en konkurrensrättsligt neutral bedömning. Det särpräglade med en kedja är att det är fråga om fristående företagare som samverkar sinsemellan i syfte att uppnå effektivitetsvinster, medan istället t.ex. franchising innebär att någon säljer rätten att utnyttja ett visst affärskoncept. Just vad gäller franchising är det därför av största intresse för säljaren kunna skydda sin immateriella tillgång, dvs. själva affärskonceptet. Rätten att skydda affärskonceptet utgör därvid en förutsättning för att säljaren över huvud taget skall vara villig att upplåta affärskonceptet. Starka bindningar mellan franchisetagaren och franchisegivaren är därför naturliga inom just denna företagsform, eftersom utan dessa det inte skulle förekomma några upplåtelser vilka i sig stärker konkurrensen i förhållande till andra marknadsaktörer. Jämfört med franchising kan då noteras att kedjor i och för sig oftast har till syfte att öka konkurrensen i förhållande till andra marknadsaktörer (genom samverkan mellan kedjemedlemmarna), men att denna ökning av konkurrensen inte sker genom introducerandet av nya aktörer (såsom vid franchising) utan genom en begränsning av den konkurrens som sker eller kan ske mellan kedjemedlemmarna. För att uppnå en totalt sett ökad konkurrens måste därför balanseras möjligheterna av att konkurrera med tredje man och begränsningarna av konkurrensen mellan kedjemedlemmarna. För att uppnå denna balans är det inte möjligt med ett alltför långtgående samarbete mellan kedjemedlemmarna.

Den skillnad som förekommer mellan kedjor och t.ex. franchising med avseende på vilka bindningar som tillåts, är därför nödvändig för att uppnå en likhet i den totala konkurrensrättsliga bedömningen eftersom det är olika företeelser som bedöms. Bedömningen förändras därvid inte av att de olika företeelserna möjligen konkurrerar på samma marknad.

⁵ Se vidare artikel 2, gruppundantaget för franchiseavtal, SFS 1996:369.

2.3 Grunderna för gruppundantaget för kedjor i detaljhandeln

Som diskuterats ovan (avsnitt 2.1) är det enligt svensk rätt regeringen som utfärdar gruppundantagen. Denna ordning skiljer sig från det EG-rättsliga systemet, eftersom det inom EU är kommissionen som efter delegation från rådet utfärdar gruppundantagen. Förvisso anges i respektive delegationsförordningen vilka olika typer av avtal som kan omfattas av gruppundantagsförordningar,⁶ men likväl är det kommissionen som bestämmer det mer konkreta innehållet i respektive gruppundantag. Vilka bestämmelser som rent faktiskt skall omfattas av gruppundantaget bestäms genom den praxis som kommissionen utvecklat inom just det området, vilket innebär att det föreligger en hög grad av konvergens mellan kommissionens praxis avseende individuella undantag (oftast prövad av EG-domstolen) och kommissionens olika gruppundantag. Utan erfarenhet av individuella undantag utfärdas regelmässigt inga gruppundantag.

Vad gäller övriga svenska gruppundantag bygger dessa i väldigt hög grad på motsvarande gruppundantag inom EG-rätten. När då den svenska konkurrenslagen skall bygga på de erfarenheter som vunnits genom tillämpningen av EGs konkurrensregler,⁷ kan väl förmodas att även de svenska gruppundantagen når en hög grad av konvergens vad gäller konkurrensrättslig bedömning. De skillnader som trots allt föreligger i förhållande till de EG-rättsliga gruppundantagen förändrar enligt min uppfattning inte den bedömningen. Något motsvarande torde dock inte kunna presumeras vad gäller gruppundantaget för kedjor. Som anges i förordningsmotiven⁸ saknar nämligen detta gruppundantag motsvarighet inom EG-rätten.

I förordningsmotiven anges som skäl till ett gruppundantag inom området att samarbetet inom olika kedjor inom detaljhandeln framstår såsom ofensivt i den meningen att det stärker de enskilda medlemmarnas konkurrenskraft i förhållande till andra, större aktörer.⁹ Samarbetet inom kedjor föreföll därför medföra fördelar från en allmän synpunkt. Samtidigt kunde det dock enligt förordningsmotiven presumeras att samarbetet mellan företag som kunde kategoriseras som i vart fall potentiella konkurrenter, skulle omfattas av förbudet i 6 §. Enligt motiven fanns det emellertid anledning anta att viss samverkan inom kedjorna även skulle uppfylla kraven i 8 §, varför ett gruppundantag var motiverat.

⁶ Se t.ex. Rfo 19/65 respektive 2821/71.

⁷ Prop. 1992/93:56 s. 21.

⁸ Regeringens förordningsmotiv 1993:1 s.1.

⁹ Regeringens förordningsmotiv 1993:1 s. 8.

Såsom anges i motiven (s. 8) kan antalet kedjor i Sverige beräknas till mellan 50 och 60 stycken omfattande ca. 10.000 butiker. Av dessa anges att flertalet inte omfattas av 6 § KL eftersom de inte märkbart påverkar konkurrensen. Det är således - enligt motiven - endast 25-30 kedjor som rent faktiskt drar nytta av gruppundantaget.

Såvitt jag kan förstå dels av de sparsamma förarbetsuttalandena, dels från själva strukturen på gruppundantaget utgår detta i vart fall delvis från föreställningen att de enskilda medlemmarna inte befinner sig i konkurrens med varandra. För vissa typer av kedjor kan detta naturligtvis vara en mer eller mindre korrekt iakttagelse, medan det för andra kedjor är mindre korrekt. Då gruppundantaget är tillämpligt på all form av detaljhandel - vilket i sig inte är definierat - säger det sig självt att det visst kan vara så att det i avsaknad av den samordning som sker inom kedjans ram, kedje-medlemmarna skulle varit i direkt konkurrens med varandra. Särskilt skulle detta gälla för flertalet kedjor som sysslar med försäljning av kapitalvaror, där det kan förmodas att konsumenternas inköpsbeteende är mindre beroende av närheten till butiken. I all synnerhet med avseende på storstadsregionerna torde detta gälla.

Det ursprungliga gruppundantaget för kedjor i detaljhandeln (1993:80) gällde endast till utgången av juni 1996. Genom regeringens förordning 1996:368 kom dock giltighetstiden att förlängas till utgången av juni 1997 samtidigt som det mest långtgående samarbetet tilläts även för kedjor med en större andel av tillförseln till den svenska marknaden än vad som var fallet enligt det ursprungliga gruppundantaget.¹⁰

Sammanfattningsvis kan det konstateras att skälen för utfärdandet av ett gruppundantag avseende kedjor i detaljhandeln angetts vara dessas positiva effekter utifrån ett allmänt perspektiv. Det bör dock samtidigt noteras att dessa positiva effekter endast beskrevs, inte såsom måhända brukligt bevisades eller gjordes sannolika. Mot bakgrund av vad som diskuterats ovan i avsnitt 2.1 är det särskilt anmärkningsvärt att det anges att förutsättningarna i 8 § "i regel" kan anses uppnådda, alternativt att samarbetet "bör kunna förenas" eller att de "i rimlig mån säkerställer" att inga negativa effekter uppstår.¹¹

¹⁰ Se vidare nedan avsnitt 3.4.

¹¹ Regeringens förordningsmotiv 1993:1 s. 9.

3 Gruppundantaget för kedjor i detaljhandeln

Den följande analysen syftar till att beskriva och analysera gruppundantaget för kedjor i detaljhandeln. Framställningen är disponerad på så sätt att först diskuteras mer allmänna frågor runt gruppundantagets struktur, varefter innebörden av gruppundantagets mer konkreta bestämmelser om undantag diskuteras. I denna senare del analyseras även definitionen av marknadsandelsbegränsningar.

3.1 Allmänt om gruppundantagets struktur

Gruppundantaget för kedjor i detaljhandeln innehåller endast åtta paragrafer. Paragraferna 1 och 2 samt i viss utsträckning 6, behandlar vilka skilda samarbetsformer som är tillåtna för storleksmässigt sett olika kedjor. Paragraferna 3 och 4 på vilket sätt som storleken på en kedja beräknas respektive effekterna av att en viss storlek överskrids, medan paragraferna 5, 7 och 8 behandlar krav på skriftlig form, möjligheterna att dra fördel av andra gruppundantag, samt vilka som omfattas av gruppundantaget.

3.1.1 Definition av kedjor

Noterbart vad gäller strukturen är att det saknas en definition av vad som egentligen konstituerar en kedja. I motiven anförs inte något annat eller mer än att vad som avses är "samarbetande detaljister som förekommer på olika orter i landet", samt att samarbetet måste ha en stadigvarande karaktär.¹² I övrigt anförs diverse kännetecken på en kedja, vilket dock inte är till någon hjälp eftersom dessa kännetecken inte utgör något annat än exempel på vad som skall ges undantag. Sålunda anförs t.ex. att det skall vara fråga om gemensam marknadsföring och gemensamma inköp. I KKV:s beslut avseende kedjor framträder inte heller några egentliga kännetecken. Tvärtom är det så att själva kedjekonstruktionen - i vart fall i besluten - kommenteras sparsamt.¹³ Inte heller anförs i motiven något om vad som skall anses utgöra detaljhandel. I litteraturen har dock uttalats att en bestämning av vad som utgör detaljhandel får ske utifrån sedvänja och handelsbruk.¹⁴

¹² Regeringens förordningsmotiv 1993:1 s. 34.

¹³ Se t.ex. KKV dnr 778/94 Babyproffsen.

¹⁴ Karlsson, K. - Schuer, L. - Söderlind, E., Konkurrenslagen, 2 u. s. 303.

Mot bakgrund av ovanstående skulle sammanfattningsvis kunna sägas att en kedja i gruppundantagets mening utgörs av någon form av samverkan mellan detaljister. Definitionen är dock inte särskilt precis och någon egentlig övre eller nedre gräns för mängden av samarbete som skall föreligga mellan parterna förefaller inte finnas. Inte heller synes det som om KKV i något fall skulle ha ifrågasatt en påstådd kedjans karaktär av just kedja.¹⁵

3.1.2 Avsaknad av en svart lista

Gruppundantaget för kedjor saknar en s.k. svart lista, dvs. en uppräkningslista av sådant samarbete som inte får ingå om parterna vill dra fördel av gruppundantaget. Paragraferna 6 och 7 kan i detta sammanhang inte kategoriseras som sådana. Mot bakgrund av den författningstekniska utformningen av 1 § i gruppundantaget, är innebörden härav att samarbete som omfattas av undantagsreglerna kan dra fördel av gruppundantaget alldeles oavsett vilka andra konkurrensbegränsningar som finns i parternas avtal. Dessa andra konkurrensbegränsningar omfattas dock av 6 § KL varför de måste erhålla ett individuellt undantag för att vara giltiga. Giltigheten av dessa ytterligare konkurrensbegränsningar påverkar emellertid inte giltigheten av de konkurrensbegränsningar som undantas av gruppundantaget.

Vanligtvis innehåller såväl de svenska som de EG-rättsliga gruppundantagen en svart lista. I den mån de inte gör det¹⁶ utformas själva undantaget regelmässigt på sådant sätt att det istället direkt ur själva undantaget uttömmande framgår vilka förfaranden som ges undantag. Även om behovet av en svart lista därmed inte helt upphör, minskar det naturligtvis i den utsträckning som det undantagna området definieras omsorgsfullt. Vidare är det så att i det fall som det saknas en svart lista själva undantaget alltid innebär att själva förmånen av gruppundantaget är villkorat av att det inte föreligger några andra konkurrensbegränsningar än de som ges undantag.¹⁷ Principen kallas ofta "alles oder nicht" just med hänvisning till att ytterligare konkurrensbegränsningar - utöver de som uttryckligen ges undantag - påverkar giltigheten av de enligt gruppundantaget tillåtna begränsningarna.

Som anmärkts ovan skiljer sig således gruppundantaget för kedjor dels genom att det saknar en svart lista, dels genom att det inte följer vad som

¹⁵ Se dock KKV dnr 533/96 RIMI - där det förefaller som om KKV inte ansett att det vara fråga om en kedja i gruppundantagets mening. Å andra sidan spelade detta ingen roll för bedömningen eftersom den samverkan för vilken undantag söktes inte omfattades av gruppundantaget.

¹⁶ Gruppundantag för specialiseringsavtal, SFS 1996:343.

¹⁷ Se artikel 2, Kfo dnr 417/85 (SFS 1996:343 specialiseringsavtal).

här kallats "alles oder nicht"-principen, dvs. att gruppundantagets tillämplighet inte är villkorad av avsaknaden av ytterligare konkurrensbegränsningar. Från en mer praktisk utgångspunkt antar gruppundantaget genom denna konstruktion karaktären av ett legalundantag. Konstruktionen kan jämföras med regleringen i 18a-c §§ KL, där viss samverkan inom primära lantbruksföreningar undantas från förbudet i 6 § KL. Såväl i gruppundantaget som i 18 a-c §§ KL ges viss typ av samverkan mellan vissa typer av aktörer undantag från förbudet i 6 § KL, ett undantag som inte kan upphöra enbart på den grunden att samverkan även sker inom andra - förbjudna - områden. Att undantagen i båda fallen kan upphävas om de konkurrensbegränsande effekterna av samverkan blir för kraftiga, förtar knappast intrycket av att det är fråga om legalundantag.

3.2 Tillåtna konkurrensbegränsningar

Enligt 1 § ges detaljhandelsföretag som samarbetar i en kedja undantag från 6 § KL för avtal som innehåller ett eller flera av principiellt tre olika former av samarbete. Inledningsvis undantas inköpssamarbete (1 § 1p.) samt den därtill kopplade möjligheten att förbehålla avtalsparterna att sälja dessa gemensamt inköpta varor (1 § 5p.). Vidare undantas gemensam marknadsföring (1 § 2p.) och ett därtill kopplat prissamarbete (1 § 3p.). Avslutningsvis undantas även visst annat samarbete dels i form av kalkyleringssamarbete (1 § 4p.), dels samarbete avseende butiksetablering mm. (1 § 6p.). Undantaget i 1 § gäller endast för de kedjor som omfattar mindre än 20% av tillförseln till den svenska marknaden inom de produktområden där kedjan säljer.

För kedjor som omfattar mer än 19 men mindre än 35% av tillförseln till marknaden ges enligt 2 § undantag för samma förfaranden som för kedjor med mindre andel än 20%, dock att prissamarbete endast undantas i den utsträckning som det gäller gemensamt inköpta varor och att det avgörande motivet för den gemensamma marknadsföringen är själva prissättningen (2 § 1p.), samt för såvitt gäller kalkyleringsstöd, endast sådant samarbete som underlättar för medlemmarna att genomföra en kalkylering och lämnar prissättningen av varje handlares individuella förutsättningar opåverkade (2 § 2p.).

Vad gäller prissamarbete både enligt 1 § och 2 § får sådant samarbete enligt 6 § inte vara bindande för medlemmarna. Enligt uttryckligt stadgande måste det vid gemensam marknadsföring framgå att priset får underskridas.

3.2.1 Inköpssamarbete

Inköpssamarbete mellan konkurrenter eller potentiella konkurrenter kan under vissa omständigheter vara konkurrensbegränsande. Avgörande för

huruvida så är fallet är dels den sakliga omfattningen av samarbetet, dvs. om samarbetet omfattar såväl pris som kvantitet, dels vilka som samarbetar. Samtidigt som det står klart att inköpssamarbete kan vara konkurrensbegränsande är det också tveklöst så att inköpssamarbete kan verka konkurrensfrämjande genom att en stark säljarmakt kan balanseras. Genom den potentiellt positiva effekt som ett inköpssamarbete kan medföra torde det därför - oaktat övriga omständigheter - vara motiverat med någon form av undantag. Frågan är därför huruvida utformningen av undantaget för inköpssamarbete balanserar de motstående intressen som finns.

Vad gäller inköpssamarbetet enligt 1 § 1p. skall noteras att samarbetet inte är begränsat till en viss del av respektive handlares behov utan att det i princip är möjligt att överenskomma om att det totala sortimentet och hela behovet skall inköpas gemensamt. Samarbetet är således inte villkorat av marknadsstrukturen på säljarsidan utan är helt kopplat till köparsidan. Inte heller görs i detta sammanhang någon skillnad mellan olika storlekar på kedjan utan också kedjor med en 35%-andel av tillförseln omfattas av undantaget. Formellt lämnar undantaget även öppet i vilken utsträckning som kedjans alla medlemmar skall betala samma pris, eller om det istället är så att priset för respektive handlare skiljer sig åt med avseende på kvantitet. Totalt sett kan således en kedja omfattande 35% av tillförseln till den svenska marknaden komma överens om att medlemmarna endast skall köpa gemensamt (avseende sortiment och behov) och att respektive medlem betalar samma priser oavsett inköpt kvantitet eller förutsättningar i övrigt. Tveklöst begränsar detta konkurrensen högst avsevärt medlemmarna sinsemellan. Även om det i individuella fall naturligtvis är möjligt att återkalla förmånen av gruppundantaget skall det noteras att utformningen av bestämmelsen faktiskt omfattar ett så långtgående samarbete som skisserats ovan.

Mot bakgrund av ovanstående är det enligt min uppfattning klart att undantaget för inköpssamarbete sträcker sig längre, dvs. ger väsentligt större konkurrensbegränsande effekter, än vad som anses acceptabelt enligt svensk rätt i övrigt respektive enligt EG-rätten. Det är därför klart olämpligt att undantag för dylik samverkan ges i form av ett gruppundantag.

3.2.2 Försäljning endast av medlemmarna

Enligt särskilt stadgande kan samarbetet omfatta en rätt att förbehålla endast avtalsparterna rätten att sälja de gemensamt inköpta varorna. Enligt motiven (s. 35) innebär detta att en utomstående som vill köpa från kedjan kommer att förvägras detta, vilket enligt motiven skulle vara konkurrensbegränsande. För egen del har jag svårt att förstå motivens kategoriska uttalande i denna del.

Enligt stadgad praxis inom EG-rätten, och för den delen även enligt KL, är det inte förbjudet att vägra att sälja produkter annat än i de fall säljaren

innehar en dominerande ställning.¹⁸ Såsom gruppundantaget är utformat skall det vara fråga om gemensamt inköpta varor vilket enligt min uppfattning innebär att medlemmarna köper just gemensamt. Karakteristiskt blir därför att medlemmarna endast ger i uppdrag till någon att köpa en viss kvantitet vilken redan på förhand är bestämd. I dessa fall kan det enligt min uppfattning inte vara fråga om någon konkurrensbegränsning. Annorlunda förhåller det sig i de fall en gemensam inköpsorganisation har någon form av stående uppdrag enligt vilket det kontinuerligt köps varor för vilket avsättningen inte är bestämd. Att en säljvägran i dessa fall kan vara konkurrensbegränsande följer av avtalsrelationen mellan kedjemedlemmarna, vilket väl är det som motiven syftade på.

Som indikerats ovan är den förstnämnda situationen inte särskilt mycket att diskutera. Att medge undantag i detta fall saknar nämligen betydelse eftersom samarbetet inte ens är konkurrensbegränsande. Vad gäller den andra situationen känner jag mig inte lika övertygad om det fördelaktiga i att medge gruppundantag. För att inköpssamarbetet skall vara fördelaktigt ur en konkurrenssynpunkt förutsätts att samarbetet balanserar någon form av säljarkoncentration. För att försäljningsexklusivitet skall vara motiverat krävs vanligtvis att försäljaren på något sätt behöver skyddas mot s.k. free riders, dvs. någon som utan att stå för de gemensamma kostnaderna drar fördel av samarbetet. I de fall det är fråga om ett inköpssamarbete där varorna i sig inte är särskilt speciella eller inte kräver någon särskild marknadsföringsinsats, finns det knappast några skäl att förhindra köp från tredje man. Varje ytterligare försäljning innebär ju en lägre styckekostnad vilket kommer alla till godo (det bortses för tillfället från komplikationen att det i dessa fall kan bli fråga om en eliminering av köparkonkurrensen). Endast i de fall det är fråga om en gemensam försäljningsorganisation som utför något mer än just en vidareförsäljning av varor, skulle det kunna tänkas motiverat med en rätt att förbehålla försäljning enbart till avtalsparterna. Det skall därvid noteras att gruppundantaget inte innehåller några möjligheter att avgöra vilka dessa typer av samarbeten skulle kunna vara.

Vidare måste också hållas i minnet att i de fall (utanför gruppundantaget) det anses tillåtet med försäljningsexklusivitet, denna inte bara skyddar försäljaren från konkurrens från s.k. free riders utan framför allt att detta skydd utgör en nödvändig förutsättning för att den ursprungliga säljaren skall kunna förmå någon att investera det kapital och de resurser som är nödvändiga för försäljningen av produkterna. Exklusiviteten utgör således förutsättningen för ett ökande av konkurrensen. I föreliggande gruppundantag introduceras förvisso ytterligare ett mått av konkurrens genom själva inköpssamarbetet, medan det däremot inte förefaller lika självklart att något ytterligare vinnas med en försäljningsexklusivitet. Försäljnings-

¹⁸ Det bortses i sammanhanget från de fall då KKV har tillåtit leveransvägran med hänvisning till att det omfattats av gruppundantaget för kedjor.

exklusiviteten förefaller endast tjäna syftet att öka fördelarna med medlemskap i kedjan utan att detta för den skull medför något positivt för konkurrensen, utom då möjligen för kedjans möjligheter att på försäljningsstadiet tävla med helintegrerade företag. Det är således inte säkert, eller ens troligt att försäljningsexklusiviteten medför några ytterligare positiva effekter för konsumenterna utöver de som följer av inköpsarbetet.

Sammanfattningsvis är det min uppfattning att möjligheten att förbehålla endast kedjemedlemmarna rätten att sälja varorna vanligtvis innebär en alltför långtgående möjlighet att begränsa konkurrensen för att undantag härför skall ges i formen av ett gruppundantag. Det är inte min uppfattning att undantag alltid skulle vara omotiverat utan endast att möjligheterna härtill getts för stort utrymme i gruppundantaget. Nuvarande utformning av undantaget täcker nämligen såväl fall som inte alls är konkurrensbegränsande som fall då konkurrensbegränsning endast med tveksamhet kan innebära något positivt för konsumenterna.

3.2.3 Gemensam marknadsföring

Gruppundantaget ger möjlighet till såväl gemensam marknadsföring som samarbete vid bestämmande av priser i den gemensamma marknadsföringen. Stadgandet avseende gemensam marknadsföring kommenteras inte särskilt i motiven.

Själva begreppet marknadsföring är inte definierat i gruppundantaget och det torde inte heller vara möjligt att hitta en mer allmängiltig definition. Från en ekonomisk utgångspunkt finns det anledning att göra uppdelningar i olika faser, dvs. med avseende på den marknadsföring som sker före, under, och efter det att en vara introducerats. I föreliggande fall finns det väl anledning att förmoda att begreppet mer inskränkt syftar på avsättningsfrämjande åtgärder. Helt säker är dock inte denna tolkning eftersom det saknas varje form av indikation i själva förordningen, eller för den delen i motiven. För den händelse stadgandet tolkas såsom att varje form av marknadsföring från en ekonomisk utgångspunkt skall omfattas, förefaller det helt klart att stadgandet är bredare än vad som är motiverat.

Vidare måste också beaktas i vilken utsträckning som rätten att vidta gemensam marknadsföring på något sätt uttalar något om huruvida det är möjligt att under gruppundantaget föreskriva ett förbud mot individuell marknadsföring. För den händelse detta skulle vara möjligt, alternativt att det är möjligt att under gruppundantaget föreskriva sådana kvantiteter av gemensam marknadsföring att individuell marknadsföring avsevärt försvå-

ras, innebär detta uppenbarligen en konkurrensbegränsning.¹⁹ Kedjemedlemmarna måste alltid vara fria att till egen marknadsföring. I den vidare diskussionen förutsätts att gruppundantaget endast ger möjlighet till gemensam marknadsföring utan att detta på något sätt påverkar deras möjligheter på det individuella planet.

Med utgångspunkten att begreppet marknadsföring endast omfattar avsättningsfrämjande åtgärder mer direkt måste först avgöras i vilken utsträckning som den över huvud taget är konkurrensbegränsande. Från en allmän utgångspunkt har jag svårt att förstå på vilket sätt som t.ex. en gemensam reklamkampanj skulle kunna vara konkurrensbegränsande under förutsättning att kampanjen endast syftar till att föra ut ett visst - för de inblandande gemensamt - budskap.²⁰ Inte heller i de fall marknadsföringen utgör s.k. generisk reklam förefaller den kunna vara konkurrensbegränsande.²¹ Däremot i de fall kampanjen innehåller något uniformerande moment, såsom med avseende på leveransvillkor, sortiment, priser, etc. skulle en gemensam reklamkampanj vara konkurrensbegränsande. Skillnaden mellan de två "kampanjerna" skulle i sådant fall vara den att i det första fallet det redan förelåg ett visst gemensamt budskap, vilket endast kunde förstärkas genom kampanjen, medan i det andra fallet kampanjen medför en samordning. Eftersom den första varianten enligt mitt förmenande inte är konkurrensbegränsande finns det endast anledning att uttala något om den andra. Vid denna bedömning skall det hållas i minnet att företeelsen gemensam marknadsföring kan förekomma såväl enskilt eller i kombination med en eller flera andra delar av gruppundantaget. Det är således inte nödvändigt att det är gemensamt inköpta varor som säljs utan vilka varor som helst omfattas av undantaget. Låt oss då anta att en kedja utan andra gemensamma aktiviteter bestämmer sig för en reklamkampanj inom vilken det sker en viss samordning av de involverades aktiviteter. På vilket sätt - om något - befrämjar detta målsättningarna i 8 §? För egen del har jag svårt att se några fördelar.

Sammanfattningsvis är det min uppfattning att undantaget för gemensam marknadsföring är väl vidsträckt. För ren kampanjverksamhet krävs förvisso över huvud taget inget undantag eftersom den inte är konkurrensbegränsande, medan andra typer av gemensam marknadsföring kan vara kraftigt konkurrensbegränsande men ändå omfattas av undantaget.

¹⁹ Jfr. kommissionens tillkännagivande avseende samarbete mellan företag, [1968] EGT C 75/3, punkt II 7.

²⁰ Se t.ex. kommissionens tillkännagivande avseende samarbete mellan företag, [1968] EGT C 75/3, punkt II 7.

²¹ Se härom Kbesl 85/76/EEG Milchförderungsfonds [1985] EGT L 35/35.

3.2.4 Prissamarbete

Som ett komplement till, eller en del av, den gemensamma marknadsföringen tillåts även samarbete avseende priser i den gemensamma marknadsföringen. Såsom anges i motiven är det inte fråga om att tillåta framtagandet av gemensamma prislistor utan vad det handlar om är att den gemensamma marknadsföringen kan innehålla prisangivelser som då är gemensamma för de i kampanjen deltagande. Det är dock inget krav att de gemensamt marknadsförda varorna är inköpta gemensamt.

Prissamarbete är generellt sett klart skadligt från en konkurrensrättslig synpunkt. Det anges därför också särskilt i 6 § av gruppundantaget, att prissamarbete inte får vara bindande och att det vid all marknadsföring av priser skall framgå att priset får underskridas.

På det sätt som kedjor bedriver sin verksamhet förefaller det klart att ett prissamarbete vid marknadsföring är av stor betydelse. Utan möjligheten att samtidigt ange ett pris - som i allt väsentligt gäller hos de deltagande medlemmarna - minskar värdet av marknadsföringen högst påtagligt. Samtidigt innebär naturligtvis samordningen av priser en avsevärd inskränkning av konkurrensen mellan kedjemedlemmarna. Det förefaller i vart fall mig synnerligen tveksamt om denna begränsning av inommarkeskonkurrens balanseras av en motsvarande ökning av mellanmarkeskonkurrensen.

Själva undantaget för prissamarbete kan beskrivas utifrån två skilda utgångspunkter. För det första omfattas den typ av samarbete som stadgandet ordalydelse indikerar mer direkt, nämligen prissamarbete vid marknadsföring av någon viss vara som köpts gemensamt. Som angetts ovan är det i detta fall av största intresse för kedjemedlemmarna att kunna ange gemensamma priser dock att avvikelse alltid skall kunna ske. I många avseenden torde också detta prissamarbete medföra en påtaglig ökning av mellanmarkeskonkurrensen.

Möjligheten till prissamarbete omfattar emellertid också prissamarbete vid gemensam marknadsföring av varor som inte köpts gemensamt. Denna senare form av prissamarbete är enligt min uppfattning inte särskilt konkurrensbefrämjande. Medan prissamarbete för gemensamt inköpta varor kan sägas endast innefatta ett ytterligare samarbete där den ingående parametern (inköpspris) kan förmodas vara gemensam, är så inte fallet med separat inköpta varor. Istället för att endast utgöra en fortsättning på ett redan inlett samarbete, innebär den senare varianten att den viktigaste konkurrensparametern nämligen priset, samordnas utan hänsynstagande till deltagarnas individuella förhållanden. Jag kan inte heller finna att stadgandet i 6 § av gruppundantaget innebär någon egentlig spärr mot den samordning som kan bli följden. Förvisso förhindrar stadgandet en tvångsmässig bindning, men det kan väl presumeras att i den utsträckning som man är villig att delta i finansiering av den gemensamma mark-

nadsföringen det också finns klara incitament för att följa det sålunda fastställda priset.

Särskilt allvarligt är det enligt min uppfattning att prissamarbetet inte i någon egentlig mening är begränsat annat än genom kravet på att varan skall vara gemensamt marknadsförd. Förvisso är det väl så att inte alla varor i en kedjas sortiment marknadsförs gemensamt, men det är svårt att frigöra sig från känslan att de varor som är av stor betydelse för konsumenten marknadsförs mer eller mindre frekvent. Priset på dessa lockvaror - det må vara baslivsmedel eller något annat som är så att säga själva kärnan i kedjans sortiment - kommer därvid att samordnas, varför prisskillnader i övrigt minskar i betydelse.

Sammanfattningsvis är det min uppfattning att möjligheten till prissamverkan avseende gemensamt marknadsförda varor är för generöst. Skälen för min uppfattning är att samverkan mer eller mindre eliminerar inommärkeskonkurrensen utan att det för den skulle föreligga en motsvarande ökning av mellanmärkeskonkurrensen. Det är vidare min uppfattning att möjligheten till prissamverkan bygger på en - i vart fall delvis - felaktig uppfattning om att kedjans medlemmar endast i undantagsfall befinner sig i konkurrens med varandra.

3.2.5 Kalkyleringshjälp

Förutom att direkt prissamverkan vid gemensam marknadsföring är tillåten ges även undantag för s.k. kalkyleringshjälp avseende all prissättning. Avsikten med bestämmelsen är enligt motiven (s. 35) att främja en individuell prissättning där det bestämmande skall vara medlemmens egna kostnader samt konkurrensen på den lokala marknaden. Bestämmelsen och motiven är inte skrivna på sådant sätt att undantaget endast omfattar gemensamma kalkyleringsmetoder, utan också mer handfast kalkyleringshjälp inbegrips. Även detta undantag är enligt min uppfattning väl generöst.

Såsom bestämmelsen måste uppfattas tillåter den inte någon fast prisangivelse eller några andra mer eller mindre fasta indikatorer på vilka påslag som skall göras under vissa omständigheter. Kalkyleringshjälpen måste således lämna utrymme för, alternativt förutsätta att den individuella handlaren själv bestämmer vilka påslag han skall göra för vinst och andra oförutsedda kostnader.²² Oavsett dessa begränsningar förefaller det självklart att varje form av kalkyleringshjälp med nödvändighet kommer att innebära en viss harmonisering av prisnivån. Så kommer att bli fallet antingen p.g.a. att själva kalkyleringshjälpen är utformad så att även den

²² Jfr. KKVFS 1993:7 ang. kalkyleringssamarbete.

minst effektiva handlaren kan överleva, alternativt p.g.a. den information som respektive handlare får avseende andra handlares marginaler.²³ Vad gäller det första säger det sig självt att en kalkyleringshjälp inte kan vara uträknad på sådant sätt att kalkylen inte skulle vara tillräckligt för även den minst effektiva. Nu är det i och för sig så att varje handlare skall välja själv vilken nivå han skall lägga sig på, men utan någon närmare kunskap om själva utformningen av de olika kalkyleringsstöden, förefaller det osannolikt att de skulle innehålla så osäkra moment som effektivitet. Vidare är det så att även kalkyleringsstöd innehållande flera olika variabler med nödvändighet kommer att innehålla information till handlaren avseende andra kedjemedlemmars marginaler. Detta kan i och för sig sägas vara ett mindre problem i den utsträckning som medlemmarna inte är ens potentiella konkurrenter, men även i dessa fall kan det enligt min uppfattning inte uteslutas att kalkyleringsstödet bygger in en viss kostnadsstruktur i varje kedja. På detta sätt skulle även mellanmärkeskonkurrensen kunna påverkas negativt. För den händelse kedjemedlemmarna - i vart fall delvis - konkurrerar på samma marknad, innebär ett kalkyleringsstöd att varje handlare kan skaffa sig kunskap om sina konkurrenters marginaler varvid konkurrensen kan förmodas minska.

Det skall i sammanhanget också uppmärksammas att kombinationen av kalkyleringshjälp och prissamarbete vid gemensam marknadsföring innebär en långtgående prissamordning av det totala utbudet.

Sammanfattningsvis är det min uppfattning att möjligheten att erbjuda kalkyleringsstöd med nödvändighet leder till en rigid prisbildning.

3.2.6 Butiksetablering, m.m.

Enligt punkten 6 undantas även samarbete avseende butiksetablering, finansiella och administrativa tjänster, samt tjänster för butiks- och personalutveckling.

Undantaget för dessa typer av samarbete innebär i allt väsentligt att samarbete kan ske avseende vissa för den individuella handlaren viktiga tjänster. Från en konkurrensrättslig utgångspunkt är samverkan i denna del förhållandevis harmlös och jag ställer mig tveksam till om dylik samverkan över huvud taget är i behov av ett undantag. Enligt min uppfattning är denna typ av samverkan över huvud taget inte konkurrensbegränsande alldeles oavsett storleken på de involverade parterna.²⁴

²³ Jfr KKV dnr 1336/94 ang. D-gruppens kalkylstöd.

²⁴ Se allmänt t.ex. kommissionens tillkännagivande avseende samarbete mellan företag, [1968] EGT C 75/3.

Sammanfattningsvis är det min uppfattning att undantaget i punkten 6, 1 §, är onödigt eftersom de undantagna förfarandena inte ens är konkurrensbegränsande. Möjligen kan det finnas ett informativt behov av bestämmelsen.

3.3 Undantag för större kedjor

Undantaget i 1 § gäller endast för vad som kallas mindre kedjor, dvs. kedjor inom vilket samarbetet omfattar mindre än 20 procent av tillförseln till den svenska marknaden inom de produktområden där kedjan säljer. För större kedjor är samarbetsmöjligheterna mer inskränkta.

Med större kedjor avses kedjor med en andel av tillförseln till marknaden som är större 19 procent men mindre än 35 procent. Skillnaden i samverkansmöjligheter är helt kopplade till möjligheterna till prissamverkan vid gemensam marknadsföring respektive kalkyleringshjälp. Vad gäller ren prissamverkan får sådan endast ske med avseende på gemensamt inköpta varor och då endast i de fall där priset framträder som ett avgörande motiv för köp av den marknadsförda varan. Enligt motiven (s. 37) är det inget krav att alla medlemmarna har gjort ett gemensamt inköp utan det anses tillräckligt att minst två medlemmar gjort inköpet gemensamt. Vad som egentligen avses med att priset skall vara det avgörande motivet för köp av varan eller tjänsten ifråga, kommenteras inte närmare i motiven och det är i vart fall inte för mig självklart. En tolkning kan vara att priset skall vara lägre alternativt väsentligt lägre än vad som är vanligt, men från en mer principiell utgångspunkt får det väl anses klart att det avgörande motivet för något köp måste sökas hos respektive konsument. Under alla omständigheter kan i vart fall inte jag förstå att möjligheten till prissamverkan inskränks i någon avgörande utsträckning jämfört med mindre kedjors möjligheter. Detta i all synnerhet eftersom det inte krävs att alla deltagande medlemmar skall ha köpt varorna gemensamt.

Vad gäller s.k. kalkyleringsstöd för större kedjor får en sådan samverkan inte innehålla något inslag som kan verka uniformerande på sådana delar av priskalkylen som är beroende av medlemmens individuella förhållanden. Från en praktisk utgångspunkt torde denna inskränkning vara av större betydelse för tolkningen av samma bestämmelse avseende mindre kedjor, än den är för större kedjor. Den visar nämligen att mindre kedjor tillåts en förhållandevis långtgående samverkan där även de individuella förutsättningarna uppenbarligen kan bli föremål för viss samordning. Den begränsning som ligger i stadgandet för större kedjor är i och för sig välmotiverad men för egen del känner jag mig inte övertygad om att inskränkningen neutraliserar undantagets negativa effekter.

Själva gränsdragningen mellan mindre respektive större kedjor kommenteras nedan.

3.4 Beräkningsregler

Som anförts ovan görs i gruppundantaget formell skillnad mellan s.k. mindre respektive större kedjor. Utgångspunkten för vad som är mindre eller större görs av kedjans andel av tillförseln till den svenska marknaden inom de produktområden där kedjan säljer.

Enligt 3 § beräknas en kedjas andel av tillförseln till den svenska marknaden som summan av kedjans andelar av tillförseln till den svenska marknaden inom de olika produktområden där kedjan säljer. Vid sammanräkningen av de olika andelarna av tillförseln inom de skilda produktområdena skall varje andel ges det värde som erhålls genom att andelen multipliceras med produktområdets andel av kedjans totala försäljning. Stadgandet väcker i princip två olika frågeställningar nämligen dels varför andelen av tillförseln har valts som utgångspunkt för att beräkna huruvida kedjan är större eller mindre, dels vilka skillnader som valet innebär i förhållande till den gängse definitionen - marknadsandel.

Innan dessa frågor behandlas finns det dock anledning att ifrågasätta i vilken utsträckning som det inom alla de branscher som omfattas av gruppundantaget över huvud taget är möjligt att från tillgänglig statistik utläsa vilken andel av tillförseln som respektive kedja har. Exempelvis synes det inte möjligt att fastställa andelen inom området för dagligvaruhandel, där en genomsnittlig butik enligt vissa uppgifter innehåller 5 000-6 500 artiklar.²⁵ Eftersom begreppet andel av tillförseln valdes bl.a. med hänvisning till att det skulle vara lättare att beräkna storleken på kedjan, utgör detta en allvarlig brist i själva begreppet.

Vid beräkningen av ett visst företags marknadsandel måste inledningsvis den relevanta marknaden definieras. Den relevanta marknaden indelas därvid i en produkt och en geografisk marknad.²⁶ Med produktmarknaden avses i allmänhet den marknad inom vilken en viss produkt eller tjänst omsätts. Till produktmarknaden räknas också alla de andra produkter eller tjänster som är utbytbara med den ifrågavarande produkten/tjänsten. Den geografiska marknaden definieras enklast såsom det område inom vilket konkurrensförhållandena är identiska, dvs. det område där avtalet i fråga har sina effekter. På denna relevanta marknad skall sedan de avtalsslutande parternas marknadsandelar sammanräknas. Vad gäller just beräkningen av kedjors marknadsandel följer av ovanstående att det är butikens sortiment som grundar "produkten", vilket i sin tur kan innebära verksamhet på flera olika produktmarknader. Under vissa omständigheter kan det dock finnas anledning att istället se till vilken produktsammansättning som finns och att istället se denna som "produkten", exempelvis dagligvaru-

²⁵ KKV dnr 1533/93 ICA Handlarna - rekommenderade priser.

²⁶ Se punkt 4 av KKVFS 1993:2.

handel. Den geografiska marknaden består av det område inom vilket avtalet har sin effekt, vilket i vissa fall kan vara hela Sverige medan det i andra fall endast är en del av landet.²⁷

Skillnaden mellan de två metoderna - marknadsandelar respektive andel av tillförseln - torde enklast kunna beskrivas på så sätt att metoden andelen av tillförseln, allmänt sett ger ett lägre värde än vad som är fallet för den händelse man istället valt marknadsandelar som relevant kriterium. Detta beror på att det vid bestämningen av andelen av tillförseln, hela den svenska marknaden alltid blir relevant. Däremot vid användandet av marknadsandelar följer av metoden att beräkna den relevanta (geografiska) marknaden, att en regional kedja kan komma upp i höga marknadsandelar utan att för den skull svara för någon större del av den totala tillförseln till den svenska marknaden. Uttryckt med andra ord skulle kunna sägas att metoden andel av tillförseln, tar till utgångspunkt att den relevanta geografiska marknaden alltid utgörs av Sverige i dess helhet. Det säger sig självt att detta i flertalet fall innebär en utspädning av kedjans andelar.

Ytterligare en skillnad mellan metoderna är att metoden andel av tillförseln till marknaden tar till utgångspunkt de produkter som säljs av kedjan. Efter en bestämning av vilka dessa produkter är och vilken andel av tillförseln till den svenska marknaden som kedjan står för, vägs denna i förhållande till kedjans totala omsättning. Detta innebär att en hög andel av ett produktområdes totala tillförsel till den svenska marknaden, kommer att spädas ut om detta produktområde utgör en mindre del av kedjans totala försäljning. Däremot kan metoden inte innebära att en liten andel av tillförseln förstärks genom att det utgör en stor del av kedjans försäljning. Alla kedjor som är verksamma inom flera olika produktområden kommer därför att erhålla en lägre total andel av tillförseln till den svenska marknaden än vad som varit fallet om varje produktområde bedömts för sig. Även detta medför således att användandet av metoden tillförsel till marknaden innebär en klart utspädande effekt jämfört med metoden marknadsandelar.

En ytterligare utspädning sker genom sättet att beräkna den totala tillförseln till marknaden. Vid användandet av marknadsandelar skall som anmärkts ovan den relevanta marknaden bestämmas. Vid denna bestämning är det inte säkert att en och samma produkt alltid agerar på en och samma marknad. Sålunda kan exempelvis en produkt som säljs till konsumenter i mindre mängder även säljas till storkonsumenter i större kvantiteter, vilket då skulle innebära att det var fråga om olika marknader beroende på efterfrågestrukturen. Någon sådan uppdelning sker dock inte såvitt jag kan förstå när det gäller andelen av tillförseln till marknaden. Som exempel

²⁷ Se t.ex. KKV dnr 1384/93 Watski - där Storstockholmsområdet, Uppsala, Södertälje och Trosa, ansågs utgöra den geografiska marknaden.

kan anföras KKV:s beslut i Spektrum,²⁸ där det anges att företaget hade en 40% marknadsandel av färgfackhandeln, men att detta endast motsvarade 10-12% av den totala färgförsäljningen. Såsom jag uppfattar KKV:s beslut ansågs visst samarbete omfattas av gruppundantaget för kedjor. Noterbart i beslutet är således att marknadsandelen reducerades med 3/4 när istället andel av tillförseln beräknades.

Det föreligger således skillnader mellan de två metoderna och frågan kan därför ställas varför just andelen av tillförseln till marknaden valdes. I motiven (s. 9 f) anförts inget annat eller mer än att metoden skulle vara enklare och förmånligare för kedjorna utan att medföra att kedjan därför får en möjlighet att sätta konkurrensen ur spel. Grunden för resonemanget utgörs därvid av att det förutsätts att kedjans totala andel av tillförseln till den svenska marknaden kan förmodas spegla deras andel av lokala eller regionala marknader. Resonemanget torde i och för sig vara korrekt såvitt avser kedjor som är aktiva endast inom ett produktområde och då över hela landet. För andra kedjor, dvs. sådana som är verksamma inom flera olika produktområden, alternativt endast inom delar av landet, leder resonemanget fel. Som anmärkts ovan innebär nämligen aktivitet inom flera olika produktområden i flertalet fall en utspädning av kedjans totala andel av tillförseln, på samma sätt som endast lokal eller regional aktivitet även det medför en utspädning. När då kedjans andel av tillförseln till marknaden inom alla de produktområden där den är aktiv, utspädd på ovan angivet sätt, läggs till grund för i vilken utsträckning som den tillåts samarbeta inom alla produktområden, kan resultatet bli att kedjor med andelar av tillförseln till marknaden (inom vissa produktområden) som vida överstiger de i 1 § och 2 § angivna gränserna tillåts samarbeta. Särskilt gäller detta i de fall en hög andel av tillförseln inom ett produktområde ställs mot ett annat, andelsmässigt sett mindre, produktområde varifrån försäljningsintäkterna är relativt sett högre. Att märka i detta sammanhang är då att användandet av metoden andelar av tillförseln till marknaden redan initialt har medfört en kraftig utspädning jämfört med begreppet marknadsandel.

Det ovan sagda medför att det i vart fall teoretiskt är möjligt att kedjor med väsentligt högre andel av tillförseln till marknaden fortfarande kan dra fördel av gruppundantaget. I dessa fall kan det enligt min mening inte uteslutas att konkurrensen sätts ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga. För den händelse det är fråga om en kedja som endast har en regional spridning föreligger enligt min uppfattning en klar risk för att konkurrensen kan sättas ur spel.

Ovanstående relaterar endast till påverkan på konkurrensen utifrån det givna begreppet "andel av tillförseln till den svenska marknaden". Om istället väljs metoden marknadsandelar, som enligt min mening ger en mer

²⁸ KKV dnr 417/94 Spektrum - kampanjpriser.

korrekt bild av huruvida konkurrensen sätts ur spel, innebär detta inte i och för sig att konkurrenspåverkan förändras, men det torde i alla fall vara enklare att relatera en kedjas inverkan på konkurrensen. Ett exempel kan vara klagörande.

Låt oss anta att kedjan K är verksam inom tre olika produktområden, A, B och C. Dessa tre olika produktområden svarar för 40, 10 respektive 5 % av den totala andelen av tillförseln till den svenska marknaden. Med hänsyn till kedjans sammanlagda försäljning svarar samma produktgrupper för 10, 50 respektive 40 %. (Att procentsiffrorna skiljer sig åt kan då bero på storleken på den totala marknaden för produkten och/eller priset på respektive produkt.) Kedjans totala andel av tillförseln till den svenska marknaden är då $(40 \times 0,1) + (10 \times 0,5) + (5 \times 0,4) = 11 \%$, och således inom ramen för den mest långtgående samverkan. Om istället valts metoden att beräkna marknadsandelar är det naturligtvis inte självklart att kedjans marknadsandel av respektive produktgrupp skulle varit lika med dess andel av tillförseln, utan istället blir avgränsningen av den relevanta (produkt och geografiska) marknaden avgörande. Beroende på vilken marknad som väljs skulle marknadsandelen öka eller minska. Under förutsättning att samma procentsiffror (20 respektive 35 %) valdes skulle således i många fall, eller vid stark regional koncentration i flertalet fall, samverkan vara utanför ramen för gruppundantaget. Inte heller bedömer jag det som särskilt sannolikt att samverkan skulle erhålla individuella undantag eftersom det på goda grunder kan förmodas att konkurrensen kommer att sättas ur spel för en väsentlig del av varorna.

Sammanfattningsvis är det min uppfattning att begreppet andel av tillförseln till marknaden ger en felaktig bild av koncentrationsgraden och således kedjans möjligheter att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga. Bedömningen torde inte förändras i någon avgörande utsträckning om det skulle ske en förändring av gränsvärdena, eller en begränsning med avseende på respektive produktgrupp. I vart fall inte så länge som andelen späds ut mot kedjans totala försäljning. För egen del kan jag inte se att svårigheterna för respektive kedja att beräkna sin marknadsandel kan tillmätas någon avgörande betydelse i jämförelse med den potentiella elimineringen av konkurrensen.

3.4.1 Större respektive mindre kedjor

Vid sidan av själva frågan hur kedjans andel av marknaden skall beräknas kan andelsgränserna något kort beröras.

Ursprungligen var gränserna satta till 15 respektive 35% av tillförseln till marknaden. Genom SFS 1996:368 förändrades den nedre gränsen så tillvida att den höjdes till 20 %. Några skäl till detta uppgavs inte annat än att gruppundantaget var föremål för översikt men att det redan vid den tidpunkten kunde konstateras att det var motiverat med en höjning. Veter-

ligen föreligger ingen oberoende faktisk analys²⁹ av frågan utan såväl förändringen som de ursprungliga gränserna förefaller valda mer eller mindre diskretionärt. För en utomstående kan gränserna t.o.m. synas valda utifrån vissa kedjors faktiska andelar av tillförseln till marknaden.

I jämförelse med andra gruppundantag (i den mån dessa innehåller några gränsvärden³⁰) kan noteras att gränsvärdena är högre. Förvisso är det samma procentsiffra som anges (35%), men då de andra gruppundantagen beräknar detta på den relevanta marknaden, och inte på andelen av tillförseln till marknaden, kommer det ändå att vara skillnad. I avsaknad av en analys inriktad på de faktiska effekterna av olika gränsvärden förefaller det dock inte meningsfullt med någon egentlig diskussion om huruvida de nuvarande gränserna är adekvata eller inte. Dessutom skall kommas ihåg att oberoende av en praktisk analys begreppet andel av tillförseln, genom sin inneboende flexibilitet med avseende på den faktiska marknadsandelen, alltid kommer att innebära vitt skilda marknadsandelar. Även detta bidrar till att det inte är meningsfullt att vidare diskutera gränsvärdena.

3.5 Övriga bestämmelser

Förutom bestämmelserna i 1-3 och 6 §§ finns vissa ytterligare bestämmelser i 4 och 5 samt 7 och 8 §§.

Bestämmelsen i 4 § synes inte kräva någon djupare analys utan det torde vara tillräckligt att konstatera att regeln är klar och välmotiverad, utan någon egentlig betydelse utom just en praktisk.

Kravet i 5 § på skriftlig form är även det förhållandevis okontroversiellt. Huruvida regeln faktiskt innebär att avtalen får den form som gruppundantaget stadgar förefaller dock mer osäkert. Vad som möjligen kan uppnås är att ingen kedjemedlem binds hårdare än vad som är tillåtet, men betydelsen härav minskar något av att överenskommelsen kan tas in i flera olika avtal. Dessutom har jag något svårt att inse varför skriftlig form just för dessa avtal förhindrar missbruk.

I 7 § stadgas att kedjans medlemmar inte kan dra fördel av en kombination av gruppundantaget för kedjor och bestämmelser i andra gruppundantagsförordningar. Bestämmelsen finner en viss motsvarighet i flertalet andra gruppundantag så tillvida att inte heller i dessa tillåts vissa specifika sam-

²⁹ Jag bortser därvid från professor Lars-Gunnar Mattssons utlåtande av den 30/12 1995 till Näringsdepartementet, då detta uttryckligen endast utgör en teoretisk analys och således inte innebär något ställningstagande avseende de praktiska effekterna.

³⁰ Se härom gruppundantagen för ensamåterförsäljaravtal (1996:341) och exklusiva inköpsavtal (1996:342).

arbetsformer som nämns i andra gruppundantag.³¹ Stadgandet i 7 § är dock mer vidsträckt genom att det helt generellt stadgar att medlemmarna inte kan dra fördel av bestämmelser i andra gruppundantag. Stadgandet motiveras med att det inte skall vara möjligt att "utnyttja fördelen" av andra gruppundantag (s. 39). Även om regeln i 7 § kan förefalla klar känner jag mig inte helt övertygad om hur stadgandet egentligen skall uppfattas. Ordalydelsen förefaller innebära att inte någon bestämmelse i något annat gruppundantag får utnyttjas vid äventyr av att förmånen av kedjeundantaget upphör. Å andra sidan är det ju så att flertalet gruppundantag innehåller bestämmelser som inte i sig är konkurrensbegränsande, vilket för övrigt är fallet även med föreliggande gruppundantag (jfr. ovan). I den utsträckning som någon kedja använder sig av en sådan bestämmelse kan det knappast anses att den drar fördel av gruppundantaget eftersom förfrandet inte i sig är konkurrensbegränsande. På motsvarande sätt skulle det naturligtvis vara för den händelse en kedja endast samarbetade inom något område som i sig inte stred mot 6 § samtidigt som det verkligen utnyttjade undantaget i ett annat gruppundantag. Inte heller i dessa fall skulle kedjan kunna anses dra fördel av två gruppundantag.

Mot bakgrund av ovanstående är det min uppfattning att stadgandet i 7 § inte bör tolkas på sådant sätt att det skulle föreligga något förbud mot att använda samarbetsformer som nämns i andra gruppundantag, utan endast sådana som i det konkreta fallet är konkurrensbegränsande.

I 8 § anges, enligt motiven (s. 39) upplysningsvis, att gruppundantaget endast berör medlemmarna i kedjan. Regeln är i sig självklar och fordrar ingen ytterligare kommentar.

³¹ Se t.ex. artikel 12, Kfo dnr 1475/95 (försäljnings- och serviceavtal för motorfordon) SFS 1996:65.

4 Analys av gruppundantagets förenlighet med svensk och europeisk konkurrensrätt

4.1 Inledning

Ovan i avsnitt 3 har diskuterats tolkningen av gruppundantagets olika bestämmelser. I detta avsnitt skall denna tolkning relateras till konkurrenslagen och EGs konkurrensregler mer i allmänhet. Syftet med detta avsnitt är att närmare undersöka i vilken utsträckning som gruppundantaget för kedjor kan sägas ligga inom ramen för vad som är möjligt att undanta enligt 8 § KL, samt hur motsvarande situation skall bedömas i förhållande till EGs konkurrensregler.

Med hänsyn till det sätt på vilket konkurrenslagen är uppbyggd är det självklart att analysen med nödvändighet innebär en teoretisk jämförelse. Att påstå att något visst samarbete är konkurrensbegränsande låter sig ju inte göras helt abstrakt utan måste alltid relateras till de faktiska förhållandena i ett konkret fall. Vidare kan konstateras att varje jämförelse med EGs konkurrensregler ofrånkomligt kommer att halta, dels mot bakgrund av vad som just sagts, dels då EG-rätten är inriktad på förfaranden med en påverkan på samhandeln. I flertalet fall kan det nämligen ifrågasättas huruvida samarbete inom en kedja verkligen kan påverka samhandeln. Påverkan på samhandeln är dock inte utesluten i alla fall, i synnerhet inte då det gäller inköps-samarbete.

För att avgöra huruvida något omfattas eller inte omfattas av förbudet alternativt undantagsmöjligheterna i konkurrenslagen, tas till utgångspunkt KKV:s beslut respektive praxis från Marknadsdomstolen, alternativt vad som framgår av andra gruppundantag. På motsvarande sätt analyseras EG-rätten utifrån kommissionens och EG-domstolens (förstainstansrätts) praxis samt gruppundantag.

Avsnittet är disponerat på så sätt att först diskuteras förenligheten av gruppundantagets regler avseende inköps-, försäljnings-, och prissamarbete med konkurrenslagen och EG-rätten sedda enskilt, varefter de sammanlagda effekterna av dessa samarbetsformer diskuteras. Övriga bestämmelser i gruppundantaget kommenteras inte. Anledningen härtill är bestämmelsernas begränsande betydelse för gruppundantagets funktion samt att de i flera fall inte ens är konkurrensbegränsande.

4.2 Förenligheten med konkurrenslagen och EGs konkurrensregler

Flera av de enligt gruppundantaget undantagna förfarandena kan komma i konflikt med 6 §, vilket i sig är tämligen okontroversiellt. Om inte skulle ju samarbetet inte behöva något undantag. Den stora frågan är istället i vilken utsträckning de också skulle kunna erhålla undantag enligt 8 §.

Vid en analys av huruvida ett visst samarbete kan erhålla ett undantag ingår som en central del frågan om de involverade parternas ställning på marknaden. Vad som kan vara harmlöst från en konkurrensrättslig utgångspunkt i vissa fall, kan vid högre marknadsandelar innebära en eliminering av konkurrensen. Med ställning på marknaden avses i detta sammanhang inte enbart marknadsandelar uttryckt i någon procentsats, utan främst vilket konkurrenstryck som finns på den ifrågavarande marknaden.³² Här ingår självfallet marknadsandelar som en viktig komponent men även vad för slags samarbete det är fråga om, konkurrenternas ställning på marknaden, samt omständigheterna i övrigt ingår i en analys av parternas ställning på marknaden.

För att över huvud taget kunna en göra en analys såsom denna måste därför vissa gränser tas till utgångspunkt. Av skäl som diskuterats ovan är det därvid inte möjligt att använda begreppet andel av tillförseln till marknaden, utan istället får användas det vanliga nämligen marknadsandelar. Utgångspunkten är därvid - självfallet - att parterna till samarbetet till att börja med innehar en sådan marknadsandel att deras samarbete omfattas av förbudet i 6 § KL.³³ Vidare antas att parternas andelar av den relevanta marknaden, vilken denna nu är, uppgår till 20 alternativt 35 %. Att märka är då att denna gräns i snart sagt alla fall kommer att vara lägre än samma siffror relaterade till andelen av tillförseln.

4.2.1 Inköpssamarbete

Visst inköpssamarbete omfattas inte enligt förbudet i 6 § KL. Inköpssamarbete som trots allt omfattas av förbudet har av KKV i flera olika fall medgetts undantag.

Från KKV:s praxis framgår i flera fall att samarbete avseende inköp getts undantag, alternativet inte ens kommenterats. Vad gäller sådant inköpssamarbete som omfattas av gruppundantaget är det i och för sig självklart att inte kommentera samarbetet särskilt, medan det i andra fall möjligen skulle kunnat anses befogat med en djupare analys. I beslutet Watski väg-

³² Se t.ex. MD 1996:4, där just en sådan analys utförs.

³³ Jfr punkt 2 av KKVFS 1993:2.

rade t.ex. KKV ett undantag från 8 § för gemensam marknadsföring om det inte var så att varorna inköpts gemensamt. Uppenbarligen hade KKV därvid inga synpunkter på själva inköpssamarbetet. Andra, mer uttryckliga, exempel på en positiv inställning till inköpssamverkan finns i KKV:s beslut Scan³⁴ respektive MILKO.³⁵ I Scan ansågs en oförbindande inköpssamverkan avseende vissa insatsprodukter (ej råvaror) inte ens konkurrensbegränsande, medan ett i vart fall delvis förpliktande inköpssamarbete avseende (till viss del) råvaror, gavs ett undantag i MILKO. Huruvida skillnaden i bedömning är att hänföra till den oförbindande respektive bindande karaktären av samarbetet är inte klart, det skulle möjligen också kunna vara så att mängden varor (dvs. parternas storlek) och/eller typen av varor var avgörande. Det viktiga i besluten förefaller dock vara KKV:s i grunden positiva inställning till inköpssamarbetet. Även i flera andra beslut har denna positiva inställning manifesterats. Sålunda gavs ett icke-ingripande besked för inköpssamverkan i C4 Energi - Kraftlots där det avgörande synes ha varit att de samverkande parterna inte uppnådde någon egentlig köpkraft.³⁶ I både EFO AB och Västskog AB gavs individuella undantag för inköpssamverkan, eftersom påverkan på konkurrensen inte var negligierbar men ändå uppfyllde kriterierna i 8 §.³⁷ Vidare kan nämnas KKV:s beslut i VÄRMEK där ett undantag gavs för inköpssamverkan avseende värmeteknisk utrustning,³⁸ samt KKV:s beslut om icke-ingripande besked för inköpssamverkan mellan storköksgrossister i Servicegrossisterna AB.³⁹

Som framgår från de ovan anförda besluten görs skillnad mellan sådan inköpssamverkan som innebär en balansering av säljar- och köpingsmakt, och sådana där inköpssidan skaffar sig ett mer direkt inflytande, eller dominans, gentemot säljarsidan. En ytterligare skillnad görs mellan sådan samverkan som kan medföra en långtgående samordning av medlemmarnas inköpspriser samt andra fall där denna risk är mindre. Varje samarbete avgörs självfallet på sina egna meriter, varför det inte kan komma på fråga att mer specifikt yttra något om förenligheten av gruppundantagets bestämmelser om inköpssamarbete med konkurrenslagen i övrigt. Från en mer allmän utgångspunkt är det dock klart att det inte alltid kan föreligga starka säljarkrafter inom alla branscher där en kedja verkar, och även om

³⁴ KKV dnr 1425/93 Scan AB - inköpssamarbete.

³⁵ KKV dnr 1277/93 MILKO - inköpssamarbete.

³⁶ KKV dnr 1037/95 C4 Energi - Kraftlots, inköpssamarbete avseende elkraft.

³⁷ KKV dnr 1546/94 EFO AB - inköpssamarbete avseende träbränslen, samt KKV dnr 1542/93 Västskog AB - inköpssamarbete avseende sågtimmer.

³⁸ KKV dnr 818/94 VÄRMEK.

³⁹ KKV dnr 1107/93 Servicegrossisterna.

så skulle vara fallet ger bestämmelsen i gruppundantaget utrymme för en långtgående samordning av medlemmarnas inköpsvillkor sinsemellan. I detta sammanhang finns det anledning att påminna om diskussionen ovan rörande möjligheterna till samverkan inom kedjor med tämligen höga marknadsandelar. Inköpsamverkan inom en kedja med höga marknadsandelar torde i de flesta fall strida mot 6 § utan möjligheter till undantag enligt 8 §.

Bedömningen av inköpsamarbete inom EG-rätten följer i allt väsentligt samma linjer som ovan beskrivits avseende den svenska konkurrenslagen. Grundläggande är i vilken utsträckning som inköpsarbetet innebär att parterna kommer överens om prisnivån och/eller omfattningen av de gemensamma inköpen. I den mån som ett inköpsamarbete innebär att parterna gemensamt samordnar sina inköpspriser i förhållande till tredje man, är detta förbjudet utan egentliga möjligheter till undantag.⁴⁰

I gruppundantaget för kedjor är det emellertid inte direkt fråga om en samordning av priserna vid individuella inköp utan mer om kollektiva inköp, vilket bedöms något annorlunda. Kommissionen och EG-domstolen har i flera sammanhang ansett inköpsamarbete förbjudet med hänvisning till parternas marknadsandelar samt de mängder som parterna förpliktats att köpa gemensamt. Särskilt kan här nämnas EG-domstolens avgöranden i Stremsej v. Commission.⁴¹ I Stremsej v. Commission hade medlemmarna i ett kooperativ överenskommit om att köpa hela sitt behov av ostlöpe från kooperativet. Enligt domstolen förhindrade denna förpliktelse konkurrens från andra tillverkare samt de enskilda medlemmarna från att köpa delar av sitt behov från någon annan. Förvisso bidrog inköpsförpliktelsen till vissa rationaliseringar men med hänsyn till att inköpsförpliktelsen inte var nödvändig för uppnåendet av dessa fördelar, förvägrades ett undantag. Utgången blev dock annorlunda i det senare fallet Göttrup-Klim.⁴² Återigen var det fråga om en inköpsförpliktelse för medlemmarna i ett kooperativ men i detta fall fann EG-domstolen att samarbetet inte var förbjudet (således inte ens i behov av ett undantag). Skillnaden mellan de två fallen torde enklast kunna förklaras på så sätt att medan det i Stremsej var fråga om en exklusiv inköpsförpliktelse samtidigt som parterna hade starka marknadspositioner, parterna i Göttrup-Klim hade en väsentligt lägre marknadsandel samtidigt som det inte förelåg några hinder mot att göra inköp vid sidan av inköpsorganisationen. Vid sitt avgörande uttalade EG-domstolen särskilt att de gemensamma inköpen kunde verka balanserande på de starka säljarkrafter som existerade inom den relevanta marknaden.

⁴⁰ Se t.ex. Belgian Industrial Timber, 5th Report on Competition Policy, p. 36, samt Kbesl 81/881/EEG Italian Flat Glass [1981] L 326/32.

⁴¹ Mål 61/80 Stremsej v Commission [1981] ECR 851.

⁴² Mål C-250/92 Göttrup-Klim [1994] ECR I-5641.

Av ovanstående genomgång följer enligt min uppfattning att EGs konkurrensregler och den svenska konkurrenslagen i allt väsentligt intar samma hållning till inköpssamarbete, nämligen att sådan samverkan kan vara positiv under förutsättning att de involverade parternas position inte blir för stark i förhållande till säljarna, alternativt att samverkan utestänger vissa leverantörer eller förhindrar medlemmarna från att göra egna inköp.⁴³

Mot bakgrund härav är det min uppfattning att möjligheterna till inköps-samarbete såsom de utformats i gruppundantaget för kedjor, ger utrymme för samarbete som är klart oförenligt med konkurrenslagen i övrigt. Även i förhållande till EG-rätten är det min bedömning att undantaget ger möjlighet till alltför långtgående samverkan.

4.2.2 Försäljning endast av medlemmarna

Som diskuterats ovan finner jag det något märkligt att det i form av ett gruppundantag getts möjlighet till försäljningsexklusivitet i ett horisontellt förhållande. Vad som egentligen skyddas - annat än medlemmarnas komparativa fördel jämfört med de som står utanför kedjan - är i vart fall inte för mig uppenbart. Förvisso finns det i andra gruppundantag möjligheter att begränsa försäljningen till endast vissa återförsäljare samtidigt som det förvisso också är möjligt att mer generellt upprätta ett selektivt återförsäljarsystem. Gemensamt för dessa former av exklusivitet är emellertid att de är av en utpräglad vertikal karaktär, vilket inte är fallet avseende gruppundantaget för kedjor. Vidare förtjänar det påpekas att gruppundantaget för ensamåterförsäljaravtal och den däri tillåtna exklusiva försäljningsrätten är villkorad av att leverantören inte har en marknadsandel överstigande 35%.⁴⁴ Förvisso finns det en begränsning även i gruppundantaget för kedjor, men som redan diskuterats innebär ju inte denna att kedjans marknadsandel är begränsad till 35%.

Den svenska konkurrenslagen innehåller inget uttryckligt förbud mot leveransvägran. Endast i de fall leveransvägran i sig innebär ett missbruk av en dominerande ställning alternativt är resultatet av ett avtal mellan två eller flera parter föreligger en förbjuden konkurrensbegränsning. Vid en situation då en viss kedja uppnått en dominerande ställning på en viss lokal marknad gäller inte gruppundantaget, eftersom några undantag från 19 § KL inte är möjliga. Det torde i vart fall kunna diskuteras huruvida denna

⁴³ Se även i detta sammanhang kommissionens tillkännagivande avseende kooperativa joint ventures, p. 39.

⁴⁴ 1996:341, 8 §.

situation i tillräcklig utsträckning uppmärksammats av marknadens aktörer, eller för den delen av KKV.⁴⁵

Med avseende på gruppundantaget för kedjor är det primärt situationen då en gemensam inköpsorganisation har någon form av stående uppdrag att för medlemmarnas räkning inköpa varor som är intressant. I de fall medlemmarna ger ett direkt uppdrag att inköpa en viss kvantitet som är predestinerad till medlemmarna föreligger ingen konkurrensbegränsning vid vägran att leverera till tredje man. Några avgöranden från KKV som behandlar leveransvägran vid s.k. stående uppdrag finns veterligen inte - annat än de beslut som direkt är inriktade på gruppundantaget för kedjor. Min bedömning grundar sig därför enbart på lydelsen av 6 §, enligt vilken det framgår att samarbete som begränsar marknader etc. är förbjudna, vilket i sig knappast är kontroversiellt. Såvitt jag kan bedöma föreligger dock inga egentliga fördelar av försäljningsförbudet vare sig för produktion, distribution, eller för konsumenterna. Även om så skulle vara fallet kan det med fog ifrågasättas huruvida begränsningen verkligen är proportionell. Jag kan nämligen på intet sätt se att en begränsning av försäljning endast till medlemmar skulle vara nödvändig.

EG-rättens inställning till leveransvägran av sådant slag som ges undantag i gruppundantaget för kedjor följer i stort den svenska inställningen, eller kanske mer korrekt; den svenska lagen följer EG-rätten. Några avgöranden från kommissionen eller EG-domstolen som är av direkt relevans för den aktuella situationen finns förvisso inte, men kommissionens avgörande i Eastern Aluminium⁴⁶ förtjänar trots allt att nämnas. I ärendet hade alla Europas aluminiumproducenter överenskommit med statshandelsländerna om att köpa hela deras sålda kvantitet samtidigt som statshandelsländerna åtog sig att endast sälja till dessa producenter. Avtalet var således horisontellt och kommissionen fann att det begränsade marknaden och därför var förbjudet. Enligt kommissionens uppfattning erbjöd avtalet inga fördelar över huvud taget varför något undantag inte var aktuellt.

Mot bakgrund av ovanstående är det min uppfattning att möjligheten att förbehålla försäljning av inköpta varor endast till medlemmarna innebär en klar konkurrensbegränsning utan att fördelarna för den skull är lika klara, eller möjligen inte ens existerar. När denna möjlighet intagits i ett gruppundantag förfaller det mig klart att gruppundantaget går utöver vad som följer av konkurrenslagen i övrigt. På motsvarande sätt går undantaget längre än vad som följer enligt EG-rätten.

⁴⁵ Se t.ex. KKV dnr 942/94 ICA - leveransvägran, där det förvisso nämns att det inte framkommit något som tydde på att 19 § KL var tillämplig, men såvitt jag kan finna finns det ingen analys av den relevanta marknaden i beslutet varför det inte heller torde kunna avgöras huruvida det varit fråga om en överträdelse av 19 §.

⁴⁶ Kbesl 85/206/EEG Eastern Aluminium [1985] EGT L 92/1.

4.2.3 Prissamarbete

Samverkan om priser är från en konkurrensrättslig utgångspunkt särskilt allvarligt. Prissamverkan gör nämligen att ett av de förnämsta konkurrensmedlen - priset - reduceras och i vissa fall helt upphör. Det är också helt klart att den svenska konkurrenslagen ser allvarligt på prissamverkan, exempelvis anges det uttryckligen i 6 § att prissamverkan är en av de former av samarbete som inte är tillåten. Denna principiellt negativa attityd manifesteras också i flera av KKV:s beslut. I föreliggande fall är det fråga om horisontell prissamverkan villkorad dels av att det skall föreligga en gemensam marknadsföring, dels (vid större kedjor) att de marknadsförda produkterna skall vara gemensamt inköpta varvid det samtidigt skall vara så att priset på produkten skall framträda som det avgörande skälet för köpet. Ett ytterligare prissamarbete är möjligt även genom möjligheten till kalkylsamarbete, vilket för såvitt gäller mindre kedjor förefaller kunna vara tämligen omfattande. Från en principiell utgångspunkt finns det knappast anledning att göra någon skillnad mellan de olika formerna av prissamarbete. Det intressanta är ju istället i vilken utsträckning som samarbetet kan leda till uniformitet i prissättningen, vilket kan bli fallet i alla de nu nämnda situationerna låt vara att det sannolikt är större risk för detta vid gemensam marknadsföring.

Före det att vissa av KKV:s beslut analyseras förtjänar nämnas reglerna i 18a-c §§ KL. Enligt 18a-c §§ KL omfattas inte visst samarbete inom primära lantbruksföreningar av förbudet i 6 § KL. Från detta legalundantag undantas dock sådant samarbete som innebär att en medlems fria rörlighet på marknaden begränsas bl.a. med avseende på valet av leverantör (§ 18c 2st. p. 1a), eller om försäljningspriser direkt eller indirekt fastställs vid medlems försäljning till tredje man (§ 18c 2st. p. 2a). Sådant samarbete skall därför bedömas enligt konkurrenslagen som vilken annan samverkan som helst. Även om dessa regler inte har någon direkt inverkan på nu diskuterade förhållanden indikerar de enligt min uppfattning den stränga inställning till prissamverkan som i övrigt präglar konkurrenslagen.

Av KKV:s många beslut rörande prissamverkan förtjänar i detta sammanhang nämnas Watski, ICA-Handlarna - cirkapriser, samt det nyligen avgjorda Södra skogsägarna. I Watski⁴⁷ var det fråga om gemensam marknadsföring och gemensamma priser av flera företagare som inte klassificerades såsom en kedja. KKV ansåg att samarbetet var förbjudet men medgav ett undantag under förutsättning att den gemensamma marknadsföringen endast avsåg produkter som inköpts gemensamt. Intressant att notera är därvid att de samverkande butikerna endast hade ca 20% av den relevanta marknaden men att KKV ändock ansåg att det var nödvändigt att begränsa samverkan till gemensamt inköpta varor. Skillnaden i förhål-

⁴⁷ KKV dnr 1384/93 Watski.

lande till de krav, eller möjligheter, som finns i gruppundantaget för kedjor är påfallande.

I beslutet ICA - Handlarna - cirkapriser,⁴⁸ ansåg KKV att utfärdandet av rekommenderade cirkapriser till individuella medlemmar i ICA-förbundet stred mot 6 §. Undantag vägrades eftersom samarbetet inte var begränsat till de mindre medlemmarna utan även omfattade större handlare. I sitt beslut anförde KKV att rekommenderade cirkaprislistor inte omfattas av gruppundantagets regler om prissamarbete samt att ICA marknadsandel var betydligt större än de 10% som KKV i övrigt tillämpar för att kontrollera huruvida konkurrensen på marknaden påverkas märkbart. På motsvarande sätt blev utgången i Spektrum,⁴⁹ och Färgtema.⁵⁰

I Södra skogsägarna ansåg KKV att den samverkan som bedrevs inom ramen för Södra skogsägarna ek. för. var förbjuden.⁵¹ Samverkan avsåg framför allt gemensam försäljning och - av intresse i detta sammanhang - prissättning, vilket var förbjudet alldeles oavsett att Södra skogsägarna potentiellt kunde dragit nytta av de fördelaktiga regler som följer av 18c 2st. 2b §. I det konkreta fallet hade Södra skogsägarna en marknadsandel om 41% på marknaden för sågtimmer och det anmärktes särskilt att denna andel vida översteg en i prop 1993/94:210 s. 60 angiven gräns om 25%, varför samarbetet hindrade konkurrensen i väsentlig omfattning. Huruvida detta skall tolkas såsom att KKV anser att en marknadsandel om 25% innebär att konkurrensen hindras i väsentlig omfattning, eller om marknadsandelen kan vara högre - dock ej så hög som den angivna gränsen om 41% - utan att konkurrensen hindras i väsentlig omfattning, är dock oklart. Oavsett vilken gräns som är den relevanta kan dock noteras att det i det aktuella fallet var fråga om en gräns som ligger högre än vad som normalt är accepterad. För att 18c 2st. 2b § skall överträdas krävs nämligen att konkurrensen hindras i väsentlig omfattning, medan det i andra fall är tillräckligt att konkurrensen påverkas märkbart. I sammanhanget skall även kommas ihåg att vare sig en marknadsandel om 25% eller 41% inte på något sätt är utesluten när ett företags marknadsposition - såsom i gruppundantaget för kedjor - inte relateras till marknadsandelar utan istället till "andelar av tillförseln till marknaden".

EG-rätten intar en likaledes sträng inställning till prissamarbete. Det finns knappast anledning att här redovisa hela eller ens större delar av den omfattande praxis som rör just horisontellt prissamarbete utan det torde vara

⁴⁸ KKV dnr 1533/93 ICA Handlarna - cirkaprislistor.

⁴⁹ KKV dnr 417/94 Spektrum.

⁵⁰ KKV dnr 64/94 Färgtema.

⁵¹ KKV dnr 443/95 Södra skogsägarna, beslutet är överklagat till Stockholms TR.

tillfyllest att endast nämna ett av de tydligare avgörandena, Cementhandlaren.⁵² I detta fall förklarade EG-domstolen att s.k. målpriser (target prices), även om de inte tillämpades av de inblandade, medförde att respektive part med en rimlig grad av säkerhet kunde förutse de andras prispolitik. Enligt EG-domstolen var det därför ingen egentlig skillnad mellan att fastställa försäljningspriser (artikel 85.1.a) eller att endast sätta upp s.k. målpriser.

Över huvud taget är det påtagligt på vilket strängt sätt som snart sagt varje horisontell prisbindning uppfattas enligt EG-rätten. Därvid skall noteras att inte endast direkta prisbindningar omfattas utan också sådana avtalsvillkor som endast får en indirekt potentiell verkan på prisbildningen.

Mot bakgrund av ovanstående är det enligt min uppfattning ingen egentlig tvekan om att gruppundantagets möjligheter till prissamverkan, det må vara vid gemensam marknadsföring eller kalkylstöd, i många fall ligger klart utanför vad som anses acceptabelt enligt såväl EG-rätten som konkurrenslagen. Förvisso är det så att både prissamverkan vid gemensam marknadsföring och kalkylstöd i många fall skulle ha getts undantag, men det intressanta torde vara att undantaget även omfattar väsentligt allvarligare fall än de som normalt undantas med stöd av 8 §.

4.2.4 Den sammanlagda effekten

Ovan har berörts de från en allmän synpunkt allvarligaste typerna av konkurrensbegränsningar som medges undantag enligt gruppundantaget för kedjor. Rent principiellt är det helt klart att gruppundantaget i flera fall kan medge en samverkan mellan mindre företag som ger övervägande positiva effekter på konkurrensen. Å andra sidan är det lika klart att gruppundantaget kan medge undantag för klart skadliga konkurrensbegränsningar vidtagna av stora marknadsaktörer. De skadliga effekterna kan uppkomma framför allt vid ett samtidigt utnyttjandet av alla de tillåtna samarbetsformerna, men även vid endast enskilt utnyttjandet av någon av de tillåtna samarbetsformerna. I allt väsentligt är de negativa effekterna enligt min mening att hänföra till dels avsaknaden av en s.k. svart lista, dels själva utformningen av vad som egentligen ges undantag. Avsaknaden av en svart lista har berörts ovan och det saknas därför anledning att upprepa de slutsatser som anfördes där. Däremot vad gäller utformningen av vad som undantas finns det anledning att något närmare diskutera detta.

Som framgått av redogörelsen under avsnitt 3 råder det en tämligen stor osäkerhet avseende räckvidden av de enskilda punkterna i gruppundantaget. I allt väsentligt torde detta vara att hänföra till två saker, nämligen

⁵² Mål 8/72 Cementhandlaren [1972] ECR 977.

dels att gruppundantaget saknar förankring i någon praxis (svensk eller EG-rättslig), dels att ärenden avseende just omfattningen av gruppundantaget varit sparsamt förekommande inför domstolar eller KKV. Någon ordentlig vägledning för tolkningen av reglerna finns således inte. Detta innebär i sin tur att det finns en påtaglig risk för att undantaget tillåts omfatta mer än vad som egentligen varit avsett, samt - vilket sannolikt är väsentligt allvarigare - att det inte kan uteslutas att gruppundantagets liberala inställning till horisontellt samarbete kan negativt påverka tillämpningen av konkurrenslagen i övrigt. Nedan behandlas dessa två frågor.

Vad gäller risken för att gruppundantaget, eller mer korrekt de kedjor som drar fördel av gruppundantaget, tillåts en mer omfattande samverkan än vad som varit avsett med gruppundantaget, bör t.ex. noteras att inte i något av de fall där ICA Handlarna varit involverade har KKV gjort någon egentlig analys av ICA:s marknadsposition. I och för sig har det ovan diskuterats att det kanske inte alltid är praktiskt möjligt att faktiskt avgöra en kedjas andel av tillförseln till marknaden, men detta kan knappast befria KKV från skyldigheten att göra en sådan analys när de skall avgöra om ett visst förfarande omfattas av gruppundantaget. På något sätt får man vid läsning av de specifika avgörandena intrycket av att ICA axiomatiskt ingår i den krets av kedjor som omfattas av undantaget. Analysen av parternas ställning på marknaden är därvid inte enbart av intresse för att avgöra huruvida kedjan till att börja med omfattas av undantaget, utan också för att KKV skall kunna bilda sig en uppfattning om det möjligen föreligger anledning att återkalla förmånen av undantaget enligt 18 § KL, alternativt huruvida det föreligger ett missbruk av dominerande ställning.

Som påpekats tidigare bör också noteras att gruppundantagets olika möjligheter till samarbete kan kombineras. Just denna kombinationsmöjlighet är enligt min uppfattning det mest allvarliga genom att självständigt sett ofarliga begränsningar genom att kombineras kan medföra en i det närmaste total eliminering av konkurrensen mellan parterna, samt i vissa fall även påtagligt störa tredje mans konkurrensförutsättningar. Särskilt gäller detta möjligheterna till inköps- och prissamarbete.

Förutom att det föreligger en risk för att gruppundantaget tillåts omfatta fler och allvarigare begränsningar än vad som egentligen följer av 8 § KL, finns det även en påtaglig risk för att gruppundantaget påverkar tolkningen av just 8 §. Det sagda kan exemplifieras med ett av KKV:s beslut. I RIMI⁵³ beslutade KKV att meddela undantag för den samverkan som sker inom RIMI butikerna. I huvudsak var det fråga om sådant samarbete som tillåts enligt gruppundantaget, men eftersom RIMI inte kategoriserades som en kedja omfattades inte samverkan av gruppundantaget. Undantaget

⁵³ KKV dnr 533/96 RIMI.

begränsades till ett år (dvs. den tid då nuvarande gruppundantag löper ut). Men varför begränsades undantaget till ett år med hänvisning till att nuvarande gruppundantag går ut vid den tidpunkten? Prövningen skall väl ske i förhållande till 8 § KL? Endast om det är så att KKV ansett att gruppundantaget går längre än vad som följer av 8 § (vilket i och för sig förefaller klart efter genomgången ovan) finns det anledning att begränsa giltigheten på sätt som skedde. För egen del kan jag inte förstå annat än att gruppundantaget här har tillåtits inverka på tolkningen av 8 §. Om inte skulle ju inte något undantag meddelats över huvud taget.

5 Sammanfattande ställningstagande

Genomgången ovan visar enligt min uppfattning ett flertal brister i utformningen av gruppundantaget. Kritik bör främst riktas mot det sätt på vilket de företag som omfattas definieras, dvs. marknadsandelsbegränsningarna. Begreppet andel av tillförseln till marknaden måste från en praktisk utgångspunkt kategoriseras som oanvändbart. Även i de fall det är möjligt att identifiera vilka produktområden som omfattas, leder själva definitionen till att även företag med en kraftig, eller t.o.m. dominerande ställning på marknaden kan omfattas av den mest långtgående möjligheten till samarbete. Detta är tveklöst i strid med såväl den svenska konkurrenslagen i övrigt som EG-rättens regler. Från en konkurrensrättslig utgångspunkt finner jag därför definitionen obegriplig. Från andra utgångspunkter är det möjligt att den är mer förståelig.

Med avseende på vilka konkurrensbegränsningar som omfattas av gruppundantaget bör kritik riktas mot de närmast obegränsade möjligheterna att föreskriva långtgående inköps- och prissamarbete. Det är i och för sig klart att dessa begränsningar leder till positiva effekter för parterna och i vissa fall även för konsumenterna, men med hänsyn till att det saknas adekvata begränsningsregler i form av en svart lista eller på annat sätt är det likaledes klart att konkurrensen mellan parterna i många fall helt kan elimineras. Särskilt allvarligt är detta genom att gruppundantagets bestämmelser kan kombineras sinsemellan. Inte heller möjligheten att förbehålla försäljningen till enbart medlemmarna kan innebära någon egentlig positiv effekt för konsumenterna. Det är ingen tvekan om att nu nämnda bestämmelser i sin nuvarande utformning strider mot den svenska konkurrenslagen och EG-rätten.

Vidare bör uppmärksammas gruppundantagets mer allmänna inverkan på tillämpningen av konkurrenslagen. Som anförts ovan har gruppundantaget för kedjor antagit karaktären av ett legalundantag för viss typ av samverkan inom detaljhandeln. Enligt min uppfattning finns det även tecken på att det rättsvårdande instanserna tillåter gruppundantaget att influera tolkningen av undantagsmöjligheterna i 8 § KL. I den utsträckning som min analys är korrekt med avseende dels på att gruppundantaget ligger utanför 8 § KL, dels att de rättsvårdande instanserna tar intryck av gruppundantaget för tolkningen av 8 §, kommer en urgröpning av konkurrenslagens effektivitet att ske. Ett sätt att undvika detta är att låta gruppundantaget löpa till ända vid utgången av halvårsskiftet 1997, varefter ett nytt undantag meddelas på basis av de erfarenheter som görs vid den individuella undantagsprövningen som då måste ske.

Avslutningsvis bör också kort noteras den legala grunden för utfärdandet av gruppundantaget. Enligt min uppfattning står regeringens kompetens

att utfärda gruppundantag i strid med RF 8:2, eftersom giltigheten av ett visst avtal, genom utfärdandet av ett gruppundantag, kan påverkas utöver vad som följer av lagen i övrigt. Denna anmärkning är inte begränsad till att gälla endast gruppundantaget för kedjor utan gäller även de andra gruppundantagen. Däremot torde det vara specifikt för det aktuella gruppundantaget att konflikten med grundlagen inte är begränsad till de fall då endast effekterna av ett specifikt avtal är annorlunda än vad som förutsätts i gruppundantaget, utan möjligen gäller flertalet fall som omfattas av gruppundantaget. Att så är fallet följer enligt min uppfattning av det förhållandet att gruppundantaget för kedjor inte kan sägas ligga inom ramen för 8 §. Genom detta förhållande ökar konflikten med regeringsformen.

