

Agentavtalsprivilegiet i konkurrensrätten

Särskilt om gränsdragningen mellan
genuina och oäkta agentavtal

Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie: 2006:7

Lars Henriksson

ISSN-nr 1652-8069

Konkurrensverket, Stockholm november 2006

Illustration: Martina Thulin, Odelius New Media

Förord

I Konkurrensverkets uppdrag ligger bl.a. att främja forskning på konkurrensområdet.

Våren 2006 gav Konkurrensverket docenten i handelsrätt Lars Henriksson vid Handelshögskolan i Stockholm i uppdrag att från juridisk synpunkt klargöra gränsdragningen mellan vad som är tillåtet och otillåtet i agentförhållanden, särskilt med hänsyn till svenska konsumentmarknader. Resultatet av studien presenteras i denna rapport.

Till projektet knöts under slutskedet en referensgrupp, vilken har fungerat som kvalitetssäkrare genom att vid ett gemensamt möte lämna synpunkter på ett utkast till föreliggande rapport. I referensgruppen ingick Rolf Dotevall, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, Erik Nerep, Handelshögskolan i Stockholm, Sofia Lundberg, Umeå universitet och Johan Stennek, Institutet för Näringslivsforskning.

Det är författaren själv som svarar för innehåll och slutsatser i rapporten. Slutsatserna behöver alltså inte nödvändigtvis återspegla Konkurrensverkets uppfattning.

Stockholm i december 2006

Claes Norgren
Generaldirektör

1. Innehållsförteckning

1.	Innehållsförteckning	4
2.	Inledning och allmänt om uppdraget	6
3.	English summary	8
4.	Agentavtal i allmänhet	10
5.	Konkurrensrättsliga konsekvenser av klassificering som genuin agent	13
5.1.	Genuina agentavtal stridande mot artikel 81.1 EG / 6 § KL?	15
5.2.	Agentavtal med flera huvudmän.....	19
6.	Särskilt om oäkta agentavtal	21
7.	Kommissionens tillkännagivande – rättslig status	22
8.	Konkurrensreglernas förhållande till civilrättsliga regler om agenter/mellanmän	23
8.1.	Handelsagenter	25
8.2.	Mellanmän som handlar i eget namn.....	26
8.3.	Kommissionärens returrätt	27
8.4.	Kommittentens resultatintresse.....	28
8.5.	Sammantagen bedömning	29
8.6.	Konkurrensrättslig relevans av kommissionsavtal	30
9.	Agentavtal utanför tillämpningsområdet av artikel 81.1 EG/ 6 § KL	33
9.1.	Anställda agenter	33
9.2.	Distributionsavtal i allmänhet och konkurrensrätten	34
9.3.	Agentavtalsprivilegiet och ekonomiska enhet	35
9.4.	Rättslig och ekonomisk motivering till varför genuina agentavtal ej omfattas av art. 81.1 EG / 6 § KL	44
10.	Kriterier för fastställande av genuina agentavtal	48
10.1.	Finansiella och affärsmässiga risker	49
10.2.	Allmänt om olika risker.....	53
10.3.	Allmänt om vilken grad av risk som skall anses vara tillåten att bära för agenten	54
10.4.	Exempel på riskfaktorer	54
10.4.1.	Kostnader i samband med leverans och inköp	55
10.4.2.	Risker knutna till säljfrämjande åtgärder	58
10.4.3.	Bärande av risk för lagerhållningskostnader	60

10.4.4.	Risker knutna till utförande av reparationer m.m.....	62
10.4.5.	Marknadsspecifika investeringar.....	65
10.4.6.	Produktansvar	65
10.4.7.	Del credere-klausuler och ansvarsrisker.....	65
10.5.	Integrationskriteriet	67
10.5.1.	Kommissionens riktlinjer och integrationskriteriet.....	70
10.5.2.	Övriga faktorer som indikerar oberoende.....	76
10.5.3.	Kritik mot och försvar för integrationskriteriet	78
10.5.4.	Exempel på effekter av avsaknad av integrationskriterier med hänsyn till konsumentmarknader	80
11.	Sammanfattning	83
12.	Källförteckning.....	85

2. Inledning och allmänt om uppdraget

Denna rapport är resultatet av ett forskningsuppdrag för Konkurrensverket angående de konkurrensrättsliga ramarna för skilda former av agentavtal. Bakgrunden till uppdraget är att det finns ett behov av att tydliggöra gränserna för när förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i artikel 81.1 EG/6 § KL inte skall anses vara tillämpligt för vissa former av agentavtal.

Det är mycket vanligt i affärslivet att ett företag i sin distribution anlitar mellanmän för t.ex. försäljning eller inköp. Sådana s.k. vertikala avtal kan omfattas av konkurrensreglerna och är även i vissa fall föremål för gruppundantag enligt svensk rätt och gemenskapsrätten. I vissa avtalsförhållanden mellan en huvudman och en agent kan dock agenten anses ta så liten risk och vara så integrerad med huvudmannens verksamhet att artikel 81.1 EG/6 § rimligen inte skall tillämpas på dessa avtal. Likheter med koncernförhållanden är i sådana fall mycket stor. I anledning av detta anses förbudet mot konkurrensbegränsande avtal inte vara tillämpliga på s.k. genuina agentavtal.

Syftet med denna rapport är mot denna bakgrund att klargöra gränsdragningen mellan genuina och oäkta agentavtal. För såväl företag som konkurrensvårdande myndigheter är detta en viktig fråga. Företagen har ett intresse av att veta hur avtalen och affärsförhållandena med sina agenter skall utformas så att konkurrensreglerna ej överträds. Myndigheter måste å andra sidan veta vilka ageranden som myndigheten inte skall ifrågasätta. Med tanke på att agentavtal i olika former är en mycket vanlig avtalssituation är det sålunda av allmänt intresse att klargöra nu aktuell gränsdragningsfråga. En särskild fråga är bl.a. om det är möjligt att systematiskt använda agentavtal för att härigenom undvika konkurrensreglerna. Denna och andra frågor kommer att behandlas i det följande.

Till detta projekt har knutits en referensgrupp bestående av representanter för Konkurrensverket och juridiska och ekonomiska fakulteter. En preliminär version av denna rapport har presenterats för referensgruppen och denna rapport är den slutliga versionen av forskningsuppdraget.

Författaren vill rikta ett stort tack till referensgruppen; professor och chefsökonom Mats Bergman, professor Rolf Dotevall, konkurrenssakkunnig Johan Hedelin, doktor Sofia Lundberg, avdelningschef/stf GD Jan-Erik Ljusberg, professor Erik Nerep, docent Johan Stennek och byråchef Magnus Ul-

riksson, för värdefulla kommentarer till slutförandet av detta arbete. Alla eventuella kvarvarande brister i materialet skall självfallet tillskrivas författaren.

3. English summary

EC competition law makes a distinction between genuine and non-genuine agency agreements. According to current case law, article 81.1 EC is not applicable to genuine agency agreements, while non-genuine agency agreements are treated as any other vertical agreements in relation to competition law. Consequently, hard restrictions may be imposed by a principle upon a genuine agent, whose commercial relationship to its principal is very alike, that of a subsidiary in a group of companies. However, genuine agents do not automatically enjoy the single economic entity privilege that applies for subsidiaries in a group of companies. Notwithstanding the difference in legal status between subsidiaries and agents, genuine agency agreements can be regarded to affect competition to the same limited extent as agreements between companies belong to the same group of companies. Hence, privileged treatment of genuine agency agreements is motivated by reference to same effects as those that are a result of agreements within a group of companies.

In order to be outside the scope of article 81.1 EC, two main criteria must be fulfilled. The first criterion related to the risk that the agent in incurring for the commercial activities he undertakes as a result of the agency agreements. Risk can be divided into financial and commercial risks. A prerequisite for an agreement to be considered genuine is that the agent should bear none, or very limited *risk*. The assessment must be made in relation to the real commercial situation that agency agreement establishes. The Commission's guidelines on vertical restraints consider the risk criterion to be the sole determining factor for an agreement to be treated as genuine.

Current case law provides, however, for a second and equally important criterion. The risk criterion is indeed a necessary, but not sufficient criterion. Hence, in addition thereto, it must be established that the agent is sufficiently *integrated* with the principal. One of the most important factors in relation to integration is that the agent cannot act as an intermediary for more than one principal – the agency agreement must, therefore, be exclusive. One of the key reasons to introducing a second criterion in the analysis is the circumvention of competition rule could be possible. Bearing no risk does not exclude the possibility of systematically using agency agreements that – albeit seen individually are genuine – can set aside applicability of article 81.1 EC on those agreements. As an example, independent dealers may in such a case enter into agency agreements with all of its suppliers and

thereby open the floodgates for an extensive use of hard core restrictions on competition to the detriment of consumers and other suppliers.

The Commission's guidelines are not consistent with current case law, which encompass two distinct criteria. Both criteria are necessary, but neither is sufficient. Only when both criteria are met, the agency agreement enjoys privileged treatment in relation to article 81.1 EC.

4. Agentavtal i allmänhet

Vid försäljning och inköp av produkter (varor eller tjänster) uppkommer ofta frågan om vilken distributionsform som skall användas. Härvid är det av betydelse att bedöma om företaget skall agera på egen hand genom att t.ex. öppna en filial inom landet eller i ett annat land. Ett annat sätt kan vara att teckna ett distributionsavtal med ett helt fristående företag. Härvidlag skall skiljas mellan sådan distribution som avser ren försäljning till grossister eller detaljister, där varan skall omsättas i senare led utan medverkan från leverantören, d.v.s. traditionella köp. Andra former av distribution innefattar situationer där en *mellanman* på skilda sätt verkar för avsättning eller inköp av en produkt för sin huvudmans räkning. Utmärkande för mellanmansrätten är att denna alltid omfattar handlande av mellanmannen för någon annans räkning, till skillnad från egenhandlaren som själv blir berättigad och förpliktigad genom sina rättshandlingar.¹

Det är vanligt att företag för vissa marknader har behov av särskilda kunskaper om språk, ekonomisk-politiskt system, religion m.m., varför det kan finnas klara behov att inte distribuera eller köpa in varor på egen hand. I stället används mellanhänder, vilka i rättslig mening tämligen oprecist brukar betecknas *agenter*.² Denna beteckning, liksom den engelska motsvarigheten *agency*, är i mellanmansrättslig mening tämligen vidsträckt och innefattar skilda former av fullmaktsförhållanden. Vad som oftast generellt sett avses med agentavtal är att agenten (uppdragstagaren) på något sätt representerar sin huvudman.

Agentavtal i kommersiella förhållanden karaktäriseras i allmänhet av ett avtalsförhållande mellan en huvudman (principal) och en agent. Syftet med avtalet är oftast att genom olika rättshandlingar verka för avsättning eller inköp av huvudmannens varor eller tjänster, att förhandla å huvudmannens vägnar eller att sluta bindande kommersiella avtal i eget eller huvudmannens namn för huvudmannens räkning. Ett agentavtal kan sålunda, i allmän mening, anses omfatta skilda mellanmansrättsliga avtalsformer såsom handelsagent, fullmäktige, kommissionär, ombud och andra syslömän.

Inom den europeiska konkurrensrätten görs åtskillnad mellan skilda former av agentförhållanden gällande distribution eller inköp i så måtto att för-

¹ Se Tiberg, H., Dotevall, R., *Mellanmansrätt*, 9 uppl. 1997, s. 14 ff.

² Gorton, L., under medverkan av Henriksson, L., *Rättsliga ramar för internationella affärer – En översikt*, 2 uppl., 2005, s. 143. Se även Tiberg/Dotevall, a.a. s. 18.

budsbestämmelserna mot konkurrensbegränsande avtal inte anses vara tillämpliga på vad som betecknas *genuina agentavtal*.³ Att agentavtalet i konkurrensrättslig mening betraktas som *genuint* förutsätter, som skall utvecklas nedan, bl.a. att agenten inte bär någon ekonomisk eller kommersiell risk för de verksamheter, för vilka denne av huvudmannen utsetts som agent.⁴

I konkurrensrättslig mening är termen "genuina agentavtal" avgörande i anledning av att artikel 81.1 EG / 6 § KL normalt inte anses vara tillämplig på vissa former av agentavtal.

Detta arbete syftar till att från juridisk synpunkt klargöra gränsdragningen mellan sådana agentavtal som inte omfattas av artikel 81.1 EG / 6 § KL (s.k. genuina agentavtal) och oäkta agentavtal, vilka alltså kan omfattas av artikel 81.1 EG / 6 § KL. I arbetet kommer inte att utvecklas under vilka förutsättningar som oäkta agentavtal kan anses vara undantagna med stöd av artikel 81.3 EG / 8–8a §§ KL.

Området är relativt sparsamt behandlat i såväl rättspraxis som den rättsvetenskapliga doktrinen. Praxis och doktrin angående vertikala avtal omfattar i stället situationer där artikel 81.1 EG / 6 § KL faktiskt är tillämplig på avtal. Förhållandet att tillämplighet av förbudsbestämmelserna ej föreligger kan förvisso förklara en ringa diskussion i litteraturen kring denna fråga, men icke desto mindre är det en viktig gränsdragningsfråga för konkurrensreglernas tillämpbarhet.

Kommissionen har i sina riktlinjer för bedömning av vertikala avtal behandlat gränsdragningsfrågan mellan genuina och oäkta agentavtal. Som skall utvecklas nedan skiljer sig dock dessa riktlinjer från framförallt EG-domstolens praxis fram till och december 2006. Myndighetspraxis varierar även mellan olika länder. Till följd av denna rättsosäkerhet finns anledning att uppnå en högre grad av kongruens mellan rättspraxis och myndighetspraxis. Det är författarens åsikt att gällande rättspraxis måste vara styrande i detta hänseende, vilket föranleder en översyn av kommissionens riktlinjer och nuvarande ståndpunkt i frågan. Skillnaderna visar sig framförallt i det att kommissionen företräder en uppfattning där riskerna som agenten kan ta

³ Kommissionens tillkännagivande av den 13 oktober 2000, *Riktlinjer om vertikala begränsningar*, EGT C 291/1., p. 13.

⁴ Kommissionens tillkännagivande *om vertikala begränsningar*, p. 13. I den engelska språkversionen talas om "financial och commercial risk". Den tyska språkversionen "finanzielle oder geschäftliche Risiko" varför beteckningen ekonomisk risk (danska språkversionen økonomiske) snarare borde ha översatts som finansiell och kommersiell risk. Ekonomisk risk förefaller vara bredare beteckning än finansiell risk.

i utövandet av sitt uppdrag är allenarådande kriterium för bestämmande av huruvida avtalet är genuint. Härvidlag tillåts enligt riktlinjerna endast en närmast obefintlig risk. I rättspraxis har dock t.o.m. december 2006 accepterats en något större grad av risk, samtidigt som ett annat kumulativt kriterium ställs; nämligen att ett genuint agentavtal förutsätter att agent utöver en begränsad risk dessutom måste vara integrerad med huvudmannen. Analysen har dock på senare tid försvårats av ett avgörande från EG-domstolen i *CEPSA*-målet, vilket behandlas nedan.⁵

Kommissionens hittillsvarande linje ger vid handen att det från normal affärsmässig synpunkt är svårt att över huvud taget uppträda som agent utan att agentavtalet nästan alltid omfattas av artikel 81.1 EG / 6 § KL och att tillåtligheten därmed blir beroende av gruppundantag eller legalundantag, trots att agentens situation, med beaktande av domstolens kumulativa kriterier, inte i praktiskt hänseende nämnvärt skiljer sig från t.ex. huvudmannens dotterbolags affärsmässiga situation.

Det förefaller omotiverat att på detta sätt skilja genuina agenter från t.ex. dotterbolag där den huvudsakliga skillnaden ligger i om huvudmannen har ett ägarintresse i dotterbolaget / agenten eller ej. I konkurrenshänseende är det svårt att skilja genuina agenter från dotterbolag, eftersom det inte finns något konkurrensförhållande mellan huvudmannen/moderföretaget och agenten / dotterföretaget att begränsa, vilket skall utvecklas närmare i det följande.

I sammanhanget bör nämnas att kriterierna risk och integration inte bara är relevanta att beakta för att fastställa att agentavtalet hel faller utanför tillämpningsområdet för konkurrensregler, utan kan även ha relevans vid bedömning om undantag, men denna diskussion ligger utanför uppdragsramen för detta arbete.

⁵ Mål C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio mot Compañía Española de Petróleos SA (CEPSA)* av den 14 december 2006 [ännu ej rapporterat i ECJ].

5. Konkurrensrättsliga konsekvenser av klassificering som genuin agent

En grundläggande distinktion görs i kommissionens tillkännagivande om vertikala avtal mellan s.k. genuina och oäkta agentavtal.⁶ Gränsdragningen dem emellan är av avgörande betydelse. Bakgrunden härtill är att de skyldigheter som åläggs agenten i genuina agentavtal i fråga om de avtal som denne förhandlar och/eller ingår på huvudmannens vägnar inte anses ligga inom tillämpningsområdet för artikel 81.1 EG/6 § KL. Kommissionen framhåller detta faktum explicit:

”Om ett agentavtal inte omfattas av artikel 81.1, faller alla skyldigheter som åläggs agenten avseende de förhandlade och/eller ingångna avtalen på huvudmannens vägnar utanför artikel 81.1 EG”⁷

Härigenom skall inte förstås att alla oäkta agentavtal med automatik skall anses omfattas av tillämpningsområdet för nyss nämnda lagrum. Vad som emellertid kommer att stå i centrum för analysen är de kriterier som måste vara uppfyllda för att avtalet skall anses vara ett genuint agentavtal.

Den praktiska betydelsen av klassificering som *genuin agent* är avgörande för företagets val av t.ex. distributionsform. En följd av att agentavtalet klassificeras som genuint, d.v.s. att artikel 81.1 EG/6 § KL inte är tillämpligt på denna form av avtal, är att mycket långtgående konkurrensbegränsande restriktioner kan åläggas agenten i jämförelse med dem som kan åläggas oberoende distributörer. Mot bakgrund av att genuina agenter betraktas som en integrerad av huvudmannens verksamhet skiljer sig deras situation vad gäller tillåtliga konkurrensbegränsningar i praktiskt hänseende mycket litet från huvudmannens dotter.

Kommissionen framhåller i anslutning härtill särskilt effekterna på prisbildningen genom att huvudmannen för dessa avtal i regel är fri att fastställa priserna och att agenten är skyldig att följa dessa instruktioner. Huvudmannen synes även för genuina agentavtal kunna begränsa möjligheterna för

⁶ I tillkännagivandet har engelskans "*non-genuine agency agreements*" eller tyskans "*unechter Handelsvertretervertrag*" i svensk språkversion olyckligt nog översatts som "falska" agentavtal, vilket är ägnat att skapa osäkerhet om syftet med avtalet snarare än avtalets konkurrensrättsliga egenskaper. Jfr engelska, tyska och svenska språkversionerna av tillkännagivandet p. 15.

⁷ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer om vertikala begränsningar, p. 18.

agenten att avstå från provision till förmån för motparten.⁸ Vidare framgick av målet *DaimlerChrysler* att eftersom artikel 81.1 EG inte var tillämplig på genuina agentavtal, så kunde begränsningar åläggas agenterna att inte sälja fordon till utländska slutkonsumenter, även om det rörde sig om s.k. passiv försäljning.⁹ Vid samarbeten mellan oberoende aktörer har kommissionens lyft fram passiv försäljning som ett exempel på en form av särskilt allvarlig konkurrensbegränsningar, vilka svårligen kan undantas enligt art. 81.3 EG. De utgör s.k. svartlistade förfaranden (*hard core restrictions*) p.g.a. deras påtagliga negativa marknadseffekter.

Mot bakgrund av att riskfördelningen mellan agent och huvudman är en avgörande faktor för att bedöma huruvida avtalet kan betraktas som genuint eller inte, anser kommissionen att det i genuina agentavtal måste vara möjligt att ta in klausuler som gör det möjligt för huvudmannen att i förhållande till andra parter än agenten och i övrigt begränsa sin risk och bestämma sin affärsstrategi.¹⁰ Klausuler som begränsar det geografiska område där agenten får sälja och vilka kunder som får betjänas betraktas därför inte som konkurrensbegränsande, trots att klausulerna i sig – objektivt sett – är konkurrensbegränsande. Priser och villkor avseende försäljning eller inköp måste även kunna bestämmas av huvudmannen.¹¹ Dessa begränsningar måste anses vara naturliga, eftersom en genuin agent betraktas som en integrerad del av huvudmannens verksamhet. Att inte kunna ta med dessa begränsningar i ett genuint agentavtal skulle göra det meningslöst för huvudman-

⁸ Kommissionens tillkännagivande riktlinjer om vertikala begränsningar, p. 48. Se även Van Bael, I., Bellis, J-F., *Competition Law of the European Community*, 4 uppl. 2004, s. 208.

⁹ Mål T-325/01, *DaimlerChrysler AG mot kommissionen*. [2005], ECR II s. [ännu ej publicerat], p. 121–122. Se även Korah/Sullivan, som framhåller att "[b]ans on even passive sales may be imposed on a "genuine" agent because the agent is treated as being part of the principal's undertaking and there is no agreement between undertaking independent of each other". Korah, V., O'Sullivan, D., *Distribution Agreements under the EC Competition Rules*, Oxford, 2002, s. 101. Med passiv försäljning avses försäljning är ett resultat av att kunden på egen hand har initierat beställningen och leverantören därmed endast är en passiv mottagare av en beställning. Motsatsen – aktiv försäljning – avser beställningar som är ett konkret resultat av leverantörens/distributörens aktiva försäljningsfrämjande åtgärder. Se mera härom i kommissionens riktlinjer för vertikala avtal.

¹⁰ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer om vertikala begränsningar, p. 18.

¹¹ Wijckmans m.fl. anför att ordalydelsen i tillkännagivandet har blivit något olycklig i denna del i så måtto att läsaren kan förledas att tro att med relationen mellan huvudman och agent även avses frågor om ersättningen till agenten (provision). Vad som egentligen avses är dock bestämmelser som hindrar huvudmannen att utse andra agenter för en viss transaktion, kundkategori eller område, d.v.s. exklusiva agentavtal, och villkor som hindrar agenten från att agera som en agent eller distributör för företag som konkurrerar med huvudmannen (icke-konkurrensklausuler). Se Wijckmans, F., Tuytschaever, F., Vanderelst, A., *Vertical Agreements in EC Competition Law*, 2006, s. 234.

nen att använda sig av någon form av agent och likställa alla agenter med oberoende distributörer.

5.1. Genuina agentavtal stridande mot artikel 81.1 EG / 6 § KL?

I såväl genuina som oäkta agentavtal förekommer vanligtvis begränsningar i form av konkurrensklausuler, d.v.s. avtalsvillkor som hindrar agenten från att agera som agent eller återförsäljare för företag som är konkurrenter till huvudmannen. Eftersom sådana avtalsvillkor utesluter möjligheten för agenten att sälja eller köpa in produkter eller tjänster från andra företag än de som det ursprungliga agentavtalet avser kommer villkoret att begränsa mellanmärkeskonkurrensen (*inter-brand competition*). Dyliga avtalsvillkor kan gälla medan agentavtalet är i kraft, men även efter att avtalet har löpt ut. Dessa avtalsvillkor anser kommissionen kunna omfattas av artikel 81.1 EG, varvid ett avgörande kriterium för detta är om de leder till en avskärmning av den relevanta marknaden. Konkurrensklausuler är vanliga även beträffande andra former av distributionsavtal (se tillkännagivandet, p. 19). Goyder är mycket tydlig angående de konkurrensrättsliga konsekvenserna av ett genuint agentavtal. Hon framhåller bl.a. att art. 81.1 EG överhuvudtaget inte är tillämplig på genuina agentavtal, ens om det föreligger avskärmningseffekter på marknader, s.k. *foreclosure effects*.¹² Jag är benägen att instämma i den kritik som Goyder anför mot kommissionens principiella inställning. Det framgår med stor tydlighet av EG-domstolens rättspraxis att om ett avtal klassificeras som ett genuint agentavtal, så är inte artikel 81.1 EG tillämplig på detta avtal. EG-domstolen har inte gjort några inskränkningar i detta principiellt viktiga ställningstagande. Det förfaller även strängt taget inkonsekvent och ologiskt att inledningsvis konstatera att ett avtal om samarbete helt och fullt faller utanför tillämpningsområdet för en lagbestämmelse för att sedan hävda att samma avtal likväl – men nu bara i begränsad del – omfattas av bestämmelsen. Den rättsliga konsekvensen av om ett avtal skall klassificeras som ett genuint agentavtal är binär till sin natur – antingen är artikel 81.1 EG/6 § KL tillämplig, eller så är förbudet mot konkurrensbegränsande avtal inte tillämpligt. Hade EG-domstolen avsett

¹² Se Goyder, J., *EU Distribution Law*, 4 uppl. 2005, s. 180. Jfr även Kommissionens beslut 80/1071/EEG, av den 18 september 1980, IV/25.077 – *IMA Rules*, EGT L 318, 26.11.1980, s. 1–22. I kommissionens meddelande i enlighet med artikel 27.4 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 avseende ärende COMP/B-1/38348 – *Repsol CPP SA*, EGT C 258, 20.10.2004 s. 7–11, anförde kommission att "[o]avsett ombudets situation med avseende på [kriterierna för genuina agentavtal] kan dock konkurrensklausuler [...] vara problematiska på grund av deras effekter på konkurrensen mellan varumärken. Detta är fallet då sådana klausuler leder till utestängning från den relevanta marknad där de varor eller tjänster som omfattas av avtalet säljs eller köps" (p. 17).

någon annan rättsföljd skulle det åtminstone och rimligtvis ha framkommit i *DaimlerChrysler* (se ovan). Kommissionen anför t.o.m. själv denna ståndpunkt i riktlinjerna i det att den säger att "agentavtalet anses vara ett äkta agentavtal och omfattas således inte av artikel 81.1 [...]" [min kurs.] (tillkännagivandet, p. 15). Otydligheten härom är ägnad att skapa stor osäkerhet om rättsläget och i denna del gör 2000 års tillkännagivande mer skada än nytta. Inkonsekvensen i kommissionens riktlinjer gör att de rimligen inte bör beaktas i denna del.

I *CEPSA*-avgörandet har rättsläget enligt min mening blivit något otydligt.

Målet rörde en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG av Tribunal Supremo i Spanien och hade ursprungligen sin upprinnelse i ett klagomål framställt till den spanska konkurrensmyndigheten Servicio de Defensa de la Competencia angående vissa agentavtal som hade träffats mellan bl.a. oljebolaget CEPSA och bensinstationer. Det hade gjorts gällande att avtalen var konkurrensbegränsande, men den nationella konkurrensmyndigheten gjorde bedömningen att den spanska motsvarigheten till artikel 81.1 EG inte var tillämplig på vissa avtal som slutits av kommissionärer, handelsagenter eller andra mellanhänder med andra företag. Beslutet bekräftades av de spanska överinstanserna, men Tribunal Supremo beslöt att vilandeförklara processen och ställa en tolkningsfråga till EG-domstolen, som på basis av vissa fakta i målet berörde frågan huruvida vissa artiklar i föregångaren till gruppundantaget om vertikala avtal även omfattade ensamåterförsäljaravtal som betecknades kommissionsavtal och handelsagentavtal. För att kunna besvara frågan måste sålunda domstolen utreda huruvida avtalen i fråga över huvud taget omfattades av dåvarande artikel 85 (numera artikel 81 EG).

EG-domstolen konstaterade i målet – föga okontroversiellt – att artikel 81.1 EG inte är tillämplig enbart på grund av att en mellanman bär en obetydlig del av risken. Därefter gjorde dock EG-domstolen en uttrycklig precisering och hävdade något kryptiskt att det endast var de skyldigheter som åligger mellanmannen vad gäller försäljningen av varor till tredje man för huvudmannens räkning som *inte* omfattas av den artikeln. Enligt EG-domstolens bedömning kunde ett agentavtal innehålla bestämmelser som rörde förhållandet mellan agenten och huvudmannen på vilka artikel 81.1 EG trots allt *var* tillämplig och nämnde i det sammanhanget särskilt exklusivitetsklausuler och konkurrensklausuler. I den mån sådana klausuler förekom i agentavtal ansåg EG-domstolen att agenten utgjorde en oberoende ekonomisk aktör och att klausulerna kunde innebära en överträdelse av konkurrensreglerna, men begränsat till de fall när de ledde till en avskärmning av den relevanta marknaden.¹³

¹³ Mål C-217/05, *CEPSA*, p. 61–62.

Ställningstagandet blir inte klarare av att EG-domstolen i direkt anslutning härtill framhöll att för det fall att riskbedömningen gav vid handen att agenten skulle betraktas såsom genuin så omfattades emellertid *inte* den skyldighet som ålagts agenten att sälja till ett fastställt pris av artikel 81.1 EG. Konkurrensbegränsningen ingick, enligt EG-domstolen, i huvudmannens behörighet att begränsa sina agents verksamhetsområde. I förhållande till vad som EG-domstolen sade om exklusivitetsbestämmelser och konkurrensklausuler är förefaller uttalandet vara inkonsekvent, eller åtminstone otydligt vad som egentligen avses härmed.

EG-domstolens uttalande i dessa delar medför att läsaren kan bibringas uppfattningen att artikel 81.1 EG inte tillämplig på vissa avtalsvillkor av avtalet mellan huvudman och agent, medan bestämmelsen faktiskt kan vara tillämplig på andra villkor, dock med begränsningen villkoren måste leda till en avskärmning av den relevanta marknaden. Detta leder till orimliga konsekvenser. Först skall sålunda konstateras huruvida agentavtalet är genuint eller oäkta – vilket innefattar en sammantagen bedömning av hela avtalsituationen. Därefter vidtar en ny prövning av samma avtal som, om avtalsvillkoren medför avskärmning, medför att agent förlorar status såsom varande genuin agent och blir i stället oberoende ekonomisk aktör. Än mer osäker blir analysen av att de avtalsvillkor som EG-domstolen lyfter fram såsom avgörande kriterier för bedömningen typiskt har olika effekter på konkurrensen. Å ena sidan kan sålunda exklusivitetsbestämmelser vara en förutsättning för att avtalet är genuint (vilket utvecklas nedan) och även förbättra konkurrensmöjligheterna genom att det möjliggör skydd av marknadsinvesteringar m.m. Exklusivitetsbestämmelser eller konkurrensklausuler behöver inte per se vara konkurrensskadliga, åtminstone torde de vara mindre allvarliga än absolut prisstyrning. Det märkliga i resonemanget blir då att mindre allvarliga konkurrensbegränsningar gör att agenten skall betraktas som oäkta, samtidigt som mer allvarliga konkurrensbegränsningar ses som en naturlig del av ett genuint agentavtal. Med detta i åtanke; hur skall EG-domstolens uttalande förstås?

En tolkning kan vara att ett genuint agentavtal normalt sett inte omfattas av artikel 81.1 EG, men att vissa avtalsklausuler i efterhand likafullt kan medföra att avtalet betraktas som oäkta. Eftersom frågeställningen rör agentens konkurrensrättsliga status som sådan måste dock avtalet ses som en helhet som sammantaget antingen leder till att agenten är genuin eller oäkta. Den tolkning måste sålunda uteslutas. En annan tolkning utifrån domens ordalydelse skulle kunna vara att genuiniteten endast avser vissa avtalsvillkor som undgår tillämpning av artikel 81.1 EG, medan andra inte gör det. Även mot detta resonemang talar faktum att det är agentens rättsliga status sett i

sin helhet som avses – inte underordnade avtalsvillkor. Såsom redan nämnt borde väl rimligen starka konkurrensbegränsande klausuler, såsom prisstyrning, betraktas mer allvarliga än de – som i likhet med exklusivitetsbestämmelser – i många fall underlättar mellanmärkeskonkurrens. EG-domstolens resonemang i denna del ger dock närmast intrycket av motsatsen. Detta kan dock rimligen inte ha varit EG-domstolens avsikt. EG-domstolen framhåller explicit i domen att i de fall när en agent ”...trots att den är en särskild juridisk person, inte självständigt bestämmer över sitt beteende på marknaden därför att vederbörande är helt beroende av sin huvudman [...] till följd av att uppdragsgivaren bär de ekonomiska och affärsmässiga riskerna för den ekonomiska verksamheten i fråga, är följaktligen förbudet i [artikel 81.1 EG] inte tillämpligt på *förhållandet* mellan [agenten] och huvudmannen”.¹⁴ Faktum kvarstår dock att uttalandet kan ge upphov till andra tolkningar och ett förtydligande i detta hänseende är klart påkallat. EG-domstolen hänvisar vidare till att den avgörande faktorn för att fastställa om en agent är en oberoende ekonomisk aktör, d.v.s. oäkta agent, är det *avtal* som slutits med huvudmannen. Härigenom synes en samlad bedömning av avtalssituationen vara påkallad.

Otydligheten i detta hänseende synes finna en förklaring i generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande, där hon gör en utredning av tillämpligheten av artikel 81.1 EG på handelsagenter och relaterar detta till begreppet avtal mellan företag. Hon hävdar att agenter kan anses vara verksamma på två skilda produktmarknader *samtidigt*; nämligen marknaden för förmedlingstjänster och marknaden för huvudmannens produkter.¹⁵

I rollen som mellanman eller förmedlare anser hon att agenten intar en ställning som oberoende aktör och därmed ett företag i den mening som avses i artikel 81.1 EG. Klausuler som i ett agentavtal, varigenom agenten erhåller ensamrätt för vissa kunder eller områden, eller varigenom huvudmannen omvänt kräver att handelsagenten inte agerar som återförsäljare för andra huvudmäns räkning måste därför omfattas av tillämpningsområdet av artikel 81.1 EG på denna marknad för förmedlingstjänster, men eventuellt undantagna enligt gruppundantag eller legalundantag.

Däremot, hävdar hon, kan en handelsagent oaktat faktum att denne i associationsrättslig mening är självständig *inte* utan vidare anses vara ett företag såvitt gäller de affärstransaktioner som denne förmedlar för huvudmannens räkning, eftersom avtalet i detta hänseende avser en helt annan produktmarknad.

¹⁴ Mål C-217/05, *CEPSA*, p. 44. Den engelska språkversionen talar om ”the relationship between that intermediary and the principal” och i den tyska benämns detta ”die Beziehungen zwischen diesem Absatzmittler und seinem Geschäftsherrn”.

¹⁵ Generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i mål C-217/05, *CEPSA*, p.41–46.

Det är måhända möjligt att tänka sig en marknad för förmedlingstjänster i likhet med generaladvokatens resonemang, men det måste ifrågasättas om detta praktiskt sett har någon som helst verklighetsförankring och i stället endast är ett teoretiskt tankeexperiment. Resonemanget förutsätter nämligen att t.ex. bensinåterförsäljare etablerar sig först på en marknad och bygger upp infrastruktur och efter att denna etablering är klar erbjuder sina bensinförmedlingstjänster till ettvarit oljebolag som genom dessa återförsäljare önskar sälja sina petroleumprodukter. I den mån kriterier för genuina agenter så uppfylls i relationen med det oljebolag som sedan väljs, kan alltså långtgående konkurrensbegränsningar avtalas om i relationen mellan huvudman och agent, medan valet av ett oljebolag – såsom skall visas nedan är en direkt förutsättning för mellanmannens status som genuin agent – samtidigt leder till en konkurrensbegränsning på en annan (mest troligt teoretisk och fiktiv) marknad. Sett i ljuset av generaladvokatens resonemang blir EG-domstolens uttalande i detta hänseende mera förståeligt, men det praktiska värdet därav är dock mycket lågt och bör bortses från. Det är dock anmärkningsvärt att EG-domstolen och generaladvokaten tillskapar teoretiska konkurrensproblem som vare sig har förankring i sakförhållandena i målet som var föremål för förhandsavgörande eller relevanta för mellanmäns förhållanden generellt. Härutöver anger generaladvokaten att resonemanget endast bygger på kommissionens tillkännagivande, vilket, såsom visats ovan, innehåller allvarliga svagheter. Avgörandet i *CEPSA* bör sammantaget användas med viss försiktighet och det synes vara olämpligt att dra långtgående slutsatser från EG-domstolens uttalande i denna del.

5.2. Agentavtal med flera huvudmän

Ett intressant förhållande är att kommissionen anser att det är irrelevant för den konkurrensrättsliga bedömningen av genuinitet huruvida agenten agerar för en eller flera huvudmän (tillkännagivandet, p. 20). Uttalandet bör ses i ljuset av det enskilda faktum att en handelsagent som företräder flera huvudmän inte kan ändra karaktären av de enskilda avtalen i var och en av agent-principalrelationerna som varande genuint när de enskilda avtalen analyseras var för sig. Emellertid bör framhållas att användandet av gemensamma agenter inte gör avtalet i vertikalt hänseende olagligt, d.v.s. samtliga avtal som agenten har med sina huvudmän inte kan ses som olagliga i sig, men att det skapar en länk mellan huvudmännen som är ägnad att begränsa konkurrensen.¹⁶

¹⁶ Se punkt 20 i tillkännagivandet.

Såsom skall visas i detta arbete leder emellertid integrationskriteriet¹⁷ till att ett genuint agentavtal förutsätter att agenten inte företräder mer än en huvudman. Exklusivitetskravet, som i sin tur följer av integrationskravet, ger vid handen att om agenten företräder flera än en huvudman kommer de skilda avtalen automatiskt att klassas som oäkta, varför artikel 81.1 EG / 6 § KL kan vara tillämplig på dessa avtal. I dessa fall är kommissionens resonemang direkt relevanta att beakta. För genuina agentavtal är de däremot överflödiga, eftersom det per definition inte skall finnas flera huvudmän att skapa en länk mellan. Såsom skall utvecklas i det följande finns det i annat fall även en möjlighet att sätta genuina agentavtal i system som är ägnat att skapa ett kringgående av konkurrensreglerna.

¹⁷ Såsom integrationskriteriet har fastställts av EG-domstolen och till vilket jag ansluter mig – se mer härom i avsnitt 10.5.

6. Särskilt om oäkta agentavtal

Oäkta agentavtal betraktas inte med nödvändighet som konkurrensbegränsande i sig, men likställs i konkurrensrättslig mening med alla andra former av vertikala avtal mellan oberoende företag, d.v.s. avtal eller samordnade förfaranden som ingås mellan två eller flera företag som vart och ett, inom ramen för avtalet, är verksamt i olika led i produktions- eller distributionskedjan, och som avser villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster.¹⁸ Huruvida oäkta agentavtal är konkurrensbegränsande måste avgöras *in casu* och skulle så vara fallet kan de likväl vara undantagna från förbudet i artikel 81.1 EG / 6 § KL genom kommissionens gruppundantagsförordning 2790/1999 eller dess svenska motsvarighet.¹⁹ Härutöver återstår alltid möjligheten till legalundantag enligt artikel 81.3 EG eller 8 § KL. Generellt gäller dock att utrymmet för konkurrensbegränsande villkor mellan huvudman och agent är mindre vid oäkta agentavtal än vid genuina agentavtal. En beaktansvärd processuell aspekt är att bevisbördan för att ett oäkta agentavtal, som är konkurrensbegränsande och inte omfattas av gruppundantag, likväl kvalificerar sig för legalundantag åvilar företagen.²⁰

¹⁸ Kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, EGT L 336, 29.12.1999, s. 21–25, artikel 2.

¹⁹ Se Förordning (2000:1193) om gruppundantag enligt 8 a § konkurrenslagen (1993:20) för vertikala avtal. Härutöver kan Kommissionens förordning (EG) nr 1400/2002 av den 31 juli 2002 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden inom motorfordonssektorn (svensk motsvarighet förordning (2002:871) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för vertikala avtal inom motorfordonssektorn) vara tillämpliga om avtalet avser motorfordon.

²⁰ Se Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget. EGT L 1, 4.1.2003, s. 1–25, artikel 2 *in fine*.

7. Kommissionens tillkännagivande – rättslig status

Det skall från början framhållas att såväl 1962 som 2000 års tillkännagivande inte är rättsligt bindande för någon part. Kommissionen framhåller i det senaste tillkännagivandet att den kommer tillämpa riktlinjerna på ett ”väl avvägt och flexibelt sätt” (p. 3) samt att riktlinjerna inte påverkar EG-domstolens och förstainstansrättens tolkningar i samband med tillämpningen av artikel 81 EG för vertikala avtal (p. 4). Korah och O’Sullivan framhåller att det är farligt att förlita sig alltför mycket på riktlinjerna.²¹

Det kan inte råda något tvivel om att riktlinjernas legala status, i så måtto att de inte är bindande för någon part. Däremot kommer de att verka vägledande för nationella myndigheter, vilket – potentiellt sett – kan ge upphov till en disparat myndighetspraxis i förhållande till rättspraxis från EG-domstolen. Från praktisk synpunkt har därför kommissionens riktlinjer en stor betydelse.²²

²¹ Korah, V., O’Sullivan, D., a.a., s. 100.

²² För en utförlig diskussion om detta problem – Se Korah, V., O’Sullivan, D., a.a., s. 124 ff. Angående problemet med nationella myndigheters möjlighet till avvikelser från kommissionens tolkning av direktiv, se de förenade målen C-319/93, C-40/94 och C-224/94, *Hendrik Evert Dijkstra mot Friesland (Frico Domo) Coöperatie BA och Cornelis van Roessel m. fl. mot De coöperatieve vereniging Zuivelcoöperatie Campina Melkunie VA och Willem de Bie m. fl. mot De coöperatieve Zuivelcoöperatie Campina Melkunie BA.*, [1995] ECR I s. 4471. Kommissionens informella dokumentets legala status har även behandlats i mål T-7/93, *Langnese Iglo GmbH mot kommissionen*, [1995], ECR II, s. 1533, mål 149/73, *Otto Witt KG mot Hauptzollamt Hamburg-Ericus*, [1973], ECR s. 1587 och mål 74/69, *Hauptzollamt Bremen-Freihafen mot Waren-Import-Gesellschaft Krohn & Co.*, [1970], ECR s. 451. Enligt artikel 16 i tillämpningsförfordning 1/2003 (EGT L 1, 4.1.2003, s. 1–25) får nationella domstolar eller medlemsstaternas konkurrensmyndigheter – när de fäller avgöranden om sådana avtal, beslut eller förfaranden enligt artiklarna 81, 82 EG som redan är föremål för ett beslut av kommissionen – inte fatta beslut som strider mot det beslut som kommissionen har fattat. Domstolarna måste vidare även undvika att fatta beslut som skulle strida mot ett beslut som övervägs av kommissionen i förfaranden som den har inlett.

8. Konkurrensreglernas förhållande till civilrättsliga regler om agenter/mellanmän

Ett annat uttryck för att någon har erhållit ett uppdrag att rättshandla för en huvudman är att denne är en *sysloman*. Uppdraget som sådant är alltså en del av rättsförhållandet mellan huvudman och mellanman och gäller generellt för alla mellanmän. Regler om fullmakt, behörighet och befogenhet återfinns generellt i 10–27 §§ AvtL och kompletteras – låt vara begränsat – av de äldre bestämmelserna om sysloman och fullmakt i 18 kap. HB.

Inom den internationella handelsrätten finns det litet stöd för den konkurrensrättsliga analysen av agentavtal. Förvisso finns här allmänna privaträttsliga regler om agentförhållanden, vilka trots att dessa regler inte alltid har transformerats till nationell lagstiftning har, eller förväntas komma att få, en stor inverkan på den internationella handeln. Häribland kan nämnas resultatet av arbetet från *The Study Group on a European Civil Code*, som är ett paneuropeiskt projekt inom obligationsrättens område, med syftet att fortsätta arbetet som börjades av Lando-kommissionen²³ om den allmänna kontraktsrätten. En målsättning med det arbetet är att ta fram gemensamma europeiska principer för de mest viktiga områdena inom obligationsrätten. I en nyligen utkommen skrift om distributionsavtal²⁴, behandlas i ett av kapitlen bl.a. *commercial agency*, men en allmän begränsning är att "[...] the provisions included in this Chapter only apply to commercial agency contract to the extent that they are valid in the light of competition law".²⁵ Regler om handlande genom agenter finns även i artikel 2.2.1 – 2.2.10 i Unidroit principles.²⁶ Gemensamt för alla dessa bestämmelser är dock att de inte adresserar de konkurrensrättsliga aspekter av skilda mellanmansavtal.

Det anges särskilt i kommissionens tillkännagivande från 2000 att det skall läsas med beaktande av rådsdirektivet om självständiga handelsagenter²⁷, dock utan att det anges mer specifikt i vilket hänseende som detta skall gö-

²³ Se Lando, O., Beale H., Clive E., Prüm A., Zimmermann R., *Principles of European Contract Law - Parts I-III*, 2003 som inte behandlar agenturavtal specifikt, men däremot allmän obligationsrätt, vilket påverkar även agenturavtal.

²⁴ Hesselink, M.W., Rugers, J. W., Díaz, O.B., Scotton, M., Veldman, M., *Principles of European Law on Commercial Agents, Franchise and Distribution Contracts* (PEL CAFDC), Oxford: 2006.

²⁵ Hesselink, M.W., Rugers, J. W., Díaz, O.B., Scotton, M., Veldman, M., *Principles of European Law on Commercial Agents, Franchise and Distribution Contracts* (PEL CAFDC), Oxford: 2006, s. 159.

²⁶ Se UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts*, 2 uppl. 2004.

²⁷ Rådets direktiv 86/653/EEG av den 18 december 1986 om samordning av medlemsstaternas lagar rörande självständiga handelsagenter, EGT L 382, 31.12.1986, s. 17–21.

ras och hur det påverkar den konkurrensrättsliga analysen. Så mycket kan dock sägas att konkurrensreglerna härvidlag inte syftar till att inskränka eller materiellt ändra de bestämmelser som gäller handelsagenturer. Tvärtom synes härmed förstås att civilrättsliga konstruktioner av skilda former av mellanmän kan påverka den konkurrensrättsliga analysen av ett avtalsförhållande. Rådskommittén om självständiga handelsagenter adresserar obligationsrättsliga aspekter av ett handelsagenturförhållande, men behandlar inte de konkurrensrättsliga frågor som kan uppkomma i anledning av handelsagenturavtalet.

För att kunna göra en korrekt bedömning av risker, huruvida en agent i allmänhet är osjälvständig m.m. krävs dock grundläggande kunskaper om den civilrättsliga regleringen av skilda former av mellanmän. Härmed är det av vikt att beakta såväl privaträttsliga som offentlighetsrättsliga regler som inverkan på utformningen av agentavtal. Den civilrättsliga lagstiftningen kan även ge god vägledning i gränsdragningsfrågor som i mångt och mycket liknar den som företas vid en konkurrensrättslig bedömning. Detta kommer att beröras i det följande.

Från ett konkurrensrättsligt perspektiv är det irrelevant hur förhållandet i formell mening karaktäriseras mellan huvudman och agent. Det avgörande för huruvida konkurrensreglerna i artikel 81 EG/6–8 §§ KL blir aktuella att tillämpa är i stället hur samarbetet parterna emellan karaktäriseras från *företagsekonomisk synpunkt*, ett förhållande som blev uttryckligen bekräftat i ärendet *Pittsburgh*.²⁸ Av samma beslut framgår att nationella regler och skilda former av kategoriseringar av mellanmän saknar betydelse för den konkurrensrättsliga bedömningen. Av denna anledning bör det förtydligas att åtskillnaden mellan genuina och oäkta agentavtal i detta arbete endast görs i konkurrensrättsligt hänseende och inte obligationsrättsligt. Antag, som exempel, att avtal ingås mellan en handelsagent och ett flertal huvudmän. Dessa avtal kan vart och ett mycket väl betraktas som obligationsrättsligt äkta,

²⁸ Kommissionen anförde (svensk och engelsk språkversion ej tillgänglig): „Wenn die Kommission bestrebt war, den Unternehmen in dieser Bekanntmachung einige Anhaltspunkte ihrer Situation im Hinblick auf Artikel 85 zu geben, so hat sie damit keineswegs die Absicht zum Ausdruck gebracht, sich an den äußeren Anschein zu halten und darauf zu verzichten, den wirklichen Charakter der Rechtshandlungen, der Beziehungen zwischen Unternehmen und der wirtschaftlichen Verhältnisse klarzulegen. Sie hat vielmehr darauf hingewiesen, daß sie "die Beurteilung, nicht auf die Bezeichnung" abstellt und daß vorausgesetzt wird, "daß der als Handelsvertreter bezeichnete Vertragspartner auch funktionsgemäß Handelsvertreter ist". Kommissionens beslut 72/403/EEG av den 23 november 1972, IV/26.892 – *Pittsburgh Corning Europe – Formica Belgium – Hertel*, IV/26.876 och 26.892, EGT L 272 5/12/1972, s. 35–39.

men från konkurrensrättslig synpunkt kommer i denna situation alla handelsagentavtalen att betraktas som oäkta, eftersom handelsagenten inte kan anses utgöra en ekonomisk enhet med någon av huvudmännen (se mer här- om nedan under 10.5).

Detta skall dock inte tas till intäkt för att den civilrättsliga regleringen helt kan bortses från. Risker och självständighet knutna till agentavtalet i vid mening härrör oftast från avtalet mellan huvudman och mellanman.

Sedan 2000 har det tidigare tillkännagivandet från 1962 om exklusiva agentavtal²⁹ ersatts av punkterna 12–20 i kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för vertikala begränsningar.³⁰ Anledningen till de nya riktlinjerna är främst den rättspraxis som utvecklats under de knappa 40 år som föregick tillkännagivandet från 2000. Enligt nu gällande tillkännagivande avses med ett agentavtal i konkurrensrättslig mening situationen, där en juridisk eller fysisk person (agenten) befullmäktigas att förhandla och/eller ingå avtal å en annan persons vägnar (huvudmannen eller principalen) i agentens eller huvudmannens namn. Avtal som berörs enligt tillkännagivandet är de som avser inköp av varor eller tjänster för huvudmannen eller försäljning av varor eller tjänster som tillhandahålls av huvudmannen.

Kommissionens definition av agentavtal skiljer sig härigenom från de gängse civilrättsliga benämningarna av skilda mellanmansrättsliga förhållanden såväl i inhemsk svensk lagstiftning som i gällande EG-rättsliga direktiv.

Kretsen av personer (fysiska som juridiska) som enligt tillkännagivandet kan betraktas som "agenter" är sålunda vidsträckt och omfattar en rad olika avtalsformer. Faktum att det skall röra sig om ett rättshandlande för annan räkning ger dock vid handen att det måste röra sig om någon form av mellanman, vilket sålunda utesluter egenhandlare, d.v.s. någon som handlar i eget namn för egen räkning.³¹

8.1. Handelsagenter

Till att börja med omfattar Kommissionens definition av agenter vanligen *handelsagenter*. Dessa definieras enligt 1 § lagen (1991:351) om handels-

²⁹ Commission notice on exclusive dealing contracts with commercial agents, EGT 139, 24/12/1962 s. 2921–2922 (svensk språkversion ej tillgänglig).

³⁰ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer om vertikala begränsningar.

³¹ Se Tiberg/Dotevall, a.a., s. 14. För en utförlig diskussion om skillnaden mellan mellanmän och egenhandlare, se Iversen, B., *Handelsagenten og eneforhandleren*, 4 uppl. 2003.

agentur (HaL) som den, vilken i en näringsverksamhet har avtalat med en annan, huvudmannen, att för dennes räkning självständigt och varaktigt verka för försäljning eller köp av varor genom att ta upp anbud till huvudmannen eller sluta avtal i dennes namn.³² Definitionen i HaL stämmer väl överens med det gällande rådsdirektivet 86/653/EEG om självständiga handelsagenter. I direktivet avses med en självständig agent någon som med varaktig behörighet förhandlar om försäljning eller köp av varor för en annan persons räkning, huvudmannen, eller förhandlar om och slutför sådana affärsuppgörelser i huvudmannens namn och för dennes räkning.³³ Notabelt är dock att såväl HaL som handelsagentdirektivet endast avser handel med varor.

8.2. Mellanmän som handlar i eget namn

Mot bakgrund av att tillkännagivandet även tar upp agenter som handlar i eget namn, men för någon annans räkning kan konstateras att detta även omfattar *kommissionärer*. Med kommissionär förstås enligt 4 § i lagen (1914:45) om kommission (KommL) den, som åtagit sig uppdrag att för annans räkning men i eget namn försälja eller inköpa varor, värdepapper eller annan lös egendom. Till skillnad från handelsagentur kommer sålunda huvudmannen, kommittenten, inte att avtala med tredje man. Det har sedan länge varit klart i rättspraxis att det inte är tillräckligt att parterna avtalar om att samarbetet skall utgöra ett kommissionsförhållande. I stället görs, liksom i den konkurrensrättsliga analysen, en sammanvägning av samtliga omständigheter. Enligt Tiberg/Dotevall syftar denna sammanvägning till att avgöra om kommittenten har ett faktiskt intresse av avtalet med tredje man eller inte.³⁴ I likhet med kommissionens tillkännagivande om vertikala avtal gäller härvidlag att skillnaden mellan en egenhandlare och den som ingår avtal för annans räkning är att kommissionären inte bär den ekonomiska risken för transaktionen i fråga.³⁵

Enligt gällande rätt finns det vissa civilrättsliga kriterier som är avgörande för om det skall anses föreligga ett kommissionsförhållande eller inte. Vissa av dessa är direkt relevanta för den konkurrensrättsliga bedömningen, me-

³² Jfr även den engelska motsvarigheten *commercial agent*, vilken alltså är en delmängd och precisering av rättsförhållandet *agency*.

³³ Rådets direktiv 86/653/EEG av den 18 december 1986 om samordning av medlemsstaternas lagar rörande självständiga handelsagenter, EGT L 382, 31.12.1986, s. 17–21, artikel 1.

³⁴ Tiberg/Dotevall, a.a. s. 91.

³⁵ Se Brækhus, *Sj. Meglerens retslige stilling*, Oslo: 1946., s. 3 ff., Sandvik, T., *Handelsagentur og andre mellommannsforhold i varehandeln*, Oslo: 1971, s. 14, Tiberg/Dotevall, a.a. s. 91.

dan andra förhåller mest neutrala härtill i den meningen att även om det inte formellt sett föreligger ett kommissionsförhållande kan det likafullt vara fråga om ett genuint agentavtal. Nedan kommer att behandlas dessa kriterier

I civilrättsligt hänseende skiljer sig riskbedömningen mycket litet från den konkurrensrättsliga. Vad som i konkurrensrätten skall fastställas är huruvida mellanmannen, på objektiva grunder, kan anses stå för ingen eller obetydlig ekonomisk eller kommersiell risk vid fullgörande av avtalet. Frågan anknyter därmed till huruvida agenten i det obligationsrättsliga förhållandet med huvudmannen och tredje man bär någon risk av nu aktuellt slag. För att ett kommissionsförhållande skall anses vara för handen, civilrättsligt sätt, är det väsentligt att utreda huruvida kommissionären har *returrätt* och om huvudmannen har ett klart *resultatintresse* av agentens rättshandlande.

8.3. Kommissionärens returrätt

Det följer av 1914 års förarbeten att kommissionärens returrätt inte kan anses vara ett *tillräckligt* kriterium för kommission. Anledningen härtill är att returrätten kan vara mer eller mindre villkorad av t.ex. skyldighet att inledningsvis erlägga betalning³⁶ eller kraftiga sanktionsavgifter som i praktiken omöjliggör en returrätt.³⁷ Vidare kan det förhålla sig så att returrätten endast förekommer i formell mening och att den i realiteten inte används³⁸, eller att

³⁶ Se NJA 1940 s. 164. Ett aktiebolag hade i kommission levererat en bil, vilken skulle redovisas med ett kontant belopp vid leveranser och med en räntefri enmånads accept såsom säkerhet för återstoden av köpeskillingen, vilken skulle lösas å förfallodagen. Om bilen såldes dessförinnan skulle emellertid återstoden lösas omedelbart. Även om det i kontraktet stod att bilen var såld i kommission, så ansåg HD att bilen hade överlåtits i fast köp, med rätt för köparen att försälja bilen, även innan full köpeskillning erlagts.

³⁷ Med returrätt skall inte förstås den statiska rätten att återlämna varan, utan det åsyftar främst den ekonomiska prestation som kommissionären ådrar sig gentemot kommittenten vid händelse av utebliven försäljning. Om kommissionären saknar rätt att returnera godset eller att det är omöjligt praktiskt sett p.g.a. att varan förfars, men att kommittenten avsägar sig ekonomiska anspråk på godset är detta att betrakta som en genuin returrätt, se SOU 1988:63, *Kommission och dylikt. Sakrättsliga frågor vid kommission, återtagandeförbehåll, konsignation, legotillverkning och kommissionärsbolag*, s. 53 f.

³⁸ jfr fallet NJA 1937 s. 591 behandlades bl.a. en fråga om mellanhandet i ett kontrakt mellan en leverantör och en köpman skulle betraktas som kommission. Partnerna hade i skriftligt avtal inledningsvis överenskommit att varorna som lämnades till köpmannen skulle av denne försälas i kommission för bolagets räkning i enlighet med prislister som tillställdes köpmannen av kommittenten. Äganderättsförbehåll för osålda varor intogs i avtalet tillsammans med en bestämmelse om förfogandeinskränkning för köpmannen såtillvida som köpmannen enbart fick försälja varorna. I samband med köpmannens konkurs gjordes gällande att köpmannen inte hade uppträtt som verklig kommissionär. Affärsförhållandet

parterna av någon anledning aldrig avsett att använda den.³⁹ Vad som dock kan tala för ett kommissionsförhållande – och tillika för att agenten inte bär någon kommersiell risk för varulagret – är om huvudmannen, objektivt sett, har att räkna med en *reell returrisk*.⁴⁰

Ej heller kan returrätten ses som ett nödvändigt kriterium för kommission. I 1988 års betänkande berörs situationen där kommissionären saknar rätt att returnera godset, men att kommittenten inte sätter något undre *limitum* för det pris som kommissionären är skyldig att redovisa till kommittenten. Agenten kan ha en formell skyldighet att sälja varan och därvidlag inte returnera den, men att huvudmannen t.ex. är beredd att acceptera ett mycket lågt pris. Om omständigheterna i så fall ger vid handen att kommissionären praktiskt sett inte löper någon risk för uppdraget kan detta anses påvisa kommission. Vad som sammantaget är väsentligt är därför vem av parterna som står risken för utebliven försäljning.⁴¹

8.4. Kommittentens resultatintresse

En viktigare faktor än returrätten för att det skall anses föreligga ett kommissionsförhållande är huruvida kommittenten kan anses ha ett resultatintresse i kommissionärens verksamhet.⁴² Det är alltså viktigt att göra en be-

parterna emellan hade nämligen utvecklats så att bestämmelserna i kommissionsavtalet inte hade iakttagits och att köpmannen i verkligheten inte mottagit varorna i kommission, utan i fast räkning och att köpmannen därutöver varit oförhindrad att fritt sälja varorna vidare efter deras mottagande. I anledning härav ansåg HD att något kommissionsförhållande ej längre förelåg.

³⁹ Frågan huruvida ett avtal mellan en leverantör och en köpman skulle betraktas som ett kommissionsförhållande behandlades även i NJA 1940 s. 312, där en köpman hade mottagit grädd- och chokladkola för försäljning i kommission och även förbundit sig att hålla för detta ändamål influtna medel åtskilda från sina egna tillgångar. Enligt avtalet var emellertid köpmannen skyldig att till leverantören erlægga det för partiet bestämda beloppet redan påföljande dag, oavsett om köpmannen förmådde att sälja det mottagna partiet. HD ansåg att trots att det inte var tvistigt att kommissionsavtal hade ingåtts, så måste avtalet betraktas som ett köp i fast räkning.

⁴⁰ SOU 1988:63, s. 52. Jfr även NJA 1945 s. 406, där en köpman gentemot ett bolag hade åtagit sig att senast ett visst datum erlægga betalning för samtliga av honom övertagna varor. Utredningen i målet visade bl.a. att åtagandet hade föranletts av bolagets önskan att skydda sig mot möjligheten att köpmannen i en framtid skulle komma att återställa kvarvarande rest av varorna från lagret, vilket i så fall troligen skulle bestå av inkuranta varor. Oaktat faktum att bolaget hade förbehållit sig äganderätten till varorna ansågs i målet dessa omständigheter utvisa att varorna inte övertagits i kommission, utan i fast räkning.

⁴¹ SOU 1988:63, s. 53 f.

⁴² Se NJA 2000 s. 685, där HD fann att ett samarbete mellan ett bolag och en kommun föredde påtagliga likheter med ett omfattande sysslomannaskap, där bolaget gentemot kom-

dömning av hur den ersättning som kommissionären skall erlægga till huvudmannen bestäms. I det fall att kommissionären får erlægga ett fast belopp till huvudmannen, oavsett vilka villkor som kommissionären lyckats förhandla fram med tredje man, så saknar huvudmannen resultatintresse. Härmed skulle det snarare tala för vanlig försäljning än för kommission. I det omvända fallet, där resultatintresset är mycket stort har det ansetts att detta – i vissa fall – skulle kunna vara ett tillräckligt villkor för kommission. Kommittén anförde:

”Om resultatintresset är mycket starkt är det vår uppfattning att detta bör kunna räcka för att avtalet skall klassificeras som kommission [...], men normalt torde det inte vara tillfyllest. En returrätt kombinerad med icke helt försumbar returrisk krävs nog vanligtvis. Men bedömningen försvåras av att resultatintresset kan vara mycket skiftande mellan olika avtal. Det kan ju av parterna fritt varieras längs en glidande skala”⁴³

Det är svårt, som framgår av kommitténs uttalande, att fastställa kommission enbart på grundval av resultatintresse. En fullständig avsaknad av resultatintresse i kombination med en uppenbar returrisk visar att det inte är möjligt att ställa ett absolut krav på påvisande av resultatintresse.⁴⁴

8.5. Sammantagen bedömning

Trots att det inte är möjligt att klassificera vare sig returrisk eller resultatintresse som nödvändiga eller tillräckliga kriterier för kommission var för sig, är dock dessa sammantagna de viktigaste faktorerna att beakta. Tyngdpunkten tycks dock läggas vid resultatintresset och att denna faktor endast i undantagsfall kan bortses från för att avtalet skall betraktas som ett kommissionsförhållande.

Resultatintresse skulle implicit kunna förutsättas. Antag t.ex. att kommissionären har rätt till fast ersättning vid inköpskommission. I så fall skulle huvudmannen, som måste förmodas ha någon form av nytta av varorna som skall köpas in, ha ett intresse av att dessa köps in till bästa möjliga pris. Vid försäljningskommission blir detta förhållande emellertid mindre tydligt, ef-

munen hade haft en osjälvständig ställning och uppdraget hade gått ut på att tillvarata kommunens intressen.

⁴³ Kommissionslagskommitténs betänkande SOU 1988:63, s. 54.

⁴⁴ SOU 1988:63 s. 54.

tersom en fast ersättning till huvudmannen inte skapar något intresse för vilket pris som kommissionären tar ut av tredje man.⁴⁵

Förutom dessa centrala kriterier diskuterar kommittén även andra faktorer som kan vara aktuella att beakta. Vem av parterna som står för finansieringskostnader för varorna och lagerkostnader kan vara av betydelse, beroende av varornas värde och karaktär. Placeringen av skyldigheten att teckna försäkring och vem som står faran för godset kan även vara relevant att beakta. Huvudmannens intresse av försäljningen får inte, enligt betänkandet, vara *alltför uttunnat*. Antingen skall en returrätt i kombination med beaktansvärd returrisk föreligga, eller ett "kvalificerat intresse" av vilket försäljningspris som uppnås kunna krävas, där kravet respektive faktor kan mildras när kombinationer föreligger.

8.6. Konkurrensrättslig relevans av kommissionsavtal

Som har framgått ovan är kommissionsinstitutet beroende dels av den risk som kommissionären ikläder sig, men även det resultatintresse som måste finnas hos huvudmannen, i annat fall föreligger inte kommission i formell mening. Från konkurrensrättslig synpunkt har riskkriteriet avgörande betydelse för tillämpbarheten av artikel 81.1 EG/6 § KL. Samtidigt kan det senare kriteriet anses anknyta till den konkurrensrättsliga frågeställningen om agenten kan anses vara integrerad med huvudmannen. En skillnad mellan civil- och konkurrensrätt som är värd att beakta är att om det skulle visa sig inte finnas tillräckligt stöd för ett kommissionsförhållande kan detta få sakrättsliga konsekvenser i så måtto att huvudmannen förlorar mot kommissionärens övriga borgenärer i kommissionärens konkurs, men detta hindrar inte att avtalet likafullt skulle kunna betraktas som ett genuint agentavtal enligt konkurrensrätten, eftersom detta är beroende av riskfördelningen och huruvida agenten är integrerad eller ej med huvudmannen. Kriterierna är mycket likartade, men det bör framhållas att de inte är identiska.

De svenska rättsfall som avser kommissionsförhållanden berör dock oftast sakrättsliga frågeställningar. Kännetecknande för dessa fall är det är ostridigt parterna emellan att ett kommissionsförhållande föreligger, men att kommission ej ansett föreligga i sakrättsligt hänseende, varigenom kommittenten inte erhållit separationsrätt i kommissionärens konkurs. Här är alltså frågan inte bara huruvida avtalet kan betecknas som kommissionsförhållande *inter se*, utan även gentemot tredje man och att detta även håller så långt

⁴⁵ Se SOU 1988:63, s. 54 f., 103, Tiberg/Dotevall a.a. s. 92, NJA 1914 II s. 273.

att det ger t.ex. separationsrätt i konkurrens med kommissionärens övriga borgenärer. Ett exempel kan belysa skillnaden.

Huvudmannen avtalar med agenten att den senare i eget namn skall försälja konfektionsvaror för huvudmannens räkning. Agenten har enligt avtalet full returrätt för kommissionslagret. Härigenom kan sägas att agenten gentemot huvudmannen och tredje man inte tar någon kommersiell risk för de varor som han skall sälja (han behöver ju inte betala något för osålda varor och har full returrätt för restlagret). Om agenten går i konkurs kan emellertid otydligheter i kommissionsavtalet få sakrättsliga konsekvenser. En sammantagen bedömning av hela affärsrelationen kommer i så fall att bli aktuell.

Till utveckling av exemplet kan nämnas vad som anförs i förarbetena till KommL:

”Såsom i den inledande motiveringen till detta kapitel framhållit, förekommer det understundom, att en person, som i själva verket sålt en vara i fast räkning eller med köparen lämnad rätt att returnera vad han icke kan finna avsättning för, i samförstånd med köparen söker giva mellanhavandet sken av kommission för att dymedelst bereda sig företräde framför köparens övriga borgenärer. Kommittén har ingalunda förbisett, att den föreslagna bestämmelsen kan i sådant syfte missbrukas, men att av hänsyn härtill avstå från att lagfästa den redan nu gällande rättsgrundsatsen, att kommittenten är ägare till kommissionsgodset, torde icke kunna försvaras. Domstolarna skola säkerligen hädanefter såsom hittills veta att skilja mellan verklig kommission och egenhandel under namn av kommission.

I sådant avseende må erinras, att rättsförhållandet mellan en fabrikant eller en grossist å ena sidan och en detaljist å den andra kan vara att bedöma enligt de för kommission gällande rättsregler, även om det varit hänsyn till den senares osäkra ekonomiska ställning, som föranlett den förre att lämna varan i kommission i stället för att sälja den i fast räkning, men att å andra sidan för kommission förutsättes, att återförsäljaren verkligen skall handla för kommittentens räkning och icke för sin egen. Kommission kan visserligen [...] föreligga, även om kommissionären skulle hava betingat sig rätt att endast behöva redovisa ett visst minimipris och att få för egen räkning behålla ett eventuellt överskott, men i allmänhet är detta icke händelsen. Om sålunda ett avtal mellan en grossist eller fabrikant och en detaljist har den innebörden, att den senare skall vara betalningsskyldig endast för varans i fakturan utsatta engrospris och icke behöva redovisa något därutöver, torde detaljisten,

även om han i avtalet betecknats såsom kommissionär, i själva verket vara att anse såsom köpare.”⁴⁶

I likhet med den konkurrensrättsliga analysen görs sålunda i den sakrättsliga analysen en sammantagen bedömning av hela den obligationsrättsliga avtalssituationen mellan huvudmannen och agenten. I så måtto liknar den civilrättsliga bedömningen mycket den konkurrensrättsliga.

⁴⁶ Förarbetena till lagstiftning om kommission, handelsagentur och handelsresande, NJA II 1914 s. 272 f.

9. Agentavtal utanför tillämpningsområdet av artikel 81.1 EG/ 6 § KL

9.1. Anställda agenter

Utanför tillämpningsområdet för förbudet mot konkurrensbegränsande avtal faller anställningsavtal. Detta framgår explicit av 2 § KL, enligt vilket lagrum konkurrensreglerna inte tillämpas på överenskommelser mellan arbetsgivare och arbetstagare om lön eller andra anställningsvillkor. Vad gäller anställningsavtals relation till artikel 81.1 EG fann EG-domstolen i *Jean Claude Becu* att det förelåg ett anställningsförhållande i den mening som avses art. 39 EG.⁴⁷ Detta förhållande framhöll EGD var tillräckligt för att konstatera att konkurrensreglerna inte tillämpliga:

”Eftersom [de anställda], så länge anställningsförhållandet varar, ingår i nämnda företag, med vilka de således bildar en ekonomisk enhet, utgör de själva inga företag i den mening som avses i gemenskapens konkurrensrätt.”⁴⁸

Även om konkurrensreglerna omfattar såväl fysiska som juridiska personer medför anställningsavtal – vilket typiskt sett alltid innefattar minst en fysisk person – att avtalsförhållandet binder samman parterna till en ekonomisk enhet och att den anställde förlorar status som företag i konkurrensrättslig mening. En anställd fysisk person som ersätts genom fast ackord (ersättning enbart genom ren provision) kan i ekonomiskt hänseende likställas med en icke anställd agent, även om det finns skillnader gällande anställningsskydd m.m., Detta skulle kunna motivera en likabehandling av anställda och icke anställda agenter, men anställningsförhållanden kan svårligen liknas med fristående agents avtalssituationer med tanke på förtursrätt till återanställning, huvudmannens arbetsgivaransvar i olika hänseenden. Även om en anställd agent i just ersättningshänseende kan ta samma risk som en fristående agent, är dock anställningsförhållanden annorlunda än de som gäller för personer (fysiska som juridiska) som är knutna till huvudmannen utan

⁴⁷ Angående arbetstagarbegreppet, anförde EGD i ett mål gällande tolkning av dåvarande artikel 48 att begreppet *arbetstagare* förutsätter “[...] att en person under en viss tid utför tjänster åt och under ledning av en annan person mot ersättning. Denna beskrivning påverkas inte av det faktum att arbetstagaren, som har ett anställningsförhållande till företaget, samtidigt har ett bolagsrättsligt förhållande till andra arbetstagare i företaget.”, mål C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA mot Siderurgica Gabrielli SpA*. [1991], ECR I s.5889, p. 13. Se även mål 66/85, *Deborah Lawrie-Blum mot Land Baden-Württemberg*, [1986], ECR s. 2121, p 17.

⁴⁸ Mål C-22/98, *Brottmål mot Jean Claude Becu, Annie Verweire, Smeg NV och Adia Interim NV*. [1999], ECR I s. 5665, p. 26.

anställningstrygghet. Detta motiverar att anställda inte betraktas som företag.

Huruvida ett agentavtal skall betraktas som ett anställningsavtal måste bedömas från fall till fall och avgörande måste vara respektive medlemsstats arbetsrättslagstiftning och förvarande praxis på arbetsmarknaden, kollektivavtal m.m. I konkurrensrättsligt hänseende torde detta emellertid vara irrelevant för bedömningen. Anställda agenter kan dock sägas åtnjuta en förstärkt privilegierad ställning, eftersom de både betraktas som en del av samma ekonomiska enhet som huvudmannen/arbetsgivaren samtidigt som de inte är företag i konkurrensrättslig mening.

9.2. Distributionsavtal i allmänhet och konkurrensrätten

Till att börja med måste framhållas att agentavtal kan betraktas som ett distributionsavtal i det att syftet med avtalet oftast är att främja avsättning av huvudmannens produkter på en marknad eller underlätta inköp för huvudmannen. I konkurrensrättsligt hänseende är det, som visats ovan, viktigt att bestämma huruvida samverkansformen mellan principal och agent kan anses omfattas av artikel 81.1 EG / 6 § KL och, skulle så vara fallet, om avtalet kan anses uppfylla kriterierna för gruppundantag eller legalundantag enligt artikel 81.3 EG / 8 § KL.

Vidare måste konstateras att enligt fast rättspraxis omfattar artikel 81.1 EG inte bara horisontella avtal. I *Consten & Grundig* fann EG-domstolen att dåvarande artikel 85 (numera artikel 81 EG)

”[...] refers in a general way to all agreements which distort competition within common market and does not lay down any distinction between those agreements based on whether they are made between competitors operating at the same level in the economic process or between non-competing persons operating at different levels. In principle, no distinction can be made where the treaty does not make any distinction.”⁴⁹

I *Remia* uttalade EG-domstolen generellt angående tillämpbarheten av gemenskapsbestämmelserna att

⁴⁹ EG-domstolens avgörande i de förenade målen 56 och 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH mot kommissionen*, [1966] ECR 429. Se även mål 56/65, *Société Technique Minière (L.T.M.) mot Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*. [1966] ECR 337.

”[F]ör att ett avtal mellan företag skall anses kunna inverka på handeln mellan medlemsstater [...] krävs att det med tillräcklig grad av sannolikhet, på grundval av rättsliga eller faktiska omständigheter, kan förutses att avtalet i fråga direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan inverka på handelsförhållandena mellan medlemsstater, så att det kan komma att hindra förverkligandet av de mål som ställts upp om en gemensam marknad mellan staterna. [En] restriktiv konkurrenspraxis har, då den omfattar en medlemsstats hela territorium, genom själva sin karaktär, till resultat att förstärka avskärmningen av marknaderna på nationell nivå och hindrar följaktligen den ekonomiska växelverkan som eftersträvas i fördraget.”⁵⁰

Detta hindrar dock inte att nationella bestämmelser – såsom 6 § KL – blir tillämpliga i avsaknad av samhandelseffekt.

9.3. Agentavtalsprivilegiet och ekonomiska enhet

EG-domstolen har framhållit att om två företag bildar en ekonomisk enhet, så kan artikel 81.1 EG – inte ens jämförd med artiklarna 2, 3 p. 1 c) och g) EG – anses vara tillämplig på ett företags distributionspolicy, även om denna huvudsakligen syftar till att dela upp olika nationella marknader mellan bolag inom t.ex. en koncern och detta medför verkningar utanför koncernen, vilka i konkurrenshänseende påverkar tredje mans ställning.⁵¹ Det framgår alltså av fast rättspraxis att artikel 81.1 EG/6 § KL inte är tillämplig inom en koncern (det s.k. *koncernprivilegiet*).⁵² Detta motiveras av att det mellan moder- och dotterbolag föreligger en ekonomisk enhet, varigenom dotterbolaget inte självständigt har möjlighet att bestämma över sitt handlande på marknaden. Genuina agents ställning liknar mycket den som ett dotterbolag har inom en koncern och från praktisk synpunkt kan ofta vara svårt att skilja deras företagsekonomiska situation från varandra. Genuina agenter är dock inte del av samma koncern, varför koncernprivilegiet inte kan tillämpas för avtal med dem. Däremot finns det goda skäl, som skall utvecklas nedan, att utsträcka det privilegium i förhållande till artikel 81.1 EG/6 § KL

⁵⁰ Mål 42/84, *Remia BV m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission*, [1985] ECR 2545, p. 22. Se även *Cementhandleren*, där EGD uttryckte att ömsesidiga exklusivitetsvillkor förstärkte uppdelningen av marknaden, vilket ansågs påverka samhandeln mellan medlemsstater, mål 8-72, *Vereeniging van Cementhandelaren mot Kommissionen*, [1972] ECR 977, p. 29–30.

⁵¹ Se EG-domstolens avgörande i mål C-73/95 P, *Viho Europe BV mot kommissionen*. [1996], ECR I s. 5457, p. 17.

⁵² Generaladvokaten Lenz förslag till avgörande i mål C-73/95 P, *Viho*, p. 29.

som gäller koncernbolag till genuina agentavtal.⁵³ I konsekvens med Generaladvokaten Lenz benämning i *Viho* kan detta betraktas som *agentavtalsprivilegiet*. Motiveringen till varför genuina agentavtal undantas från tillämpningen av artikel 81.1 EG/6 § KL är mycket lik den som gäller för avtal inom samma ekonomiska enhet (*single economic entity/unit*). I anledning av detta är det lämpligt att undersöka motiven bakom koncernprivilegiet.

Kommissionen utvecklade tidigt den s.k. ekonomiska enhetens princip, vilken kom till uttryck redan under 1969 i ärendet *Christiani & Nielsen*.⁵⁴ Kommissionen fastställde att dåvarande artikel 85.1 inte var tillämplig i anledning av att det saknades konkurrensförhållande mellan moder- och dotterbolag som potentiellt sett kunde begränsas.

I målet hade ett danskt bolag, *Christiani & Nielsen*, föredragit att bilda ett helägt dotterbolag i Nederländerna, mot bakgrund av att det av marknadsmässiga skäl inte var lämpligt att där inrätta en filial eller söka etablera en handelsagentur. Frågan i målet gällde om dåvarande artikel 85.1 kunde anses vara tillämplig på ett avtal om marknadsuppdelning mellan moder- och dotterbolaget.

”[Es ist] von entscheidender Bedeutung, auf Grund des Sachverhalts festzustellen, ob eine von der Muttergesellschaft unabhängige Maßnahme der Tochtergesellschaft auf wirtschaftlicher Ebene möglich ist.” Kommissionen anförde vidare att “[e]s handelt sich hier um einen marktstrategischen Gesichtspunkt, der es im vorliegenden Fall nicht ermöglicht, eine hundertprozentige Tochtergesellschaft als eine wirtschaftliche Einheit anzusehen, die mit ihrer Muttergesellschaft in Wettbewerb treten kann. Außerdem ist *Christiani & Nielsen* [...] folglich ein integrierender Bestandteil des Wirtschaftskomplexes der Gruppe *Christiani & Nielsen*.”

Inom koncernen gjordes sedan en uppdelning av marknaden, vilken kommissionen endast betraktade som en uppdelning av arbetsuppgifterna inom samma ekonomiska enhet. Faktum att moder- och dotterbolaget utbytte information, uppfinningar, patent och teknisk kunskap samt bolagens ständiga samarbete underströk denna ekonomiska gemenskap. Kommissionen avslutade: ”Man kann unter diesen Umständen nicht erwarten, daß ein Teil dieser Einheit - selbst wenn er eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt - mit der Muttergesellschaft in Wettbewerb tritt. *Christiani & Nielsen*, Kopenhagen, könnte

⁵³ I fallet *CEPSA* framhöll EG-domstolen att förhållandet mellan huvudman och dennes mellanman under vissa omständigheter kann kännetecknas av en ekonomisk enhet, mål C-217/05, *CEPSA*, p. 42. För ett liknande resonemang de förenade målen 40-48/73, 50/73, 54-56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA m.fl. mot kommissionen* [1975] ECR s.1663: ”In fact, if [an exclusive agent] works for the benefit of his principal he may in principle be treated as an auxiliary organ forming an integral part of the latter’s undertaking, who must carry out his principal’s instructions and thus, like a commercial employee, forms an economic unit with this undertaking”, p. 480.

⁵⁴ Se Kommissionens beslut 69/195/EEG: Entscheidung der Kommission vom 18. Juni 1969 über einen Antrag auf Erteilung eines Negativattests (EinzelfallIV/22 548 - *Christiani & Nielsen*) EGT. L 165, 5/7/1969, s 12–14 (svensk och engelsk språkversion ej tillgänglig).

auch bei Fehlen jeglichen Vertrages jederzeit das Verhalten von Christiani & Nielsen, Kopenhagen, könnte auch bei Fehlen jeglichen Vertrages jederzeit das Verhalten von Christiani & Nielsen, Den Haag, bestimmen, deren Gesellschaftskapital sich in vollem Umfang in ihren Händen befindet. " I anledning av detta ansåg Kommissionen att avtalen inom koncernen inte kunde ses som hindrande, inskränkande eller snedvridande av konkurrensen.

Resonemanget utvecklades vidare kort därefter i *Kodak*, där Kommissionen konstaterade att om det fastställs att dotterbolaget är helt och fullt beroende av moderbolaget och att det senare i realiteten utövar sin kontrollmakt över dotterbolaget genom att utfärda precisa instruktioner, så är det omöjligt för dem att uppträda oberoende inom de områden som styrs av moderbolaget⁵⁵ Kommissionens principiella resonemang om artikel 81.1 EG icke tillämplighet på avtal inom ekonomiska enheter bekräftades senare av EG-domstolen i *Béguelin Import*⁵⁶, där generaladvokaten Dutheillet de Lamothe ansåg i sitt förslag till avgörande i samma mål att det framstod som självklart att inte kunde föreligga någon konkurrens som kunde begränsas mellan ett moderbolag och ett fullständigt behärskat dotterbolag genom att de två enheterna träffade en överenskommelse. Generaladvokaten konstaterade att ehuru företagen var självständiga, så utgjorde de i ekonomiskt hänseende en enhet.⁵⁷

⁵⁵ Se Kommissionens beslut 70/332/EEG: Entscheidung der Kommission vom 30. Juni 1970 über ein Verfahren nach Artikel 85 des EWG-Vertrags (IV/24055 - *Kodak*), EGT L 147, 7/7/1970, s. 24-27, (svensk och engelsk språk ej tillgänglig). Kommissionen uttryckte „[w]enn die betreffenden Tochtergesellschaften - wie im vorliegenden Fall - ausschließlich und vollständig von ihrer Muttergesellschaft abhängen und wenn diese Muttergesellschaft die Kontrollmöglichkeit hat und tatsächlich genaue Weisungen erteilt, ist es ausgeschlossen, daß sie sich in den von der Muttergesellschaft geregelten Bereichen untereinander unabhängig verhalten.“ (p. 12).

⁵⁶ Mål 22-71, *Béguelin Import Co. v S.A.G.L. Import Export*, [1971] ECR s. 949. där EG-domstolen anförde att: "Article 85 (1) prohibits agreements which have as their object or effect an impediment to competition [...] This is not the position in the case of an exclusive sales agreement when in fact the concession granted under that agreement is in part transferred from the parent company to a subsidiary which, although having separate legal personality, enjoys no economic independence." (p. 7-8). En liknande formulering finns i mål 52/69, *R. Geigy AG mot kommissionen*, [1972], s. 787: "Where the subsidiary does not enjoy any real autonomy in determining its course of action on the market, the prohibitions laid down by article 85 (1) may be considered to be inapplicable in the relationship between it and the parent company with which it forms an economic entity." (p. 44). Jfr även mål 53/69, *Sandoz AG mot kommissionen*, [1972] ECR s. 845, p. 44.

⁵⁷ Generaladvokaten Dutheillet de Lamothes förslag till avgörande i mål 22-71, *Béguelin Import Co. v S.A.G.L. Import Export*, [1971] ECR s. 964, 967.

Senare i fallet *ICI* framhöll EG-domstolen:

”När dotterbolaget inte har faktisk *självbestämmanderätt* vad beträffar sitt handlingsätt på marknaden kan förbudet i artikel 85.1 anses icke tillämpliga på förhållandena mellan dotterbolaget och moderbolaget med vilket det bildar en ekonomisk enhet.” [min kurs.]⁵⁸

Antalet juridiska enheter eller företagens legala status saknar sålunda betydelse för bedömning om företagen utgör en ekonomisk enhet.⁵⁹

EG-domstolen utvecklade senare i *Centrafarm v Sterling Drug* och anslöt i domskälen mycket till det resonemang som fördes av Kommissionen under senare delen av 1960-talet gällande den interna uppdelningen av arbetsuppgifter inom koncernen:

”Artikel 85 i fördraget gäller [...] inte för avtal eller samordnade förfaranden mellan företag som ingår i samma koncern och har ställning som moder- och dotterbolag, om företagen bildar en ekonomisk enhet inom vilken dotterbolaget inte har någon egentlig frihet att bestämma sitt handlande på marknaden, och om avtalen eller förfarandena endast syftar till en *fördelning av uppgifter internt* mellan företagen.” [min kurs.]⁶⁰

Konsekvensen av det förhållande som avsågs i *Centrafarm v Sterling Drug* framgick i *Ahmed Saeed*:

”[A]rtikel 85 är [inte] tillämplig om avtalet i fråga slutits mellan företag som ingår i samma koncern och har ställning som moder- och dotterbolag, om företagen bildar en ekonomisk enhet inom vilken dotterbolaget inte har någon verklig självständighet att bestämma sitt handlande på marknaden [...] Ett typiskt exempel på konkurrensbegränsande samverkan som omfattas av artikel 85 föreligger

⁵⁸ Mål 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. mot kommissionen*, [1972], ECR s. 619, p. 134. Se även de förenade målen 6/73 och 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. och Commercial Solvents Corporation mot kommissionen*, [1974] ECR s. 223, p. 36–37.

⁵⁹ Mål 170/83, *Hydrotherm Gerätebau GmbH mot Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas*, [1984] ECR s. 2999: ”In competition law, the term ”undertaking” must be understood as designating an economic unit for the purpose of the subject-matter of the agreement in question even if in law that economic unit consist of several persons, natural or legal” (p. 11).

⁶⁰ Mål 15/74, *Centrafarm BV och Adriaan de Peijper mot Sterling Drug Inc*, [1974], ECR s. 1147, 41. Se även det nära sammanhängande målet 16-17, *Centrafarm BV och Adriaan de Peijper mot Winthrop BV* [1974], ECR s. 1183, p. 32, för samma resonemang.

däremot när två ekonomiskt självständiga företag genom ett avtal gemensamt fastställer priser eller inför andra konkurrensbegränsningar på den berörda marknaden.”⁶¹

I *Bodson* anförde EG-domstolen att det är upp de nationella domstolarna att avgöra om en sådan situation liknande som definierades i *Centrafarm v Sterling Drug* är för handen. Faktum att företag enbart tillhör samma koncern ansågs i domskälen emellertid inte vara avgörande för att företagen skulle anses tillhöra samma ekonomiska enhet. Hänsyn måste därutöver, ansåg domstolen, tas till hur relationen verkligen ser ut mellan företagen, t.ex. om företagen i fråga följer samma marknadsstrategi, som bestäms av moderbolaget.⁶² Härmed skall dock inte förstås att bandet mellan moder- och dotterbolag utesluter avvikelser i de olika företagens uppträdande på marknaden, eller ens företagens intressen.⁶³

Under 1990-talet återkom frågeställningen om ekonomisk enhet till EG-domstolen i *Viho*. Målet rörde ett grossistföretag, Viho Europe BV, som importerade och exporterade kontorsvaror. Bolaget hade gjort en förfrågan hos Parker Pen Ltd om att få köpa produkter under villkor som liknade dem som bl.a. Parkers helägda dotterbolag erhöll. Viho nekades detta, klagade till kommissionen och gjorde gällande att avtalen mellan Parker och dess dotterbolag utgjorde en konkurrensbegränsning i enlighet med dåvarande artikel 85.1. Såväl kommissionen som förstainstansrätten fann dock att Parker-koncernen utgjorde en ekonomisk enhet, bl.a. mot bakgrund av att dotterbolagen inte åtnjöt någon verklig rätt att själva bestämma sitt handlande på marknaden. Så långt alltså helt i enlighet med tidigare rättspraxis. EG-domstolen gjorde dock ett tillägg, vilket kan betraktas som ett slags kontrollkriterium.

⁶¹ Mål 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro GmbH mot Centrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, [1989], ECR s. 803, p. 35–36.

⁶² Mål 30/87, *Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées*, [1988], ECR s. 2479: "It is for the national court to ascertain whether such a situation exists in this case. The mere fact that holders of concessions belong to the same group of undertakings is not decisive in that regard. Account must be taken of the nature of the relationship between the undertakings belonging to that group. In this case, the nature of that relationship is not apparent either from the questions submitted for a preliminary ruling or from other information in the documents before the Court. In particular, it is not apparent that the undertakings pursue the same market strategy, which is determined by the parent company" (p. 19).

⁶³ Se de förenade målen 32/78, 36–82/78, *BMW Belgium SA m.fl. mot kommissionen*, [1979], ECR s. 2435: "The bond of economic dependence existing between a parent company and the subsidiary does not preclude a divergence in conduct or even a divergence in interests between the two companies" (p. 24).

”[Moderbolaget] och dess dotterbolag utgör [...] en ekonomisk enhet inom vilken dotterbolagen inte åtnjuter någon verklig rätt att själva bestämma sitt handlande på marknaden, utan tillämpar anvisningar som lämnats av det moderbolag som kontrollerar dem [...]” [min kurs].⁶⁴

Vad som skall göras enligt Viho-testet är att bestämma huruvida dotterbolaget är självständigt i dess beslutfattande, eller om någon har så mycket kontroll över det att dotterbolaget härigenom inte åtnjuter verklig självständighet att besluta om sina affärsaktiviteter.⁶⁵ Oklarhet råder dock angående vad som skall anses utgöra kontroll och under vilka förutsättningar som detta kriterium används.

För det första råder osäkerhet om vad begreppet kontroll verkligen innebär och enligt vilka underkriterier som detta skall fastställas. Styrelsens sammansättning, aktieägaravtal, arbetsordningar för styrelsen och VD-instruktioner, hur mycket moderbolaget direkt eller indirekt påverkar dotterbolagens affärsstrategiska beslut och dagliga verksamhet kan ge god vägledning här och måste bedömas *in casu*.

För det andra är det osäkert om EG-domstolens uttalande rör alla intressebolag. I *Viho* rörde det sig om ett helägt dotterbolag, men dotterbolag kan ju vara för handen även vid lägre innehavsandelar. Vid ägarandelar som ger *de jure* kontroll över andra bolag torde det inte råda några tvivel om att dessa koncernförhållanden kan inrymmas i ekonomisk enhet.

För att förvärva *de jure*-kontroll över ett företag i Sverige gäller i aktiebolagsrättsligt hänseende för det första enligt ABL 1:11 1 st. att ett aktiebolag är moderbolag och en annan juridisk person dotterföretag, om aktiebolaget

1. innehar mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar i den juridiska personen,
2. äger aktier eller andelar i den juridiska personen och på grund av avtal med andra delägare i denna förfogar över mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar,
3. äger aktier eller andelar i den juridiska personen och har rätt att utse eller avsätta mer än hälften av ledamöterna i dess styrelse eller motsvarande ledningsorgan, eller
4. äger aktier eller andelar i den juridiska personen och har rätt att ensamt utöva ett bestämmande inflytande över denna på grund av avtal med den juridiska personen eller på grund av föreskrift i dess bolagsordning, bolagsavtal eller därmed jämförbara stadgar.

⁶⁴ Mål C-73/95 P, *Viho Europe BV mot Europeiska kommissionen*. [1996], ECR I s. 5457, p. 16.

⁶⁵ Van Bael, I., Bellis, J-F., *Competition Law of the European Community*, 4 uppl. 2004, s. 37.

För det andra gäller enligt ABL 1:11 2 st. att en juridisk person är dotterföretag till moderbolaget, om ett annat dotterföretag till moderbolaget eller moderbolaget tillsammans med ett eller flera andra dotterföretag eller flera andra dotterföretag tillsammans

1. innehar mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar i den juridiska personen,
2. äger aktier eller andelar i den juridiska personen och på grund av avtal med andra delägare i denna förfogar över mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar, eller
3. äger aktier eller andelar i den juridiska personen och har rätt att utse eller avsätta mer än hälften av ledamöterna i dess styrelse eller motsvarande ledningsorgan.

I enlighet med ABL 1:11 3 st. gäller vidare att om ett dotterföretag äger aktier eller andelar i en juridisk person och på grund av avtal med den juridiska personen eller på grund av föreskrift i dess bolagsordning, bolagsavtal eller därmed jämförbara stadgar har rätt att ensamt utöva ett bestämmande inflytande över den juridiska personen, är även denna dotterföretag till moderbolaget.

Slutligen gäller att moderbolag och dotterföretag tillsammans utgör en koncern och med koncernföretag avses i aktiebolagsrättsligt hänseende företag i samma koncern (ABL 1:11 3 resp. 4 st.).

I fallet *Commercial Solvents*, som rörde tolkningen av dåvarande artikel 86, ansåg EG-domstolen att ett amerikanskt moderbolag dess till 51 % ägda italienska dotterbolag utgjorde en ekonomisk enhet.⁶⁶ Visserligen användes begreppet ekonomisk enhet som grund för att konstatera ett solidariskt ansvar för överträdelse av förbudet mot marknadsdominerande ställning, men principerna måste rimligen vara lika för hela den konkurrensrättsliga bedömningen. Detta lyfter även fram ett annat förhållande; trots att ansvar enligt artikel 81.1 EG/6 § KL ej kan utkrävas beträffande avtal inom samma ekonomiska enhet, så innebär inte detta immunitet mot artikel 82 EG/19 § KL.

I andra fall kan ett företag inneha minoritetsandelar i ett företag, men utöva *de facto*-kontroll över dessa. Van Bael och Bellis diskuterar om det i dessa fall är möjligt att använda samma kontrollkriterium som det som används i koncentrationsärenden.⁶⁷ Fram till dess att EG-domstolen har klargjort denna fråga är det inte möjligt att göra precisa uttalanden härom.

⁶⁶ De förenade målen 6 och 7-73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A och Commercial Solvents mot kommissionen* [1974] ECR 223, p. 37–41.

⁶⁷ Van Bael, I., Bellis, J-F., a.a., s. 37. Se även Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, EGT C 66, 2/3/1998.

Förstainstansrätten utvecklade i *ARBED* att

”[F]örbudet i [...] artikel 85 i EG-fördraget, riktar sig särskilt till ”företag” [...] Det framgår emellertid av förstainstansrättens rättspraxis [...] att begreppet ”företag” i den mening som avses i artikel 85 i EG-fördraget skall ses som att det avser en ekonomisk enhet bestående av en enhetlig organisation med personal, materiella och immateriella tillgångar, och som på ett varaktigt sätt eftersträvar ett bestämt ekonomiskt mål [...]”⁶⁸

Till frågan om dotterbolaget i huvudsak tillämpar instruktioner som det får av moderföretaget utvecklade EG-domstolen resonemanget från *ICI* i fallet *AEG-Telefunken*. Moderbolaget hade i det senare målet inte bestritt att det hade möjlighet att utöva ett ”avgörande inflytande” på dotterbolagens distributions- och prispolitik. Härvid betonades att en undersökning skulle, som huvudregel, göras om bolaget faktiskt hade använt sig av den möjligheten, dock att denna undersökning föreföll vara överflödig, eftersom det ifrågasatta avtalet hade ingåtts med ett helägt dotterbolag, vilket i denna egenskap följde den politik som fastlagts av samma stadgeenliga organ som fastlagt moderbolagets affärsstrategi.⁶⁹

EG-domstolen återkom till frågeställningen i *Stora Kopparbergs Bergslags AB*, där domstolen anförde att moderbolaget inte hade bestritt att det hade ett avgörande inflytande över sitt dotterbolag *Kopparfors* affärsstrategi. Av denna orsak anfördes i domskälen att det inte fanns någon anledning att undersöka om moderbolaget verkligen hade utnyttjat denna möjlighet och fortsatte:

”Kopparfors är nämligen [...] ett helägt dotterbolag [...] och följer därför oundvikligen den politik som utstakas av de organ som enligt bolagsordningen fastställer moderbolagets politik. Sökanden har i varje fall inte åberopat någon uppgift till stöd för sitt påstående att *Kopparfors* kunde agera [...] som en självständig juridisk enhet som i stora delar själv

⁶⁸ Förstainstansrättens beslut i mål T-137/94, *ARBED SA mot Europeiska kommissionen*. [1999], ECR II s. 303, p. 21. En liknande definition finns i i mål T-11/89, *Shell International Chemical Company Ltd mot kommissionen* [1992], ECR II s. 757: ”[A]rtikel 85.1 i EEG-fördraget, [...] riktar sig till ekonomiska enheter som var och en består av en sådan enhetlig organisation av personliga, materiella och immateriella faktorer som på ett varaktigt sätt eftersträvar ett bestämt ekonomiskt mål [...]” (p. 311).

⁶⁹ Mål 107/82, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot kommissionen*, [1983], ECR s. 3151, p. 50. I den svenska språkversionen talas inte om affärsstrategi utan om „handelspolitik”, vilken torde vara en något olycklig översättning av engelskans *commercial policy*.

bestämde över sin handelspolitik och att den hade en egen styrelse samt externa representanter.”⁷⁰

I mål som rör *ansvarsgenombrott* för dotterbolags rättstridiga agerande har frågan uppkommit om det verkligen krävs att det kan påvisas att moderbolaget faktiskt har utnyttjat sin behörighet att påverka ett hel- eller majoritetsägt dotterbolag innan moderbolaget kan anses ansvarigt.

Detta är alltså ett problem som anknyter till frågan om moderbolaget kan göras ansvarigt för dotterbolagens agerande, efter det är klarlagt att bolagen ingår i samma ekonomiska enhet. Att frågan besvaras principiellt sett jakande framgår av fast rättspraxis⁷¹, men det gäller alltså att först fastställa huruvida moderbolaget har ett tillräckligt inflytande över dotterbolaget för att bolagen skall anses tillhöra samma ekonomiska enhet. Därefter kvarstår frågan vilken bevisning som är nödvändig för att göra moderbolaget ansvarigt för dotterbolagets överträdelser. Generaladvokaten Mischo framhöll i *Stora Kopparbergs Bergslag AB* att i tidigare mål som berörde frågan om ekonomisk enhet, hade bolagen verkligen gett sina dotterbolag instruktioner, vilket föranledde domstolen att i dessa mål särskilt framhålla denna viktiga omständighet och att ansvarighet för dotterbolagens lagstridiga agerande därmed kunde fastställas. Mer generellt anförde generaladvokaten Mischo att bevisbördan för osjälvständigt agerande – vilken synes vara en förutsättning för ansvar för moderbolaget – primärt åvilade kommissionen, men att denna i situationer som innefattade helägda dotterbolag borde ha en bevislättning. Anledningen härtill är att det fick för troligt att ett moderbolag noga kontrollerar sitt dotterbolag vad gäller strategiska beslut om prissättning, löner och större investering, än att det inte intresserar sig för sådana frågor och låter dotterbolaget agera helt självständigt (förslaget till avgörande, p. 49). EGD anslöt sig i allt väsentligt till denna ståndpunkt (domen, p. 79–80). En härtill anknuten fråga rör *successionsansvar*, d.v.s. ansvar för ett förvärvat dotterbolags lagöverträdelser enligt konkurrensrätten i anledning av detta bildar en ekonomisk enhet med förvärvaren, men denna fråga ligger utanför området för detta arbete.⁷²

⁷⁰ Mål C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslag AB mot kommissionen*, [2000] ECR I s. 9925, p.79–80.

⁷¹ Se t.ex. mål 6/72, *Europemballage och Continental Can mot kommissionen*, [1973] ECR s. 215. Ekonomisk samhörighet är förvisso ett nödvändigt, men inte tillräckligt villkor för ansvarsgenombrott: “[...] the circumstance that this subsidiary company has its own legal personality does not suffice to exclude the possibility that its conduct might be attributed to the parent company” (p. 15).

⁷² Såsom ytterligare utvidning av relevansområdet för ekonomisk enhet kan nämnas att en processuell fråga i fallet *Orkem*. Målet rörde huruvida kommissionens skrivelser hade tillställts rätt företag inom en koncern och om det – oavsett svaret härpå – hade någon betydelse om skrivelsen gått olika företag inom samma ekonomiska enhet. Generaladvokaten Darmon anförde: “This, it seems to me, clearly indicates that the legal status of a wholly owned subsidiary does not of itself justify a presumption of unity of conduct in a market or disregard of the legal identity of each undertaking from the procedural standpoint. In principle it is only when the Commission has established such unity of conduct that it can take account of it. [...] However, it also seems to me that, in view of the attitude taken by the two undertakings which evinces, with some consistency, a degree of interchangeability as regards procedural documents emanating from the Commission, neither of those two under-

Sammantaget kan sägas att det föreligger enligt rättspraxis en presumtion om ekonomisk enhet så länge som moderbolaget har *de jure*-kontroll över ett annat bolag (oftast > 50 % ägarandel) och det inte finns några bevis som talar i annan riktning. Relevansen av begreppet ekonomisk enhet inskränker sig dock inte enbart till rena koncernföretag eller att företagen har ägargemenskap. Även företag som saknar ägargemenskap kan ingå i samma ekonomiska enhet, varvid bl.a. frågor uppkommer om risk och kontroll, vilka bl.a. anknyter till huruvida det externa företaget i tillräcklig mån är integrerat med det andra företaget. Denna situation uppstår dock främst vad gäller genuina agenter. Att utsträcka begreppet ekonomisk enhet längre än så förefaller inte vara lämpligt för sådana samarbeten som inte kvalificeras som koncentrationer i enlighet med reglerna om företagskoncentration. Det kan t.ex. i sådana fall röra sig om att huvudmannen förvärvar kontroll över en tidigare oäkta agent. I sådana fall kan parterna komma att ingå i samma ekonomiska enhet, men det förutsätter alltså något förvärv av kontroll eller samgående mellan partner. Samarbeten mellan en huvudman och en oäkta agent – kan alltså i övrigt omfattas av artikel 81.1 EG/6 § KL.

9.4. Rättslig och ekonomisk motivering till varför genuina agentavtal ej omfattas av art. 81.1 EG / 6 § KL

Så till frågan om motiven till varför genuina agentavtal ej omfattas av artikel 81.1 EG / 6 § KL. Generaladvokaten Tesauro behandlade problemet med förhållandet mellan artikel 81.1 EG och genuina agentavtal i sitt förslag till avgörande i *VAG Leasing*. Det framhölls nämligen att det varit oklart i rättspraxis om faktum att genuina agentavtal är undantagna tillämpningen av artikel 81.1 motiveras av att det saknas ett avtal mellan två självständiga parter, något som förutsätts i lagbestämmelsen i fråga.⁷³ Avtalskriteriet är emellertid definitivt uppfyllt. I stället synes det vara lämpligare att ifrågasätta om huvudmannen och agenten kan betraktas som två separata företag.

Problemet är emellertid att strikt civilrättsligt är det inte fråga om ett anställningsförhållande mellan huvudman och agent, utan i formell mening ett *avtal* mellan två av varandra *oberoende* och fristående parter. Härmed faller

takings is entitled, with a belated display of concern for strict adherence to formal requirements, to rely on a separate legal identity which it had previously made singular efforts to blur.”, p. 19–20 i Generaladvokatens Darmons förslag till avgörande i mål 274/87, *Orkem mot kommissionen*, [1989], ECR s. 3283.

⁷³ Se även Goyder, J., *EU Distribution Law*, 4 uppl. 2005, s. 175.

argumentet att genuina agentavtal är undantagna från tillämpningen av artikel 81.1 EG i anledning av avsaknad av två eller flera företag.

En annan förklaring till att genuina agentavtal är undantagna skulle därmed tänkas vara att avtalet parterna emellan inte kan anses vara konkurrensbegränsande, eller att eventuella konkurrensbegränsningar inte är märkbara i kvantitativ eller kvalitativt hänseende. Härigenom är det alltså inte själva avsaknaden av ekonomisk gemenskap parterna mellan parterna, utan att samarbetet som utförs inom ramen för ett genuint agentförhållande i sig måste betraktas som icke konkurrensbegränsande. Detta verkar heller inte rimligt, eftersom genuina agentavtal typiskt sett ingås i syfte att kunna ålägga agenten relativt hårda konkurrensbegränsningar. Härigenom skulle konkurrensbegränsningskriteriet – objektivt sett – kunna anses vara uppfyllt. De konkurrensbegränsande avtalsvillkoren kan dock inte ses helt isolerade från avtalssituationen mellan huvudman och agent och den senares egentliga status i relationen med huvudmannen. Stränga konkurrensbegränsningar förekommer ju även inom en koncern, utan att detta anses begränsa, snedvrیدا eller hindra konkurrensen i allmänhet på den relevanta marknaden. I anledning av att agentavtal normalt avser distribution av en produkt så kan avtalet i sig heller inte anses ha som syfte att begränsa konkurrensen. I anledning av att genuina agents situation är nära nog identisk med koncernföretag som ingår i samma ekonomiska enhet är det i allmänhet förefaller det orimligt att påstå att just genuina agentavtal skulle påverka konkurrensen på den relevanta marknaden negativt när avtal inom samma ekonomiska enhet inte gör det. Den huvudsakliga skillnaden mellan genuina och oäkta agentavtal förefaller därför vara att de förra medför att agenten blir del av samma ekonomiska enhet som huvudmannen

Viss vägledning och stöd för detta kan hämtas från det numera upphävda tillkännagivandet från 1962, där avsaknaden av konkurrensbegränsning mot bakgrund av agentens status som *hjälporgan* lyfts fram.

”[T]he Commission takes the view that the test for prohibition under Article 85(1) is not met by exclusive dealing contracts with commercial agents, since these contracts have neither the object nor the effect of preventing, restricting or distorting competition within the common market. The commercial agent only performs an auxiliary function in the market for goods. In that market he acts on the instructions and in the interest of the enterprise on whose behalf he is operating. Unlike the independent trader, he himself is neither a purchaser nor a vendor, but seeks purchasers or vendors in the interest of the other party to the contract, who is the person doing the buying or selling. In this type of exclusive dealing contract, the selling or buying enterprise does not cease to be a

competitor; it merely uses an auxiliary, i.e. the commercial agent, to distribute or acquire products on the market.”⁷⁴

I rättspraxis, men även i doktrinen har diskuterats om det finns begränsningar i räckvidden av koncernprivilegiet. Generaladvokaten Lenz för ett ingående resonemang om detta i sitt förslag till avgörande i *Viho*. Till stöd för en inskränkning av koncernprivilegiet genom att artikel 3 p 1 g) EG fordrar ett system som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids. En teleologisk tolkning, med utgångspunkt i de för konkurrensen skadliga verkningarna, skulle därför kunna ge vid handen att även koncerninterna avtal omfattades av artikel 81.1 EG i den mån de skulle ge konkurrensskadliga effekter, eller om det sker en uppdelning av nationella marknader. Härigenom skulle företag annars lockas att betjäna enskilda marknader i stället för att utveckla ett försäljningssystem som omfattade hela gemenskapen.⁷⁵

Argumenten för inskränkning av koncernprivilegiet har emellertid inte, som visats ovan, fått gehör i EG-domstolen. Generaladvokaten Lenz såg sig övertygad i sitt förslag till avgörande i *Viho* att inskränkningar ej bör göras. Han ansåg att även vid en teleologisk tolkning måste det respekteras skyddet av konkurrensen i artikel 81.1 EG inte är ett absolut kriterium, vilket framgår av ordalydelsen i bestämmelsen. Vidare utgår artikel 81 EG enligt fast rättspraxis från ett ekonomiskt företagsbegrepp. I anledning av detta skulle det ligga nära till hands att anta att det i koncernförhållanden inte ens föreligger ett avtal eller ett samordnat förfarande enligt artikel 81 EG, eftersom det i grunden inte handlar om ett avtal mellan två eller flera berörda parter. I stället är det moderbolaget som bestämmer den distributionspolicy som koncernen skall tillämpa.⁷⁶

⁷⁴ Notice on exclusive dealing contracts with commercial agents EGT C 139, 24.12.1962, s. 2921 (inofficiell översättning).

⁷⁵ Se generaladvokaten Lenz förslag till avgörande i C-73/95 P, *Viho Europe BV mot Europeiska kommissionen*. [1996], ECR I s. 5457, p. 62–64. För en diskussion i den rättsvetenskapliga doktrinen om ev. tillämpbarhet av artikel 81.1 EG på koncerninterna avtal, se även Schröter, H. i Groeben/Thiesing/Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 4 uppl., Baden-Baden 1991, artikel 85, p. 89 f. och Schröter, H. *Les accords intra-groupe au regard de l'article 85 du Traité CE*, i Christopher Jones (red.), *Competition Policy Newsletter*, band 1, nr 4 (våren 1995), s. 30 och Emmerich, V., i Dausen M. (red.) *Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts*, München 1992, H. I, p. 66.

⁷⁶ Generaladvokaten Lenz förslag till avgörande i C-73/95 P, *Viho Europe BV mot Europeiska kommissionen*. [1996], ECR I s. 5457, p. 62–64.. Se även den vid tidpunkten för avgörandet i *Viho* tidigare upplagan av Bellamy & Child, *Common Market Law of Competition*, 4 uppl., London 1993, p. 2053, Argumenten kom även fram i den vid tidpunkten för avgörandet samtida Koch, N., i Grabitz/Hilf, *Kommentar sur Europäischen Union*, Artikel 85, p. 15.

Lenz hävdade i anslutning till detta vidare att det inte kan föreligga någon konkurrens mellan moderbolag och dotterbolag när självständiga ekonomiska konkurrensåtgärder från dotterbolagens sida är otänkbara. Det saknas därmed någon konkurrens att skydda enligt artikel 81 EG.

Generaladvokatens Lenz resonemang synes passa mycket väl även på genuina agentavtal, eftersom situationen för genuina agenter i allt väsentligt överensstämmer med dotterbolagens.

Ett särskilt problem är dock att koncernprivilegiet i sig inte kan omfatta genuina agenter, eftersom det endast rör företag inom samma koncern. Det får emellertid anses klarlagt att genuina agentavtal uppvisar liknande egenskaper i konkurrensrättsligt hänseende som kännetecknar en ekonomisk enhet. Det måste sålunda vara fråga om en avtalskonstruktion som i akt och mening i allt väsentligt liknar den situation som råder inom t.ex. en bolagskoncern mellan moderbolag och dotterbolag. Häri framkommer relevansen av de argument som används för att fastställa ekonomisk enhet. De bakomliggande principerna för varför artikel 81.1 EG / 6 § KL inte tillämpas på avtal inom koncerner och ekonomiska enheter är alltså de samma. Av denna anledning är det sålunda möjligt att anse att genuina agenter åtnjuter ett *agentprivilegium* på samma materiella grunder som dotterbolag åtnjuter ett koncernprivilegium..

Generaladvokaten Kokott sammanfattar motiveringen till varför artikel 81.1 EG inte skall vara tillämplig på genuina agentavtal: "[...] Bestämmelser om exempelvis prisbindning för vidareförsäljningen till slutanvändaren som huvudmannen ställer upp för agentens verksamhet utgör då endast den andra sidan av agentens allmänna skyldighet att tillvarata huvudmannens intressen och följa dennes rimliga instruktioner. Handelsagenten är i sådana fall trots sin rättsliga självständighet ingen oberoende ekonomisk aktör (företagare) på marknaden för varorna i fråga utan har på den marknaden mera en ställning av liknande slag som en anställd hos eller medhjälpare till huvudmannen eller som ett dotterbolag till huvudmannen. Agenten blir då ett hjälporgan till huvudmannen och är i den egenskapen integrerad i huvudmannens företag. De båda utgör i fråga om marknadsföringen av huvudmannens produkter en ekonomisk enhet och uppträder som en enhet på den relevanta marknaden [fotnoter utlämnade].⁷⁷

Mot bakgrund av att det faktiskt inte rör sig om ett koncernförhållande krävs emellertid att särskilda villkor ställs upp. Dessa relaterar främst till den risk som agenter ikläder sig och graden av integration med huvudmannen, vilket skall utvecklas i det följande.

⁷⁷ Generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i mål C-217/05, *CEPSA*, p. 48.

10. Kriterier för fastställande av genuina agentavtal

Grunden för uppdelningen mellan genuina och oäkta agentavtal lades i 1962 års tillkännagivande om agentavtal. Där framhölls särskilt att

“The Commission considers that contracts made with commercial agents in which those agents undertake, for a specified part of the territory of the common market,

- to negotiate transactions on behalf on an enterprise, or
- to conclude transactions in the name and on behalf on an enterprise, or
- to conclude transactions in their own name and on behalf of this enterprise,

do not fall under the prohibition in Article 85(1) of the Treaty.

It is essential in this case that the contracting party, described as a commercial agent, should, in fact, be such, by the nature of his functions, and that he should neither undertake nor engage in activities proper to an independent trader in the course of commercial operations. The Commission regards as the *decisive criterion which distinguishes the commercial agent from the independent trader, the agreement - express or implied - which deals with responsibility for the financial risks bound up with the sale or with the performance of the contract*. Thus the Commission’s assessment is not governed by the name used to describe the representative. Except for the usual *del credere* guarantee, a commercial agent must not by the nature of his functions assume any risk resulting from the transaction. If he does assume such risks, his function becomes economically akin to that of an independent trader and he must therefore be treated as such for the purposes of the rules of competition. In such a situation, the exclusive dealing contracts must be regarded as agreements made with independent traders.” [min kurs.]

Betydelsen av riskkriteriet hänför sig till bevekelsegrunderna till varför genuina agentavtal undantas från tillämpningsområdet av artikel 81.1 EG / 6 § KL. Den inköps- eller försäljningsfunktion som agenter utför för sådana avtal ingår nämligen i första rummet direkt i huvudmannens verksamhet, och inte i agentens verksamhet. I anledning av detta kan agenten inte betraktas som en självständig aktör på relevanta marknaden, eftersom agenten själv inte står bakom någon av utbuds- eller efterfrågefaktorer utan endast *förmedlar* avtal mellan sin huvudman och tredje man. Tjänsten som utförs av agenten är alltså en *integrerad del* av den verksamhet som huvudmannen bär *risken* för. Det är just av denna anledning som agenten i konkurrensrättsligt hänseende inte tillför marknaden någon konkurrensparameter som påkallar skydd från det allmänna, eftersom det inte finns någon konkurrens att skydda – agenten är ju endast en förlängning av sin huvudman, med lik-

nande ställning som en anställd person eller som ett bolag inom samma ekonomiska enhet.⁷⁸

Agentens rättigheter och skyldigheter i övrigt gentemot huvudmannen ligger utanför ramen för detta arbete, men kan kortfattat sägas uppvisa liknande problemställningar som vid anställningsavtal. Rättigheter och skyldigheter som följer av t.ex. handelsagenturavtal framgår t.ex. för svenskt vidkommande av HaL. Det skall vidare anmärkas att t.ex. HaL innehåller tvingande bestämmelser om grundläggande skydd för handelsagenter, vilket är ägnat att minska handelsagenters risk i utövandet av en handelsagentur för sin huvudmans räkning.

10.1. Finansiella och affärsmässiga risker

Kommissionen nämner i tillkännagivandet från 2000 som huvudkriterium för agentavtalets karaktärisering som genuint den ekonomiska eller kommersiella *risk* som bärs av agenten beträffande verksamheten, för vilken avtalet med huvudmannen är ingånget, vilket även framgår av fast rättspraxis. Riskbedömningen är sålunda av avgörande betydelse.

I fallet *Suiker Unie* ansåg Kommissionen att vissa uppgifter som företaget SZV hade ålagt sina representanter i södra Tyskland utgjorde missbruk av marknadsdominerande ställning.

Utredningen i målet gav vid handen att SZV bedrev sin verksamhet i sockerbranschen genom 17 regionalt skilda representanter. Dessa representanter ålades bl.a. att endast sälja sockerprodukterna i eget namn, men å SZV:s vägnar. Representanterna fick vidare inte uppträda som agenter för andra produkter eller leverantörer av socker eller därtill konkurrerande produkter. Vidare fick de inte bedriva egen verksamhet i sockerbranschen. Härigenom ansåg Kommissionen att det var omöjligt för utländska sockerleverantörer att använda sig av dessa representanter. Härutöver var det endast möjligt för de 1 270 sockergrossister som fanns inom det aktuella området att köpa socker från respektive representant och inte från SZV direkt.

Mot detta förhållande invände SZV att dess relation till representanterna var att de senare verkade som "*commercial representatives*" och att förbudet i dåvarande artikel 86 (nu art. 82 EG) inte var tillämpligt, eftersom representanterna förvisso inte var anställda av SZV, men uppvisade liknande egenskaper, trots att de var externa juridiska personer i förhållande till SZV.

⁷⁸ Se Christensen, A., Heide-Jørgensen, C., Hjelmberg, S.E., Lanseth, J. M., Poulsen, S. T., Friis Bach Ryhl, C., Schovsbo, J., *Konkurrenzeretten i EU*, 2 uppl., s. 319.

EG-domstolen anförde att oavsett hur det rättsliga förhållandet mellan huvudmannen och mellanmannen gestaltas i olika medlemsstaters interna rätt, gäller generellt att om en huvudman förbjuder sin agent, som säljer i huvudmannens namn och för dennes räkning, att samtidigt sälja konkurrerande produkter utan huvudmannens tillåtelse korresponderar till den rättsliga och ekonomiska naturen och andan som generellt sett kännetecknar förhållandet mellan huvudman och agent.⁷⁹ Faktum att en sådan agent arbetar för huvudmannens räkning gör att agenten i princip kan betraktas som ett hjälporgan (*auxiliary organ*) som utgör en integrerad del av huvudmannens företag.⁸⁰ Detta organ måste därmed – i likhet med anställda – utföra huvudmannens instruktioner och utgör sålunda en ekonomisk enhet med huvudmannen. Ett eventuellt missbruk är i sådana fall inte orsakat av själva avtalsförhållandet mellan huvudman och agent.⁸¹

Avgörande för huruvida konkurrensreglerna är tillämpliga på dessa avtal ansåg därför EG-domstolen vara om avtalet mellan huvudman och agenter - eller "handelsrepresentanter" som SZV kallade dem – förlämnar eller tillåter dem ålägganden resp. rättigheter, vilka från ekonomisk synpunkt är ungefärligen samma som de som återfinns i relationen mellan en leverantör och en oberoende handlare. Avgörande blir därmed den *finansiella risk* som agenterna ikläder sig för försäljningen eller utförande av kontraktet med tredje man.⁸² I *Suiker Unie* hade kommissionen emellertid inte kunnat styrka att agenternas relation till huvudmannen var mycket lik de som hos en oberoende handlare.⁸³ EG-domstolen anmärkte särskilt att kommissionen inte hade förnekats att representanterna i fråga huvudsakligen bedrev verksamhet för sin huvudmans räkning utan att samtidigt agera som fristående handlare i någon större grad.

I fallet *VAG Leasing* gjordes gällande att ett avtal mellan Volkswagen AG och VAG Leasing å ena sidan och VAG-återförsäljare å andra sidan inte omfattades av dåvarande artikel 85.1, mot bakgrund av att de alla utgjorde en ekonomisk enhet, d.v.s. att de utgjorde ett och samma företag i konkurrensrättslig mening.

EG-domstolen framhårdade att endast när en företrädare inte tar någon av de risker, som följer av de avtal som han har förhandlat fram för uppdrags-

⁷⁹ Förenade målen 40 till 48, 50, 54 till 56, 111, 113 och 114-73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA m. fl. mot kommissionen*, [1975] ECR, s. 1663, p. 479.

⁸⁰ Se vidare om integrationskriteriet nedan under 10.5.

⁸¹ *Suiker Unie* p. 480-481.

⁸² *Suiker Unie* p. 482.

⁸³ *Suiker Unie* p. 485. "[...] a position very similar to that of an independent dealer".

givarens räkning och uppträder som ett hjälporgan, som agenten anses vara integrerad i uppdragsgivarens företag. Om så är fallet förlorar alltså agenten egenskapen av en oberoende ekonomisk aktör.

I *VAG-leasing* gav utredningen vid handen att återförsäljarna påtog sig åtminstone delvis den ekonomiska risk som sammanhängde med de affärer som de gjorde för VAG Leasings räkning. VAG Leasing, som var ett helägt dotterbolag till VAG, bedrev samarbete med VAG:s återförsäljare. Samarbetet organiserades genom exklusiva agenturavtal. Enligt en skrivelse som tillställdes återförsäljarna var de skyldiga att i eget namn köpa fordonen av VAG för att sedan överlåta dessa till VAG Leasing till samma pris som de själva köpt fordonen för. VAG Leasing betalade därefter en provision till återförsäljarna, motsvarande deras normala vinstmarginal. Dessa skyldigheter kunde i sig inte anses medföra att återförsäljarna iklädde sig några större kommersiella risker, men återförsäljarna var därutöver skyldiga att köpa tillbaka fordonen när leasingavtalet hade löpt ut. Därefter skulle återförsäljarna sälja fordonen till tredje man i särskild ordning. Detta förhållande ansåg EG-domstolen innefatta en ekonomisk risk, vilken betog återförsäljarna deras status som oberoende ekonomiska aktörer. Ett faktum som understödde denna slutsats var, enligt EG-domstolen, att återförsäljarna huvudsakligen, på ett högst oberoende sätt, bedrev en försäljnings- och serviceverksamhet i eget namn och för egen räkning.⁸⁴

Avgörande för om konkurrensreglerna inte alls skall vara tillämpliga blir därför om agenten kan ses som en integrerad del av huvudmannens verksamhet, d.v.s. skall agentavtalet ses som ett avtal inom samma ekonomiska enhet eller som ett avtal mellan två oberoende enheter (som därmed, potentiellt sett, kan fångas av artikel 81.1 EG / 6 § KL). I allmänhet gäller det därför att dra upp gränser mot oberoende distributörer. Väsentliga faktorer att beakta blir därmed om agenten tar någon risk för den verksamhet som avtalet omfattar och om det i övrigt finns faktorer som kan tala för att agenten är oberoende eller inte. Risker kan i allmänhet hänföra sig till varorna eller tjänsterna som omfattas av avtalet, men även till själva affärsverksamheten som sådan. Den förra typen av risk avser t.ex. finansieringsrisk för lager, kreditrisk gentemot tredje man, medan den senare risken rör huruvida agenten i övrigt tar på sig egen risk för egen övrig verksamhet, om agenturen kräver omfattande egna investeringar m.m. hos agenten.

⁸⁴ Mål C-266/93, *Bundeskartellamt mot Volkswagen AG och VAG Leasing GmbH*, [1995] ECR I-3477, p. 6–7, 18–19.

Efter att ha konstaterat att agentavtal inte kunde betraktas som genuina, gick EG-domstolen i *VAG Leasing* över till en analys av om de exklusiva – oäkta – agentavtalen kunde anses strida mot dåvarande artikel 85.1. Agentavtalen avseende förmedling av leasingavtal utgjorde hängavtal till agentavtalen mellan återförsäljarna av VAG-fordon och VAG (VAG:s agenturavtal). I målet var det ostridigt att de senare avtalen stred mot dåvarande artikel 85.1, men var undantagna enligt dåvarande gruppundantaget för försäljning och service av motorfordon.⁸⁵ Tjänsten att förmedla leasingtjänster omfattades dock inte av gruppundantagsförordningen och det var i egenskap av VAG-företrädare som återförsäljarna tvingades erbjuda kunderna VAG:s leasingtjänster.⁸⁶

VAG:s agenturavtal föreskrev att återförsäljarna hade en skyldighet att på alla sätt företräda och främja VAG:s, Volkswagens och Audis säljorganisation samt dessa märkens intressen. Vidare band de exklusiva agenturavtalen samtliga återförsäljare, vilka åtnjöt en ensamrätt att inom sitt avtalade område försälja nya fordon av märkena Volkswagen och Audi.⁸⁷

Genom rundskrivelsen, där återförsäljarna tvingades bli agenter även för leasingtjänster, ansåg EG-domstolen att förbudet att förmedla till VAG Leasing konkurrerande finansieringsavtal begränsade möjligheterna för konkurrenterna till VAG Leasing att erbjuda sina tjänster genom att de utestängdes från den privilegierade kontaktkanal till potentiella kunder som VAG:s återförsäljarorganisation utgjorde.⁸⁸ Likaledes begränsade agenturavtalen även möjligheterna för återförsäljarna att i eget namn och för egen räkning bedriva leasingverksamhet, vilket EG-domstolen ansåg inskränkte friheten för återförsäljarna, vilka med hänsyn till förmedling av leasingavtal var fristående ekonomiska aktörer från VAG. Skyldigheterna för återförsäljarna i agenturavtalet för VAG Leasing ansågs ytterligare integrera återförsäljarna i VAG:s distributionsstrategi och hade till syfte – eller åtminstone resultat – att på ett märkbart sätt begränsa konkurrensen.

Vad gäller frågan huruvida ett agentavtal har möjlighet att påverka handeln mellan medlemsstater, d.v.s. huruvida artikel 81.1 EG eller 6 § KL blir tillämplig har måhända underordnad betydelse inom ramen för detta arbete, i anledning av att den materiella bedömningen måste anses vara likvärdig oavsett om avtalet i fråga har gemenskapsdimension eller inte. Processuella

⁸⁵ Kommissionens förordning (EEG) nr 123/85 av den 12 december 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av försäljnings- och serviceavtal för motorfordon, EGT L 15, 18.1.1985, s. 16–24

⁸⁶ EGD konstaterade att ehuru det i förordningen stadgades att distribution och försäljning även innefattade t.ex. leasing, så kunde undantagsbestämmelserna inte tolkas extensivt och heller inte så att förordningens verkan utsträcktes till vad som var nödvändigt för att skydda de intressen som undantagsbestämmelserna var ägnade att tillvarata. Leasingbolag som inte erbjöd köpmöjlighet ansågs inte kvalificeras som återförsäljare och skrivelsen om leasing i gruppundantaget avsåg endast förhållandet mellan tillverkare och återförsäljare, där avsikten med bestämmelsen var att hindra återförsäljaren att kringgå vissa av sina skyldigheter enligt avtalet genom att tillgripa leasing, Se *VAG Leasing*, p. 28–37.

⁸⁷ *VAG Leasing*, p. 21–22.

⁸⁸ *VAG Leasing*, p. 23.

skäl är emellertid viktiga att beakta och mot bakgrund härav skall därför kort behandlas rättsläget härom.

I *VAG Leasing* framgick av återförsäljaravtalen att representanterna vare sig kunde fungera som mellanmän till förmån för leasingbolag i andra medlemsstater, eller för egen räkning ingå leasingavtal med konsumenter i andra medlemsstater. Agenturavtalen ansågs avse hela Tysklands territorium och i enlighet med fast rättspraxis ansåg EGD att dessa avtal till sin natur hade ett resultat att förstärka en nationell avskärmning och därigenom hindra det fria ekonomiska flöde som eftersträvas i EG-fördraget.

10.2. Allmänt om olika risker

Kommissionen anser att det för kategoriseringen av enskilda agentavtal är relevant att beakta främst två skilda former av risker. Den första grupp av risker är de som är direkt knutna till de avtal som agenten förhandlar eller ingår på huvudmannens vägnar. Dessa risker relaterar till t.ex. finansiering av lager. Detta benämns oftast *finansiella risker*.

Den andra gruppen av risker hänför sig till marknadsspecifika investeringar eller *kommersiella risker*. Frågorna här avser främst vem av agenten eller huvudmannen som skall stå risken för de investeringar som krävs – i förhållande till verksamheten som agentavtal avser – för att agenten skall kunna förhandla om eller ingå avtal med tredje man. Investeringarna som avses är oftast sådana icke återvinningsbara och verksamhetspecifika kostnader eller sådana investeringar som kräver avsevärda ytterligare kostnader eller medför avsevärda förluster för att kunna användas till någon annan verksamhet.

Skilda former av risker behandlas i kommissionens tillkännagivande genom en icke uttömmande exempellista över olika risker. Dessa, och andra riskformer, kommer att behandlas nedan. Inledningsvis måste konstateras att risker är ett relativt begrepp i så måtto som de ofta är föränderliga över tid. Vid starten av en verksamhet kan de affärsmässiga riskerna vara högre än om det rör sig om en etablerad verksamhet med stabilt kund- eller leverantörsunderlag. Teknisk utveckling kan även påverka risknivån. Likaså skiljer sig risknivån mellan olika branscher, vilket även kan påverka riskerna i absoluta tal och tillika inträdeskostnader. Det väsentliga är dock vilken *faktisk risk* som en agent verkligen tar i utövandet av sitt agentuppdrag.

10.3. Allmänt om vilken grad av risk som skall anses vara tillåten att bära för agenten

Kommissionen anför som utgångspunkt i tillkännagivandet att om agenten inte bär någon risk alls, så utgör försäljningen alternativt inköpet en del av huvudmannens verksamhet, även om agenten i formell mening inte har några övriga band till huvudmannen än agentavtalet. Anledningen härtill är att eftersom huvudmannen bär den finansiella och kommersiella risken, så utövar agenten inte någon *självständig ekonomisk verksamhet* vad gäller agentens företag i sig, men i förhållande till den verksamhet som agentavtalet avser. Det framhålls i tillkännagivandet även att övriga risker som är direkt knutna till tillhandahållet av agenturtjänsten i sig inte är relevanta att beakta i konkurrensrättsligt hänseende. Härigenom kan inte beaktas de risker som hänför sig till utförande av själva uppdraget som agent. Risken för uteblivna intäkter i anledning av alltför låg försäljning alternativt låga inköpsvolymerna och härigenom lägre provision har inget med den verksamhets-specifika risken att göra, utan utgör en allmän risk som är knuten till rollen som agent i allmänhet. Denna form av risk är alltså godtagbar inom ramen för ett genuint agentavtal. Till kategorin allmänna risker kan även hänföras generella investeringar och tillika kostnader därför beträffande lokaler och eventuell personal hos agenten.

Om det å andra sidan skulle vara så att agenten bär alla finansiella och kommersiella risker vore avtalsförhållandet mellan huvudman och agent att jämföra med ett vanligt återförsäljaravtal. Agenten intar därmed rollen som oberoende återförsäljare, vilken enligt kommissionen måste ha frihet att bestämma sin marknadsföringsstrategi i syfte att få avkastning på sin avtals- eller marknadsspecifika investeringar. Ordalydelsen i denna del är något märklig. Den ger intryck av att alla oäkta agentavtal förutsätter att distributören har en obegränsad frihet att utforma sin marknadsstrategi, vilket i normalfallet vid distribution knappast är verklighetsförankrat. Detta förhållande skulle göra hela tillkännagivandet överflödigt i alla andra delar än det om agentavtal. Oklarheten till trots finns det mycket litet som tyder på att detta har varit avsikten i tillkännagivandet. Sålunda bör uttalandet ses som ett exempel på hur genuina agentavtal principiellt kan skilja sig från avtal med oberoende distributörer.

10.4. Exempel på riskfaktorer

Vilka risker som är relevanta att beakta är av naturliga skäl svårt att göra generella uttalanden om i förväg. Skilda branscher och verksamheter kan vara exponerade för vitt skilda risker. Kommissionen betonar även att be-

dömningen måste göras från fall till fall och att det är den *ekonomiska situationen* som står i centrum för bedömningen och inte riskens juridiska form. Likafullt har Kommissionen i tillkännagivandet identifierat sju olika exempel på situationer, vilka, om agenten ikläder sig riskerna knuta därtill, kan medföra att artikel 81.1 EG blir tillämplig. Exempelen hänför sig till avtal som agenten förhandlar om eller ingår å huvudmannens vägnar samt att äganderätten inte övergår till agenten, eller att agenten själv inte tillhandahåller tjänsten.⁸⁹

10.4.1. Kostnader i samband med leverans och inköp

Ett genuint agentavtal förutsätter enligt kommissionen att kostnaderna för de varor eller tjänster som omfattas av agentavtalet inte bestrids av agenten. I dessa kostnader inbegrips själva transportkostnaden, såvida inte dessa bärs av huvudmannen. Vad som framförallt avses härmed är *prisrisken*, d.v.s. vem som bär finansieringsansvaret för försäljningslagret av de varor som omfattas av agentavtalet. Såsom utgångspunkt måste sägas att om agenten är tvungen att först köpa varorna, som omfattas av försäljningsuppdraget, utan reell möjlighet till returrätt innan något försäljningsavtal har träffats med tredje man, så intar agenten samma ställning som en oberoende återförsäljare.⁹⁰ Detta överensstämmer sålunda med den obligationsrättsliga gränsdragningen mellan t.ex. kommissionärer och egenhandlare. Detta har även bekräftats i CEPSA, där EG-domstolen fann det troligt att agenten bär den risken för försäljning av varorna om agenten övertar äganderätten till varorna från den tidpunkt då denne tar emot varorna från leverantören, d.v.s. före en senare försäljning till tredje man. Detta är i realiteten ett köp i fast räkning, där agenten i såväl formell juridisk som praktisk mening agerar som egenhandlare.⁹¹

⁸⁹ Det senare tillägget kan förefalla något övertaligt i anledning av att om agenten skulle köpa varorna från huvudmannen eller själv sälja varor som han ursprungligen hade äganderätten till, är det inte längre fråga om en mellanmansrättslig relation mellan agenten och den tilltänkte huvudmannen.

⁹⁰ I fallet *CEPSA* hade bensinstationsinnehavare – vilka betecknades som handelsagenter – en skyldighet att betala för drivmedelslagret till leverantören och tillika huvudmannen, varvid agenten ansågs bära den ekonomiska risken. EG-domstolen framhöll att "[d]en omständigheten att bensinstationsinnehavaren håller lager på egen bekostnad skulle även kunna ses som ett tecken på att de risker som står i samband med försäljningen av varor har övergått på vederbörande". Se mål C-217/05, *CEPSA*, p 54.

⁹¹ Jfr. mål C-217/05, *CEPSA*, p. 52.

Förutom de mer uppenbara fall av bärande av all prisrisk, finns det även situationer där agenten påtager sig en del av prisrisken, eller temporärt påtar sig viss prisrisk.

I fallet *CEPSA* fann EG-domstolen att bensinstationsinnehavaren skulle betala CEPSA det belopp som motsvarade försäljningspriset för drivmedel nio dagar efter leveransdatum, och att innehavaren samma förfallodag erhåller kommission från CEPSA, vars belopp motsvarar volymen levererat drivmedel. Frågan blev därmed om detta avtalsvillkor gav vid handen att agenten hade påtagit sig en risk som uteslöt att denne kunde vara genuin agent. EG-domstolen ansåg därvidlag att under dessa förhållanden måste det undersökas om betalningen till leverantören av ett belopp som motsvarar försäljningspriset för drivmedel är beroende av den volym som *faktiskt sålts* vid den nämnda tidpunkten och, beträffande perioden för varornas omsättning på bensinstationen, huruvida det drivmedel som levererats av leverantören under alla omständigheter har sålts slut inom en tidsperiod av nio dagar. Om så är fallet, kan, enligt EG-domstolen slutsatsen dras att leverantören och tillika huvudmannen bär den affärsmässiga risken, vilket sålunda inte utesluter att agenten bibehåller sin status som genuin agent.⁹²

Ett särskilt problem, vad gäller prisrisk, är avstående av provision. Enligt 1962 års tillkännagivande förlorade agentavtalet status som genuint om agenten tilläts bestämma priser och affärsvillkor. Om agenten hade fullständig frihet i detta hänseende indikerade detta, enligt 1962 års tillkännagivande, mycket starkt att agenten inte rimligen kunde agera för huvudmannens räkning, utan som egenhandlare. I doktrinen har uttalandet i tillkännagivandet tolkats så att en rättighet för en agent att avstå från provision tillika medförde att agentavtalet skulle klassificeras som oäkta.⁹³

Tolkningen av 1962 års tillkännagivande förefaller förvisso vara korrekt, mot bakgrund av att i den mån som agenten gentemot en kund avstår från sin provision, vilken han är berättigad till enligt agentavtalet, så har agenten *de facto* en möjlighet att påverka centrala delar av avtalet, även om detta är begränsat till provisionens storlek. En annan sak är om detta verkligen kan betraktas som en form av prisrisk.

I tillkännagivandet från 2000 om vertikala avtal finns ingen motsvarande skrivelse om agentens möjlighet att påverka priser och affärsvillkor och osäkerhet har rätt om rättsläget vad gäller agentens möjlighet att avstå från sin

⁹² Se mål C-217/05, *CEPSA*, p. 58.

⁹³ I det numera ersatta tillkännagivandet om exklusivavtal med handelsagenter stadgades att "[i]nsbesondere spricht nach Auffassung der Kommission dafür, daß die Funktion eines Eigenhändlers ausgeübt wird, wenn der als Handelsvertreter bezeichnete Vertragspartner – [...] die Preise oder die Geschäftsbedingungen für die Handelsgeschäfte bestimmen kann oder bestimmt.", Notice on exclusive dealing contracts with commercial agents EGT 139, 24/12/1962 s. 2921–2922. artikel I *in fine* (svensk och engelsk språkversion ej tillgängliga).

provision till köparen. Frågan om prisrisk har på senare tid prövats i *DaimlerChrysler*, där kommissionen gjorde gällande att Mercedes-Benz hade överfört en oproportionerligt stor del av prisrisken för sina fordon till sina agenter. Handelsagenterna tog, enligt kommissionen, på sig del av huvudmannens försäljningsrisk genom att samtliga prisrabatter som agenterna medgav drogs oavkortat från deras provisioner. Kommissionen argumenterade att huvudmannen använde agenternas provision såsom incitament till försäljning och tvingade härigenom agenterna att ta de kostnader som var förbundna med fordonsförsäljningen.

Förstainstansrätten konstaterade dock att agenterna enligt avtalen med huvudmannen inte hade någon skyldighet att före försäljningen köpa fordon av huvudmannen och heller inte hade en skyldighet att bygga upp ett försäljningslager av nya bilar. Avtalet föreskrev, tvärtom, att agenterna saknade rätt att köpa nya bilar annat än för egna behov eller för visning. Avsaknaden av skyldighet att lagerhålla bilar gjorde att det inte var möjligt att jämföra agenterna med oberoende återförsäljare. Ersättningsmodellen för den senare kategorin av återförsäljare skiljde sig markant från agenterna, eftersom den marginal som erhöles vid vidareförsäljningen inte bara skulle finansiera hela inköpet av fordon, utan även återförsäljarens samtliga försäljningsaktiviteter och därutöver eventuella rabatter. En skyldighet att avstå från provision för bilar som agenten hade i sitt lager skulle, enligt förstainstansrätten, tvivelsutan kunna utgöra en reell prisrisk i den mån distributören hade stått för kostnader för inköp och lagerhållning av fordonet. För de enskilda agenterna i det aktuella fallet var det emellertid så att de vare sig i praktiken eller enligt avtal stod risken för att de bilar som fanns i agenternas lager förblev osålda. Agenterna hade faktiskt ett val genom att om de inte ville avstå från provision, så kunde de låta bli att ta upp en bilbeställning. Förstainstansrätten gjorde vidare en jämförelse med Mercedes-Benz oberoende återförsäljare i Belgien och konstaterade att dessa enligt återförsäljaravtalet, till skillnad från agenterna, hade en skyldighet att alltid ett antal bilar i lager som de själva var tvungna att köpa in. Härigenom fann förstainstansrätten - jämförelsevis - att situationen för de tyska agenterna avsevärt skiljde sig från de auktoriserade oberoende återförsäljarna. Skillnaden låg alltså framförallt däri att de oberoende återförsäljarna tog en avsevärd risk som var förbunden med återförsäljningen, medan för agenternas vidkommande så låg denna risk hos huvudmannen, Mercedes-Benz.⁹⁴

⁹⁴ Mål T-325/01, *DaimlerChrysler AG mot kommissionen*. [2005], ECR II s. [ännu ej publicerat], p.73–74, 95–98.

Förstainstansrätten sammanfattade:

”Förstainstansrätten anser under förevarande omständigheter att det förhållandet att Mercedes-Benz tyska agent får medge rabatter – utan att för den skull vara skyldig därtill – som dras från dess provision samt utövar sin kommersiella frihet genom att avstå en del av sin provision på enskilda försäljningar i syfte att i förekommande fall optimera sin totala provision genom att sälja fler fordon, inte kan betraktas som en prisrisk.”⁹⁵

Härigenom har förstainstansrätten klart tydliggjort att risken för s.k. alternativkostnader⁹⁶, främst uteblivna eller minskade intäkter som inte ger upphov till kostnader för agenten, inte är relevanta att beakta för bedömningen av om det rör sig om ett genuint agentavtal. Vidare framgår av resonemanget att risknivåer även är relativa i förhållande till de varor och branschförutsättningar som råder. En relevant fråga som därvidlag synes vara viktig att beakta är vilka normala betingelser som en oberoende återförsäljare opererar under i den specifika branschen. Det är lämpligen mot den bakgrunden som ett agentavtal bör bedömas. De finansiella riskerna i absoluta tal kan skilja sig avsevärt mellan olika branscher, men faktum att ”inträdesriskerna” för att överhuvudtaget vara verksam är olika höga i skilda branscher borde inte i sig föranleda att ett avtal *prima facie* skall betraktas som oäkta. I *DaimlerChrysler* betonade vidare förstainstansrätten att vid uteblivet köp var det i verkligheten huvudmannen som drabbades av de finansiella följdverkningarna. Huvudmannen stod vidare ensam risken för utebliven leverans, felaktig leverans och kundens insolvens.⁹⁷

10.4.2. Risker knutna till säljfrämjande åtgärder

Genuina agentavtal förutsätter, enligt kommissionen, att agenten inte förskrivs att direkt eller indirekt utföra säljfrämjande investeringar. Såsom exempel härpå nämner kommissionen bidrag till huvudmannens reklambudget. En förutsättning för att alls kunna utföra agentavtalet vid t.ex. försäljningsuppdrag är emellertid att agenten gör investeringar i sin verksamhet. Härmed skall dock inte förstås att kostnaderna för de allmänna investeringar för agentverksamheten som sådan inte med självklarhet kan medföra att

⁹⁵ Mål T-325/01, *DaimlerChrysler*, p. 99.

⁹⁶ Med alternativkostnad avses ingen egentlig kostnad utan snarare den intäkt som någon går miste om i anledning av att denne väljer ett av flera alternativ. Alternativkostnader kan i ekonomisk mening även uppkomma när ett mera kostsamt alternativ väljs, varigenom alternativkostnaden är skillnaden mellan de två alternativen.

⁹⁷ Mål T-325/01, *DaimlerChrysler*, p. 101.

avtalet kan omfattas av artikel 81.1 EG. Snarare anser kommissionen att härmed bör förstås sådana investeringar som agenten gör i syfte öka om-sättningen för huvudmannens produkter.

Kommissionens resonemang i denna del leder närmast tankarna till att agenten inte får vidta några marknadsinvesteringar alls. En relevant – ehuru retorisk – fråga är därmed hur agenten med sådana förutsättningar skall förväntas kunna fullgöra sitt uppdrag?

I *DaimlerChrysler* hade kommissionen särskilt lyft fram förhållandet att agenterna hade en skyldighet att på egen bekostnad anskaffa vissa demonstrationsfordon att använda i sin agenturverksamhet. Fordonen i fråga måste användas under minst 3–6 månader och köras minst 3 000 km, varefter avtalet tillät att fordonen såldes som begagnade fordon. Kommissionen ansåg att detta förhållande bidrog till att agenten i avsevärd omfattning var tvungen att använda egna medel för att främja försäljningen. Agenterna tog alltså avyttringsrisken för detta, enligt kommissionen, icke obetydliga anta fordon. Mercedes-Benz invände att dessa risker var typiska för en vanlig handelsagent (och tillika genuint agentavtal).

Förstainstansrätten godkände inte kommissionens resonemang i sak, men delade kommissionens åsikt att agenten faktiskt löpte en viss risk vid köp av demobilar, genom att det exempelvis kunde vara svårt att återsälja dessa fordon med vinst.⁹⁸ Härigenom framhölls den allmänna risk som agenten tar när denne själv måste finansiera de varuprover som skall användas vid försäljningen. Huruvida detta utgör en reell risk måste icke desto mindre avgöras *in casu*. I domskälen i *DaimlerChrysler* framgick att agenterna inledningsvis fick köpa demobilarna till ett förmånligt pris och det föreföll inte vara några problem knutna till att finna avsättning för fordonen på begagnatmarknaden, vare sig vad gällde att finna köpare eller att erhålla ett marknadsmässigt pris. Förstainstansrätten betonade att detta i hög grad *relativiserade* den betydelse som kommissionen hade fäst vid de skyldigheter som var knutna till demobilarna och följaktligen även den därtill hörande risken. Sammantaget ansåg därför förstainstansrätten att kommissionen hade "kraftigt överdrivit" betydelsen av de risker som var associerade med skyldigheten att införskaffa demonstrationsfordon.⁹⁹

⁹⁸ Mål T-325/01, *DaimlerChrysler*, p. 108.

⁹⁹ Mål T-325/01, *DaimlerChrysler*, p. 108–109.

Rättsläget är oklart om gränsdragningen för tillåtna risker knutna till säljfrämjande åtgärder. För agenten som bedriver verksamhet med bensinstationer konstaterade EG-domstolen i *CEPSA* att:

”Beträffande de risker som har samband med de investeringar som är typiska för denna marknad, så övergår de nämnda riskerna på bensinstationsinnehavaren om vederbörande gör specifika investeringar som rör försäljningen av varor, såsom investeringar i lokaler eller utrustning såsom tankar för drivmedel, eller åtar sig att investera i säljfrämjande åtgärder.”¹⁰⁰

Uttalandet bör ses i ljuset av att agentens verksamhet i *CEPSA* var bensinstationer, där investeringarna, typiskt sett, torde vara omfattande för agenten för att kunna agera som mellanman. I andra branscher kan investeringarna vara betydligt blygsammare. En slutsats som kan dras är dock att den tillåtna risken måste allmänt sett vara begränsad gällande marknadsspecifika investeringar och säljfrämjande åtgärder.

10.4.3. Bärande av risk för lagerhållningskostnader

Genuina agentavtal baseras, enligt kommissionen, på förutsättningen att agenten inte på egen bekostnad och egen risk lagerhåller de varor som omfattas av avtalet. Här inbegripes kostnaderna för att finansiera lagren, men även kostnaderna för lagerförluster. En annan förutsättning är att agenten har rätt att returnera varorna kostnadsfritt. Om agenten ikläder finansieringsansvaret för lagret kommer han i normalfallet att betraktas som egenhandlare och kan därmed inte rimligen ses som en genuin agent. Det finns dock andra kostnader som är hänförliga till lager. Vad gäller handelsagenter gäller t.ex. enligt 6 § HaL att handelsagenten skall väl vårda varor och annat som tillhör huvudmannen och som är i handelsagentens besittning. Vidare anges i samma lagrum att handelsagenten skall hålla den sakförsäkring som behövs. Liknande bestämmelser finns i 10 § KommL, enligt vilket lagrum kommissionären är pliktig att vårda gods, som av kommittenten lämnas honom till försäljning eller som för dennes räkning inköpes. Handelskommissionär åläggs vidare att hålla godset brandförsäkrat, där ej med hänsyn till godsets beskaffenhet eller andra omständigheter försäkring kan anses opåkallad.

¹⁰⁰ Mål C-217/05, *CEPSA*, p. 59.

En fråga som därvid uppkommer är om kostnaden för försäkringspremier, kostnader för att uppfylla grundläggande försäkringskrav på lås, larm, brandskydd m.m., men även arbetsmiljörelaterade åtgärder kan anses utgöra alltför stora risker för att agentavtal inte skall betraktas som genuint. Såsom utgångspunkt är dessa kostnader nära förbundna med uppdraget som sådant och utgör några av initiala kostnader för att alls vara verksam i egenskap av agent. Endast i fall när varornas eller uppdraget natur föranleder investeringar, som i detta hänseende icke är obetydliga, bör detta förhållande tala för att agentavtalet inte är genuint.

I *CEPSA* framhöll EG-domstolen att det måste bedömas *vem* av parterna som är ansvarig för eventuella skador på varorna, såsom att de går förlorade eller försämras, och även produktansvarsskador gentemot tredje man. I detta hänseende ansåg EG-domstolen att om en agent skall anses som ansvarig för skador – oberoende av om agenten har iakttagit skyldigheten att förvara varorna under sådana förhållanden som krävs för att undvika förlust eller försämring, så skall det anses att risken har övergått på vederbörande.¹⁰¹ Huruvida detta innebär en reell risk eller hur risken i realiteten skall kvantifieras måste dock avgöras *in casu*.

Ibland är det inte aktuellt att lagra varor, men att de skall transporteras från tillverkaren via agenten till den slutligen köparen. Frågan är därvidlag om risken för transportkostnaden kan inverka menligt på klassificeringen som genuin agent. I *DaimlerChrysler* hade agenterna ålagts att bära transportkostnader för försålda bilar avseende sträckan mellan bilfabriken och platsen för avlämnandet. Agenten erhöll sedan ersättning för denna kostnad, inte från huvudmannen, men från köparen. Kommissionen ansåg därför att agenten, i likhet med en egenhandlare, var beroende av att kunden verkligen åtog sig kostnaderna och transportrisken, eller snarare om kunden verkligen betalade för transporten. Synbarligen menade kommissionen att det kunde råda osäkerhet om kunden verkligen gjorde så, men enligt förstainstansrätten hämtade faktiskt så många som 35 procent av köparna sina nya bilar direkt vid fabriken, vilket visade att denna möjlighet för köparen att undvika transportkostnaden var allt annat än teoretisk. Dessutom visade det sig vara föga troligt att den teoretiska transportrisken (d.v.s. att köparen i slutänden inte skulle erlägga betalning för avtalad transportkostnad, eller förneka att transport till denne var avtalad) skulle realiseras. Kunden informerades nämligen om leveransdatum och någon leverans företogs inte förrän kunden hade bekräftat att leverans skulle ske och att kunden därigenom även åtog sig transportkostnaden. Mot bakgrund av dessa omständigheter ansåg för-

¹⁰¹ Mål C-217/05, *CEPSA*, p. 55.

stainstansrätten att kommission även här kraftigt hade överdrivit den risk som agenten bar med avseende på transportkostnaderna.¹⁰²

Ett undantag härtill, vad gäller risk under denna kategori, är dock risken för kostnader som kan uppkomma i anledning av agentens eget ansvar för fel i varorna. Detta berör alltså agentens ansvar för fel som agenten själv tillfogar produkterna (varan eller tjänsten). Rimligen bör agenten bära risken för sin egen culpa, varför detta inte bör påverka avtalets konkurrensrättsliga status.

10.4.4. Risker knutna till utförande av reparationer m.m.

Kommissionen anser att agenten inte får upprätta och/eller bedriva kund-, reparations- eller garantiservice gällande de varor eller tjänster som agenturavtalet avser. Ett undantag är dock om agenten erhåller full ersättning från huvudmannen. Faktum att en agent utför dessa tjänster är alltså inte avgörande för bedömning av avtalets natur. Avgörande för denna form av risk är i realiteten huruvida agenten tar någon reell affärsrisk vid utförandet av tjänsterna.

Reparationsrisk och garantirisker behandlades utförligt i *DaimlerChrysler*. Kommissionen hade lyft fram riskerna som var associerade med tillverkargaranti för nya fordon. Förvisso förhöll det sig så att huvudmannen – rent civilrättsligt – var den part som hade att uppfylla eventuella anspråk från köpare på garantiersättning. I agentavtalen och villkoren gentemot köparna av nya bilar framgick dock att köparna hade rätt att kräva att fel åtgärdades även av agenterna – benämnt åtgärder i efterhand (*Nachbesserung*) – vilken huvudmannen senare kompenserade agenten för. Problemet med detta ansåg kommissionen vara att agenten inte helt befriades från den risk som var förenad med dessa tjänster. För utförda förbättringsåtgärder erhöll agenten endast en schabloniserad ersättning, vilken av kommissionen ansågs skilja sig från och inte nödvändigtvis täcka de gängse arbetskostnader för normala reparationer – liksom gängse försäljningspriser på reservdelar vid normala reparationer – som agenten själv fastställde utifrån sin företagsekonomiska och konkurrensmässiga verksamhet.¹⁰³ Det var med andra ord osäkert huruvida agenten i realiteten ersattes i tillräcklig grad för de tjänster som den utförde för huvudmannens räkning.

¹⁰² Mål T-325/01, *DaimlerChrysler*, p. 104–106. Jfr även mål C-217/05, *CEPSA*, där EG-domstolen generellt framhöll att det måste utredas vem som direkt eller indirekt står för risken för kostnaderna för leveranserna av varorna i fråga – särskilt transportkostnader (p. 53).

¹⁰³ Kommissionens beslut COMP/36.264, *Mercedes-Benz*, EGT L 257, 25.09.2002, p. 159.

Agenten hade vidare en skyldighet att inrätta en verkstad, tillhandahålla kundservice och garantiservice samt även på begäran delta i en beredskaps- och jourtjänst (*Bereitschafts- und Notdienst*). Agenten måste införskaffa nödvändiga specialverktyg och erbjuda service även för äldre bilmodeller. Reservdelar skulle enligt avtalet tillhandahållas av agenten på egen bekostnad och agenten kunde även sälja reservdelar till återförsäljare.

Förstainstansrätten fann emellertid att kommissionen inte hade lyckats styrka att garantiersättningen i affärsmässigt hänseende var otillräcklig, varigenom det för agenten skulle föreligga en reell finansiell risk kopplad till tjänsten i fråga. Förstainstansrätten framhöll att förluster teoretiskt sett skulle kunna uppkomma för agenterna och till och med eliminera hela förtjänsten från förmedlingsverksamheten om tjänsterna inte utfördes på korrekt sätt. Kommissionen hade likafullt inte på något konkret sätt kunnat tydliggöra hur dessa risker i realiteten skulle kunna uppkomma. Vilka egentliga risker som därvidlag var hänförliga till skyldigheten att inrätta en verkstad, tillhandahålla efterköpservice samt införskaffa och lagerhålla reservdelar hade kommissionen alltså inte lyckats visa.

Kommissionen angav vidare att de intäkter som härrörde från verksamheten som egenföretagare från ekonomisk synpunkt var flerdubbelt högre än omsättningen för förmedling av köpeavtal till nya bilar. Kommissionen ansåg därför att med tanke på antal och det kvantitativa omfånget av de risker som Mercedes-Benz agenter måste bära kunde invändningarna från DaimlerChrysler inte godtas såsom typiska för handelsagenter¹⁰⁴

Förstainstansrätten tillbakavisade kommissionens resonemang och anförde att kommissionen endast nöjt sig med att räkna upp skyldigheter som fanns i avtalet och detaljrikt redogjort för den *påstådda* betydelsen av skyldigheterna och omfattningen av verksamheten, utan att visa på vilket sätt skyldigheterna utgjorde en *väsentlig* risk¹⁰⁵ för agenten. Den av förstainstansrätten gjorda kvalificeringen av Mercedes-Benz tyska agents rättsliga ställning enligt artikel 81.1. EG – d.v.s. att agenterna utgjorde en ekonomisk enhet med huvudmannen – kunde inte vederläggas av att agenterna hade en skyldighet att åta sig ett visst antal uppgifter:

¹⁰⁴ Kommissionens beslut i *Mercedes-Benz*, p. 160.

¹⁰⁵ I denna väsentliga fråga råder osäkerhet om vilken risknivå som förstainstansrätten avsåg. Den tyska språkversionen talar om *spürbare Risiken* (närmast kännbar, märkbar), den franska om *des risques substantiels* (substantiell), den danska överensstämmer med den svenska genom att hänvisa till *væsentlige risici*. Detta skall inte tolkas så att det krävs att agenten skall åta sig en väsentlig risk för att avtalet skall ses som icke-genuint. Se vidare härom nedan.

”Även om skyldigheterna hade ansetts medföra *vissa begränsade risker* för agenterna, kan de enligt konkurrensrätten inte i sig ändra kvalificeringen av förhållandet mellan [huvudmannen] och dess agenter såvitt avser den relevanta marknaden” [min kurs.]¹⁰⁶

Slutsatsen som kan dras härav är att kommissionen – eller den som gör överträdelse av artikel 81.1 EG / 6 § KL gällande – måste kunna visa att ett agentavtal i realiteten medför sådana risker, vilka sammantagna kan anses vara så omfattande att detta talar för att det är fråga om ett avtal mellan en huvudman och en oberoende återförsäljare eller mellanman. Det är alltså inte tillräckligt att endast hänvisa till teoretiska utfall av ett avtalsförhållande eller begränsa sig till de formella skyldigheter och rättigheter som ett agentavtal ger vid handen. I annat fall skulle det ju även vara möjligt att komma i åtnjutande av skydd från artikel 81.1 EG genom att endast införa formella avtalsvillkor, men i praktiken ikläda sig risker som är likställda med dem som normalt är karaktäriserande för en oberoende part.

Vad så gäller den nivå på risk som en agent kan ikläda sig utan förlora sin egenskap som genuin agent bekräftar avgörandet i *DaimlerChrysler* att agenten åtminstone kan åta sig begränsade risker, vilket självfallet måste kvantifieras från fall till fall.

Ett märkligt uttalande från kommissionen i *Mercedes-Benz* är att den ansåg att antalet risker och dess kvantitativa omfång inte kunde anses vara typiska för ett genuint agentavtal. I detta fall visade det sig att dessa sakförhållanden inte kunde styrkas, men resonemanget är dock inte felaktigt från principiell ståndpunkt. Kommissionen framhöll att något annat *endast* skulle kunna gälla om agenten kunde *välja* om han ville överta i synnerhet de avsevärda riskerna på området demonstrations- och företagsbilar, garantiutfärdande, inrättande av verksamhet med underhåll och reparationer och försäljning av reservdelar, eller om han endast ville överta förmedlingen av köpeavtal för nya bilar, men så var ej fallet i praktiken i fallet.¹⁰⁷ Detta uttalande kan inte rimligen tolkas så att agentens valmöjlighet *per se* skulle kunna vederlägga ett faktiskt konstaterande om alltför hög risk för att agentavtalet skulle klassas som genuint. Detta skulle i så fall innebära att tillämpningen av artikel 81.1 EG skulle kunna kringgås genom förekomsten av en valmöjlighet för agenten och skulle därmed förbise den reella relationen mellan huvudman

¹⁰⁶ Mål T-325/01, *DaimlerChrysler AG mot kommissionen*. [2005], ECR II s. [ännu ej publicerat], p. 113.

¹⁰⁷ Kommissionens beslut i *Mercedes-Benz*, p. 160.

och agent. Det hade varit önskvärt att kommissionen hade förtydligat denna punkt.

10.4.5. Marknadsspecifika investeringar

Agenten tillåts i konkurrensrättsligt hänseende inte att göra marknadsspecifika investeringar i utrustning, lokaler eller utbildning av personal. Kommissionen nämner som exempel att en agent ej kan investera i en tank vid återförsäljning av bensin, eller för försäkringsagenter; en särskild programvara för försäljning av försäkringar.

Denna riskkategori har ännu inte prövats i rättspraxis, men förefaller enligt min mening vara alltför kategoriskt utformad av kommissionen. Risken är alltid relativ i förhållande till den bransch och marknadsförutsättningar som råder. Om det visar sig att programvaran eller tanken i exemplet i förra stycket skulle kunna säljas vidare, lämnas tillbaka, hyras förmånligt etc., eller om kostnaden därför är försumbar borde detta inte skäligen kunna leda att agentavtalet mellan huvudman och agent skulle betraktas som oäkta. Om däremot det kan fastställas att det rör sig om omfattande eller betydande investeringar från agentens sida, kan detta tala för att denne är en oberoende återförsäljare.

10.4.6. Produktansvar

Agenten kan inte, enligt kommissionen, gentemot tredje man ikläda sig ansvar för skada som orsakas av den sålda produkten. Kommissionen kvalificerar inte detta om det skulle röra sig om produktansvar i produktansvarslagens mening eller andra farliga produkter. I allt väsentligt förefaller detta emellertid var fullt rimligt, eftersom det normalt torde vara en riskfaktor som skall bäras av huvudmannen.

Undantaget härtill är dock om agenten bär risken för detta, men i realiteten frigörs från ansvaret av huvudmannen. Kommissionen uttrycker detta så att produktansvar utesluter ett genuint agentavtal, såvida agenten i egenskap av just agent inte är ansvarig för fel i detta hänseende.

10.4.7. Del credere-klausuler och ansvarsrisker

Det kan inträffa situationer där tredje man av olika skäl underlåter att uppfylla sin del av avtalet. Skulle agenten vara ansvarig för ett sådant fullgörande kan emellertid avtalsrelationen mellan agent och huvudman betraktas

som oäkta. Undantag finns dock om agenten görs ansvarig för tredje mans underlåtenhet p.g.a. agenten har förmedlat ett avtal med kund som har dålig betalningsförmåga och att agenten därvidlag har brustit i aktsamhet vad gäller undersökning av om kunden i fråga är solvent. Agenten kan ha brustit i kreditupplysning till huvudmannen i det att agenten inte försett huvudmannen med sådan nödvändig information som behövs för att bedöma kundens finansiella ställning. Att en agent hålls ansvarig för att tredje man fullgör sin betalningsskyldighet brukar benämnas att agenten åtager sig ett ansvar *del credere*, d.v.s. en form av garantiansvar gentemot huvudmannen.¹⁰⁸ Del credere-ansvaret återfinns även i äldre civilrättsliga bestämmelser, se t.ex. HB 18:6:

”Haver syssloman borgat sin huvudmans gods och varor ut till den, som för ärlig och riktig man känd var, men finnes sedan så fattig, att han ej gitter det återgälda; vare då syssloman ej skyldig det att fylla, utan han särskild vedergällning njuter för det, han slikt äventyr stånda må.”

Denna form av garantiansvar gentemot huvudmannen ansågs i 1962 års tillkännagivande inte medföra att ett genuint agentavtal förlorade sin egenskap och betraktades som oäkta. I 2000 års tillkännagivande nämns inte del credere-ansvar och rättspraxis saknas på området. Det förefaller dock vara sannolikt att dessa klausuler inte hindrar att agentavtalet skall betraktas som genuint.

Risker kan även uppkomma för skadestånd orsakade av agentens agerande. Det kan röra sig om att agenten inte har vidtagit nödvändiga och rimliga säkerhets- och stöldskyddsåtgärder, underlåtit att rapportera stölder till polismyndigheten eller i övrigt har förfarit vårdslöst i sitt utövande av uppdraget. Risker för ersättningsskyldighet i anledning av detta kan inte rimligen innebära agentavtalets genuinitet äventyras, eftersom det skulle ge negativa incitament till agentens skötsamhet. Dessutom torde många av dessa risker från praktisk synpunkt täckas av agentens ansvarsförsäkring. Sammantaget bör del credere ansvar i sig inte medföra att agentavtal betraktas som oäkta. Det är dock nödvändigt att göra en individuell bedömning av vilket konkret ansvar som agenten härigenom ikläder sig. Det kan diskuteras vilken nivå av vårdslöshet som skall krävas för att utlösa ett ansvar från agentens sida, d.v.s. om det skall anses tillåtet för genuinitet att åta sig vanligt culpaansvar eller om det skall behövas krav på grov vårdslöshet. Stöd i praxis saknas helt för att kunna göra en bedömning *de lege lata* i denna del.

¹⁰⁸ Se utförligt i Nyström, J-Å., *Kontraktsbrott vid agenturavtal*, 3 uppl. 2004, s. 177 ff. och Söderlund, H., *Agenträtt – Kommentar till lagen om handelsagentur m.m.*, 1994, s. 166.

Det förefaller därför vara onödigt restriktivt att kräva grov vårdslöshet för att acceptera del credere ansvar i allmänhet för genuina agentavtal.

10.5. Integrationskriteriet

Såsom visats i föregående kapitel är en adekvat risknivå ett nödvändigt kriterium för fastställande av genuina agentavtal. Det är, som skall visas i det följande, dock inte ett tillräckligt villkor. Riskkriteriet har varit en del av analysen ända sedan 1962 års tillkännagivande om agentavtal. Däremot har det i EG-domstolens rättspraxis utvecklats inskränkningar i möjligheterna komma i den privilegierade ställning som ett genuint agentavtal medför.

Ett väsentligt avgörande kom under 1985 genom målet *Vlaamse Reisbureaus*, där det hade invänts att förhållanden mellan en researrangör och ett flertal reseåterförsäljare skulle betraktas som genuina agentavtal, eftersom det var fråga om ett förhållande mellan uppdragsgivare och uppdragstagare och att de senare utgjorde ett hjälporgan till researrangören. En omständighet som skulle stödja denna uppfattning var att återförsäljaren inte ingick avtal i eget namn, utan i researrangörens namn och för dennes räkning.¹⁰⁹

EG-domstolen anmärkte häremot och betonade att genuina agentavtal förutsätter att agenten inte är en självständig mellanman som tillhandahåller tjänster *helt på oberoende grund*. Vidare framhölls i målet faktum att återförsäljarna å ena sidan representerade ett mycket betydande antal huvudmän och å andra sidan hade tillika huvudmännen ett mycket betydande antal återförsäljare. Vad gällde återförsäljarna konstaterade EG-domstolen att dessa inte kunde betraktas som stödorgan, utgörande en *integrerad del* av en researrangörs företag:

”[E]n återförsäljare [...] är att betrakta som en självständig mellanman som tillhandahåller tjänster på helt oberoende grund. Å ena sidan säljer återförsäljaren resor som organiseras av ett mycket betydande antal researrangörer och å andra sidan säljer en arrangör sina resor genom ett mycket betydande antal återförsäljare. En sådan återförsäljare kan inte [...] betraktas som ett stödorgan som utgör en *integrerad del* av en researrangörs företag.”[min kurs.]¹¹⁰

¹⁰⁹ Mål 311/85, *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus mot ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, [1987] ECR 3801, p. 19.

¹¹⁰ Mål 311/85, *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus mot ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, [1987] ECR 3801, p. 20. Jfr även Konkurrensverkets beslut i *Air Malta*, dnr 47/97, för ett liknande resonemang, där agentens roll ansågs vara så

EG-domstolens avgörande i *Vlaamse Reisebureaus* kan sägas ta sikte på två olika situationer, vilka kan kombineras i olika grad. För det första kan agenten företräda flera olika huvudmän, t.ex. en agent som har liknande uppdrag för konkurrerande tillverkande. För det andra kan agenten bedriva en till agenturförhållandet oavhängig verksamhet. Om någon av dessa förutsättningar är för handen kan agentavtalet inte betraktas som genuint i konkurrensrättslig mening. Faktum att en huvudman har flera olika agenter kan emellertid inte anses vara beaktansvärt, eftersom det är agentens relation till huvudmannen som står i centrum för bedömningen. I annat fall skulle en huvudman inte kunna ha flera än en agent, vilket givetvis är orimligt. EG-domstolens anmärkning om att researrangörerna hade ett mycket betydande antal agenter kan inte ses isolerat, utan måste beaktas tillsammans med faktum att agenterna i fråga (återförsäljarna) tillika hade ett stort antal huvudmän.

Christensen m.fl. framhåller att en konsekvens av EG-domstolens avgörande är att huvudmannen måste – för att säkerställa att integrationskriteriet är uppfyllt – avtala med agenten att denne inte får representera någon annan huvudman. Detta är sålunda förvisso en begränsning av mellanmärkeskonkurrensen, men en direkt nödvändighet för att agentavtalet skall betraktas som genuint.¹¹¹ Goyder hävdar likaledes att

”[...] a true agent works only on behalf of one principal, *as well as* bearing no commercial risk with respect to the goods being sold: in other words, there must be an exclusive agency provision” [min kurs.]¹¹²

Sammantaget måste sålunda huvudmannen och agenten tillse att avtalsförhållandet dem emellan i akt och mening verkligen är ett exklusivt agentavtal inom ramen för verksamheten de bedriver på den relevanta marknaden för att undgå tillämpningen av artikel 81.1 EG. Agenten kan därför inte företräda flera uppdragsgivare och kan heller inte i mer än obetydlig omfattning bedriva en egen verksamhet vid sidan av agentverksamheten. Detta stöds

osjälvständig att huvudmannen och agenten kunde betraktas som en ekonomisk enhet. Att agenten tilläts representera flera en huvudman hade dock ingen avgörande betydelse. Jfr dock *Svenska Interpress*, dnr 784/95, där huvudmannen och agenterna inte kunde anses utgöra en ekonomisk enhet.

¹¹¹ Christensen, A., Heide-Jørgensen, C., Hjelmberg, S.E., Lanseth, J. M., Poulsen, S. T., Friis Bach Ryhl, C., Schovsbo, J., *Konkurrenzeretten i EU*, 2 uppl., s. 320.

¹¹² Goyder, J., *EU Distribution Law*, 4 uppl., 2005, s. 179.

även kommissionens tidigare praxis. I t.ex. ärendet *Toyco*¹¹³ hade en inköpskoncern gentemot vissa leverantörer uppträtt som grossist, medan den gentemot andra leverantörer hade agerat som agent. Härigenom kunde en bedömning enligt dåvarande artikel 85 inte uteslutas och företaget förlorade sålunda den privilegierade ställningen som skulle ha följt av ett genuint agentavtal. Enligt Christensen m.fl. visar beslutet att det räcker med att ett av avtalen är oäkta för att hela avtalsförhållandet skall anses vara oäkta.¹¹⁴ Å andra sidan är det ju enligt rättspraxis tillräckligt att agenten företräder flera olika huvudmän för att artikel 81.1 EG skall vara tillämplig.¹¹⁵

Förstainstansrätten bekräftade förekomsten av integrationskriteriet i fallet *Minoan Lines* och anförde där att riskkriteriet inte står ensamt vid bedömningen av huruvida agentavtal skall anses vara genuint:

”Vad gäller företag som står i ett vertikal förhållande såsom en huvudman och hans agent eller mellanman, skall huvudsakligen två faktorer beaktas vid bedömningen av huruvida det föreligger en ekonomisk enhet. För det första skall det beaktas huruvida mellanmannen påtar sig någon ekonomisk risk, för det andra, huruvida de tjänster som mellanmannen tillhandahåller inte tillhandahålls andra”¹¹⁶

I svensk rättspraxis synes integrationskriteriet även ha fått en framträdande plats och det enda rättsavgörande inom området är *AGA Gas*, där MD ansåg att avtal mellan AGA och dess agenter inte utgjorde ett genuint agentavtal. MD använde förvisso inte den av EG-domstolen och kommissionen gängse benämningen för denna form av agentavtal, utan anförde istället att

”[...] [a]genterna inte står någon ekonomisk risk för transaktioner som ingås för AGA:s räkning, dels att agenterna vid sidan av uppdraget för AGA driver egen verksamhet och att uppdraget för AGA endast motsvarar en mindre del av agenternas verksamhet. [...] Vid en sammantagen bedömning av de faktiska förhållanden kan [...] agenternas roll inte anses vara så

¹¹³ Kommissionens beslut 88/86/EEG av den 18 december 1987 angående ett förfarande enligt artikel 85 I EG-fördraget, IV/31.017 - *Fisher-Price/Quaker Oats Ltd – Toyco*, EGT, L 49, 23.2.1988, s. 19–23.

¹¹⁴ Christensen, m.fl., a.a., s. 321.

¹¹⁵ Se även Sundell som framhåller att “[i]ntegration föreligger om agenten inte bedriver någon annan ekonomisk verksamhet än den som bedrivs för ifrågavarande huvudmans räkning eller agentens övriga verksamhet är begränsad och inte avser konkurrerande varor eller tjänster”, Sundell, H., *Ekonomisk enhet – en av EG-Domstolen fastlagd princip blir snart en del av svensk rätt*, JT 1993/94, s. 338.

¹¹⁶ Mål T-66/99, *Minoan Lines SA mot kommissionen*, [2003] ECR II s. 5515, p. 126.

osjälvständig att det kan hävdas att det i själva verket är huvudmannen AGA som agerar på marknaden. Marknadsdomstolen finner således att agenterna i konkurrensrättsligt hänseende skall betraktas som självständiga [...]” [min kurs.]¹¹⁷

Även om MD inte uttryckligen hänvisar till ett integrationskriterium, så ligger det svenska avgörandet i linje med den praxis som utvecklats i EG-domstolen. Ärendet, som i MD endast avsåg tillämpning av 19 § KL, återförvisades till KKV för fortsatt handläggning. Efter MD:s avgörande trädde kommissionens tillkännagivande om vertikala avtal i kraft och mot bakgrund av dess styrande effekt på nationella konkurrensmyndigheter är det föga uppseendeväckande att KKV sedermera under 2001 – trots avsaknad av verklig integration mellan agent och huvudman – likafullt beviljade icke-ingripandebesked för AGA Gas.¹¹⁸

10.5.1. Kommissionens riktlinjer och integrationskriteriet

Mot bakgrund EG-domstolens praxis, men även kommissionens tidigare praxis, är det synnerligen anmärkningsvärt att det i kommissionens eget tillkännagivande om vertikala avtal emellertid framhålls, att det är *irrelevant* om agenten agerar för en eller flera huvudmän (p. 13). Härigenom synes kommissionen, egendomligt nog, ge uttryck för att integrationskriteriet skulle kunna bortses från. Detta kräver en särskild utredning.

I ärendet *Mercedes-Benz*¹¹⁹ hade kommissionen mottagit en mängd klagomål från konsumenter på att Daimler-Benzkoncernens bolag hade hindrat export av nya motorfordon av märket Mercedes-Benz. I Tyskland hade distributionen av motorfordon skett via ett nätverk av filialer som ingick i koncernen

¹¹⁷ MD 2000:6, *Konkurrensverket mot AGA Gas AB*. Härmed skall inte förstås att icke-ingripandebesked inte borde ha beviljats, däremot förefaller det finnas brister i den rättsliga motiveringen till beslutet. Icke-ingripandebeskedet borde istället ha funnit i stöd i grupp- eller legalundantag, beroende av marknadsandelarnas storlek.

¹¹⁸ Konkurrensverkets beslut i *AGA Gas II*, dnr 270/2000. Kommissionens riktlinjer synes dock inte ha hindrat att den danska konkurrensmyndigheten efter uttrycklig hänvisning till *Vlaamse Reisbureaus*, har använt integrationskriteriet i bedömningen av agentavtal – se t.ex. Konkurrenserådet avgörande i Journal nr. 2:8032-1130, *Aftale om billeformidling på Internettet* (senare avgjort i Konkurrenceankeværnet den 30 augusti 2001 i sak 00-224.395: *BILLETnet A/S Scandinavia Onl-line A/S mod Konkurrenserådet*. Se även Konkurrenserådets avgörande av den 21 juni 2000 i ärendet Journal nr. 2: 8032-686, *Europæiske Rjseforsikring A/S' anmeldte aftaler med rejsebureauerne*, samt avgörandet i J.nr.2: 8032-234, *Mobilix A/S' distributionsaftale med Merlin A/S*.

¹¹⁹ Kommissionens beslut 2002/758/EG den 10 oktober 2001 om ett förfarande enligt artikel 81i EG-fördraget, COMP/36.264, *Mercedes-Benz*, EGT L 257, 25.09.2002, s. 1–47.

och via agenter som hade civilrättslig ställning av handelsagenter och agerade i egenskap av förmedlare. Härutöver skedde distributionen via kommissionärer. Kommissionen ansåg att artikel 81.1 EG var tillämplig på avtalen mellan Mercedes-Benz och de tyska agenterna i samma omfattning som på ett avtal med auktoriserad återförsäljare. I anledning härav skulle de konkurrensbegränsningar som ålagts agenterna bedömas på samma sätt som i förhållande till en oberoende återförsäljare.¹²⁰

Angående kravet om integration hade DaimlerChrysler framhårdat att kommissionens beslut i sig självt var motsägelsefullt och oförenligt med rättspraxis på området. Kommissionen ansåg, å andra sidan, att integrationskriteriet inte i sig kunde användas, vid sidan av riskfördelningen, för att särskilja en handelsagent från en oberoende återförsäljare¹²¹ Med hänvisning till *VAG Leasing* hävdade kommissionen att integrationskriteriet inte kunde anses vara ett självständigt kriterium för att artikel 81.1 EG inte skulle anses vara tillämpligt på agentavtalen. Kommissionen stödde sig på följande uttalande från EG-domstolen i målet *VAG Leasing*:

”Förhållandet mellan VAG och återförsäljarna regleras av ett agenturavtal enligt vilket VAG inom ett visst område anförtror dem återförsäljning till allmänheten av nya bilar och reservdelar av märkena Volkswagen och Audi samt kundtjänst. Återförsäljarna måste vidare erbjuda vissa tjänster, däribland leasing, vilka inom VAG-gruppen handhas av VAG Leasing. [...] Det är enbart när en företrädare *inte tar någon av de risker* som följer av de avtal som han har förhandlat fram för uppdragsgivarens räkning och *uppträder som ett hjälporgan* som är *integrerat* i uppdragsgivarens företag, som företrädaren kan förlora egenskapen av oberoende ekonomisk aktör [...] De tyska VAG-återförsäljarna påtar sig emellertid åtminstone delvis den ekonomiska risk som sammanhänger med de affärer som de gör för VAG Leasings räkning, i den mån som de av VAG Leasing köper tillbaka

¹²⁰ Kommissionens beslut i *Mercedes-Benz*, p. 168. Den svenska språkversionen måste anses ha fallit offer för olycklig översättning och juridisk begreppsförvirring. Här sägs bl.a. att ”[b]egränsningar som denne ålagts skall därför bedömas på samma sätt som för en *kommissionär*”. Detta är en allvarlig felöversättning; den engelska språkversionen talar nämligen endast om *dealer*, som åsyftar en oberoende återförsäljare, d.v.s. en person som rättshandlar i eget namn för egen räkning och som sålunda faktiskt utesluter bl.a. kommissionärer. Det bidrar heller inte till klarheten att *criterion* har översatts med *kännetecken*, vilket måhända kan vara korrekt i vissa fall, ehuru *kriterium* hade varit ett bättre ordval för att härigenom tydliggöra att det rör sig om en egenskap som skall tjäna som prövningsgrund. Vidare har engelskans *integration* översatts med införlivande, vilket heller inte – kontextuellt sett – är korrekt, eftersom *integration* avser en befintlig egenskap i avtalsrelationen – inte själva åtgärderna som leder fram till detta stadium.

¹²¹ Kommissionens beslut i *Mercedes-Benz*, p. 163.

fordonen när leasingavtalen upphör. Vidare bedriver de huvudsakligen, på ett högst oberoende sätt, en försäljnings- och serviceverksamhet i eget namn och för egen räkning.” [min kurs.]¹²²

Uttalandet i *VAG Leasing* synes emellertid, enligt min mening, närmast bekräfta EG-domstolens inställning i *Vlaamse Reisbureaus*, eftersom det klart och tydligt nämns de två kumulativa kriterier som utvecklats i rättspraxis. Det är därför mycket svårförståeligt varför DaimlerChrysler, som kommissionen gjorde gällande, härigenom skulle ha missuppfattat rättspraxis såtillvida som det skulle vara felaktigt att det fanns två kumulativa villkor som måste vara uppfyllda för att artikel 81.1. EG inte skulle vara tillämplig på agentavtal. Dessa villkor skulle ju för det första avse en riskfördelning som är karaktäristisk för ett sådant avtalsförhållande och för det andra så skall agenten vara integrerad i huvudmannens företag. Kommissionen ansåg däremot att agenten mister sin privilegierade ställning enligt konkurrensrätten *endast* när den bär mer än försumbara finansiella eller affärsmässiga/kommersiella risker. Därutöver skulle det, enligt kommissionen, inte finnas några ytterligare krav på att agenten skulle vara integrerad i huvudmannens företag, oavsett hur begreppet integration skulle definieras. Kommissionen sade i anslutning till sin bedömning i *DaimlerChrysler* att EG-domstolen genom avgörandet *VAG Leasing* skulle ha frångått sin praxis och inte längre gett integrationskriteriet någon självständig betydelse i förhållande till riskfördelningen. På vilket sätt detta skulle ha skett är dock höljt i dunkel.

Kommissionen argumentationsgrunder fördunklas ytterligare av att den avfärdade EG-domstolens avgörande i *Vlaamse Resibureaus* under förevändning att målet skulle vara irrelevant för utgången i *DaimlerChrysler*, i anledning av att omständigheterna i det målet skiljer sig från dem i *DaimlerChrysler*, dock utan att kommissionen utvecklade sin inställning mer i detalj.¹²³

Vad som härav kan konstateras är att genom kommissionens uttalande i *DaimlerChrysler*, så bekräftades det som har befarats i den rättsvetenskapliga doktrinen, nämligen att avdelningen om agenter i kommissionens riktlinjer för vertikala avtal strider mot EG-domstolens praxis. Den dominerande uppfattningen i doktrinen har varit samstämmig; integrationskriteriet är ett självständigt kriterium vid sidan av riskkriteriet. Kommissionens riktlinjer

¹²² Mål 266/93, *Bundeskartellamt mot Volkswagen AG och VAG Leasing GmbH*, [1995], ECR I-3477, p. 4, 19.

¹²³ Mål T-325/01, *DaimlerChrysler AG mot kommissionen*. [2005], ECR II s. [ännu ej publicerat], p. 67.

är därmed antingen felaktiga eller, i bästa fall, ofullständiga.¹²⁴ Såsom visats ovan under avsnittet om riskkriteriet synes de rättsliga tillkortakommanden som riktlinjerna uppvisar angående integrationskriteriet till viss del, och på ett olyckligt sätt, kompenseras genom en i realiteten överdriven strikt inställning till riskfaktorer. Detta framgår inte minst i *DaimlerChrysler*. Även om tröskelvärdet, för vilken risk som skall anses vara acceptabel för att avtal inte skall förlora egenskap av genuinitet, genom avgörandet i *DaimlerChrysler*, i realiteten sätts högre än vad kommissionen synbarligen anser är lämpligt, så kompenseras detta, enligt min mening, mer än väl av ett adekvat iakttagande av integrationskriteriet.¹²⁵

Goyder tolkade kommissionens beslut i *Mercedes-Benz* så att integrationskriteriet faktiskt är ett kumulativt villkor, tillsammans med frånvaron av relevant risk, för att ett genuint agentavtal skall anses föreligga.¹²⁶ Genom förtydligandet i *DaimlerChrysler* står det dock klart att riktlinjerna inte har varit ofullständiga, utan kommissionen har gjort bedömningen att det inte funnits något klart integrationskriterium att ta ställning till.

Förstainstansrätten accepterade emellertid inte kommissionens resonemang i *DaimlerChrysler* och framhöll särskilt att

¹²⁴ Se t.ex. Christensen, m.fl., a.a., s. 319 ff., Wijckmans, m.fl., a.a., s. 232, Whish, R., *Competition Law*, 5 uppl., 2003; "[...] a view that is difficult to reconcile with the judgment of the ECJ in the Vlaamse Reisbeureaus case" (s. 587)., Van Bael och Bellis framhåller att "it appears that the Vertical Guidelines are inconsistent with case law of the Court of Justice", Van Bael/Bellis, a.a., s. 210, Wetter m.fl. framhåller att "[r]edan här bör dock uppmärksammas att det finns vissa motsättningar mellan Kommissionens riktlinjer (samt KKV:s snabbt anpassade praxis) och tidigare praxis från EG-domstolen och MD", Wetter, C., Karlsson, J., Rislund, O., Östman, M., *Konkurrensrätt – en handbok*, 3 uppl., 2004, s. 405.

¹²⁵ Jfr Wijckmans m.fl. som framhåller att "[w]hile the Commission's efforts to distinguish genuine agents from non-genuine agents on the basis of economic criteria should be approved, it would appear that the Commission's position on the degree of risk that genuine agents may bear is, in some respects, overly strict. The Court of First Instance's approach in *DaimlerChrysler v EC Commission*, where the Court uses as criterion that the agent must bear 'substantial economic risk' in order to be considered as a non-genuine agent, must therefore be approved." Wijckmans, m.fl., a.a., s. 233. Anmärkas häremot bör dock att förstainstansrätten inte uttryckte sig som Wijckmans m.fl. hävdar, utan använde terminologin att skyldigheterna som ålades agenterna hade medfört vissa *begränsade* risker (p. 113 i domen) och att detta inte ändrade kvalificeringen av förhållandet mellan huvudmannen och agenten. Härmed är det inte sagt att agenten kan ikläda sig *betydande* ekonomisk risk såsom Wijckmans m.fl. nu gör gällande. Detta är enligt min mening en alltför extensiv tolkning av domen.

¹²⁶ Goyder, J., *EU Distribution Law*, 4 uppl., 2005, s. 179.

”Det har fastställts att agenterna endast förlorar sin ställning som oberoende ekonomiska aktörer när de inte tar någon av de risker som följer av de avtal som har förhandlats fram för uppdragsgivarens räkning och uppträder som ett hjälporgan som är integrerat i uppdragsgivarens företag. [...] När en agent, även om den utgör en egen juridisk person, inte självständigt kan bestämma sitt agerande på marknaden, utan tillämpar de instruktioner som huvudmannen ger den, är således de förbud som föreskrivs i artikel 81.1 EG inte tillämpliga på förhållandet mellan agenten och huvudmannen, som tillsammans bildar en ekonomisk enhet”¹²⁷

Ett i sammanhanget något märkligt resonemang av kommissionen återfinns i *DaimlerChrysler* genom att den anför att enligt vad som sägs i *Suiker Unie*, så kan en agent inte anses vara integrerad i huvudmannens verksamhet om denne bär vissa risker. Oklarheten gäller om detta uttalande skulle anses stödja uppfattningen att det inte finns något integrationskriterium som skall beaktas, eller om förekomsten av risk skulle kunna vederlägga en slutsats om integration mellan huvudman och agent.¹²⁸ Kommissionens argumentationslinje var tvivelsutan konsekvent i det att den gjorde gällande att något integrationskriterium inte existerande enligt gällande rätt, men uttalandet skulle likvisst kunna uppfattas så att kommissionen, såsom andrahandsgrund, gjorde gällande att i det fall domstolen skulle komma fram till att integrationskriteriet var av avgörande betydelse, så kunde det vederläggas av riskkriteriet. Om kommission hade avsett just detta framgår emellertid inte av argumentationen och oklarheten i detta hänseende bidrar till osäkerheten om kommissionens egentliga inställning i frågan. Oavsett vad som kommissionen avsåg fann dock förstainstansrätten i *DaimlerChrysler* att faktum att agenten bär oproportionerligt höga risker rimligen inte kunde leda till att integrationskriteriet skulle bortses ifrån. Detta kriterium kvarstår självständigt som ett nödvändigt kriterium för genuina avtal, oavsett agentens riskexponering. Däremot integrationskriteriet – i likhet med riskkriteriet – inte ett tillräckligt kriterium; bärande av höga risker kan leda till att agenten förlorar sin privilegierade ställning enligt konkurrensrätten, trots att verklig integration föreligger. Förstainstansrätten anförde därför i *DaimlerChrysler* att det skall prövas huruvida slutsatsen att agenterna är integrerade med huvudmannen faktiskt kan vederläggas genom att agenterna påtar sig andra kostnader och risker utan att ge dem minsta tillstymmelse till valmöjlighet.¹²⁹

¹²⁷ Mål T-325/01, *DaimlerChrysler*, p. 87–88.

¹²⁸ Jfr Mål T-325/01, *DaimlerChrysler*, p. 67

¹²⁹ Mål T-325/01, *DaimlerChrysler*, p. 103.

I *DaimlerChrysler* var det ostridigt att avtalen mellan Mercedes-Benz och dess agenter gav vid handen att det var huvudmannen – och inte agenterna – som i praktiken sålde nya bilar direkt till kunderna och att agenterna inte hade rätt att sälja dem i eget namn och för egen räkning. Avtalen innehöll villkor om att agenterna endast fick representera huvudmannen och var tvungna att företräda Mercedes-Benz intressen. Villkoren i agentavtalen hade ensidigt fastställts av huvudmannen och hade vidare utformats så att agenterna inte hade någon befogenhet eller tillåtelse att sälja fordon, utan agenternas uppgift var begränsad till att locka till sig potentiella kunder och förmedla deras beställningar till Mercedes-Benz för accept och fullgörande. Agenterna hade inte möjlighet att ingå avtal för huvudmannens räkning och hade inget inflytande över prissättningen på bilarna, mer än att de hade möjlighet att ge rabatter som avräknades av huvudmannen på agentens provision.

Förstainstansrätten ansåg att agenterna befann sig – i förhållande till huvudmannen – i en situation som karaktäriserades av att de sålde Mercedesfordonen huvudsakligen i enlighet med Mercedes anvisningar. Detta, ansåg förstainstansrätten, innebar att agenterna kunde likställas med anställda och anses utgöra en integrerad del i Mercedes och att agenterna och huvudmannen i denna egenskap utgjorde en ekonomisk enhet. I anledning härav skulle inte agenterna ses som ett separat företag i den mening som avses i artikel 81.1. EG¹³⁰

Förstainstansrätten behandlade i anslutning härtill även ett påstående från kommissionen att agenterna hade påtagit skyldigheter som var identiska med auktoriserade, oberoende, återförsäljare, att båda distributionsformerna var integrerade i Mercedes-Benz distributionssystem i lika stor utsträckning varför integration i sig inte var något lämpligt kriterium för att avgöra klassificering av agentavtalen. Denna slutsats ansåg emellertid förstainstansrätten vara uppenbart felaktig och påvisar, enligt min mening, en fundamental vantolkning av integrationsbegreppet. Förstainstansrätten framhöll väsentliga omständigheter som skiljde agenter och oberoende återförsäljare åt i integrationshänseende; återförsäljarna hade ansvar för distribution och försäljning av fordonen, de köpte bilarna och sålde dem till sina kunder för egen räkning, i eget namn och på egen risk (sålunda den klassiska skillnaden mellan handelsagent och egenhandlare). Till yttermera visso framgick av avtalen med de oberoende handlarna att de bibehöll sitt oberoende gentemot Mercedes-Benz, de var heller inte agenter eller ombud för Mercedes-Benz och vissa av återförsäljarna hade vidare skyldighet att alltid ha nya

¹³⁰ Mål T-325/01, *DaimlerChrysler*, p. 102.

bilar i lager som de skulle ställa ut i sina lokaler och leverera till sina kunder. Förstainstansrätten sammanfattade:

”[D]essa uppgifter understryker den viktiga skillnad som råder mellan den tyska agentens funktion som är integrerad i huvudmannen Mercedes-Benz företag och den funktion som en oberoende återförsäljare [...] har att fylla. Förstainstansrätten erinrar om att den relevanta marknaden utgörs av detaljhandeln med Mercedes personbilar. Den oberoende återförsäljaren kan bestämma eller åtminstone ha inflytande över de villkor som skall tillämpas vid försäljningen, eftersom det är återförsäljaren som är säljaren, bär den huvudsakliga prisrisken för fordonet och håller fordon i lager. Det är denna handlingsfrihet för återförsäljaren, som träder emellan tillverkaren och kunden, som utsätter densamme för risken att artikel 81 EG kan komma att tillämpas på dess förhållande med tillverkaren. Mercedes-Benz tyska agent har i förevarande fall en helt annan ställning och funktion.”¹³¹

10.5.2. Övriga faktorer som indikerar oberoende

Ett förhållande som särskilt lyftes fram i *VAG Leasing* var att representanterna huvudsakligen bedrev ”[...] på ett högst oberoende sätt, en försäljnings- och serviceverksamhet i eget namn och för egen räkning”. Detta faktum innebär alltså att agenturverksamheten stod för en liten del av agentföretagens verksamhet, vilket ansågs påvisa oberoende hos agenten och därmed avsaknad av integration. I beslutet *Pittsburgh* var möjligt för agenten att avstå från restriktionerna som huvudmannen hade ålagt agenten om den så önskade och det visade sig vidare att agenten gjorde de mesta av sina vinster från affärer med egna varor och de som härrörde från tredje part. Härigenom existerande inget reellt beroende mellan agenten och huvudmannen.¹³²

I *Toyco* hade Kommissionen lyft fram faktum att fakturor för vissa varor som levererades ställdes ut av agenten och det var agenten som företog leveranserna. Vidare hade agenten Toyco fört separata konton för de olika upp-

¹³¹ Mål T-325/01, *DaimlerChrysler*, p. 118.

¹³² Kommissionens beslut 72/403/EEG av den 23 november 1972, IV/26.892 – *Pittsburgh Corning Europe – Formica Belgium – Hertel*, IV/26.876 och 26.892, EGT L 272 5/12/1972, s. 35–39, p. 11.

dragsgivarna i sin bokföring. Detta ansågs vara ett tecken på oberoende hos agenten och talade för att det inte var ett genuint agentavtal.¹³³

Dessa förhållanden, som kommissionen har funnit vara viktiga vid bedömningen enligt artikel 81.1 EG, anser jag måste läsas tillsammans med övriga omständigheter i det aktuella fallet. Faktum att agenten utfärdar en faktura eller företag leverans kan rimligen inte frånta denne sin status som osjälvständig agent som är integrerad med huvudmannen. Båda dessa förhållanden säger mycket litet om agentens status. Vidare kan det i kommissionsfallet vara en civilrättslig förutsättning att agenten såväl utfärdar fakturorna, företag leverans som att denne senare för en separat bokföring för varorna, låt vara att kommissionsförhållandet måste vara exklusivt och att den egna verksamheten skall vara obetydlig.

Goyder anför även att företag, vars verksamhet överstiger en viss storlek, svårigen kan karaktäriseras som genuina agenter och att detta skulle förklaras av att ett stort företag kan utöva ett visst tryck på sin leverantör, även om distributören agerar som t.ex. handelsagent. Storleken, antalet anställda och omfattningen av affärsverksamheten kan alltså i sig – åtminstone i förhållande till huvudmannen – vara utslagsgivande för om oberoende föreligger eller ej och därmed huruvida agenten kan anses vara integrerad i huvudmannens verksamhet. Som exempel kan antas att företag skulle kunna sätta i system att kringgå konkurrensreglerna genom att ett större företag utses till agent för ett mindre företag. Detta möter primärt inga hinder obligationsrättsligt, men eftersom den egna verksamheten hos agenten i ett sådant fall måste anses vara omfattande – i relation till agentavtalet kan det inte betraktas som genuint i konkurrensrättsligt hänseende.

Huruvida ett beroendeskap eller integration föreligger mellan agent och huvudman är naturligtvis omöjligt att fastställa generellt på förhand. Det ovanstående ger dock vid handen att genuina agentavtal i praktiken omfattar de situationer där agenten är underlägsen huvudmannen i storlek och styrka, har en skyldighet att verka exklusivt för huvudmannen och bedriver obetydlig egen verksamhet.

¹³³ Kommissionens beslut 88/86/EEG av den 18 december 1987 angående ett förfarande enligt artikel 85 I EG-fördraget, IV/31.017 - *Fisher-Price/Quaker Oats Ltd – Toyco*, EGT, L 49, 23.2.1988, s. 19–23, p. 18.

10.5.3. Kritik mot och försvar för integrationskriteriet

Wijkmans m.fl. har kritiserat EG-domstolens avgörande i *Vlaamse Reisbureaus* och hävdade att EG-domstolen felaktigt betonat betydelsen av att agenten måste utgöra en ekonomisk enhet med huvudmannen, i stället för att fokusera på frågan huruvida agenten i realiteten agerar för huvudmannens räkning och att huvudmannen verkligen bär de risker som är hänförliga till de transaktioner som agentavtalet omfattar och som sluts av agenten. Härigenom, anser de, att EG-domstolen begränsade undantaget från tillämpningsområdet av artikel 81.1 EG till de förhållandevis uppenbara situationerna där agenten är en s.k. *commercial representative*. Wijkmans torde härmed avse en exklusiv handelsagentur, men detta är oklart. Vidare anser de att det i rättspraxis förbises faktum att företag som inte är integrerade i huvudmannens företag ofta uppträder på marknader blott och bart för att utföra sin huvudmans instruktioner och därmed inte utgör en oberoende utbudskälla för de relevanta produkterna eller tjänsterna i fråga.¹³⁴

Jag kan till viss del instämma i kritiken i så måtto att utrymmet för genuina agentavtal i praktiken är mycket begränsat för att komma i åtnjutande av vad som närmast utgör immunitet mot artikel 81.1. EG / 6 § KL. Jag ser dock inte att detta primärt är av ondo, tvärtom. Orsakerna härtill är att de flesta distributionsavtal – även med mycket långtgående restriktioner t.ex. vad gäller exklusivitet – har goda chanser att kvalificera sig under gruppundantaget eller i vart för legalundantag enligt artikel 81.3 EG / 8 § KL. I annat fall skulle dessutom fältet lämnas helt öppet för vissa företag att kringgå konkurrensreglerna. En annan ordning vore att inskränka tillämpningsområdet av artikel 81.1 EG / 6 § KL på ett sätt som inte rimligen kan motiveras i förhållande till syftet med lagstiftningen. Vidare saknas stöd i förarbeten, gällande lagstiftning och rättspraxis att en sådan inskränkning är påkallad. Rådande rättspraxis från EG-domstolen leder närmast till rakt motsatt slutsats.

På senare tid har generaladvokaten Kokott ifrågasatt att integrationskriteriet skulle vara ett separat bedömningskriterium i tillägg till riskkriteriet. Hon hävdar att *VAG Leasing inte* skall förstås så, att de omständigheterna att handelsagenten är integrerad i huvudmannens företag och att den senare bär ansvaret för affärsriskerna utgör två kriterier som skall särskiljas från varandra. Enbart med hänvisning till sitt eget – enligt mitt förmenande praktiskt orimliga – resonemang om att på den marknad där huvudmannens produkter avyttras är agentens integrering i huvudmannens företag och huvudmannens ansvar för affärsriskerna ”två sidor av samma mynt”. Till stöd

¹³⁴ Wijkmans m.fl., a.a., s. 227.

för detta hävdas att i de fall i rättspraxis där handelsagentens integrering tillmätts särskild betydelse rör också mindre marknaden för huvudmannens produkter än den därifrån åtskilda marknaden för handelsagentens förmedlingstjänster. Det märkliga i Kokotts resonemang är att det saknas stöd för hennes ståndpunkt i rättspraxis och det framgår inte på något sätt i vilket avgörande agenten utöver den för målet relevanta produktmarknaden även skulle ha ansetts vara verksam på en "förmedlingstjänstmarknad" och än mindre i vad mån konkurrensen på denna teoretiska marknad skulle ha blivit påverkad. I direkt anslutning hänvisas även till p. 19 i *VAG Leasing* där det stadgas att "[d]et är *enbart* när en företrädare inte tar någon av de risker som följer av de avtal som han har förhandlat fram för uppdragsgivarens räkning och uppträder som ett hjälporgan som är integrerat i uppdragsgivarens företag, som företrädaren kan förlora egenskapen av oberoende ekonomisk aktör [min kurs.]".

Det är förvisso sant att EG-domstolen i *CEPSA* inte behandlade integrationskriteriet explicit, men såsom framgått ovan kan orimligt höga risknivåer leda till att avtalet kan betraktas oäkta. Vidare var de frågor som Tribunal Supremo ville ha svar på från EG-domstolen enbart knutna till risk. EG-domstolen tydliggjorde även det avgörande kriteriet för tillämpningen av konkurrensreglerna är huruvida två avtalsparter kan anses uppträda som *en enhet på marknaden* och hänvisade explicit till nyssnämnda uttalande i *VAG Leasing*.

Helt visst anförs i *CEPSA* att

"Då en mellanhand, [...] trots att den är en särskild juridisk person, inte självständigt bestämmer över sitt beteende på marknaden därför att vederbörande är *helt beroende av sin huvudman*, [...] till följd av att uppdragsgivaren bär de ekonomiska och affärsmässiga riskerna för den ekonomiska verksamheten i fråga, är följaktligen förbudet i [artikel 81.1 EG] inte tillämpligt på förhållandet mellan [agenten] och huvudmannen. [...] Om däremot avtalen som ingåtts mellan huvudmannen och dennes [agenter] ålägger eller erbjuder de sistnämnda uppgifter som *ekonomiskt liknar dem som en oberoende ekonomisk aktör fullgör*, eftersom mellanhänderna därmed bär ekonomiska och affärsmässiga risker i samband med försäljning eller genomförande av avtal som slutits med tredje man, kan [agenterna] inte anses utgöra hjälporgan som är integrerade i huvudmannens företag. [...] [D]en avgörande faktorn för att fastställa om en bensinstationsinnehavare är en oberoende ekonomisk aktör är *det avtal som slutits med huvudmannen*, och *särskilt* de underförstådda eller uttryckliga klausuler i detta avtal som rör

fördelningen av ekonomiska och affärsmässiga risker i samband med försäljningen av varor till tredje man. Som kommissionen med rätta har gjort gällande i sitt yttrande skall frågan beträffande fördelning av risken bedömas i varje enskilt fall och med beaktande av den ekonomiska verkligheten snarare än avtalsförhållandets rättsliga kvalificering i nationell rätt. [min kurs.]”¹³⁵

Uttrycket ”helt beroende av sin huvudman” utesluter emellertid inte integration som kompletterande kriterium. Läsaren kan bibringas uppfattningen att riskkriteriet står ensamt, men det finns ingenting som utesluter integration som separat kriterium i *CEPSA* och heller ingenting som säger att detta rättsfall därmed skulle bryta mot äldre EG-rättslig praxis. Däremot lyfts fram faktorer såsom att ett högt risktagande för agenten kan utesluta såväl integration med huvudmannen och status som genuin agent. Fallet måste dock läsas i ljuset av frågorna som ställts till domstolen, faktum att domstolen uttryckligen hänvisar till *VAG Leasing* och, som EG-domstolen själv framhårdar, att det är *avtalet* i sin helhet som skall bedömas. Att riskkriteriet därvidlag anses ha en särställning är inget uppseendeväckande, men detta kan inte tas till intäkt för att integrationskriteriet skall bortses från. Det hade dock tvivelsutan varit önskvärt med en tydligare skrivning, men sammantaget kan det icke desto mindre konstateras att det saknas direkt stöd för generaladvokatens uppfattning i domskälen. Ett förtydligande i rättspraxis vore välkommet. Om EG-domstolen, mot förmodan, skulle välja att i kommande praxis bortse från integrationskriteriet skulle detta kunna leda till allvarliga konsekvenser i konkurrenshänseende, vilket skall utvecklas i nästa stycke.

10.5.4. Exempel på effekter av avsaknad av integrationskriterier med hänsyn till konsumentmarknader

Ett exempel från konsumentmarknaderna skulle kunna belysa betydelsen av avsaknad av ett separat integrationskriterium. Antag att en större tillverkare av ett livsmedel ingår ett avtal med en större detaljhandelskedja med innehåll att varorna som levereras tillhandahålls på kommissionsbasis och att civilrättsliga krav på kommission upprätthålls. Antag vidare att leverantören lämnar ett marknadsföringsbidrag och ansvarar för lagerpåfyllnad i butiken.

I detta exempel tar agenten (detaljisten) ingen reell kommersiell risk. Varulagersrisken ligger helt på huvudmannen och detaljisten bär ej heller någon verklig risk för marknadsföringen av varorna. Riskens är i allt väsentligt en-

¹³⁵ Mål C-217/05, *CEPSA*, p. 44–46.

dast alternativkostnaden, d.v.s. den extra vinst som detaljisten skulle ha kunnat göra genom att sälja andra produkter i de lokaler eller på de hyllplatser som nu upptas av kommissionsvarorna.

Mot bakgrund av den obefintliga risk agenten tar och med beaktande av kommissionens nu gällande riktlinjer skulle därmed detta avtal kunna betraktas som ett genuint agentavtal. Antag därmed att detaljisten ingår liknande avtal med ett större antal underleverantörer där detaljistföretaget även i de fallen inte tar någon risk. Härigenom skulle öppnas för möjligheten att helt kringgå konkurrenslagstiftningen oavsett vilken storlek eller styrka som företaget har.

Förvisso skulle det vara möjligt att en omfattande egen verksamhet kunde utgöra en beaktansvärd risk för agenten, med samtidigt borde detta inte rimligen påverka de individuella agentavtalen. Dessutom skulle såväl den relativa omfattningen av – och tillika risken för – egenverksamheten sjunka i takt med att detaljisten ökade användningen av agentavtal. Incitament föreligger i så fall att systematisera användningen av agentavtal. I den mån huvudmännen skulle acceptera detta inträder alltså situationen att en mer långtgående systematisk användning av agentavtalen skulle ge sjunkande risker. Sålunda skapas grogrund till ett omfattande kringgående av konkurrensreglerna. Detta blir från konkurrenssynpunkt en ond cirkel. Att endast använda riskkriteriet kan därmed från ett konkurrensrättsligt perspektiv ytterst ge orimliga konsekvenser.

Antag så att integrationskriteriet införs. Detta utesluter till att börja med flera huvudmän och en alltför omfattande egen verksamhet. I så fall är det inte längre möjligt att ingå avtal med ett större antal huvudmän, vilket utesluter ett systematiskt kringgående av konkurrensreglernas tillämpningsområde.

Dagligvaruhandlare, närbutiker eller kiosker kan förvisso sälja t.ex. dagstidningar i kommission för en huvudmans räkning utan att ta någon kommersiell risk, t.ex. genom att huvudmannen ombesörjer leverans av tidningarna och återtar osålda exemplar. Med beaktande av ett integrationskriterium kan dessa avtal i konkurrensrättsligt hänseende emellertid inte betraktas som genuina agentavtal, eftersom agenten samtidigt bedriver en egen verksamhet, som till sin omfattning är större än den verksamhet som agentavtalet avser. Endast sådana agenter som huvudsakligen endast säljer just dessa tidningar av en och samma huvudman kan uppfylla kriterierna för genuina agentavtal.

Slutligen måste framhållas att det ovan anförda inte innebär att avtalen – ehuru de i konkurrensrättslig mening är oäkta – skall betraktas som oförenliga med konkurrenslagstiftningen. Lagligheten motiveras dock inte av det inte finns någon konkurrens att begränsa. Snarare kommer bedömningen att inrikta sig på sedvanlig konkurrensrättslig analys av vertikala avtal vilket innefattar en inledande bedömning av om det oäkta agentavtalet i så fall är ägnat begränsa konkurrensen. Skulle så vara fallet återstår fortfarande möjligheterna till gruppundantag eller legalundantag.

11. Sammanfattning

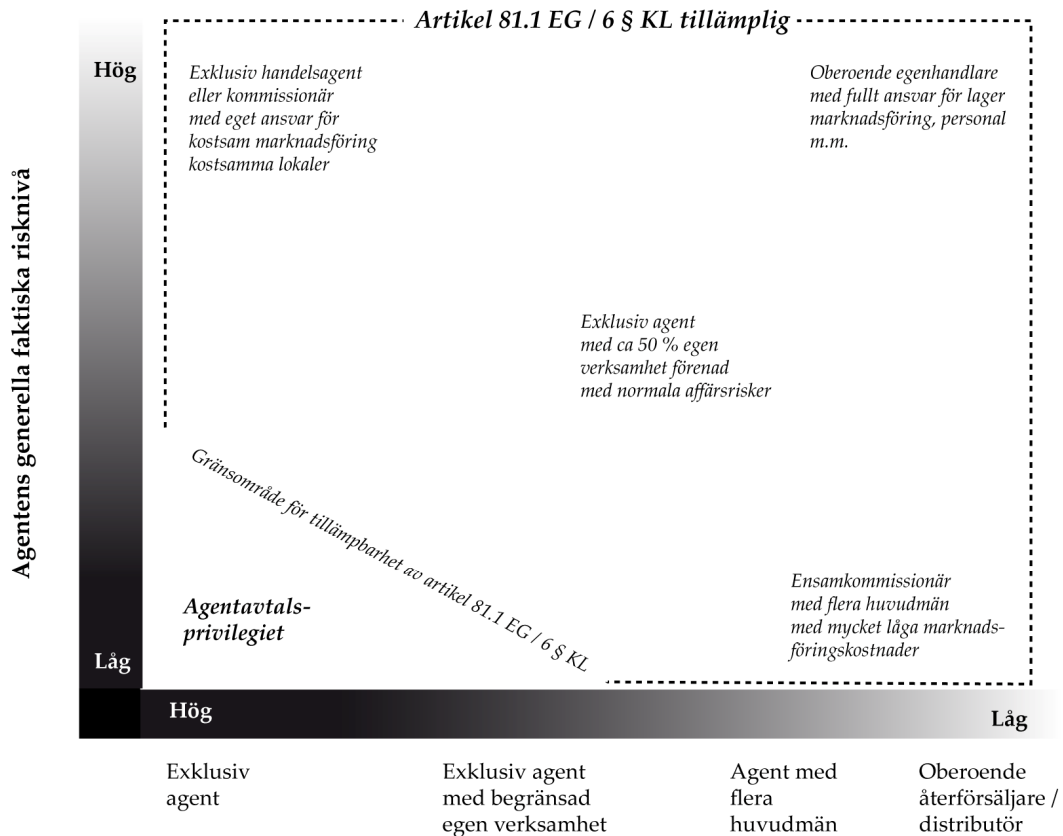
Från konkurrensrättslig synpunkt föreligger en avgörande skillnad mellan s.k. genuina och oäkta agentavtal. Artikel 81.1 EG/6 § KL är enligt gällande rätt inte tillämplig på genuina agentavtal, medan oäkta agentavtal likställs andra former av vertikala avtal i konkurrensrättsligt hänseende. Konsekvensen härav är att långtgående begränsningar kan åläggas en genuin agent, vars kommersiella förhållande till sin huvudman i allt väsentligt liknar det som gäller för dotterbolags förhållande till moderbolag inom en koncern. Agenter åtnjuter emellertid inte det koncernprivilegium som gäller för dotterbolag mot bakgrund av att de är en separat enhet i förhållande till huvudmannen. Genuina agentavtal kan emellertid, trots denna formella skillnad i förhållande till dotterbolag likväl, av samma orsaker som motiverar koncernprivilegiet, anses påverka konkurrensen lika litet som avtal inom en koncern. Härav motiveras vad som här benämns agentavtalsprivilegiet.

För att genuina agentavtal skall vara undantagna från tillämpningsområdet av artikel 81.1 EG / 6 § KL krävs dock att två huvudkriterier är uppfyllda. Det första kriteriet relaterar till den risk som agenten ikläder sig för verksamheten han bedriver i anledning av agentavtalet. Risk kan grovt sett delas upp i finansiella och kommersiella risker. Ett genuint agentavtal förutsätter att agenten endast ikläder sig obetydlig och reell risk. Bedömningen avseende detta kriterium utgår från agentens verkliga affärsmässiga situation som är ett resultat av agentavtalet. I kommissionens tillkännagivande om vertikala avtal nämns risk som avgörande kriterium för genuina agentavtal.

Rådande rättspraxis ger dock vid handen att riskkriteriet förvisso är ett nödvändigt, men inte tillräckligt kriterium. Härutöver krävs nämligen att agenten i tillräcklig grad är integrerad med huvudmannens verksamhet. Detta utesluter bl.a. att agenten agerar på uppdrag av flera huvudmän och avtalet måste följaktligen vara exklusivt. Kommissionens riktlinjer ger i dag en annan bild av rättsläget, vilket hittills har försvårat ett klagande av gränsdragningsfrågan. Denna rapport visar dock att det finns ett behov av nya riktlinjer som bättre överensstämmer med fast rättspraxis där två huvudkriterier är nödvändiga, men var för sig inte tillräckliga kriterier. Endast när en agent tar en obetydlig risk samtidigt som agenten är integrerad i verksamheten kan denne sammantaget anses vara genuin och komma i åtnjutande av agentavtalsprivilegiet.

Bedömningskriterierna för konkurrensreglernas tillämpbarhet kan åskådliggöras i följande schematiska bild

Schematisk gränsdragningsmatris för agentprivilegiet



Grad av integration mellan huvudman och agent

Analysen i detta arbete visar att det inte är möjligt att på ett systematiskt sätt kringgå konkurrensbestämmelserna enbart genom att ingå agentavtal med en handelspartner enbart genom att allokera risken till huvudmannen. En verklig integration med huvudmannen krävs därutöver.

12. Källförteckning

Litteratur

- Bellamy & Child, *Common Market Law of Competition*, 4 uppl., London 1993.
- Brækhus, Sj. *Meglerens retslige stilling*, Oslo: 1946., s. 3 ff., Sandvik, T., *Handelsagentur og andre mellommannsforhold i varehandeln*, Oslo: 1971.
- Christensen, A., Heide-Jørgensen, C., Hjelmberg, S.E., Lanseth, J. M., Poulsen, S. T., Friis Bach Ryhl, C., Schovsbo, J., *Konkurrenceretten i EU*, 2 uppl.
- Emmerich, V., i Dausies M. (red.) *Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts*, München 1992, H. I.
- Gorton, L., under medverkan av Henriksson, L., *Rättsliga ramar för internationella affärer – En översikt*, 2 uppl., 2005.
- Goyder, J., *EU Distribution Law*, 4 uppl. 2005.
- Hesselink, M.W., Rutgers, J. W., Díaz, O.B., Scotton, M., Veldman, M., *Principles of European Law on Commercial Agents, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC)*, Oxford: 2006.
- Iversen, B., *Handelsagenten og eneforhandleren*, 4 uppl. 2003.
- Koch, N., i Grabitz/Hilf, *Kommentar sur Europäischen Union*, Artikel 85.
- Korah, V., O'Sullivan, D., *Distribution Agreements under the EC Competition Rules*, Oxford, 2002.
- Lando, O., Beale H., Clive E., Prüm A., Zimmermann R., *Principles of European Contract Law - Parts I-III*, 2003.
- Nyström, J-Å., *Kontraktbrott vid agenturaöval*, 3 uppl. 2004.
- Schröter, H. i Groeben/Thiesing/Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 4 uppl., Baden-Baden 1991, artikel 85.

Schröter, H. *Les accords intra-groupe au regard de l'article 85 du Traité CE*, i Christopher Jones (red.), *Competition Policy Newsletter*, band 1, nr 4 (våren 1995).

Sundell, H., *Ekonomisk enhet – en av EG-Domstolen fastlagd princip blir snart en del av svensk rätt*, JT 1993/94, s. 338.

Söderlund, H., *Agenträtt – Kommentar till lagen om handelsagentur m.m.*, 1994.

Tiberg, H., Dotevall, R., *Mellanmansrätt*, 9 uppl. 1997.

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2 uppl. 2004.

Van Bael, I., Bellis, J-F., *Competition Law of the European Community*, 4 uppl. 2004.

Wetter, C., Karlsson, J., Rislund, O., Östman, M., *Konkurrensrätt – en handbok*, 3 uppl., 2004.

Wijckmans, F., Tuytschaever, F., Vanderelst, A., *Vertical Agreements in EC Competition Law*, 2006.

Avgöranden från EG-domstolen

Mål 56/65, *Société Technique Minière (L.T.M.) mot Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*. [1966] ECR 337.

Förenade målen 56 och 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH mot kommissionen*, [1966] ECR 429.

Mål 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. mot kommissionen*, [1972], ECR s. 619.

Mål 52/69, *R. Geigy AG mot kommissionen*, [1972], ECR s. 787.

Mål 53/69, *Sandoz AG mot kommissionen*, [1972] ECR s. 845.

Mål 74/69, *Hauptzollamt Bremen-Freihafen mot Waren-Import-Gesellschaft Krohn & Co.*, [1970], ECR s. 451.

Mål 22-71, *Béguelin Import Co. v S.A.G.L. Import Export*, [1971] ECR s. 949.

Mål 6/72, *Europemballage och Continental Can mot kommissionen*, [1973] ECR s. 215.

Mål 8-72, *Vereeniging van Cementhandelaren mot Kommissionen*, [1972] ECR 977.

Förenade målen 6/73 och /73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. och Commercial Solvents Corporation mot kommissionen*, [1974] ECR s. 223.

Mål 149/73, *Otto Witt KG mot Hauptzollamt Hamburg-Ericus*, [1973], ECR s. 1587.

Mål 15/74, *Centrafarm BV och Adriaan de Peijper mot Sterling Drug Inc*, [1974], ECR s. 1147.

Mål 16/74, *Centrafarm BV och Adriaan de Peijper mot Winthrop BV* [1974], ECR s. 1183.

Förenade målen 40 till 48, 50, 54 till 56, 111, 113 och 114-73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA m. fl. mot kommissionen*, [1975] ECR, s. 1663.

Förenade målen 32/78, 36–82/78, *BMW Belgium SA m.fl. mot kommissionen*, [1979], ECR s. 2435.

Mål 107/82, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot kommissionen*, [1983], ECR s. 3151.

Mål 170/83, *Hydrotherm Gerätebau GmbH mot Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas*, [1984] ECR s. 2999.

Mål 42/84, *Remia BV m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission*, [1985] ECR 2545.

Mål 66/85, *Deborah Lawrie-Blum mot Land Baden-Württemberg*, [1986], ECR s. 2121.

Mål 311/85, *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisebureaus mot ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, [1987] ECR 3801.

Mål 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro GmbH mot Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, [1989], ECR s. 803.

Mål 30/87, *Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées*, [1988], ECR s. 2479.

Mål 274/87, *Orkem mot kommissionen*, [1989], ECR s. 3283.

Mål C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA mot Siderurgica Gabrielli SpA*. [1991], ECR I s.5889.

Mål 266/93, *Bundeskartellamt mot Volkswagen AG och VAG Leasing GmbH*, [1995], ECR I-3477.

Förenade målen C-319/93, C-40/94 och C-224/94, *Hendrik Evert Dijkstra mot Friesland (Frico Domo) Coöperatie BA och Cornelis van Roessel m. fl. mot De coöperatieve vereniging Zuivelcoöperatie Campina Melkunie VA och Willem de Bie m. fl. mot De Coöperatieve Zuivelcoöperatie Campina Melkunie BA.*, [1995] ECR I s. 4471.

Mål C-73/95 P, *Viho Europe BV mot kommissionen*. [1996], ECR I s. 5457.

Mål C-22/98, *Brottmål mot Jean Claude Becu, Annie Verweire, Smeg NV och Adia Interim NV*. [1999], ECR I s. 5665.

Mål C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslag AB mot kommissionen*, [2000] ECR I s. 9925.

Mål C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio mot Compañía Española de Petróleos SA (CEPSA)*, ännu ej rapporterat i ECR.

Avgöranden från förstainstansrätten

Mål T-11/89, *Shell International Chemical Company Ltd mot kommissionen* [1992], ECR II s. 757.

Mål T-7/93, *Langnese Iglo GmbH mot kommissionen*, [1995], ECR II, s. 1533.

Mål T-137/94, *ARBED SA mot Europeiska kommissionen*. [1999], ECR II s. 303.

Mål T-66/99, *Minoan Lines SA mot kommissionen*, [2003] ECR II s. 5515, p. 126.

Mål T-325/01, *DaimlerChrysler AG mot kommissionen*. [2005], ECR II s. [ännu ej publicerat].

Kommissionens beslut, tillkännagivanden och meddelanden

Kommissionens beslut 69/195/EEG: Entscheidung der Kommission vom 18. Juni 1969 über einen Antrag auf Erteilung eines Negativattests (Einzelfall-IV/22 548 - *Christiani & Nielsen*) EGT. L 165, 5/7/1969, s 12–14 (svensk språkversion ej tillgänglig).

Kommissionens beslut 70/332/EEG: Entscheidung der Kommission vom 30. Juni 1970 über ein Verfahren nach Artikel 85 des EWG-Vertrags (IV/24055 - *Kodak*), EGT L 147, 7/7/1970, s. 24–27.

Kommissionens beslut 72/403/EEG av den 23 november 1972, IV/26.892 – *Pittsburgh Corning Europe – Formica Belgium – Hertel*, IV/26.876 och 26.892, EGT L 272 5/12/1972, s. 35–39.

Kommissionens beslut 80/1071/EEG, av den 18 september 1980, IV/25.077 – *IMA Rules*, EGT L 318, 26.11.1980, s. 1–22.

Kommissionens beslut 88/86/EEG av den 18 december 1987 angående ett förfarande enligt artikel 85 I EG-fördraget, IV/31.017 - *Fisher-Price/Quaker Oats Ltd – Toyco*, EGT, L 49, 23.2.1988, s. 19–23.

Kommissionens beslut 2002/758/EG den 10 oktober 2001 om ett förfarande enligt artikel 81i EG-fördraget, COMP/36.264, *Mercedes-Benz*, EGT L 257, 25.09.2002, s. 1–47.

Commission notice on exclusive dealing contracts with commercial agents, EGT 139, 24/12/1962 s. 2921–2922 (svensk språkversion ej tillgänglig).

Kommissionens tillkännagivande av den 13 oktober 2000, *Riktlinjer om vertikala begränsningar*, EGT C 291/1.

Kommissionens meddelande i enlighet med artikel 27.4 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 avseende ärende COMP/B-1/38348 – *Repsol CPP SA*, EGT C 258, 20.10.2004 s. 7–11.

Avgöranden från Högsta domstolen

NJA 1937 s. 591

NJA 1940 s. 164

NJA 1940 s. 312.

NJA 1945 s. 406

NJA 2000 s. 685

Svenska förarbeten

NJA 1914 II s. 273 (förarbetena till lagstiftning om kommission, handelsagentur och handelsresande)

SOU 1988:63, *Kommission och dylikt. Sakrättsliga frågor vid kommission, återtagandeförbehåll, konsignation, legotillverkning och kommissionärsbolag.*

Avgörande från Marknadsdomstolen

MD 2000:6, *Konkurrensverket mot AGA Gas AB.*

Svensk myndighetspraxis

Konkurrensverkets beslut i *Air Malta*, dnr 47/97,

Konkurrensverket beslut i *Svenska Interpress*, dnr 784/95,

Konkurrensverkets beslut i *AGA Gas II*, dnr 270/2000.

Dansk myndighetspraxis

Konkurrenserådet avgörande i Journal nr. 2:8032-1130, *Aftale om billeformidling på Internettet* (senare avgjort i Konkurrenceankeævnet den 30 augusti 2001 i sak 00-224.395: *BILLETnet A/S Scandinavia Onl-line A/S mod Konkurrenserådet.*

Konkurrenserådets avgörande av den 21 juni 2000 i ärendet Journal nr. 2: 8032-686, *Europæiske Rjseforsikring A/S' anmeldte aftaler med rejsebureauerne.*

Konkurrenserådets avgörande i J.nr.2: 8032-234, *Mobilix A/S' distributionsaftale med Merlin A/S.*