



KONKURRENSVERKET	
Avd. <i>PES</i>	
2000-01-27.	
Dnr <i>94/2000</i>	Doss. <i>7</i>
Aktbil <i>2</i>	

JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Mikael Olsson

Doktrinen om accessoriska begränsningar
- en studie av dess tillämpning i amerikansk, svensk och den
Europeiska gemenskapens konkurrensrätt

Examensarbete
20 poäng

Katarina Olsson

Konkurrensrätt

Höstterminen 1999

Sammanfattning

Accessoriska begränsningar är konkurrensbegränsningar som kan anses ha ett samband med och som är underordnade en transaktion eller integration. Ofta är det fråga om begränsningar som syftar till att förbättra huvudtransaktionens funktion eller effektivitet vilket kan motivera en högre grad av acceptans i rättstillämpningen. Om det primära avtalet bedöms ha positiva effekter på konkurrensen så kan det vara nödvändigt att tillåta avtalsklausuler som är av betydelse för detta avtals genomförande även om klausulerna skulle betraktas som otillåtna om de förekommit i ett annat sammanhang. Ett gemensamt drag i amerikansk, europeisk och svensk konkurrensrätt är att de tre systemen erkänner vissa konkurrensbegränsningar som accessoriska och att det samband som sådana begränsningar har till ett legitimt förfarande anses utgöra en förmildrande omständighet vilket i sin tur kan medföra att begränsningarna faller utanför de annars strikta förbud mot konkurrensbegränsande förfaranden som återfinns i respektive rättssystem. I USAs antitrustlagstiftning medför det faktum att en konkurrensbegränsning kan anses vara accessorisk att den kan komma att prövas under den skälighetsregel – rule of reason – som är av central betydelse i tillämpningen av Sherman Act. Inom EG-rätten gäller att accessoriska begränsningar som förekommer i samband med en koncentration prövas tillsammans med koncentrationen och att ett godkännande av den senare även omfattar sådana begränsningar. Utanför ett koncentrationssammanhang har vissa klausuler som bedömts vara nödvändiga genomförandet av en legitim transaktion ansetts falla utanför förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i EG-fördragets artikel 81(1). Motsvarande principer har tillämpats inom den svenska konkurrensrätten, trots att frågan lämnats oreglerad i konkurrenslagen.

I denna uppsats redogörs för tillämpningen av accessoriska begränsningar i de tre rättssystemen, med tyngdpunkt på EG-rätten och den svenska konkurrensrätten. Vidare görs en jämförelse mellan hur det amerikanska och det EG-rättsliga systemet hanterar problemet. Ett syfte med denna jämförelse är att söka utröna huruvida tillämpningen av accessoriska begränsningar inom EG-rätten är ett utslag av en reception av den amerikanska rule of reason-doktrinen. Trots att det går att urskilja vissa likheter i själva grundstrukturen, i båda systemen medger själva klassificeringen av en begränsning som accessorisk att den undgår ett strikt, generellt förbud, så blir den slutsats som redovisas i denna uppsats att skillnaderna i tillämpning inom de båda systemen skiljer sig åt i en sådan utsträckning att det inte kan anses vara fråga om ett och samma rättsinstitut. Framför allt rör det sig om skillnader i rättstillämparens metod. Utmärkande för EG-rätten är att den ekonomiska analysen är av underordnad betydelse i prövningen av det enskilda förfarandet.

När det gäller tillämpningen av doktrinen om accessoriska begränsningar inom EG-rätten så är ett av problemen att det saknas en klar och tydlig

avgränsning eller definition av vad som kan klassificeras som en sådan begränsning. Ett försök till en sådan definition har gjorts av F. Enrique González Díaz. Enligt den teori han presenterar används doktrinen om accessoriska begränsningar inom EG-rätten i huvudsak för att rättfärdiga konkurrensbegränsningar som är nödvändiga för att bevara, eller möjliggöra överförandet av, värde i olika transaktioner. I detta arbete prövas hållbarheten i denna slutsats genom en analys av EG-domstolens och den Europeiska kommissionens praxis. Analysen omfattar fall som rör konkurrensbegränsningar i, respektive utanför, en koncentrationskontext. Undersökningen ger vid handen att sådan värdehänsyn i många fall har varit avgörande i bedömningen av vissa klausulers tillåtlighet men att de undantag som ändå förekommer hindrar att teorin utsträcks till att gälla generellt.

Förkortningar

EGT	Europeiska gemenskapernas tidning
ECR	European Court Reports
KL	Konkurrenslagen (1993:20)
SOU	Statens offentliga utredningar

Innehållsförteckning

Sammanfattning

Förkortningar

1. Inledning	1
1.1 Uppsatsens syfte	2
1.2 Metod	3
1.3 Disposition	4
2. Ursprunget – den amerikanska antitrustlagstiftningen	6
2.1 Lagstiftningen	6
2.2 The rule of reason	8
2.2.1 Trans-Missouri	8
2.2.2 Addyston Pipe & Steel	10
2.2.3 Standard Oil och American Tobacco	11
2.2.4 Chicago Board of Trade	12
2.3 Utvecklingen av <i>Per se</i> -regler	13
2.4 Senare utveckling	14
2.5 Särskilt om accessoriska begränsningar i amerikansk rätt	16
3. Accessoriska begränsningar i EG-rätten	20
3.1 Den konkurrensrättsliga regleringen – Artikel 81(1). Förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag.	20
3.2 Kvalitativa aspekter under artikel 81(1)	22
3.2.1 Objektivt nödvändiga klausuler	22
3.2.2 Kommersiell risk	22
3.2.3 Selektiva distributionsavtal	23
3.3 Doktrinen om accessoriska begränsningar	24
3.3.1 Accessoriska begränsningar i samband med koncentrationer	25
3.3.1.1 Kommissionens tillkännagivande om accessoriska begränsningar	28
3.3.1.1.1 Konkurrensklausuler	29
3.3.1.1.2 Licensavtal	31
3.3.1.1.3 Inköps- och leveransavtal	32
3.3.1.2 Särskilt om accessoriska begränsningar vid samriskföretag	33
3.3.2 Accessoriska begränsningar utanför en koncentrationskontext	35
3.3.2.1 Franchisingavtal	36
3.3.2.2 Varumärkeslicenser	38
3.3.2.3 Avtal om tekniköverföring	39
3.3.2.4 Särskilt om selektiva distributionsavtal	41

3.3.3 Används doktrinen om accessoriska begränsningar i syfte att bevara eller överföra ett värde i en transaktion	45
4. Accessoriska begränsningar i svensk konkurrensrätt	48
4.1 Accessoriska begränsningar i samband med koncentrationer	48
4.1.1 Konkurrensklausuler	49
4.1.2 Inköps- och leveransklausuler	52
4.2 Accessoriska begränsningar utanför en koncentrationskontext	55
4.2.1 Franchiseavtal	55
4.2.2 Varumärkeslicenser	56
4.2.3 Selektiva distributionsavtal	57
4.3 Värdehänsyn i Konkurrensverkets praxis	60
5. Är tillämpningen av accessoriska begränsningar ett utslag av en "rule of reason" i EG-rätten och i svensk rätt.	63
6. Avslutande kommentarer	68
Källförteckning	

1. Inledning

Den nuvarande konkurrenslagens ikraftträdande, den 1 juli 1993, innebar en tydlig brytning med det tidigare rättsläget på konkurrensrättens område. Med EGs konkurrensrätt som förebild övergavs de principer som tidigare utgjort grunden för lagstiftningen. De tidigare tillämpade missbruks-, publicitets- och förhandlingsprinciperna, fick träda tillbaka till förmån för den s.k. förbudsprincipen¹. Principen innebär att lagstiftningen i första hand bygger på förbud mot konkurrensbegränsande avtal och förfaranden. I EG-rätten kommer denna princip till uttryck genom förbudet mot konkurrensbegränsande avtal och samordnade förfaranden i EG-fördragets artikel 81(1) och genom förbudet mot missbruk av dominerande ställning i artikel 82.² Förbudsprincipen återfinns också i den för USAs antitrust-lagstiftning så grundläggande Sherman Act.

I förhållande till missbruksprincipen, vilken innebär att lagstiftningen är begränsad till att ge möjlighet till ingripande mot skadliga konkurrensbegränsningar i enskilda fall medan andra konkurrensbegränsningar lämnas utan åtgärd, förefaller förbudsprincipen innebära att ett bredare spektrum av åtgärder som vidtas av marknadens aktörer blir att betrakta som illegala. Förbudet drabbar alla konkurrensbegränsningar, inte enbart sådana som efter en bedömning anses utgöra ett missbruk. Lagstiftningens tillämpningsområde blir som en oundviklig följd härav mycket omfattande. Detta faktum avspeglas i det svenska, det amerikanska och det EG-rättsliga systemen. Förbuden i EG-fördragets artikel 81 (1), Sherman Act Section 1 och i den svenska konkurrenslagens 6 § är, i varje fall till sin respektive ordalydelse, mycket vidsträckta. Enligt artikel 81 (1) förbjuds alla avtal som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen. KLs 6 § har en motsvarande lydelse om än anpassad till det nationella planet. Också Sherman Act Section 1 har en liknande struktur och förbjuder "Every contract... in restraint of trade or commerce...". Att tillämpa förbuden strikt efter deras respektive ordalydelse skulle emellertid få orimliga konsekvenser. Åtskilliga av de konkurrensbegränsande åtgärder som vidtas av marknadens aktörer är av sådant slag att de har en samhällsekonomiskt positiv effekt. Det kan röra sig om åtgärder som är nödvändiga för att en förbättrad resursallokering skall komma till stånd, åtgärder som möjliggör en förbättrad effektivitet eller åtgärder som på sikt resulterar i en ökad konkurrens, t.ex. genom att underlätta ett marknads-

¹ Bernitz, Ulf, *Den nya konkurrenslagen*, Stockholm 1993 (andra uppl.), s. 16.

² I och med Amsterdampfördragets ikraftträdande ändrades numreringen av artiklarna i Romfördraget. Den artikel som numera betecknas artikel 81 motsvarades i fördragets tidigare lydelse av artikel 85. På motsvarande sätt har artikel 86 döpts om till artikel 82. I denna uppsats använder jag mig av den nya beteckningen även i behandlingen av äldre rättsfall (undantaget citat). Jag hoppas att detta tillvägagångssätt inte skall verka förvirrande.

inträde. För att förbuden skall få önskat resultat, i grunden en god samhälls-ekonomisk utveckling, krävs att det ges möjligheter att sortera bort fall där en tillämpning av reglerna skulle vara olämplig eller direkt kontraproduktiv.

I den amerikanska antitrustlagstiftningen möjliggörs en sådan sortering genom den ”rule of reason” som utvecklats i domstolarnas tillämpning av Sherman Act. Regeln innebär att domstolarna gör en värdering av det konkurrensbegränsande förfarandets karaktär, sedd i relation till lagstiftningens målsättning. Förfaranden, som i och för sig omfattas av lagtextens ordalydelse, kan av domstolarna anses falla utanför förbudet om de med hänsyn till begränsningens art, marknadens storlek och konkurrensförhållandena i övrigt förefaller rimliga. Inom EG-rätten begagnas en annorlunda metod. I EG-fördragets artikel 81 (3), i förening med rådets förordning 17/62³, ges kommissionen exklusiv kompetens att bevilja undantag från förbudet i artikelns första punkt. Genom att införa en möjlighet till undantag redan i lagtexten har lagstiftaren velat förhindra att den generella utformningen av förbudet får orimliga konsekvenser vid tillämpningen. Denna metod används också i det svenska systemet där en motsvarande undantagsmöjlighet återfinns i den svenska konkurrenslagens 8 §.

Såväl EG-rätten som den svenska rätten har alltså lagstadgade möjligheter till undantag. Dessa möjligheter verkar emellertid inte vara tillräckliga. Parallellt med tillämpningen av undantagsregeln i artikel 81 (3) har nämligen både kommissionen och EG-domstolen, i deras respektive praxis, undantagit vissa former av avtal och samarbete mellan företag från förbudet i artikel 81 (1) genom att konstatera att stadgandet inte omfattar det aktuella förfarandet. Tillämpningsområdet för artikel 81 (1) har därigenom inskränkts på ett sätt som inte verkar helt olíkt utvecklingen av rule of reason i den amerikanska konkurrensrätten. En motsvarande utveckling har skett i den av EG-rätten starkt influerade svenska konkurrensrätten.

En av de metoder som använts för att begränsa omfattningen av artikel 81 (1) är doktrinen om accessoriska begränsningar. Att en konkurrensbegränsning är accessorisk innebär att den har ett samband med, och är underordnad, ett legitimt förfarande. Begränsningen utgör så att säga ett bihang till den huvudsakliga transaktionen eller åtgärden. I EGs fusionskontrollförordning⁴ betraktas en konkurrensbegränsning som accessorisk i förhållande till en företagskoncentration om den har ett direkt samband med och är nödvändig för genomförandet av koncentrationen. Ett godkännande av en koncentration innefattar ett godkännande också av eventuella accessoriska konkurrensbegränsningar, även om dessa skulle ha betraktats som otillåtna i ett annat sammanhang.

³ Rådets förordning (EEG) nr 17/62 av den 6 februari 1962 om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86.

⁴ Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer.

1.1 Uppsatsens syfte

Tillämpningen av doktrinen om accessoriska begränsningar i en företagskoncentrationskontext är tämligen okontroversiell. Kommissionen har också publicerat ett tillkännagivande med riktlinjer om hur man kommer att se på accessoriska begränsningar och vilka krav man kommer att ställa på sådana. En intressant frågeställning är emellertid vilken räckvidd doktrinen ges utanför ett företagsöverlåtelsesammanhang. Det finns tecken i både Kommissionens och EG-domstolens praxis som pekar mot ett vidare tillämpningsområde. En av avsikterna med denna uppsats är att försöka fastställa vilka begränsningar som har undantagits och eventuellt kan komma att undantas från förbudet i artikel 81 (1) genom en tillämpning av doktrinen. Speciellt intressant är att söka urskilja huruvida accessoriska begränsningar accepteras i samband med franchising och selektiva distributionsavtal.

I KL saknas bestämmelser om accessoriska begränsningar. Av det faktum att ämnet inte heller behandlas i lagens förarbeten drar vissa författare slutsatsen att lagstiftaren inte har haft för avsikt att EGs regler skall ha motsvarande tillämpning i den svenska rätten. Samma ståndpunkt har intagits av Konkurrensverket⁵. Härav följer att alla begränsningar som avtalats mellan parterna i ett förvärvsavtal kan prövas enligt förbudsbestämmelserna i 6 eller 19 § KL. I sina beslut i förvärvsärenden har emellertid Konkurrensverket även uttalat sig om accessoriska begränsningar och i senare fall dessutom hänvisat till Kommissionens tillkännagivande på området. Vilken rättslig status som dessa uttalanden kan tillskrivas är oklart. Också beträffande svensk rätt kan det vara intressant att undersöka huruvida doktrinen om accessoriska begränsningar ges ett tillämpningsområde som sträcker sig utanför en företagsöverlåtelsekontext. Det finns fall där Konkurrensverket har använt sig av ett resonemang som liknar det som förs i samband med accessoriska begränsningar i andra sammanhang och ett syfte med uppsatsen blir att utröna huruvida det i dessa fall verkligen är fråga om en tillämpning av doktrinen.

I den amerikanska rätten behandlas accessoriska begränsningar under den ovan nämnda rule of reason. Mot bakgrund om den debatt som förs i den europeiska juridiska doktrinen om behovet av en rule of reason i EG-rätten så förefaller det vara en god idé att göra en jämförelse mellan hur de båda rättssystemen behandlar problemet. Det blir alltså fråga om att utröna vilka skillnader som kan urskiljas mellan doktrinen tillämpning inom EG-rätten och i det amerikanska systemet. Frågan att besvara blir huruvida doktrinen om accessoriska begränsningar är ett utslag av en begynnande reception av rule of reason eller om det istället rör sig om en unik europeisk metod att lösa problemet med nödvändiga konkurrensbegränsningar.

⁵ SOU 1998:98, *Konkurrenslagens regler om företagskoncentration*, Betänkande av Konkurrenslagsutredningen, Stockholm 1998, s. 200.

1.2 Metod

Konkurrensrätten är ett omfattande rättsområde och ambitionen med denna uppsats är inte att ge någon översiktlig presentation av hela området. Istället rör det sig om en fördjupad analys av ett begränsat konkurrensrättsligt problem – accessoriska begränsningar. Av denna anledning redovisas enbart för de delar av rätten som har störst relevans för problemet ifråga. Detta gäller också redogörelsen för den amerikanska rätten även om denna redogörelse bär en starkare prägel av översiktlighet.

Den komparativa metoden innebär speciella problem. Förutom de självklara svårigheter som uppkommer i studiet av ett främmande rättssystem medför själva jämförelsen särskilda problem. Ett viktigt sådant är att olika rättssystem löser specifika problem på olika sätt och i olika delar av rättsordningen. Följden kan bli att det vid första anblicken verkar som om det rättssystem som är föremål för undersökning saknar regler om det aktuella problemet.⁶ Om avsaknaden av regler är illusorisk och beror på att den undersökande så att säga har letat på fel ställe är risken för felslut uppenbar. När det gäller det rättsområde som är föremål för denna uppsats – konkurrensrätt – så är denna typ av problem mindre framträdande. Den amerikanska konkurrensrätten är ett relativt klart avgränsat område. Risken att lösningen på ett specifikt konkurrensrättsligt problem står att finna inom ramen för ett annat rättsområde är inte så stor. Det är emellertid av vikt att man har sådana problem i åtanke under arbetets gång.

Vid fastställandet av rättsläget har jag utgått från författningstexter, praxis och doktrin. När det gäller behandlingen av accessoriska begränsningar i svensk rätt så medför avsaknaden av lagreglering och brist på vägledning i förarbeten att praxis, och då främst Konkurrensverkets beslut, får stor betydelse. Likaså utgör Kommissionens och EG-domstolens praxis viktiga rättskällor när det gäller att fastställa institutets ställning i EG-rätten. Att praxis tillmäts stor betydelse också vid undersökningen av det amerikanska rättssystemet följer naturligt av dess prejudikatbaserade utveckling. Därmed inte sagt att doktrinen inte har en funktion att fylla, framförallt vid problemformulering och vid beskrivningen av de skilda uppfattningar och åsikter som görs gällande på området.

1.3 Disposition

Uppsatsen inleds i kapitel 2 med en redogörelse för utvecklingen av den amerikanska antitrustlagstiftningen, med betoning på den rule of reason-doktrin som vuxit fram i domstolarnas rättstillämpning. Detta kapitel avslutas med en redogörelse för hur accessoriska begränsningar hanteras i den amerikanska rätten. I kapitel 3 behandlas sedan frågan hur sådana accessoriska

⁶ Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, Norstedts Juridik AB, 1996 (upplaga 1:2), s. 50f.

begränsningar behandlas i EGs konkurrensrätt. Vidare undersöks i vilken utsträckning EG-domstolen och Europeiska kommissionen tillämpar en doktrin om accessoriska begränsningar baserad på värdehänsyn. På motsvarande sätt behandlas sedan den svenska konkurrensrätten i kapitel 4. I kapitel 5 behandlas frågan om doktrinen om accessoriska begränsningar kan anses utgöra en svensk och gemenskapsrättslig version av den amerikanska rule of reason-doktrinen.

Uppsatsens sista kapitel, kapitel 6, innehåller slutkommentarer och en genomgång av de slutsatser som medgivits beträffande de inledningsvis ställda frågorna.

2 Ursprunget – den amerikanska antitrustlagstiftningen

2.1 Lagstiftningen

I slutet på artonhundratalet rådde i USA ett utbrett folkligt missnöje med framförallt järnvägsföretagens utveckling. Den monopolställning som dessa företag uppnått gav dem möjligheter att tillämpa en prissättning som vida översteg produktionskostnaderna och som i många fall hade inslag av diskriminering och rabatter till starka köpare. Det fanns också en oro för att järnvägsföretagen höjde priserna på sträckor där de hade monopol för att sedan utnyttja dessa monopolvinster till att pressa priserna på områden där konkurrens fanns för att på så sätt tvinga konkurrenterna på knä.⁷ Common law erbjöd inga effektiva åtgärder för att komma till rätta med problemen och detta ledde till att olika lagstiftningsåtgärder initierades för att åstadkomma en lösning. Genom The Interstate Commerce Act of 1887 tillsattes en kommission vars uppgift skulle vara att tillse att priser och avgifter hölls på en rimlig nivå.

Begränsningarna i common law-systemet kom att blottläggas i än högre grad i samband med framväxten av trusters vilka kom att kontrollera ett antal viktiga industrier bl.a. olje-, socker- och bomullsindustrin. Genom att ägarna överförde aktier i konkurrerande företag till ”trustees” som sedan skötte styrningen av företagen eliminerades konkurrensen mellan de inblandade företagen. Det var denna form av samarbete som sedermera kom att ge upphov till uttrycket ”antitrust”.⁸

Det var mot denna bakgrund som kongressen år 1890 antog The Sherman Act. Lagens upphovsmän hävdade inför kongressen att det inte var fråga om några nya principer utan att det istället rörde sig om en kodifiering av etablerade common law-principer. Denna förankring i common law kan emellertid ifrågasättas då rättsläget när det gällde konkurrensförhållanden var både oklart och i stor utsträckning okänt för kongressens ledamöter.⁹ Det står dock klart att Sherman Act är ett uttryck för samma grundinställning som den som återfinns i common law, nämligen uppfattningen om betydelsen av en fri marknad och viljan att uppmuntra konkurrens. Utifrån denna ideologiska bas gavs domstolarna en ny målsättning; de skulle skapa en federal, konkurrensrättslig common law, med samma mål som den tidigare men utan att vara begränsad av denna. Lagen var också en förbättring i förhållande till common law i så måtto att den möjliggjorde för en offentlig myndighet att väcka åtal mot företag som gjorde sig skyldiga till konkurrensfientligt age-

⁷ Gellhorn, Ernest, *Antitrust Law and Economics*, West Publishing Co., 1986, s. 16.

⁸ Whish, Richard, *Competition Law*, Butterworths, 1989 (2nd edition), s. 21.

⁹ Gellhorn, a.a., s. 20.

rande samtidigt som personer som skadats av konkurrensbegränsningarna kunde väcka skadeståndstalan.¹⁰ Detta får betraktas som en skärpning i förhållande till det rättsläge som rått under common law då domstolarna endast kunde vägra att tillmäta ett konkurrensbegränsande avtal verkan.¹¹

Sherman Act är uppdelad i åtta lagrum, s.k. sections. Av dessa sektioner är det två som är av störst betydelse och de är den första och den andra sektionen. Section 1 förbjuder alla avtal och samordnade förfaranden som inverkar hindrande på handel eller annan näringsverksamhet mellan delstaterna eller utlandet. Överträdelse av förbudet bestraffas med böter eller fängelse, i högst tre år, eller bådadera. Section 2 förbjuder monopolisering av någon del av handeln eller näringsverksamheten mellan delstaterna eller med utlandet. Dessutom förbjuds försök eller medverkan till en sådan monopolisering. Påföljderna är desamma som vid överträdelse av förbudet i Section 1. Eftersom det är Section 1 som är av störst betydelse för redogörelsen för rule of reason-doktrinen utveckling nedan så begränsar jag mig till att endast återge denna sektionens lydelse:

”Every contract, combination in the form of a trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony and, on conviction thereof, shall be deemed punished by fine not exceeding \$ 10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$ 350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

Genom tillkomsten av Sherman Act var grunden för den amerikanska antitrustlagstiftningen lagd och lagen tillämpas ännu idag. I inledningsskedet av lagens tillämpning visade det sig att den inte var så effektiv som förväntat.¹² Den nya lagstiftningen var inte tillräcklig för att stoppa trusternas agerande och detta faktum i förening med vad som betraktades som misslyckade domstolstolkningar av den nya lagstiftningsakterna (Interstate Commerce Act inräknad) medförde att krav restes på ytterligare lagstiftning. Frågan om åtgärder på antitrusträttens område kom att få en inte oväsentlig roll i 1912-års presidentval.¹³ Kraven på en skärpt lagstiftning tillgodosågs efter Wilsons seger i presidentvalet genom att kongressen 1914 antog The Clayton Act och The Federal Trade Commission Act. Genom Clayton Act avsåg lagstiftaren att ge mer specifika och detaljerade regler om vilka ageranden som skulle anses otillåtna. På detta sätt ville man skapa tydligare riktlinjer för domstolarnas rättstillämpning. Lagen tillämpas idag tillsammans med Sherman Act på så sätt att ett agerande som är förbjudet enligt den mer precisa

¹⁰ Whish, a.a., s. 22.

¹¹ Gellhorn, a.a., s. 23.

¹² Whish, a.a., s. 22.

¹³ Gellhorn, a.a., s. 27.

Clayton Act också är förbjudet enligt den mer allmänt utformade Sherman Act. Genom The Federal Trade Commission Act upprättades en myndighet med ett särskilt ansvar för konkurrenspolitiken.

2.2 The Rule of Reason

Lagstiftarens avsikt vid skapandet av Sherman Act var att lagens allmänt hållna lydelse skulle ges innehåll av domstolarna. Reglerna skulle konkretiseras och begreppen definieras i rättspraxis. Denna uppgift skulle visa sig vara allt annat än lätt. Att söka ledning i lagstiftarens avsikter visade sig problematiskt då någon sådan specifik avsikt var svår att finna. Inte heller common law gav vägledning i någon större utsträckning då dess prejudikat ofta var diffusa och motsägelsefulla. I fall av tidigare datum var det inte heller ett främjande av konkurrensen som utgjorde ledstjärna utan andra sociala hänsyn spelade en avgörande roll, t.ex. att se till att en person inte avhände sig sina möjligheter att sörja för sitt uppehälle.¹⁴ De amerikanska domstolarna tvingades alltså att efter egen förmåga, och med begränsad ledning i tidigare praxis, skapa de regler som krävdes för att driva igenom det övergripande mål som framgick av Sherman Act – att upprätthålla konkurrensen.

Det kategoriska förbudet i Sherman Act bjöd också på speciella svårigheter. Lagen förbjöd enligt sin ordalydelse varje begränsning av konkurrensen. En sådan tolkning skulle emellertid fått orimliga konsekvenser och i vissa fall leda till *reductio in absurdum*. Alla avtal har på sätt och vis en konkurrensbegränsande verkan. Ett ordinärt köpeavtal innebär att säljaren inte längre är fri att sälja den redan kontrakterade saken till en annan köpare. På samma sätt är köparen bunden till avtalet med säljaren. Härigenom upphör konkurrensen inom den begränsade del av marknaden som avtalet omfattar.¹⁵ Behovet av någon form av skälighetsregel var uppenbar och en sådan utveckledes genom framväxten av rule och reason-doktrinen. Nedan följer en redogörelse för de viktigaste milstolparna i denna utveckling.

2.2.1 Trans-Missouri

Även om Domare Peckhams avgörande i *Trans-Missouri-fallet*¹⁶ vid första anblicken ger intrycket av att förbjuda alla begränsningar av konkurrensen utan undantag så menar vissa författare att det *de facto* är fråga om ett rule of reason-resonemang.¹⁷ Fallet rörde ett samarbete mellan arton järnvägsbolag i syfte att undvika priskrig. Bolagen upprättade ett organ vars uppgift skulle vara att bestämma fraktavgifter som samtliga av de deltagande bolagen

¹⁴ Bork, Robert H., *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, The Yale Law Journal Vol. 74 (1966), s. 784.

¹⁵ Neale, A.D., *The Antitrust Laws of the U.S.A.*, Cambridge University Press, 1970, s. 22.

¹⁶ *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290 (1897).

¹⁷ Bork, a.a., s. 785.

sedan skulle tillämpa. Inför domstolen medgav bolagen att samarbetet inskränkte deltagarnas handlingsfrihet men att detta samarbete ändå föll utanför förbudet i Sherman Act eftersom fraktavgifterna var rimliga ("reasonable") och därför giltiga under common law. Den lägre domstolen godtog invändningen men i Supreme Court blev resultatet det omvända. Domstolen konstaterade att Sherman Act Section 1 förbjöd alla konkurrensbegränsningar utan undantag. Genom att tolka lagen bokstavligen verkade det som om domstolen kom fram till att alla begränsningar av konkurrensen var otillåtna, inte enbart orimliga sådana. Enligt Bork måste emellertid Peckhams bokstavliga tolkning av lagen ses mot bakgrund av den uppfattning som minoriteten gav uttryck för.¹⁸ Domstolens minoritet accepterade bolagens resonemang att avgifternas rimliga nivå gjorde prissamarbetet tillåtet. Peckham motsatte sig utvecklingen av en sådan rimlighetsstandard, d.v.s. en rimlighetsstandard konstruerad utifrån en bedömning av vad som objektivt sett var ett rimligt pris, då detta skulle innebära stora svårigheter vid tillämpningen och en hög grad av osäkerhet. Han föredrog då en strikt tolkning av lagens ordalydelse framför denna form av rimlighetsbedömning.

Samtidigt framgår det, vid en mer ingående analys av Peckhams dictum, att inte alla konkurrensbegränsningar skall anses förbjudna under Sherman Act. Exempelvis uttalas att ett åtagande av säljaren av en rörelse att inte konkurrera med köparen under en viss tid eller inom ett visst geografiskt område "might not be included, within the letter or spirit of the statute in question".¹⁹ Resonemanget visar på en insikt om att vissa konkurrensbegränsningar bör undantas från lagens tillämpning. Att Peckham tillämpade en rule of reason, även om han inte använde sig av den termen, framgår än tydligare av dennes dictum i fallet *Joint Traffic*²⁰ året därpå. Fallet rörde en prissamverkan mellan järnvägsbolag vilken principiellt sett motsvarade den i *Trans-Missouri*. Svarandens försvar bestod i att visa det orimliga i den princip som domstolen slagit fast i det sistnämnda fallet. Man hävdade att den innebörd som tillskrivits Sherman Act gjorde en rad ordinära och outhärliga avtal otillåtna och illustrerade detta genom en exemplifiering av sådana avtal. Peckham svarade, efter att ha poängterat att det aktuella fallet inte rymdes under något av de uppräknade exemplen, att dessa avtal inte föll under lagens rekvisit "restraints of trade" och därför var tillåtna.²¹ Sammanfattningsvis kan sägas att Peckhams rule of reason klassade ett avtal vars syfte eller effekt var att begränsa konkurrensen såsom olagligt medan ett avtal vars konkurrensbegränsande verkan var en ofrivillig eller tillfällig följd av dess mål ansågs tillåtet.²²

¹⁸ Bork, a.a., s. 786f.

¹⁹ *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290 (1897), s. 329.

²⁰ *United States v. Joint Traffic Ass'n*, 171 U.S. 505 (1898).

²¹ *Ib.*, s. 567f.

²² Bork, a.a., s. 794.

2.2.2 Addyston Pipe & Steel

Nästa försök att utveckla ett lämpligt system för tillämpningen av Sherman Act gjordes av Domare Taft i fallet *Addyston Pipe & Steel*.²³ I fallet hade sex ledande tillverkare av gjutna järnrör överenskommit om att dela upp marknaderna i söder och väster i regionala monopol. De hade också skapat ett system med bestämda priser för varje område. Det ansågs fastställt att priserna var tillräckligt låga för att hindra tillverkare på östkusten från att inträda på marknaden. Dessutom ansågs det visat att priserna på de marknader som omfattades av samarbetet hade varit lägre om företagen hade konkurrerat inbördes. Till sitt försvar anförde bolagen två omständigheter. För det första att avsikten med samarbetet inte var att skapa en monopolställning utan att undvika alltför hård priskonkurrens och för det andra försökte de visa att priserna i varje region var rimliga i enlighet med grunden för Sherman Act, nämligen common law. Taft valde att möta svaranden på gemensam grund, d.v.s. common law. Ur common law ansåg sig Taft kunna härleda begreppet "ancillary restraints" (jfr accessoriska begränsningar). Enligt Taft så var avtal vars enda syfte var att begränsa konkurrensen förbjuda enligt common law. Begränsningar som endast var en följd av åtgärder som vidtagits för att uppnå ett annat syfte var däremot tillåtna. Principen uttrycks i domen på följande sätt: "no conventional restraint of trade can be enforced unless the covenant embodying it is merely ancillary to the main purpose of a lawful contract, and necessary to protect the covenantee in the enjoyment of the legitimate fruits of the contract, or to protect him from the dangers of an unjust use of those fruits by the other party."²⁴ Vidare uttalas beträffande otillåtna konkurrensbegränsningar att: "where the sole object of both parties in making the contract as expressed therein is merely to restrain competition and enhance or maintain prices, it would seem that there is nothing to justify or excuse the restraint, that it would necessarily have a tendency to monopoly, and therefore would be void."²⁵

Tafts version av rule of reason lade alltså stor vikt vid syftet bakom den aktuella konkurrensbegränsningen. När ett avtal tjänade ett legitimt huvudsyfte, t.ex. en företagsöverlåtelse, och avtalet dessutom var nödvändigt för att göra transaktionen effektiv så betraktades det som tillåtet. Ett ytterligare krav var att konkurrensbegränsningen inte fick gå utöver vad som var nödvändigt i det aktuella fallet. Dessa krav innebar att den överenskommelse som träffats mellan rörproducenterna och som var under prövning i fallet underkändes och ansågs vara olaglig. En nackdel med Tafts doktrin var att den inte i någon större utsträckning beaktade konkurrensbegränsningens effekt. Utgångspunkten tycks ha varit att konkurrens innebar en frihet för företagen på marknaden att konkurrera och inte en beskrivning av marknadens funktion. Avtal vars huvudsakliga syfte var att begränsa aktörernas

²³ *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 Fed. 271 (6th Cir. 1898), aff'd 175 U.S. 211 (1899).

²⁴ *Ib.*, s. 282.

²⁵ *Ib.*, s. 282-283.

frihet betraktades sålunda som otillåtna oavsett om effekterna på konkurrensen i stort uteblev eller var begränsade.²⁶

Trots det faktum att Tafts teori utgjorde ett värdefullt instrument vid tillämpningen av Sherman Act, framförallt genom att tillhandahålla ett verktyg som gjorde det möjligt att placera vissa typer av avtal med positiva samhälls-ekonomiska effekter utanför det annars så kategoriska förbudet i section 1, så fick den ett begränsat genomslag i den efterföljande rättsutvecklingen.²⁷ Begreppet "ancillary restraints" kom sedermera att absorberas av det vidare rule of reason-begrepp som lanserades av Supreme Court i fallet *Standard Oil Co. v. United States*.²⁸

2.2.3 Standard Oil och American Tobacco

I fallen *Standard Oil*²⁹ och *American Tobacco*³⁰ användes termen "rule of reason" för första gången. Fallen rörde företagets åtgärder vidtagna för att förstärka etablerade monopolställningar på respektive marknader. Eftersom det inte rådde någon tvekan om företagets marknadsställning, hur den uppnått samt hur den utnyttjats så kom huvudfrågan i målet att gälla tolkningen av Sherman Act. Staten hävdade att lagen skulle tolkas bokstavligt och därför förbjuda alla konkurrensbegränsningar. Domare White tolkade då Sherman Act section 1 som innebärande att enbart otillbörliga och orimliga konkurrensbegränsningar var förbjudna. I *American Tobacco* uttalas följande om förbudets omfattning: "the words 'restraints of trade'... only embraced acts or contracts or agreements or combinations ... which, either because of their inherent nature or effect or because of the evident purpose of the acts, etc., injuriously restrained trade..."³¹ Ett förfarande som till sin natur (jfr. per se-begreppet under avsnitt 2.3), till sin effekt eller till sitt syfte begränsade konkurrensen skulle betraktas som otillåtet. I förhållande till Tafts version av rule of reason så tillförde White bedömningen av avtalets effekt. Huruvida det är fråga om en uppskattning av avtalets verkliga effekter på konkurrensen är mindre klart. Bork hävdar att det snarare rör sig om en slutsats om effekten utifrån andra fakta, såsom parternas marknadsandel och styrka.³²

²⁶ Joliet, René, *The Rule of Reason in Antitrust Law*, Faculté de droit, Liège, Martinus Nijhoff, La Haye, 1967, s. 28.

²⁷ Gellhorn, a.a., s. 168.

²⁸ Louis, Martin B., *Restraints Ancillary to Joint Ventures and Licensing Agreements: Do Sealy and Topco Logically Survive Sylvania and Broadcast Music?*, *Virginia Law Review* No. 5, Vol. 66, 1980, s. 882.

²⁹ *Standard Oil of N.J. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

³⁰ *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911).

³¹ *Ib.*, s. 179.

³² Bork, a.a., s. 804.

2.2.4 Chicago Board of Trade

I och med *Chicago Board of Trade*³³ etablerades vad som av Bork kallas Brandeis-traditionen inom tillämpningen av rule of reason-doktrinen. I fallet angrep de federala myndigheterna det system som tillämpades vid råvarubörsen i Chicago, bl.a. vid handel med vete. Systemet gick ut på att medlemmarna förbjöds att, efter börsens stängning, tillämpa andra priser än de som fastställts under en speciell session som följde strax efter det att den ordinarie sessionen var slut. Priserna var alltså fixerade från det att börsen stängde fram till dess öppnande morgonen därpå. Övrig tid gällde en fri priskonkurrens. Domare Brandeis ogillade myndigheternas talan och i sitt dictum gjorde han en uppräknig av de faktorer som enligt hans mening skulle beaktas vid en tillämpning av rule of reason-doktrinen. : ”the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied; its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts.”³⁴ Avtalets underliggande syfte ansågs ha betydelse, inte för att göra en objektivt sett otillåten konkurrensbegränsning godtagbar, utan som underlag vid domstolens tolkning av fakta och i dess försök att förutse avtalets konsekvenser.

Brandeis ansåg att ett avtals förenlighet med Sherman Act inte kunde avgöras genom en enkel prövning av huruvida det begränsade konkurrensen. Det avgörande testet var huruvida den aktuella begränsningen enbart ”justerade”, och därigenom till och med förbättrade, konkurrensen eller om den kunde undertrycka eller förstöra densamma. Det var vid denna prövning som de ovan nämnda faktorerna skulle vägas in. Av testets utformning framgår att Brandeis accepterade åtgärder som i viss mån begränsade konkurrensen i syfte att uppnå lämpligare förhållanden i något avseende. I det aktuella fallet konstaterade han att det system som var under prövning saknade märkbar effekt på marknadspriset samt hävdade att prisregleringen hade förbättrat förhållandena på marknaden. Av den uppräknig av marknadsförbättrande effekter som Brandeis gör drar Bork slutsatsen att det rör sig om effekter som Brandeis skulle anse rättfärdiga en prisöverenskommelse.³⁵ De positiva effekterna utgjordes inte enbart av ekonomiska förbättringar utan också av rent sociala förbättringar, t.ex. förkortad arbetstid. Detta faktum talar för en uppfattning att annat än en ökad ekonomisk effektivitet skulle kunna legitimera en konkurrensbegränsning, vilket i sin tur skulle vara en avsevärd inskränkning av förbudet i Sherman Act. Det är också denna beredvillighet att acceptera andra värden än rent ekonomiska som skiljer Brandeis-traditionen från den som Bork kallar ”main tradition”, d.v.s. Peckhams, Tafts och Whites variant av rule of reason. Den senare traditionen sätter ekonomiska värden i första rummet och genom att se till att resursallokering och

³³ *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918).

³⁴ *Ib.*, s. 238

³⁵ Bork, a.a., s. 818.

resursanvändning sker på det mest effektiva sättet så uppnås en maximering av konsumenternas välfärd. Trots denna viktiga skillnad mellan de båda skolorna så fortsätter båda att ha inflytande över tillämpningen av rule of reason.³⁶

2.3 Utvecklingen av *Per se*-regler

I Peckhams, Tafts och Whites avgöranden betraktades avtal vars syfte uteslutande var att begränsa konkurrensen såsom förbjudna i sig. Detsamma gällde avtal vars effekt enbart var konkurrensbegränsande.³⁷ Denna syn kom att utgöra språngbräda för en viktig utveckling inom den amerikanska konkurrensrätten, nämligen utvecklingen av *per se*-regler. Reglerna innebar att vissa förfaranden ansågs hota konkurrensen i sådan utsträckning att de *per automatik* betraktades som otillåtna, d.v.s. utan någon analys av deras effekt på konkurrensen. I doktrinen råder oenighet när det gäller frågan om i vilket fall *per se*-formeln användes för första gången. Vissa hävdar att domstolens resonemang i *Trenton Potteries*³⁸ var en tillämpning av *per se*-doktrinen, medan andra utpekar *Socony-Vacuum*³⁹ som det första fallet där en sådan tillämpning förekom.⁴⁰ De av domstolens uttalanden i *Trenton Potteries* som åberopas till förmån för åsikten att det i detta fall skulle röra sig om ett *per se*-resonemang pekar emellertid enligt egen uppfattning snarare mot en tillämpning av principer som slagits fast redan i tidigare praxis. Bland annat gör domstolen följande uttalande: "Agreements which create such potential power [möjligheten att fixera priser] may well be held to be in themselves unreasonable or unlawful restraints, without the necessity of minute inquiry whether a particular price is reasonable or unreasonable as fixed and without placing on the government in enforcing the Sherman Act the burden of ascertaining from day to day whether it has become unreasonable through the mere variation of economic conditions."⁴¹ Detta uttalande kan vid första anblicken verka vara uttryck för åsikten att prisreglering skall vara otillåtet i sig, men det rör sig snarare om ett förkastande av den gamla missuppfattningen att en prisreglering var tillåten om den resulterade i priser som var rimliga. Denna s.k. "reasonable price legality standard" hade förkastats redan av domare White i *Standard Oil*-fallet och i *Trenton Potteries* anslöt sig domstolen till denna ståndpunkt. I domen saknas uttalanden som stöder tesen att domstolen ansåg att en prisreglering var konkurrensbegränsande i sig själv, d.v.s. oavsett parternas marknadsställning.

Även om *Trenton Potteries*-fallet inte introducerade *per se*-doktrinen så råder det ingen tvekan om att så skedde i och med *Socony-Vacuum*. Det var också i detta fall som den latinska termen "*per se*" användes för första gång-

³⁶ Bork, a.a., s. 828.

³⁷ Bork, a.a., s. 829.

³⁸ *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927).

³⁹ *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940).

⁴⁰ Se Gellhorn, a.a., s. 177, och Joliet, a.a., s. 45.

⁴¹ *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927), s. 397f.

en. Fallet rörde ett samarbete mellan en grupp större oljeraffineringsföretag. En minskad efterfrågan på bensin i förening med en ökad produktion och det faktum att mindre raffinaderier saknade lagringskapacitet medförde att priset på bensin rasade. Gruppen av större företag försökte då förhindra prisrasen genom att köpa upp överskottsbensin av de mindre, oberoende raffinaderierna. Det var alltså inte fråga om någon uttrycklig överenskommelse om försäljningspris men domstolen fann ändå att syftet med samarbetet var att begränsa konkurrensen och höja priset. Företagens försvar att samarbetet var nödvändigt för att motverka destruktiv konkurrens ogillades av domstolen som uttalade: "Ruinous competition, financial disaster, evils of price cutting and the like appear throughout our history as ostensible justifications for price-fixing. If the so called competitive abuses were to be appraised here, the reasonableness of prices would necessarily become an issue in every price-fixing case." Det som var revolutionerande med *Socony-Vacuum* var emellertid inte domstolens avvisande av svarandens argument utan det uttalande som Justice Douglas gör i fotnot 59. Där betonar han att syfte och effekt inte var någon förutsättning för att ett agerande skulle omfattas av förbudet i Sherman Act Section 1. En prisreglering var otillåten även om varken öppet handlande eller möjlighet för företagen att uppnå sitt syfte visats. Härigenom var per se-regeln ett faktum. Prisreglering var i sig själv så konkurrensbegränsande att det inte var nödvändigt att närmare undersöka åtgärdens effekt på konkurrensen.⁴²

2.4 Senare utveckling

Utvecklingen av per se-regler var alltså ett sätt att underlätta domstolarnas rättstillämpning. Genom att vissa kategorier av avtal betraktades som otillåtna i sig undveks de krävande ekonomiska analyser som var en viktig beståndsdel i rule of reason-doktrinen. När man läser den uppräknade av för rule of reason-bedömningen relevanta faktorer som domstolen gör i *Chicago Board of trade* (se ovan) så förstår man denna utveckling mot ett förenklat arbetssätt. Per se-doktrinen utsträcktes i praxis till att omfatta, förutom prisreglering, bojkotter, horisontell marknadsuppdelning och kopplingsförbehåll.⁴³ Trenden mot en ökad tillämpning bröts i viss mån med fallet *GTE Sylvania*⁴⁴ genom vilket domstolen slog fast att vertikala avtal som begränsade en parts möjlighet till försäljning utanför ett tilldelat område inte skulle falla under per se-regeln utan istället bedömas enligt rule of reason-doktrinen. Domstolens avgörande var en indikation på att man i framtiden hade för avsikt att i minskad utsträckning sätta sin tillit till per se-regeln och istället ge ett större utrymme åt en vidare ekonomisk analys. Efterföljande praxis pekar mot en ökad betydelse för rule of reason i den amerikanska antitrustlagstiftningen. I domstolarnas rättstillämpning går det att urskilja en rörelse

⁴² Joliet, a.a., s. 49.

⁴³ Odenbro, *USAs Antitrustlagstiftning*, Sveriges Exportråds Förlag, Stockholm 1978, s. 15.

⁴⁴ *Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

bort från den etiketteringsmetod som per se-doktrinen får anses utgöra och mot en ökad fokusering på ekonomiska överväganden.⁴⁵

Även om domstolarnas praxis beträffande vilka konkurrensbegränsningar som skall anses otillåtna per se flukturerar, något som inte är så konstigt med tanke på att gränsen för vad som kan betraktas som en rimlig begränsning i många fall är svår att fastställa, så består kärnan i rule of reason-begreppet, nämligen upprätthållandet av en fungerande konkurrens som det allt över-skuggande målet. Per se-regeln påverkar inte detta fundament eftersom regeln endast utgör en förenkling av rule of reason. Per se-regeln drar inte upp gränsen för vilka konkurrensbegränsningar som kan betraktas som till-låtna eller otillåtna utan den används för att avgöra huruvida domstolen över-huvudtaget behöver undersöka begränsningens effekter. På sätt och vis ingår per se-bedömningen som ett första steg i prövningen av en konkurrens-begränsning. Om det aktuella förfarandet faller under någon per se-kategori så gör domstolen ingen vidare undersökning av dess effekt på konkurrensen.

När det gäller tillämpningen av rule of reason så gäller de principer som slagits fast i tidigare praxis. Prövningen innefattar en värdering av det konkurrensbegränsande förfarandets karaktär, sedd i förhållande till lag-stiftningens målsättning, att bevara konkurrensen. Chief Justice Whites version av rule of reason, som den kom till uttryck i *Standard Oil* och *American Tobacco*, består av en prövning i tre steg.⁴⁶ I ett första steg fastställs huruvida det aktuella förfarandet rymmer någon per se-regel. Om förfarandet inte kan anses som entydigt konkurrensfientligt övergår prövningen i nästa steg – utredningen om parternas uppsåt eller syfte med åtgärden. Om det kan visas att parternas syfte med, eller förväntade resultat av, åtgärden består i en minskning av konkurrensen väger detta tungt för slutsatsen att förfarandet är otillåtet. Även om bevisningen pekar mot ett illojalt syfte bakom åtgärden så är det ofta nödvändigt att gå vidare till en bedömning av avtalets effekter. Ofta är de båda frågorna, syfte och effekt, så nära sammanbundna att det skulle vara opraktiskt att skilja dessa båda åt och därför kan de prövas tillsammans. Det tredje steget i prövningen innebär som sagts en undersökning av förfarandets effekt på konkurrensen. Den viktigaste enskilda faktorn i denna bedömning utgörs av företagets styrka på mark-naden.⁴⁷ Kort brukar domstolarnas prövning uttryckas som en värdering av ”power, purpose and effect”, d.v.s. en värdering av de deltagande företagets styrka på marknaden, de syften som ligger bakom förfarandet samt de verk-ningar som detta medför.⁴⁸

För att ett förfarande skall anses tillåtet krävs att värderingen av dess effekter utmynnar i ett positivt netto beträffande konkurrensen eller i vart fall i en slutsats att konkurrensen är opåverkad. Det är inte möjligt att låta andra

⁴⁵ Gellhorn, a.a., s. 187-195.

⁴⁶ Bork, a.a., s. 804.

⁴⁷ Bork, Robert H., *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, 75 Yale Law Journal 1966 [cit Bork II], s. 389.

⁴⁸ Bernitz, Ulf, *Marknadsrätt*, Stockholm 1969, [cit Bernitz II] s. 284.

positiva verkningar av avtalet än just ökad konkurrens spela en roll i bedömningen. Sådana indikationer gavs i *Chicago Board of Trade* men domstolen har i senare fall uttryckligt tagit avstånd ifrån en sådan rättstillämpning. I fallet *National Society of Professional Engineers v. United States*⁴⁹ avfärdades svarandens argument att de aktuella åtgärderna var försvarliga bl.a. med hänsyn till ”public safety” med följande uttalande: ”In either event, the purpose of the analysis is to form a judgement about the competitive significance of the restraint; it is not to decide whether a policy favoring competition is in the public interest or in the interest of the members of an industry.”⁵⁰ Det framgår tydligt att andra än konkurrenshänsyn inte ryms under rule of reason. Det finns ytterligare en aspekt av fallet som är av intresse i detta sammanhang. Domstolen tillämpade nämligen en förkortad version av den vanliga rule of reason-prövningen. Trots att man undvek att tillämpa en per se-regel så nöjde sig domstolen med att konstatera dess uppenbart konkurrensbegränsande effekter, utan någon fördjupad ekonomisk analys. En sådan ytlig analys är troligtvis endast möjlig när det gäller att konstatera att ett förfarande är otillåtet och inte när det gäller att placera ett avtal utanför lagstiftningens förbud.

2.5 Särskilt om accessoriska begränsningar i amerikansk rätt.

Begreppet accessoriska begränsningar (i engelskan: ”ancillary restraints”) återfinns redan i common law och gjorde sitt intrång i den moderna amerikanska konkurrensrätten i och med fallet *United States v. Joint Traffic Ass’n*⁵¹, i vilket domstolen emellertid använde termen ”collateral agreement”. Samma år formulerade Judge Taft, som sagts ovan, doktrinen om ”ancillary restraints” i fallet *Addyston Pipe*.⁵² Taft hävdade att även om common law fördömde alla avtal som enbart hade till syfte att begränsa parternas frihet så tilläts de avtal som var ”merely ancillary to the main purpose of a lawful contract, and necessary to protect the covenantee in the enjoyment of the legitimate fruits of the contract, or to protect him from the dangers of an unjust use of those fruits by the other party.”⁵³

Doktrinen om accessoriska begränsningar absorberades sedermera av den vidare rule of reason som domstolen formulerade i *Standard Oil Co. v. United States*.⁵⁴ Principen har emellertid lyckats upprätthålla en självständig existens parallellt med rule of reason, främst till följd av de möjligheter som principen erbjuder att legitimera förfaranden som annars hade fallit under en

⁴⁹ *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679 (1978).

⁵⁰ *Ib.*, s. 692.

⁵¹ *United States v. Joint Traffic Ass’n*, 171 U.S. 505 (1898), s. 568.

⁵² *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 Fed. 271 (6th Cir. 1898), *aff’d*, 175 U.S. 211 (1899).

⁵³ *Ib.*, s. 282.

⁵⁴ *Louis, a.a.*, s. 882.

tillämpning av per se-regler.⁵⁵ Parterna kan, genom att visa att vissa avtalsklausuler som i andra fall är förbjudna per se i det aktuella fallet är accessoriska till huvudtransaktionen, undvika det strikta förbudet och istället få samarbetet prövat under rule of reason. Vissa förfaranden eller integrationer på marknaden kan vara sådana att de i sig själva verkar begränsande på konkurrensen eller så kräver de en tillämpning av vissa konkurrensbegränsande åtgärder för att vara effektiva eller för att överhuvudtaget vara möjliga. En företagsöverlåtelse eller ett licensavtal kan medföra sådana möjligheter till en ökad konkurrens att en part inte hade deltagit i transaktionen om det inte givits möjligheter att skydda sig. I sådana situationer är det ur ett samhälls-ekonomiskt perspektiv lämpligt att tillämpa den mer flexibla rule of reason istället för ett automatiskt per se-förbud vilket saknar avvägningsmöjligheter.

Den traditionella synen på accessoriska begränsningar som en möjlighet att undslippa de rigida per se-förbuden bröts i och med fallet *Topco*.⁵⁶ Fallet rörde samverkan i kooperativform, Topco Associates, Inc., mellan uppskattningsvis tjugofem medelstora och små regionala snabbköpskedjor. Den totala försäljningsvolymen för dessa kedjor översteg samtliga nationella snabbköpskedjors volymer med undantag för de tre största. Samarbetet gick ut på att de individuella företagen gjorde sina inköp via Topco, som utgjorde en inköpspool. Producenterna erhöll order från Topco, satte Topcos varumärke på den aktuella produkten och levererade direkt till de olika snabbköpskedjorna. Inköpspoolen gjorde det möjligt att nå de ordernivåer som var nödvändiga för att kunna sälja under ett eget varumärke. Topco tilldelade varje medlem ett exklusivt försäljningsområde inom vilket inte andra medlemmar, varken nuvarande eller framtida, skulle få möjlighet att öppna försäljningsställen som förde Topco-produkter. Konkurrensmyndigheten väckte talan mot Topco under förevändningen att samarbetet stred mot Sherman Act Section 1. Supreme Court ansåg att samarbetet var otillåtet genom tillämpning av per se-doktrinen, trots att konkurrensbegränsningarna kunde betraktas som nödvändiga för varumärkessamarbetet och därför borde ha analyserats under rule of reason. Därmed inte sagt att samarbetet hade tillåtits efter en sådan analys. Det förefaller sannolikt att de deltagande företagen hade valt att delta i samarbetet även om de inte erhållit områdesexklusivitet. Anledningen härtill var att vinsterna av samarbetet nog får anses uppväga den förlust som de individuella företagen hade kunnat drabbas av utan områdesskydd.⁵⁷ Det faktum att konkurrensbegränsningarna var av en sådan allvarlig art gör att det är svårt att dra några klara slutsatser av fallet. Det är inte helt och hållet klart att domstolens avsikt varit att förkasta doktrinen om accessoriska begränsningar och dess tillämpning i fall där förfaranden med mindre allvarliga konsekvenser för konkurrensen är under prövning.⁵⁸

⁵⁵ Bork II, s. 384, se även *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*, 792 F.2d 210 (D.C. Cir. 1986), s. 224.

⁵⁶ *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596 (1972).

⁵⁷ *Louis, a.a.*, fotnot 84.

⁵⁸ *Louis, a.a.*, s. 880.

Även om de principer som slogs fast i *Topco*-fallet inte uttryckligen har åsidosatts i senare praxis så pekar bl.a. *GTE Sylvania*⁵⁹ på en ändrad inställning hos domstolen. Som nämnts ovan slog domstolen i detta fall fast att per se-regeln inte skulle tillämpas på vertikalt inducerade konkurrensbegränsningar som omfattade annat än prisreglering. Den enda relevanta skillnaden mellan *GTE Sylvania* och *Topco* är att det i det förra fallet rörde sig om begränsningar som skapats av en självständig tillverkare medan det i det senare saknades ett sådant tidigare led vilket tvingade de deltagande företagen till en överenskommelse sinsemellan. Att i en sådan situation tillämpa ett strikt förbud i det ena fallet och en rule of reason i det andra är inkonsekvent.

Ytterligare ett fall, *Broadcast Music*⁶⁰, tyder på en förändrad attityd gentemot accessoriska begränsningar, även om det inte heller här är fråga om något uttryckligt förkastande av *Topco*. I fallet hade två organisationer skapats för att underlätta för upphovsrättsinnehavare till musikstycken att utfärda licenser samt övervaka licenstagarna. Organisationerna gavs icke-exklusiva rättigheter till arbetena och utfärdade s.k. "blanket licenses", d.v.s. generella licenser som gav licenstagaren rätten att spela samtliga verk som organisationen förfogade över. Licensavgiften distribuerades sedan till de olika upphovsmännen i relation till hur frekvent deras verk spelades. Samarbetet hindrade förvisso inte upphovsmännen att själva utfärda licenser till vilka avgifter som helst och de båda organisationerna utfärdade också begränsade licenser, t.ex. för specifika program. Dessa alternativ var emellertid obekväma för de större användarna och utnyttjades sällan. Förfarandet med generella licenser innebar därför de facto en prisreglering.

Columbia Broadcasting System (CBS) förde talan mot de båda organisationerna och hävdade att samarbetet innebar en prisreglering som var otillåten per se. Supreme Court slog fast att förfarandet inte utgjorde prisreglering i den mening som omfattades av per se-regeln och uttalade sig på ett sätt som leder tankarna till en tillämpning av doktrinen om accessoriska begränsningar. Domstolen uttryckte bl.a. att "the blanket license accompanied a useful integration of competitors"⁶¹ och att "joint ventures and other cooperative arrangements are also not usually unlawful, at least not as price-fixing schemes, where the agreement on price is necessary to market the product at all."⁶² Förfarandet hade alltså ett samband med en legitim integration och den var nödvändig för att samarbetet skall bestå, båda dessa kriterier tillämpas vid en analys av accessoriska begränsningar. Det bör dock poängteras att domstolen i *Broadcast Music* varken underkänner *Topco*-fallet eller påvisar relevanta skillnader mellan de båda fallen. Domstolen fastställer inte heller att accessoriska begränsningar generellt skall provas under rule of reason.⁶³

⁵⁹ Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977).

⁶⁰ Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 U.S. 1 (1979).

⁶¹ *Ib.*, s. 21.

⁶² *Ib.*, s. 23.

⁶³ *Louis, a.a.*, s. 899.

Rättsläget beträffande accessoriska begränsningar är alltså oklart både vad avser frågan om vilka typer av accessoriska begränsningar som faller utanför per se-förbuden, och i vilka situationer. Vad avser frågan om hur tillåtlighetsprövningen görs när det väl konstaterats att inget per se-förbud är tillämpligt så framstår rättsläget klarare. Även om en konkurrensbegränsning faller utanför det strikta förbud som en sådan regel innebär så kvarstår rimlighetsprövningen under rule of reason. Förfarandet måste ha ett samband med en legitim transaktion eller integration och det måste också ha konkurrensbefrämjande verkningar tillräckliga för att väga upp den inskränkning av konkurrensen som förfarandet givit upphov till.⁶⁴ Vidare får inte begränsningen gå utöver vad som är nödvändigt för att tillgodose parternas behov.⁶⁵ Den viktigaste slutsatsen som kan dras om tillämpningen av accessoriska begränsningar i den amerikanska antitrustlagstiftningen är att den ekonomiska analysen spelar en avgörande roll. Detta är en följd av doktrinen nära samband med rule of reason och den stora hänsyn till det övergripande målet för Sherman Act, en väl fungerande konkurrens, som tas vid en sådan rule of reason-bedömning. Det helt och hållet avgörande kriteriet för ett avtals legitimitet är dess effekter på konkurrensen, andra positiva verkningar av avtalet är av underordnad betydelse.

⁶⁴ Louis, a.a., s. 899.

⁶⁵ Louis, a.a., s. 883.

3 Accessoriska begränsningar i EG-rätten

3.1 Den konkurrensrättsliga regleringen – Artikel 81 (1). Förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag

EG-fördragets artikel 81 och artikel 82 utgör grunden för EGs konkurrensreglering. Artikel 81 (1) förbjuder alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden. Enligt artikelns andra punkt förklaras sådana avtal eller beslut som är förbjudna under punkt ett ogiltiga. Artikel 81 (3) medger att förbudet i punkt 1 förklaras icke tillämpligt på avtal, beslut och samordnade förfaranden som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande. Ytterligare förutsättningar för att undantag skall vara möjligt är att konsumenterna tillförsäkras en skäligh andel av den vinst som uppnås, att åtgärderna inte ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå de nämnda målen samt att företagen inte ges möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna ifråga.

I artikel 81 (1) nämns tre olika typer av samarbete mellan företag: avtal, beslut och samordnade förfaranden. I denna uppsats låter jag begreppet avtal omfatta samtliga dessa former av samarbete om det inte skulle vara så att en specificering är nödvändig.

För att förbudet i artikel 81 (1) skall vara tillämpligt krävs att ett antal kriterier är uppfyllda. Vissa av dessa framgår av lagtexten. Det faller utanför ramen för denna uppsats att genomföra någon ingående analys av dessa kriterier men en kortfattad presentation kan ändå vara på sin plats. För det första så skall det vara fråga om ett avtal, beslut eller samordnat förfarande (avtalskriteriet). Kommissionen har gjort en vid tolkning av vad som kvalificerar in under de olika typerna av överenskommelse och denna vida tolkning har oftast upprätthållits av EG-domstolen.⁶⁶ För det andra så är förbudet begränsat till att omfatta avtal som påverkar handeln mellan medlemsstater (samhandelskriteriet). I fallet *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm*⁶⁷ slog domstolen fast att det för att artikel 81 skulle vara tillämplig krävdes att: "it must be possible to foresee with a sufficient degree of probability on the basis of a set of objective factors of law or of fact that the agreement

⁶⁶ Whish, a.a., s. 217.

⁶⁷ Mål 56/65 *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm*, ECR 1966, s.235.

in question may have an influence, direct or indirect, actual or potential, on the pattern of trade between member states.”⁶⁸ Kriteriet har tillämpats extensivt i praxis.⁶⁹ Det tredje kriteriet (Konkurrensbegränsningskriteriet) innebär att avtalet måste ha till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen för att falla under förbudet. Kraven på syfte respektive resultat är alternativa. Det är enbart om det inte framgår av omständigheterna att avtalets syfte är att begränsa konkurrensen som det blir aktuellt att pröva huruvida det kan få ett sådant resultat.⁷⁰ Värt att notera är att syftet fastställs på objektiva grunder, det är alltså inte fråga om att försöka fastställa parternas subjektiva avsikt.⁷¹ Huruvida ett avtal resulterar i en begränsning av konkurrensen avgörs genom ett konkurrenstest, d.v.s. en grundlig ekonomisk analys av avtalet i en marknadskontext. Vid detta test bestäms den relevanta marknaden, både till produkt och till geografisk utsträckning, och en rad relevanta ekonomiska variabler vägs in, t.ex. förekomsten av immateriella rättigheter och konkurrenters beteende.

Vissa avtal faller utanför artikel 81 trots att de påverkar konkurrensen på det sätt som förbudet omfattar. Anledningen är att påverkan sker i en liten utsträckning, effekten på konkurrensen är inte märkbar. Detta sätt att begränsa tillämpningsområdet för artikel 81 kallas de minimis-doktrinen.⁷² Doktrinen formulerades första gången i fallet *Volk mot Vervaecke* där EG-domstolen uttalade följande: ”an agreement falls outside the prohibition in Article 85 (1) where it has only an insignificant effect on the market, taking into account the weak position which the persons concerned have on the market of the product in question.”⁷³ Då det har ansetts föreligga ett behov av klara riktlinjer när det gäller tillämpningen av de minimis-doktrinen så har kommissionen givit sådana i sitt meddelande om avtal av mindre betydelse.⁷⁴ I meddelandets punkt 9 anges tröskelvärden för de deltagande företagens marknadsandelar vilka inte får överskridas om samarbetet skall falla utanför förbudet i artikel 81. Det bör emellertid poängteras att den kvantitativa definitionen av märkbar som ges i meddelandet endast är vägledande, vilket också stadgas uttryckligen i meddelandets punkt 3. Meddelandet är inte heller bindande för nationella domstolar, EG-domstolen eller dess förstainstansrätt.⁷⁵

Utöver dessa fall där en kvantitativ bedömning av det konkurrensbegränsande förfarandet medför att detta faller utanför förbudet i artikel 81 så finns det exempel på samarbeten som efter en kvalitativ bedömning har behandlats

⁶⁸ *Ib.*, s. 249.

⁶⁹ Carlsson/Schuer/Söderlind, *Konkurrenslagen*, Fritzes Förlag AB 1995 (upplaga 2:1), s. 71.

⁷⁰ Mål 56/65 *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm*, ECR 1966, s. 235, s.249.

⁷¹ *Whish. a.a.*, s. 230.

⁷² *Whish. a.a.*, s. 250.

⁷³ Mål 5/69 *Volk mot Vervaecke*, ECR 1969, s. 295.

⁷⁴ Meddelande om avtal av mindre betydelse som inte omfattas av artikel 85.1 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen. Bilaga till EGT C 372, 1997.

⁷⁵ *Ib.*, punkt 7.

på samma sätt. Dessa fall är av central betydelse för detta arbete och därför behandlas de under en egen rubrik nedan.

3.2 Kvalitativa aspekter under artikel 81 (1)

Det står helt klart att EG-domstolen i vissa fall har gjort rimlighetsbedömningar av vad som utgör en konkurrensbegränsning under artikel 81(1). Genom att ta hänsyn till kvalitativa aspekter hos det särskilda samarbetet så har domstolen låtit detta falla utanför förbudet när det varit skäligt. Det är alltså fråga om en utveckling av begreppet konkurrensbegränsning, i många fall mot en snävare tolkning av detsamma. Det är denna utveckling som i stor utsträckning har bidragit till att en diskussion förts om rule of reason-begreppets vara eller icke vara inom EG-rätten. Denna diskussion läggs emellertid åt sidan just nu för att behandlas längre fram i uppsatsen.

De fall där EG-domstolen har låtit en kvalitativ bedömning fälla avgörandet kan delas in i tre kategorier, fall där konkurrensbegränsningen ifråga har betraktats som objektivt nödvändig, fall där kommersiell risk har gjort konkurrensbegränsningen nödvändig samt fall där konkurrensbegränsningen rättfärdigas av objektiva bedömningsgrunder.⁷⁶

3.2.1 Objektivt nödvändiga klausuler

Denna den första kategorin utgörs av fall där de aktuella konkurrensbegränsningarna bedömts falla utanför förbudet i artikel 81(1) på grund av att de ansetts objektivt nödvändiga för en viss typ av avtal. Det är alltså under denna kategori som accessoriska begränsningar sorterar och dessa skall behandlas mer ingående nedan.

3.2.2 Kommersiell risk

Den andra kategorin omfattar fall där domstolen ansett att den kommersiella risk en återförsäljare, en licenstagare eller en franchisetagare tar är så stor att någon form av exklusivitet är nödvändig för att han skall våga satsa och ta sig in på marknaden. Domstolens avgöranden i *STM mot Maschinenbau Ulm*⁷⁷ och *Nungesser mot Kommissionen*⁷⁸ utgör exempel på sådana fall. I *STM mot Maschinenbau Ulm* hade ett franskt företag, STM, avtalat med det tyska bolaget Maschinenbau Ulm om att med ensamrätt få sälja det sistnämnda bolagets maskiner i Frankrike; ensamrätten var inte absolut och inga hinder mot parallellimport förelåg. I avtalet ingick också att STM inte skulle sälja maskiner av andra märken. I ett senare försök att komma ur avtalet

⁷⁶ Whish, a.a., s. 236, Carlsson mfl., a.a., s. 129.

⁷⁷ Mål 56/65 Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm, ECR 1966, s.235.

⁷⁸ Mål 258/78 Nungesser KG och Eisele mot Europeiska Kommissionen, ECR 1982, s. 2015.

hävdade STM att den i avtalet ingående ensamrätten stred mot artikel 81(1). Domstolen konstaterade emellertid att en klausul om ensamrätt i ett avtal inte i sig stred mot artikel 81(1) utan ansågs i vissa fall vara nödvändig för att en eventuell importör skulle våga satsa på en produkt. Att i ett sådant fall inte tillåta en klausul av det aktuella slaget skulle leda till en utebliven import av produkten ifråga. Utebliven import skulle i sin tur innebära ett lägre konkurrenstryck på den franska marknaden.

Fallet *Nungesser* rörde en exklusiv licens, utfärdad av det franska nationella jordbruksforskningsorganet INRA åt den tyske medborgaren Eisele, att producera en ny typ av majsfrön. Licensen gav Eisele ensamrätt till tillverkning och försäljning på den tyska marknaden, rättigheter som Eisele sedermera överförde till sitt bolag Nungesser. Efter att Kommissionen meddelat avslag för Eiseles anmälan om undantag enligt artikel 81(3) överklagade denne beslutet och målet hamnade i EG-domstolen. I sin prövning av huruvida exklusivlicensen stred mot artikel 81(1) gjorde domstolen en distinktion mellan öppna och slutna exklusivlicenser. De förra, vilka innebär att licensgivaren åtar sig att inte meddela licens till någon annan inom det aktuella området samt att inte själv konkurrera där, ansågs kunna ha vissa positiva effekter, bl.a. kunde de uppmuntra teknisk utveckling och bidra till utvecklandet av nya marknader. Av denna anledning betraktades öppna exklusivavtal inte som förbjudna i sig utan kunde accepteras om de i det särskilda fallet hade positiva verkningar.

3.2.3 Selektiva återförsäljaravtal

Den tredje kategorin avtal utgörs av selektiva återförsäljaravtal. Ett centralt fall under denna kategori är fallet *Metro mot Kommissionen*.⁷⁹ Företaget Metro ville saluföra SABAs hemelektronikprodukter. SABA leveransvägrade under förevändning att man tillämpade ett selektivt distributionssystem där återförsäljarna valdes ut med utgångspunkt från främst två av kriterier, ett kvalitativt och ett kommersiellt. Det kvalitativa kriteriet omfattade krav bl.a. beträffande affärslokaler och personalens utbildning. Det kommersiella kriteriet omfattade främst ett åtagande från återförsäljarens sida att hålla en viss försäljningsvolym samt ett åtagande angående lagerhållning. SABA var av den uppfattningen att Metro inte levde upp till dessa krav. Domstolen slog fast att ett selektivt distributionssystem inte stred mot artikel 81(1) under förutsättning att urvalet gjordes med utgångspunkt från objektiva kriterier och inte tillämpades på ett diskriminerande sätt. Dessutom så måste urvalskriterierna vara försvarbara med hänsyn till produkten ifråga.

Åsikter har framförts att domstolens hantering av selektiva distributionsystem skall placeras under en egen kategori av kvalitativa hänsyn vid tillämpning av artikel 81(1) och att rättstillämpningen på området skall anses

⁷⁹ Mål 26/76 *Metro SB-Grossmärkte mot Europeiska Kommissionen*, ECR 1977, s. 1875 (*Metro I*).

utgöra ett rättsområde sui generis.⁸⁰ En av avsikterna med denna uppsats är emellertid att undersöka om inte det är fråga om en tillämpning av doktrinen om accessoriska begränsningar. Med anledning härav kommer selektiva distributionssystem att behandlas mer ingående nedan.

3.3 Doktrinen om accessoriska begränsningar

Att definiera accessoriska begränsningar enbart som en grupp avtalsvillkor som är objektivt nödvändiga för genomförandet av vissa typer av kontrakt och samarbeten är av begränsat värde. Även de klausuler som faller utanför förbudet i artikel 81(1) med hänvisning till kommersiell risk gör det på grund av att de betraktas som nödvändiga för det samarbete där de ingår. En definition av begreppet accessoriska begränsningar som objektivt nödvändiga konkurrensbegränsningar utanför kategorin ”kommersiell risk” är inte heller särskilt klargörande. Istället bör man, genom att se till vad som utmärker accessoriska begränsningar och till de hänsyn som motiverar att de faller utanför artikel 81 (1), försöka fastställa klara gränser för begreppets omfattning. En klarare definition skulle underlätta förståelsen och analysen av EG-rättens hantering av accessoriska begränsningar och, som en följd härav, leda till en ökad förutsebarhet.

Ett försök till en sådan definition har gjorts av F. Enrique González Díaz. Han menar att det går att urskilja en röd tråd igenom i stort sett samtliga fall av accessoriska begränsningar. Enligt Díaz används doktrinen om accessoriska begränsningar inom EG-rätten i huvudsak för att rättfärdiga konkurrensbegränsningar som är nödvändiga för att bevara, eller möjliggöra överförandet av, värde i olika typer av transaktioner.⁸¹ Följande exempel illustrerar teorin. I ett licensavtal omfattande know-how vill licensgivaren möjliggöra en överföring av det fulla värdet av know-how till licenstagaren och dessutom vill han att dess värde skall ha bevarats även efter det att licensavtalet har löpt ut. Det enda sättet att uppnå dessa mål är att se till att kunskaperna inte läcker ut till andra aktörer under avtalets giltighetstid. Ett sådant hemlighållande kräver klausuler i avtalet som ålägger licenstagaren sekretess, klausuler som förbjuder underlicenser, klausuler som förbjuder licenstagaren att använda erhållen know-how efter avtalets upphörande samt, möjligen, klausuler som förhindrar att aktuell know-how används utanför avsett område. Utan sådana klausuler finns det en risk att know-how sprids till andra aktörer eller att det används på områden som inte omfattades av licensen och att dess värde därigenom försämras. En liknande värdehänsyn motiverar konkurrensklausuler i samband med en företagsöverlåtelse. För att köparen skall erhålla det fulla värdet av rörelsen kan det krävas att säljaren åtar sig att inte konkurrera med det överlåtna företaget, i vart fall under en övergångsperiod. Värdet av goodwill och en upparbetat kundkrets skulle

⁸⁰ Whish, a.a., s. 238.

⁸¹ Díaz, F. Enrique González, *Some Reflections on the Notion of Ancillary Restraints Under EC Competition Law*, Fordham Corporate Law Institute 1995, s. 328.

snabbt kunna försämrans om säljaren tilläts konkurrera direkt efter överlåtelsen.

Fördelen med denna teori är att den skapar en plattform vid en analys av rättsfall där omständigheterna pekar mot att doktrinen om accessoriska begränsningar har använts. Den gör det möjligt att klart avgränsa begreppets omfattning, ungefär på samma sätt som kategorin fall där hänsyn till kommersiell risk medfört undantag från artikel 81(1). En precisering av de faktorer som kan medföra ett sådant undantag bidrar till en konsekvent rättstillämpning och underlättar för marknadens aktörer att inrätta sitt beteende i enlighet med konkurrenslagstiftningen. Díaz teori om bevarande och överförande av värde kommer att ligga i bakgrunden under den följande beskrivningen av tillämpningen av accessoriska begränsningar i EG-rätten och i den efterföljande analysen har jag för avsikt att eventuellt ge svar på frågan om det finns uttryck för värdehänsyn i domstolens eller kommissionens praxis.

3.3.1 Accessoriska begränsningar i samband med koncentrationer

Det är i en företagsöverlåtelsekontext som doktrinen om accessoriska begränsningar har vunnit tillämpning i störst utsträckning. Både domstolen och kommissionen har i sin respektive praxis givit uttryck för principen att konkurrensklausuler och andra typer av konkurrensbegränsningar i samband med en företagsöverlåtelse kan falla utanför förbudet i artikel 81 under vissa omständigheter.

Ett av de första fallen där kommissionen utvecklade sin syn på accessoriska begränsningar, fallet *Reuter/BASF*⁸², rörde konkurrensbegränsande klausuler i ett överlåtelseavtal. Bakgrunden till fallet var en överlåtelse av företagsgruppen Elastomer, tillverkare av polyureten, till BASF AG. Säljaren, Dr Gottfried Reuter, ingav en ansökan till kommissionen enligt artikel 3 i förordning nr 17 om åläggande att upphöra med överträdelser med anledning av de konkurrensklausuler som ingick i de aktuella överlåtelseavtalen. Det första avtalet ingånget den 25 juni 1971 innebar att Dr Reuter överförde sin kontrollerande andel i Elastomer AG till BASF och ett andra avtal ingånget samma datum innebar ett överförande av all know-how och teknologi på det relevanta området till ett av BASFs dotterbolag. De av avtalsklausulerna som var under prövning i fallet var, för det första, en konkurrensklausul genom vilken Dr Reuter åtog sig att inte engagera sig direkt eller indirekt i verksamhet inom det relevanta produktområdet, och för det andra, en omfattande sekretessklausul. Båda klausulerna skulle gälla i åtta år. BASF hävdade att klausulerna var nödvändiga för att BASF skulle kunna konsolidera övertagandet och genomföra omorganisationer. Vidare anförde man från bolagets sida att konkurrens från Dr Reuter skulle minska värdet på de tillgångar som omfattades av överlåtelsen.

⁸² Reuter/BASF, 1976 EGT nr L 254 s. 40 (beslut 26 juli 1976).

Kommissionen inledde med att konstatera att konkurrensklausuler normalt sett är obehövliga när det enbart är fråga om en överlåtelse av materiella tillgångar men att situationen är en annan när den också, som i detta fall, omfattar goodwill och know-how. Beträffande prövningen av huruvida konkurrensklausuler i ett sådant fall var nödvändiga anförde kommissionen: ”In order to determine whether Article 85(1) applies to the non-competition clause in the agreement, it is above all necessary to examine in how far the clause is essential to the preservation of the transferred worth of the undertaking and whether it exceeds what is necessary for such preservation.” I prövningen som följde konstaterade kommissionen att i fall där överlåtelsen omfattar goodwill, inklusive kundrelationer, är det av stor vikt att hindra säljaren från att återta sin kundkrets under den period som närmast följer transaktionen. En konkurrensklausul till skydd för köparen är befogad eftersom säljaren, i sin egenskap av tidigare ägare, besitter kunskaper om det överlåtna företaget som gör honom farligare än andra konkurrenter. Detta skydd kan emellertid inte sträcka sig hur långt som helst fram i tiden utan måste begränsas till den tid det tar för köparen att uppnå samma position på marknaden som det överlåtna företaget hade vid tidpunkten för köpet. Samma hänsyn ansågs av kommissionen kunna göras gällande när en företagsöverlåtelse omfattade know-how. Förutom att vara begränsade i tiden så skulle konkurrensklausulerna också vara begränsade till att gälla det geografiska område och det produktområde där det överlåtna företaget var aktivt, eller åtminstone var en potentiell konkurrent, före försäljningen.

I fallet ansåg kommissionen att de aktuella konkurrensklausulerna gick utöver vad som var nödvändigt till den del de omfattade icke-kommersiell forskning och utveckling och till den del de överskred fem år. Kommissionen kom till denna slutsats utan att undersöka vilka effekter på konkurrensen som klausulerna hade. Avgörande för klausulernas legitimitet var istället det faktum att de möjliggjorde en överföring av värden i form av know-how och goodwill.

I fallet *Nutricia*⁸³ bekräftade kommissionen de principer som slagits fast i *Reuter/BASF*. Fallet rörde konkurrensklausuler som ingick i överlåtelseavtalen vid NV Verenigde Bedrijven Nutricias (Nutricia) försäljning av dotterbolagen Remia BV och Luycks Producten BV till Drs de Rooij respektive Zuid Hollandse Conservenfabriek BV. I avtalet som reglerade försäljningen av Remia BV till Drs de Rooij (det s.k. sås-avtalet) åtog sig Nutricia att inte under de följande tio åren producera eller sälja såser på den holländska marknaden och att se till att dotterbolaget Luycks också följde detta åtagande. I avtalet som reglerade överlåtelsen av Luycks Producten BV till Zuid utsträcktes konkurrensklausulen i sås-avtalet till att gälla också det överlåtna företaget i dess nya form – Luycks Zuid.

⁸³ Nutricia, 1983 EGT nr L 376 s. 22 (beslut 12 december 1983).

I beslutet hänvisade kommissionen till *Reuter/BASF* och upprepade principen att konkurrensklausuler kan vara nödvändiga vid överlåtelser som omfattar goodwill men poängterade att klausulerna inte fick sträcka sig längre i tiden än vad som var objektivt nödvändigt. I beslutet angavs vissa faktorer som skulle beaktas i fastställandet av en lämplig varaktighet: den tid det skulle ta för köparen att bygga upp en kundkrets, konsumenternas märkeslojalitet, den tid det tar för konsumenterna att acceptera nya produkter eller nya varumärken samt den tid det skulle ta för säljaren att återinträda på marknaden och återta den gamla kundkretsen om han inte var bunden av konkurrensklausulen ifråga. Beträffande klausulernas varaktighet i det aktuella fallet konstaterade kommissionen att dessa överskred vad som var objektivt sett nödvändigt. I sås-avtalet betraktades fyra år som fullt tillräckligt, med tanke på att produkterna inte var av högteknologisk art och i pickles-avtalet ansågs en tvåårig konkurrensklausul kunna accepteras istället för den tidigare femåriga.

På en punkt var *Nutricia*-beslutet nyskapande och det gällde hanteringen av klausulen i pickles-avtalet som utsträckte konkurrensklausulen till att också omfatta tredje man. En läsning *e contrario* av kommissionens uttalande i punkt 32 att: ”The extension to Luycks-Zuid of Nutricia’s 10-year restriction cannot stand if the restriction cannot stand vis à vis Nutricia” ger vid handen att en konkurrensklausul med en rimlig giltighetstid kan utsträckas till tredje man.⁸⁴

Beslutet överklagades men domstolen bekräftade kommissionens slutsatser i sin dom.⁸⁵ Angående prövningen av huruvida en konkurrensklausul faller under förbudet i artikel 81(1) eller inte så uttalade domstolen att det är nödvändigt att undersöka hur konkurrensen hade varit om klausulerna inte hade funnits. Om det då skulle ha varit så att säljaren och köparen fortfarande var konkurrenter efter överlåtelsen så stod det enligt domstolen klart att överlåtelsen inte kunde få effekt om inte klausulerna existerat. Säljaren skulle då ha haft möjlighet att direkt efter försäljningen vinna tillbaka sin gamla kundkrets och på så sätt konkurrera ut det överlåtna företaget. Mot den bakgrunden menade domstolen att konkurrensklausuler försäkrar att transaktionen får avsedd effekt och bidrar till en ökad konkurrens genom möjliggöra en ökning av antalet företag på marknaden.⁸⁶ Vid första anblicken kan det verka som om domstolen genom att peka på klausulernas konkurrensskapande potential grundade legitimiteten på en analys av konkurrenseffekter i det enskilda fallet. Någon sådan analys var det emellertid inte fråga om. Domstolen bekräftade istället kommissionen sätt att pröva konkurrensklausulerna, d.v.s. en prövning baserad på klausulernas nödvändighet för den aktuella transaktionen och krävde ingen undersökning av konkurrensen på den relevanta marknaden, varken före, vid, eller efter tidpunkten för överlåtelsen.

⁸⁴ Díaz, a.a., s. 336.

⁸⁵ Mål C-42/84 Remia BV mot Europeiska Kommissionen, ECR 1985, s. 2545.

⁸⁶ *Ib.*, punkt 19.

3.3.1.1 Kommissionens tillkännagivande om accessoriska begränsningar

Vid införandet av koncentrationsförordningen⁸⁷ ville lagstiftaren undvika att konkurrensklausuler och andra accessoriska begränsningar måste prövas separat under artikel 81 eftersom detta skulle hota den s.k. "one-stop shop" principen. Avsikten var att företagskoncentrationen skulle prövas i sin helhet och man ville inte att den skulle bli föremål för flera skilda prövningar.⁸⁸ Enligt förordningens artikel 8(2) skall därför ett beslut om att en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden även innebära ett godkännande av konkurrensbegränsningar som har ett direkt samband med och som är nödvändiga för genomförandet av koncentrationen ifråga (accessoriska begränsningar). Med anledning av denna bestämmelse har kommissionen utfärdat ett tillkännagivande med riktlinjer för hur man kommer att tolka artikelns lydelse: "restrictions directly related and necessary to the implementation of the concentration".⁸⁹

Under tillkännagivandets andra rubrik "II. Principles of evaluation" görs en genomgång av de grundläggande principerna för tolkning av de olika rekvisiten. Beträffande "restrictions" så uttalas att begreppet inte omfattar begränsningar som är till förfång för tredje man. En sådan konkurrensbegränsning måste vara en ofrånkomlig konsekvens av koncentrationen i sig för att kunna omfattas av godkännandet under koncentrationsförordningen. Om det däremot är möjligt att separera begränsningen från koncentrationen måste den prövas för sig under artikel 81 och 82. Under punkt 4 stadgas att för att en begränsning skall anses vara "directly related" måste den vara accessorisk i förhållande till koncentrationen. Med accessorisk menas att begränsningen skall vara underordnad det huvudsakliga syftet med koncentrationen. Den kan inte heller till sin karaktär helt skilja sig från de begränsningar som själva koncentrationen leder till. Avtalsbestämmelser som utgör en del av grundvalen för koncentrationen betraktas inte heller som accessoriska. Begränsningar som visserligen avtalats vid samma tidpunkt som överlåtelsen men som inte har någon direkt anknytning till denna faller också utanför begreppet. Begränsningarna måste också vara "nödvändiga för genomförandet av koncentrationen" för att omfattas av prövningen enligt förordningen. Enligt kommissionen betyder detta att koncentrationen, utan de aktuella begränsningarna, inte skulle kunna genomföras eller endast skulle kunna genomföras på mindre säkra villkor, till väsentligt högre kostnader eller med avsevärt sämre utsikter till framgång. Det uttalas också att bedömningen måste göras på en objektiv grundval.⁹⁰

⁸⁷ Rådets förordning 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer.

⁸⁸ Raybould, D.M och Firth, Alison, *Law of Monopolies: Competition Law and Practice in the USA, EEC, Germany and the UK*, Graham & Trotman Limited 1991, s. 363.

⁸⁹ Commission notice regarding restrictions ancillary to concentrations, EGT nr C 203 s. 5, 1990.

⁹⁰ *Ib.*, avsnitt II, punkt 5.

Kommissionen pekar också på proportionalitetsprincipens betydelse vid bedömningen av hurvida en begränsning är accessorisk eller inte. För att en begränsning skall anses nödvändig måste dess varaktighet, materiella innehåll och geografiska tillämpningsområde hålla sig inom ramen för vad som rimligt sett krävs för att genomföra koncentrationen. Av proportionalitetsprincipen följer också att om det finns alternativa sätt att uppnå det legitima målet så måste det alternativ väljas som objektivt sett i minsta mån begränsar konkurrensen.

I tillkännagivandets avsnitt III redogör kommissionen för sin syn på de accessoriska begränsningar som är vanligast förekommande vid överlåtelser av företag: konkurrensklausuler, licensavtal samt inköps- och leveransåtaganden.

3.3.1.1.1 Konkurrensklausuler

Beträffande konkurrensklausuler uttalar kommissionen att dessa i vissa fall uppfyller kriterierna i förordningen. Motiveringen är densamma som i kommissionens tidigare praxis, d.v.s. att klausulerna garanterar att det fulla värdet av de överlåtna tillgångarna överförs till förvärvaren och att de är nödvändiga för koncentrationens genomförande i så måtto att det, om de saknas, finns rimliga skäl att anta att överlåtelsen inte skulle kunna ske på ett tillfredsställande sätt. Förvärvaren är i behov av ett skydd mot säljarens konkurrens för att kunna vinna kundernas förtroende och tillgodogöra sig och utnyttja överförd know-how. Kommissionen upprepar också den princip som slogs fast i *Reuter/BASF* att konkurrensklausuler normalt inte är befogade när överlåtelsen omfattar endast fysiska tillgångar och konstaterar samtidigt att detsamma gäller när överlåtelsen endast omfattar exklusiv industriell och kommersiell äganderätt, eftersom rättighetsinnehavaren i dessa senare fall omedelbart kan vidta åtgärder mot överlåtarens intrång i sådana rättigheter.

Vidare framgår av tillkännagivandet att en konkurrensklausul är befogad endast om den är rimlig med hänsyn till varaktighet, geografiskt tillämpningsområde och materiellt innehåll. En godtagbar varaktighet är enligt kommissionen en period om fem år då överlåtelsen inbegriper både goodwill och know-how, och två år om det enbart är fråga om goodwill. Värt att notera när det gäller varaktighet är att kommissionen anger en kortare period i ett förslag till ett nytt tillkännagivande på området.⁹¹ I det nya förslaget punkt 13 uttalas att ett konkurrensförbud på upp till tre år kan motiveras när överföringen av företaget omfattar inslag av goodwill och know-how. Vid överlåtelser som endast omfattar goodwill anges samma tvåårs-gräns som tidigare. I praxis har konkurrensklausuler av längre varaktighet accepterats i fall där säljaren har behållit en minoritetspost eller en plats i styrelsen och detta trots att det återstående inflytandet varit för litet för att konstituera en

⁹¹ Förslag till nytt tillkännagivande om begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av en koncentration.

gemensam kontroll.⁹² Kommissionen har i dessa fall tillämpat samma princip som enligt tillkännagivandet gäller vid samriskföretag. Beträffande konkurrensklausulens geografiska räckvidd så anförs samma krav som förekommer i kommissionens praxis, d.v.s. att klausulen måste begränsas till att gälla det område där säljaren marknadsförde sina produkter eller tjänster före överlåtelsen. På samma sätt skall konkurrensklausuler vara begränsade till de varor och tjänster som utgör det överförda företagets ekonomiska verksamhet.

Att ett skydd till förmån för säljaren inte betraktas som en accessorisk begränsning framgår också av tillkännagivandet.⁹³ Också här finner man en avvikande inställning i det nya förslaget. I dess 10 punkt uttalas att begränsningar som parterna enats om i samband med överföringen av ett företag kan vara till fördel för köparen *eller* säljaren, även om köparens behov av skydd generellt sett är mer tvingande än motsvarande behov hos säljaren. Om det skulle visa sig att begränsningen har ett samband med, och är nödvändig för, överlåtelsen så anser man det emellertid från kommissionens sida såsom osannolikt att begränsningarna kommer att behöva vara lika långtgående i varaktighet eller omfattning som de begränsningar som gynnar köparen. I fallet *Quantel International v. Quantel SA*⁹⁴ vilket gällde en överlåtelse av en begränsad geografisk del av ett företag innehöll avtalet en klausul som innebar att det överlåtna företaget inte skulle konkurrera på den europeiska marknaden under en period som sträckte sig mellan åtta och nio år fram i tiden från överlåtelsen räknat. Kommissionen betraktade överenskommelsen som otillåten enligt artikel 81 men har senare i sin 22nd report on competition policy implicerat att ett dylikt åtagande (i en överlåtelse av samma typ som den i *Quantel*) från köparen att inte konkurrera skulle kunna godtas om den omfattade en kortare tidsperiod och den var nödvändig för att skydda parternas goodwill.⁹⁵ Också i fallet *PepsiCo/General Mills*⁹⁶ betraktade kommissionen en konkurrensklausul som verkade binda också köparen såsom accessorisk. Eftersom säljaren behöll en avsevärd andel i det överlåtna bolaget är det emellertid möjligt att beslutet är ett utslag av principen att tillåta moderbolagen till ett samriskföretag att ingå åtaganden att inte konkurrera med samriskföretaget. En princip som återfinns i kommissionens tillkännagivande.⁹⁷ I förslaget till nytt tillkännagivande uttalas att ett förbud för moderbolag utan kontroll att konkurrera med ett samriskföretag vanligen inte kan betraktas som accessoriskt.⁹⁸ I fallet *PepsiCo/General Mills* erhöll endast en av

⁹² Kommissionens beslut IV/M.057 av den 22 februari 1991, Digital/Kienzle, och Kommissionens beslut IV/M.105 av den 17 juli 1991, ICL/Nokia Data, citerade i 21st Report on Competition Policy, 1991, s. 370.

⁹³ Commission Notice regarding restrictions ancillary to concentrations, EGT nr C 203 s. 5, 1990, avsnitt II A, punkt 6.

⁹⁴ *Quantel International – Continuum/Quantel SA*, 1992 EGT nr L 235 s. 9 (beslut den 27 juli 1992).

⁹⁵ 22nd report on competition policy 1992, s. 416.

⁹⁶ Kommissionens beslut IV/M.232 av den 5 augusti 1992, *PepsiCo/General Mills*.

⁹⁷ Commission Notice regarding restrictions ancillary to concentrations, EGT nr C 203 s. 5, 1990, avsnitt V.A.

⁹⁸ Förslag till nytt tillkännagivande, punkt 42.

parterna full kontroll över samriskföretaget varför det skulle vara fråga om ett fall där huvudregeln, som den uttrycks i den nya förslaget, inte tillämpades.

På en punkt verkar det föreligga en skillnad mellan tillkännagivandet och tidigare praxis och det gäller frågan om en begränsning av en tredje parts handlingsfrihet kan utgöra en accessorisk begränsning. Beslutet i *Nutricia* gav en signal att detta skulle vara möjligt (se under 3.3 ovan). I tillkännagivandet sägs emellertid att säljaren enbart kan göra åtaganden för sin egen, för sina dotterbolags och för sina handelsagenters räkning och att en skyldighet att ålägga andra motsvarande begränsning inte kvalificerar som en accessorisk begränsning. Det är möjligt att kommissionen i *Nutricia*-fallet betraktade situationen på så sätt att Nutricia ålade sitt dotterbolag Luycks att avhålla sig från att konkurrera med Remia och att detta åläggande helt enkelt följde med dotterbolaget vid överlåtelsen till Zuid. Det skulle då inte vara fråga om att binda Zuid som tredje part utan istället Luycks i egenskap av dotterbolag. Förutom detta fall så har kommissionen i åtminstone två ytterligare fall accepterat begränsningar som omfattat andra än de personer som nämns i tillkännagivandet. Det har i dessa fall varit fråga om konkurrensförbud som ålagts vissa aktieägare.⁹⁹

Frågan om vilka klausuler som betraktas som konkurrensklausuler lämnas obesvarad i tillkännagivandet så ledning får hämtas i kommissionens beslut. Av denna praxis framgår att många olika former av begränsningar faller under begreppet. Klassiska former av konkurrensklausuler är ålägganden att inte bedriva konkurrerande verksamhet eller att inte vara direkt eller indirekt engagerad i konkurrerande verksamhet. Förbud mot att värva tidigare kunder eller anställda har också betraktats som konkurrensklausuler. I samband med samriskföretag har också ålägganden att inte förvärva en konkurrerande verksamhet utan att först erbjuda samriskföretaget denna betraktats som konkurrensförbud.¹⁰⁰

3.3.1.1.2 Licensavtal

En överlåtelse av ett företag eller en del därav innebär i många fall också att industriell och kommersiell äganderätt eller know-how överförs till köparen för att denne skall kunna använda de överlåtna tillgångarna. Säljaren kan emellertid kvarstå som innehavare av rättigheterna för att använda dem i annan verksamhet än den överlåtna. I dessa fall är det vanligt att ett licensavtal sluts mellan parterna.¹⁰¹ Enligt kommissionen kan licenser, med eller utan ensamrätt, för patent, liknande rättigheter eller befintligt know-how

⁹⁹ Kommissionens beslut IV/M.301 den 4 februari 1993, Tesco Ltd/Catteau och Kommissionens beslut IV/M. 465 den 28 augusti 1994, GE/CIGI. I det förra fallet var det dessutom oklart huruvida samtliga personer som omfattades av konkurrensförbudet var aktieägare i det överlåtna företaget.

¹⁰⁰ Cook, C.J. & Kerse, C.S., *E.C. Merger Control*, London 1996 (2nd edition), s. 174.

¹⁰¹ Commission Notice regarding restrictions ancillary to concentrations, EGT nr C 203 s. 5, 1990, avsnitt II B, punkt 1.

godtas som nödvändiga för transaktionen. Detsamma gäller avtal om att bevilja sådana licenser. Licenserna får då vara begränsade till de områden inom vilka överlåtna företaget bedriver verksamhet. Att förena licensen med geografiska produktionsbegränsningar är emellertid inte, enligt kommissionens mening, nödvändigt. Licenser kan beviljas för patentets eller rättighetens hela livslängd eller för aktuell know-hows normala livslängd.

Om ett licensavtal inte uppfyller de krav som anges i tillkännagivandet är det inte att betrakta som accessoriskt med den följd att det faller utanför tillämpningen av koncentrationsförordningen och alltså måste prövas enligt artikel 81. I ett sådant fall kan avtalet istället omfattas av gruppundantaget för avtal om tekniköverföring.¹⁰²

3.3.1.1.3 Inköps- och leveransavtal

Beträffande inköps- och leveransavtal så konstaterar kommissionen att sådana ofta kan vara nödvändiga under en övergångsperiod. Anledningen till detta är att en företagsöverlåtelse i många fall innebär ett avbrott i de inköps- och leveranskanaler som etablerats inom den ekonomiska enhet som säljaren utgjorde innan överlåtelsen. När denna ekonomiska enhet delas upp kan ett behov att bibehålla dessa kanaler under en period uppstå. Avtalen kan enligt kommissionen gynna säljaren eller köparen och som legitima syften anges att säkerställa kontinuitet eller volym i inköp eller leveranser. Leverans- och köpataganden till fasta volymer, med en klausul som möjliggör variationer, tillåts. Däremot ges en presumtion att åtaganden som gäller mycket stora eller obegränsade volymer normalt inte är nödvändiga och detsamma gäller exklusiva inköps- eller leveransåtaganden, vilka endast i undantagsfall kan anses nödvändiga. Här pekar kommissionen på proportionalitetsprincipen och menar att det åligger företagen att i sådana undantagsfall undersöka om det inte finns mindre begränsande alternativ att tillgå, t.ex. avtal om fasta kvantiteter.

Också för inköps- och leveransavtal gäller att de måste begränsas till den period som är nödvändig för att ersätta beroendeförhållandet med en självständig ställning på marknaden. I det gällande tillkännagivandet preciseras ingen tidsperiod utan kommissionen nöjer sig med att konstatera att perioden måste vara objektivt berättigad. I förslaget till nytt tillkännagivande ger man åtminstone ett exempel och hävdar att en längre övergångsperiod än tre år normalt inte kan motiveras ens när avtalet rör avancerade industriprodukter. Trots detta uttalande så har kommissionen i tidigare praxis visat en viss tolerans beträffande inköps- och leveransavtals utsträckning i tiden och accepterat avtal vars tillämpningstid överskred fem år.¹⁰³

¹⁰² Kommissionens förordning (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring.

¹⁰³ Hawk, B., *European Community Merger Control: a Practitioners Guide*, Kluwer Law International Publishers 1996, s. 282f.

3.3.1.2 Särskilt om accessoriska begränsningar vid samriskföretag

Det första kommissionsbeslutet som rörde accessoriska begränsningar i samband med ett samriskföretag var *SHV/Chevron*¹⁰⁴. Bakgrunden till fallet var att två företag, SHV och Chevron, verksamma inom petroleumindustrin tillsammans skapade självständiga och gemensamt ägda dotterbolag i ett antal europeiska länder. Syftet var att dessa dotterbolag skulle överta de distributionsnät som moderbolagen redan hade etablerat i de olika länderna. I samband med överenskommelsen åtog sig de båda moderbolagen att avstå från att konkurrera inbördes beträffande de aktuella produkterna under avtalets hela giltighetstid, vilket innebar 50 år. Kommissionen accepterade konkurrensklausulen främst på grund av att den ansågs sakna märkbar effekt på konkurrensen men klausulen ansågs också nödvändig för att bevara värdet på de överförda tillgångarna, vilket framgår av följande uttalande: ”This clause provides SHV with the assurance that the assets transferred by it to the joint subsidiaries will not lose value as a result of competition by Chevron with those subsidiaries.”¹⁰⁵

Det var emellertid först femton år senare, i fallet *Elopak/Metal Box-Odin*¹⁰⁶, som kommissionen uttryckligen tillämpade doktrinen om accessoriska begränsningar. Kommissionen förklarade ett samriskföretag, vars uppgift skulle vara att utföra forskning kring och utveckla en specifik förpackning, förenligt med den gemensamma marknaden. I samband härmed konstaterade man att vissa konkurrensbegränsningar var nödvändiga för skapandet av samriskföretaget samt för dess funktion och att dessa begränsningar av denna anledning inte skulle anses falla under förbudet i artikel 81 trots att så förmodligen skulle vara fallet om de förekommit i en annan kontext. Begränsningarna i fallet rörde främst hanteringen av licenser och ny teknologi, bl.a. ålades samriskföretaget att inte använda objektet för licensen i något annat syfte än vad som var avsikten med avtalet samt att hålla informationen hemlig.

I tillkännagivandet om accessoriska begränsningar tillämpas i stort sett samma principer på koncentrativa samriskföretag som gäller vid företagsöverlåtelser. I artikel 3.2 i koncentrationsförordningen anges det kriterium som samriskföretaget skall uppfylla för att en koncentration i förordningens mening skall föreligga: ”Bildandet av ett gemensamt företag som på varaktig basis fyller en autonom ekonomisk enhets samtliga funktioner utgör en koncentration enligt punkt 1 b.” Ett företag som uppfyller detta kriterium anses utgöra ett självständigt fungerande samriskföretag (s.k. ”full function joint venture”)¹⁰⁷

¹⁰⁴ SHV/Chevron, 1975 EGT nr L 38 s. 14 (beslut den 12 december 1974).

¹⁰⁵ SHV/Chevron, under avsnitt II.

¹⁰⁶ Elopak/Metal Box-Odin, 1990 EGT nr L 209 s. 15 (beslut den 13 juli 1990).

¹⁰⁷ SOU 1998:98 Konkurrenslagens regler om företagskoncentration, Betänkande av Konkurrenslagsutredningen, Stockholm 1998, s. 79.

Vid bedömningen av konkurrensklausuler i samband med samriskföretag konstaterar kommissionen i sitt tillkännagivande att dessa kommer att betraktas som en oskiljaktig del av koncentrationen i den utsträckning som konkurrensförbudet är ett uttryck för att moderbolagen varaktigt lämnar den marknad som tilldelats samriskföretaget.¹⁰⁸ Detta uttryckssätt får det att verka som om intresset att bevara de värden som förts över till samriskföretaget är av underordnad betydelse som motiv för legitimitet utan att det istället skulle vara uteblivna konkurrens effekter som är den avgörande faktorn. Att denna slutsats är felaktig framgår emellertid av kommissionens förslag till nytt tillkännagivande. Av förslaget punkt 37 och 38 framgår att värdehänsyn är av samma betydelse i samriskföretagsfall som överlåtelsefall. Det stadgas bland annat att ett konkurrensförbud mellan moderbolag och samriskföretag kan anses ha ett direkt samband med och vara nödvändigt för genomförandet av koncentrationen och i punkt 38 uttalas följande: ”Det [Syftet] kan också vara att täcka behovet att skydda moderbolagens intressen i samriskföretaget från konkurrens handlingar, som bl.a. underlättats av direkt tillgång till den know-how och goodwill som övertagits eller utvecklats av samriskföretaget.”

Även om liknande principer gäller vid tillämpningen av doktrinen om accessoriska begränsningar i samband med samriskföretag som vid företagsöverlåtelser så går det att konstatera en mildare inställning till de förra. När det gäller konkurrensklausuler har detta tagit sig uttryck i ett accepterande av klausuler med längre varaktighet än vid företagsöverlåtelser. I praxis accepteras oftast konkurrensförbud till skydd för samriskföretaget med en varaktighet som sträcker sig under företagets hela livstid och ibland t.o.m ett par år därutöver.¹⁰⁹ I förslaget till tillkännagivande stadgas att förbud mot konkurrens mellan moderbolag och ett samriskföretag aldrig kan anses ha ett direkt samband med eller vara nödvändigt för genomförandet av koncentrationen om de gäller längre än samriskföretagets räckvidd.¹¹⁰ Också beträffande licensavtal tillämpas mildare principer gentemot samriskföretag. Enligt Hawk implicerar lydelsen i tillkännagivandets avsnitt V.B att licensavtal anses tillåtna även om de är begränsade till ett visst geografiskt område, något som inte anses nödvändigt i samband med företagsöverlåtelser.¹¹¹

Beträffande inköps- och leveransåtaganden så stadgas i tillkännagivandet att de principer som är tillämpliga vid överlåtelse av företag också skall tillämpas på accessoriska begränsningar i samband med samriskföretag. En liknande lydelse återfinns i förslaget till nytt tillkännagivande. I praxis har emellertid kommissionen genomfört en viss uppmjukning av dessa principer. I ett tidigt

¹⁰⁸ Commission Notice regarding restrictions ancillary to concentrations, EGT nr C 203 s. 5, 1990, avsnitt V.A.

¹⁰⁹ Se t.ex. Kommissionens beslut nr IV/M.550 av den 13 mars 1995, Union Carbide/Enichem och kommissionens beslut nr IV/M.535 av den 21 december 1994, Mannesmann Demag/Delaval Stork.

¹¹⁰ Förslag till nytt tillkännagivande, punkt 40.

¹¹¹ Hawk, a.a., s. 281.

beslut, *Courtaulds/SNIA*¹¹², krävde kommissionen i och för sig att varaktigheten hos ett icke-exklusivt avtal om leveranser från moderbolagen till samriskföretaget begränsades till fem år men uttalade samtidigt att en längre varaktighet skulle kunna accepteras under vissa förutsättningar. I *Solvay-Laporte/Interox*¹¹³ accepterade kommissionen ett leveransavtal mellan moderbolagen och samriskföretaget som accessoriskt trots att avtalet saknade begränsning i tiden. Samriskföretaget kunde emellertid säga upp avtalet med fem års uppsägningstid.

När det gäller exklusiva leveransavtal så accepterades i fallet *Harrison & Crosfield/AKZO*¹¹⁴ ett avtal att leverera den totala produktionen av vissa varor till samriskföretaget såsom accessoriskt. Anledningen var att den produktion som omfattades av avtalet utfördes vid anläggningar som också hade annan produktion och på grund härav inte kunde överföras till samriskföretaget. Enligt kommissionen var avtalet nödvändigt eftersom det gav samriskföretaget effektiv kontroll över anläggningarna och ansågs vara ett uttryck för att moderbolaget lämnade marknaden.

3.3.2 Accessoriska begränsningar utanför en koncentrationskontext

Intresset av att skydda eller bevara ett visst värde i en transaktion gör sig gällande också utanför en koncentrationskontext. I ett licensavtal har en licensgivare ett legitimt intresse av att bibehålla värdet på den teknologi som omfattas av den aktuella licensen och kan därför känna sig tvingad att kräva vissa åtaganden från licenstagarens sida i syfte att förhindra att detta värde försämras som en följd av ett felaktigt utnyttjande. En underlåtenhet att uppfylla vissa specifikationer vid tillverkningen, vilket kan ge produkter av undermålig kvalitet, eller ett avslöjande av erhållen teknik utgör båda exempel på åtgärder från licenstagarens sida som kan medföra att värdet, i form teknologin, försämras. Produkter av undermålig kvalitet kan skada licensgivarens rykte och ett avslöjande av teknologin minskar licensgivarens möjligheter till ett framtida ekonomiskt utbyte av densamma. Avtalsklausuler som förhindrar sådana åtgärder kan betraktas som nödvändiga för att genomföra överföringen av teknologin och för att bevara dess värde. Motsvarande intressen gör sig gällande vid varumärkeslicenser, franchiseavtal och selektiva distributionsavtal. Det handlar i samtliga dessa fall om att bevara det värde som ett varumärke eller en firma utgör.

¹¹² Kommissionens beslut nr IV/M.113 av den 19 december 1991, *Courtaulds/SNIA*.

¹¹³ Kommissionens beslut nr IV/M.197 av den 30 april 1992, *Solvay – Laporte/Interox*.

¹¹⁴ Kommissionens beslut nr IV/M.310 av den 29 april 1993, *Harrison & Crosfield/AKZO*.

3.3.2.1 Franchisingavtal

Fallet *Pronuptia*¹¹⁵ anses av flera författare utgöra en tillämpning av doktrinen om accessoriska begränsningar i samband med franchisingavtal.¹¹⁶ Genom tre i stort sett identiska avtal som slöts den 24 februari 1980 gav franchisegivaren Pronuptia de Paris GmbH och dess franska moderbolag Pronuptia de Paris S.A., Irmgard Schillgalis en exklusiv rätt att distribuera företagets bröllopsklänningar och andra bröllopsrelaterade produkter i Hamburg, Oldenburg och Hannover. I samband härmed gavs Schillgalis licens att använda Pronuptias varumärke, firma och företagskoncept. Som franchisetagare åtog sig Schillgalis att endast sälja Pronuptia-produkter från de försäljningsställen som angavs i avtalet, vilka också skulle utrustas och inredas i enlighet med specifikationer från franchisegivaren, att distribuera franchisegivarens marknadsföring och att tillämpa dennes marknadsföringsmetoder och att inte använda reklam som inte godkänts av franchisegivaren. Vidare åtog sig franchisetagaren att inte konkurrera med någon annan Pronuptiabutik, att inte öppna en butik eller bedriva någon verksamhet som hade detta syfte samt att inte överlåta butikerna eller rättigheterna utan godkännande av franchisegivaren. Avtalet innehöll också en klausul som ålade Schillgalis att köpa 80 % av alla bröllopsklänningar och accessoarer från franchisegivaren och att köpa återstoden av leverantörer som franchisegivaren hade godkänt. Franchisegivaren å sin sida åtog sig att inte öppna ytterligare butiker eller leverera produkter eller tjänster till någon annan i området. Vidare förband franchisegivaren sig att assistera franchisetagaren vid annonsering, utformningen av butiken, marknadsföring etc.

När franchisegivaren och dess moderbolag väckte talan gentemot Schillgalis på grund av att hon underlåtit att erlagga avtalad ersättning invände hon att franchiseavtalet var ogiltigt eftersom det stred mot Tysklands och EGs konkurrensrätt. Efter att den lägre domstolens beslut överklagats hamnade fallet hos Bundesgerichtshof vilken i sin tur vände sig till EG-domstolen för ett förhandsavgörande.

EG-domstolen konstaterar först att man gör en åtskillnad mellan tre olika typer av franchisingavtal: franchising avseende tjänster, produktionsfranchising och distributionsfranchising. I det aktuella fallet rörde det sig om ett franchisingavtal av den sistnämnda typen. Vidare konstaterar domstolen att frågan om avtal om distributionsfranchising är förenliga med artikel 81 inte kan besvaras in abstracto utan att avtalen måste bedömas ifrån fall till fall. Ett sådant franchisingssystem begränsar alltså inte konkurrensen i sig. Enligt domstolen måste två förutsättningar vara uppfyllda för att ett system

¹¹⁵ Mål C-161/84 *Pronuptia de Paris GmbH mot Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, ECR 1986, s. 353.

¹¹⁶ Se t.ex. Holley, Donald L., *Ancillary Restrictions in Mergers and Joint Ventures*, Fordham Corporate Law Institute 1991, s. 430, Korah, Valentine/ Rothnie, Warwick A., *Exclusive Distribution and the EEC Competition rules*, London Sweet & Maxwell 1992 (2nd edition), s.51ff, Schröter, Helmut, R.B., *Antitrust Analysis under Article 85(1) and Article 85(3)*, Fordham Corporate Law Institute 1987, s. 686.

med distributionsfranchising skall fungera. För det första så måste franchisegivaren kunna överföra sitt know-how till franchisetagaren utan att riskera att konkurrenter drar nytta av detsamma. Klausuler som är nödvändiga för att eliminera denna risk utgör därför inte sådana konkurrensbegränsningar som är förbjudna enligt artikel 81(1). Härunder placerar domstolen klausuler som förbjuder franchisetagaren att öppna en konkurrerande butik under avtalets giltighetstid och en viss rimlig tidsperiod efter avtalets upphörande samt franchisetagarens åtagande att inte överlåta rörelsen utan franchisegivarens godkännande. För det andra så måste franchisegivaren kunna vidta åtgärder för att bibehålla kedjans identitet och renommé. Därav följer enligt domstolen att klausuler som skapar möjligheter till för dessa åtgärder nödvändig kontroll inte strider mot artikel 81(1). Detta intresse legitimerar åtaganden från franchisetagarens sida att tillämpa de affärsmetoder och att använda det know-how som franchisegivaren tillhandahåller. Detsamma gäller åtaganden att endast saluföra de produkter som avtalet omfattar i lokaler som avseende utformning och läge överensstämmer med franchisegivarens instruktioner. Detta medför att också klausuler som hindrar överlåtelse av rörelsen utan godkännande från franchisegivaren accepteras. Också klausuler som ålägger franchisetagaren att endast sälja produkter som levererats av franchisegivaren eller av denne godkänd leverantör kan, enligt domstolen, vara nödvändiga för att skydda kedjans renommé om det på grund av produkternas karaktär är opraktiskt att tillämpa objektiva kvalitets-specifikationer. Klausulen får emellertid inte hindra franchisetagaren från att skaffa sig produkterna från en annan franchisetagare.

Alla dessa olika typer av klausuler betraktades av domstolen som nödvändiga för att ett franchisesystem skall fungera. Grunden för klausulernas legitimitet verkar uteslutande vara behovet av att skydda det värde som know-how och renommé utgör, någon analys av klausulernas effekter på konkurrensen gör inte domstolen. Nisser/Krokstade hävdar att bristen på marknadsanalys beror på att det är fråga om ett fall som prövas i enlighet med EG-fördragets artikel 177, d.v.s. att prövningen föranletts av en begäran av förhandsbesked från en nationell domstol, och att det därför ankom på den nationella domstolen att genomföra denna analys.¹¹⁷ Enligt min uppfattning ger emellertid inte EG-domstolens uttalanden något utrymme för en sådan prövning när det gäller de begränsningar som anses nödvändiga för systemets funktion. De ovan uppräknade avtalsbestämmelserna anses inte utgöra sådana konkurrensbegränsningar som omfattas av artikel 81(1). EG-domstolen gör inte detta faktum beroende av någon analys av klausulernas effekter på konkurrensen.

Klausulen som förbjuder franchisetagaren att saluföra Pronuptias varor på annat försäljningsställe än det som anges i kontraktet tillsammans med franchisegivarens åtagande att se till att franchisetagaren har exklusiv rätt till varumärke och firma, ett åtagande som medför att franchisegivaren måste avstå från att själv öppna konkurrerande butiker i området och från att

¹¹⁷ Nisser, C/Krokstade, A.C., *EG:s Konkurrensrätt – vägledande domar*, Fritzes Förlag AB 1995 (upplaga 1:1), s. 283.

utfärda ytterligare licenser inom detsamma, innebär enligt domstolen en uppdelning av marknaden. En sådan kombination av klausuler faller därför inte utanför tillämpningen av artikel 81(1), d.v.s. de är inte accessoriska. Beträffande det andra av de båda åtagandena som innebär marknadsdelning kan konstateras att detta inte hade kunnat betraktas som en accessorisk begränsning om man tillämpar den teori som presenteras i denna uppsats eftersom åtagandet inte syftar till att bevara värde i transaktionen utan istället syftar till att förbättra franchisetagarens möjligheter till vinst. På så sätt påminner klausulen om sådana som placeras under kategorin ”kommerciell risk” (se ovan under 3.2.2).

De principer som domstolen slår fast i *Promptia*-fallet återfinns i kommissionens efterföljande praxis och i det gruppundantag för franchiseavtal som kommissionen utfärdade två år senare.¹¹⁸

3.3.2.2 Varumärkeslicenser

Intresset av att skydda know-how och en produkts renommé har också motiverat vissa konkurrensbegränsande klausuler i samband med avtal om varumärkeslicenser. I sitt beslut i *Campari*-fallet¹¹⁹ betraktade kommissionen ett åtagande från licenstagarens sida att endast tillverka produkten vid anläggningar som kunde garantera en viss kvalitet såsom accessoriskt till licensavtalet. Dessutom accepterades åtaganden från licenstagarens sida att köpa vissa hemliga råvaror från licensgivaren och att följa licensgivarens instruktioner beträffande tillverkning och ingredienser. Dessa åtaganden föll utanför förbudet i artikel 81(1) eftersom de enligt kommissionen saknade både syfte att begränsa konkurrensen och sådan effekt. Problemet med *Campari*-fallet är att kommissionen inte för något resonemang kring frågan om åtgärdernas nödvändighet för att bevara varumärkets värde utan istället verkar man i viss mån grunda legitimiteten hos dessa klausuler på varumärkesteorin. Beträffande åtagandet från licenstagarens sida att endast tillverka produkten vid anläggningar som kan garantera en viss kvalitet uttalar kommissionen följande: ”The effect of this restriction on the licensees’ freedom of choice does not go beyond a legitimate concern for quality control;... this type of agreement as to quality control is very important for the licensor, since maintenance of quality is referable to the existence of the trademark right,[min kursivering]”¹²⁰

I ett senare fall som också rörde ett avtal om varumärkeslicens, *Moosehead/Whitbread*¹²¹, tillämpade kommissionen emellertid doktrinen om accessoriska

¹¹⁸ Kommissionens förordning (EEG) nr 4087/88 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av franchiseavtal. Praxis se bl.a. Yves Rocher, EGT 1987 nr L 8, s. 49 (beslut av den 10 januari 1987), Computerland, EGT 1987 nr L 222, s. 12 (beslut av den 10 augusti 1987) och Charles Jourdan, EGT 1989 nr L 35, s. 31 (beslut av den 2 december 1988).

¹¹⁹ Campari, 1978 EGT nr L 70 s.69 (beslut av den 23 december 1977).

¹²⁰ Ib., under punkt C.

¹²¹ Moosehead/Whitbread, 1990 EGT nr L 100 s. 32 (beslut av den 23 mars 1990).

begränsningar på ett tydligare sätt. Det aktuella licensavtalet innehöll klausuler beträffande know-how som ålade licenstagaren att följa de specifikationer och instruktioner som licensgivaren meddelade och att köpa jäst endast från licensgivaren eller en tredje part som den förre anvisat. Licenstagaren ålades också att enbart använda överförd know-how vid tillverkning av den produkt som avtalet omfattade samt att inte avslöja detta know-how. Dessa klausuler föll utanför artikel 81 eftersom: "the obligations imposed on the licensee are simply ancillary to the grant of the trademark licence and enable the licence to take effect."¹²² Kommissionen pekade också speciellt på betydelsen av åtagandet från licenstagarens sida beträffande inköp av jäst. Detta åtagande var nödvändigt för att försäkra sig om ett tillfredsställande utnyttjande av den licensierade teknologin och för att upprätthålla en viss identitet mellan öl som producerats av licensgivaren respektive licenstagaren. Det verkar som om kommissionen menar att det utan denna klausul fanns en risk för att bristande kvalitet hos den licenstillverkade produkten skulle kunna medföra en urholkning av varumärkets värde även om det inte uttryckligen förs något sådant resonemang.

3.3.2.3 Avtal om tekniköverföring

Även vid avtal om tekniköverföring såsom patentlicensavtal och know-how-licensavtal gör sig intresset av att skydda den överförda teknologin från en värdeförsämring gällande. I den förra typen av avtal har emellertid domstolen visat en ovilja att undanta vissa klausuler som hänför sig till kvalitetskontroll från tillämpning av artikel 81(1) enbart med hänvisning till behovet att skydda patentets värde. I fallet *Windsurfing*¹²³ hade ett företag som utvecklade och tillverkade segelbrädor ingått patentlicensavtal med sex olika tyska företag. Ett antal konkurrenter till de företag som erhållit licenser anmälde avtalen till kommissionen.

Efter diskussioner med kommissionen och de berörda parterna ingick Windsurfing nya licensavtal som var anpassade efter kommissionens önskemål. Med hänsyn till den långa period som överträdelsena pågått och deras allvarliga art så fortsatte kommissionen emellertid det administrativa förfarandet och fattade ett beslut den 11 juli 1983 där man konstaterade att vissa av de klausuler som ursprungligen ingick i licensavtalen stred mot artikel 81(1). Windsurfing överklagade beslutet till EG-domstolen. En av de klausuler som prövades innebar ett åtagande från licenstagarens sida att endast använda patentet för att montera den patenterade riggen på vissa typer av brädor som angavs i avtalet och ett krav att licenstagaren måste erhålla licensgivarens godkännande innan andra typer av brädor användes. Windsurfing försvarade klausulen med att ändamålet var kvalitetskontroll av brädorna. Domstolen uttalade att: "It is necessary to determine whether quality controls on the sailboard are covered by the specific subject-matter of

¹²² Ib., punkt 15.

¹²³ Mål C-193/83 *Windsurfing International Inc. mot Europeiska kommissionen*, ECR 1986 s. 611.

the patent. As the commission rightly points out, such controls do not come within the specific subject-matter of the patent unless they relate to a product covered by the patent since their sole justification is that they ensure 'that the technical instructions as described in the patent and used by the licensee may be carried into effect'."¹²⁴ I det aktuella fallet konstaterade domstolen att patentet endast omfattade riggen och inte själva brädorna och därför föll klausulen under artikel 81(1). Även om kvalitetskontrollen enbart omfattade föremålet för patentet så ställde domstolen dessutom upp kravet att kontrollerna endast fick ta utgångspunkt i kvalitets- och säkerhetskriterier som fastställts redan vid avtalets ingående och som var objektivt fastställbara. Det intressanta är emellertid det faktum att domstolen implicerar att möjligheten till kvalitetskontroller hörde till patentets specifika föremål. Det fördes inget resonemang om att kontrollerna skulle utgöra accessoriska begränsningar motiverade av värdehänsyn.

Vid avtal om know-how-licenser tillämpar i vart fall kommissionen en metod som mer ligger i linje med en doktrin om accessoriska begränsningar baserad på värdehänsyn. I fallet *Rich Products*¹²⁵ som rörde ett avtal varigenom företaget Rich Products Corporation gav Jus-rol Limited rätten att använda dess know-how vid tillverkningen av degprodukter med frusen jäst konstaterade kommissionen att vissa klausuler i det aktuella avtalet inte omfattades av förbudet i artikel 81(1). Ett åtagande från licenstagarens sida att inte avslöja den hemliga information som överförts till honom, varken under den period avtalet omfattade eller därefter, motiverades på följande sätt: "The commercial value of know-how, which is a body of technical knowledge not protected by the legal provisions governing industrial property, is dependent on its secrecy. The obligation imposed on the licensee not to disclose the know-how is a necessary condition for maintaining such value and, consequently, for enabling its owner to grant it to other undertakings."¹²⁶ Behovet av att bevara det värde som den överförda teknologin utgör verkar vara av avgörande betydelse för kommissionens ståndpunkt.

Andra begränsningar som enligt kommissionen föll utanför artikel 81(1) var ett åtagande från licenstagarens sida att inte utfärda underlicenser utan licensgivarens godkännande, ett krav att licenstagaren endast skulle använda överförd know-how för att tillverka produkter som omfattades av avtalet, och ett krav att licenstagaren skulle utfärda en icke-exklusiv licens beträffande de förbättringar av den överförda teknologin, patenterade eller inte, som denne gjorde. Dessutom så förklarades ett åtagande från licenstagaren att köpa vissa hemliga komponenter som var nödvändiga i tillverkningen från licensgivaren såsom förenligt med artikel 81(1). Komponenterna betraktades som nödvändiga för att erhålla en enhetlig kvalitet på produkterna.

¹²⁴ Ib., punkt 45.

¹²⁵ Rich Products/Jus-rol, 1988 EGT nr L 69 s. 21 (beslut av den 22 december 1987).

¹²⁶ Ib., punkt 32.

Liknande klausuler i ett knowhowlicensavtal mellan DDD Limited och Delta Chemie ansågs av kommissionen falla utanför artikel 81(1) i ett beslut som fattades året därpå.¹²⁷ Åtaganden från licenstagarens sida att tillverka produkterna i enlighet med de metoder som licensgivaren meddelade och att marknadsföra dem på ett sätt som den senare hade godkänt ansågs motiverade av licensgivarens intresse av enhetlighet mellan hans egna och licensgivarens produkter. Detta var särskilt viktigt i det aktuella fallet eftersom produkterna var märkta med licensgivarens varumärke. En undermålig kvalitet skulle därmed kunna skada varumärkets goodwill.

De principer som kommissionen och domstolen har slagit fast i praxis är numera kodifierade i Kommissionens förordning (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1986 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring. Under förordningens artikel 2 återfinns samtliga av de i fallen *Rich Products* och *Delta Chemie* förekommande skyldigheter som behandlats ovan.

3.3.2.4 Särskilt om selektiva distributionsavtal

De fall där selektiva distributionsavtal har ansetts falla utanför förbudet i artikel 81(1) hänförs ofta till en egen kategori av kvalitativa hänsyn (se ovan under 3.2). De hänsyn som motiverar undantag från artikel 81(1) påminner emellertid i viss utsträckning om de som förekommer vid en tillämpning av en värdebaserad doktrin om accessoriska begränsningar. Det skulle alltså vara fråga om begränsningar som är nödvändiga för att genomföra en legitim transaktion. Situationen påminner om den som föreligger beträffande varumärkeslicenser där vissa begränsningar på licenstagaren motiveras av att skydda know-how och den aktuella produktens renommé, framförallt rör det sig där om åtgärder för att säkra en viss kvalitet i tillverkningen. På samma sätt är det vid vissa selektiva distributionsavtal licensgivarens behov av att skydda produktens renommé och ett eventuellt varumärkes image som tar sig uttryck i vissa konkurrensbegränsningar och i en utformning av ett system med återförsäljare utvalda på kvalitativa grunder.

Ett centralt fall när det gäller selektiva återförsäljaravtal är, som nämnts ovan, *Metro I*. I fallet slog domstolen fast att ett sådant system inte stred mot artikel 81(1) under förutsättning att valet av återförsäljare gjordes på kvalitativa kriterier, exempelvis återförsäljarens tekniska kvalifikationer, och att systemet inte tillämpades på ett diskriminerande sätt. Av domstolens praxis framgår också att selektiva distributionssystem grundade på kvalitativa kriterier endast accepteras när de på grund av produktens karaktär kan anses nödvändiga för att bevara kvaliteten hos, eller en korrekt användning av, densamma. De urvalskriterier som tillämpas inom systemet får inte heller gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med systemet.¹²⁸ I fallet

¹²⁷ Delta Chemie/DDD, 1988 EGT nr L 309 s. 34 (beslut av den 13 oktober 1988).

¹²⁸ Mål C-31/80 NV L'Oréal och SA L'Oréal mot PVBA De Nieuwe AMCK, ECR 1980 s. 3775.

*AEG-Telefunken*¹²⁹ hänvisar domstolen till *Metro*-fallet och konstaterar att ett selektivt distributionssystem som grundar sig på andra kriterier än kvalitativa utgör en överträdelse av förbudet i artikel 81(1). Undantag från förbudet för de system som uppfyller kriterierna motiverar domstolen med att dessa möjliggör en konkurrens grundad på andra faktorer än pris.

Synen på selektiva återförsäljarsystem som garanter för en bibehållen image eller som skydd mot ett försämrat anseende framgår tydligt i Kommissionens beslut beträffande *Yves Saint Laurent Parfumes*.¹³⁰ Fallet rörde det standardavtal för distribution av kosmetikaprodukter som Yves Saint Laurent tillämpade. I standardavtalet angavs vissa kriterier som måste vara uppfyllda för att en återförsäljare skulle få tillträde till det distributionssystem som Yves Saint Laurent tillämpade. Det första av kriterierna var att återförsäljaren och dennes personal måste ha vissa kvalifikationer, antingen i form av ett diplom, ett visst erkänt certifikat, eller minst tre års erfarenhet av parfymförsäljning. Dessutom så måste försäljningsställena ha ett läge, ett utseende och ett namn som återspeglade märkets prestige och den yta som avsatts för försäljning av Yves Saint Laurents produkter fick inte vara för begränsad. Vidare förbjöds återförsäljarna att sälja varor som kunde förringa avtalsprodukternas image och att tillhandahålla produkterna på försäljningsställen som inte omfattades av kontraktet, framförallt förbjöds försäljning via postorder. Återförsäljarna ålades också att medverka vid vissa marknadsföringsåtgärder. Slutligen krävde Yves Saint Laurent att återförsäljarna hade ett visst antal och en viss mängd produkter i lager samt att de åtog sig att uppfylla vissa minimikvantiteter när det gällde inköp från företagets agent.

Med hänvisning till *L'Oréal*-fallet konstaterade kommissionen att ett selektivt distributionssystem kan vara förenligt med artikel 81(1) om det kan fastställas att ett sådant system, med hänsyn till egenskaperna hos den aktuella produkten, är nödvändigt för att upprätthålla kvalitet och en korrekt användning. I enlighet härmed ansåg kommissionen att kraven på personalens utbildning var legitima med hänsyn till produktens natur. Kraven på försäljningsställets utformning och förbudet att sälja varor som förringade Yves Saint Laurents varumärke betraktades som nödvändiga för upprätthålla varumärkets prestige och image. Beträffande det förra av de båda kraven uttryckte sig kommissionen på följande sätt: "the criteria governing the location and esthetic and functional qualities of the retail outlet constitute legitimate requirements by the producer, since they are aimed at providing the customer with a setting that is in line with the luxurious and exclusive nature of the products and a presentation which reflects the Yves Saint Laurent brand image."¹³¹ Att inte tillämpa sådana kriterier skulle ha inneburit

¹²⁹ Mål C-107/82 Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Europeiska kommissionen, ECR 1983 s. 3151, se även mål 99/79 SA Lancôme and Cosparfrance Nederland BV mot Etos BV och Albert Heyn Supermart BV, ECR 1980 s. 2511.

¹³⁰ Yves Saint Laurent Parfumes, 1992 EGT nr L 12 s. 24 (beslut av den 16 december 1991).

¹³¹ *Ib.*, punkt 5.

en risk att det marknadsföringsarbete som låg bakom skapandet av ett prestigemärke som Yves Saint Laurent gick förlorat. Resonemanget har många likheter med det som kommissionen och domstolen har fört vid tillämpningen av doktrinen om accessoriska begränsningar. Åtgärder som är nödvändiga för att bevara ett upparbetat värde betraktas som legitima.

Ett fall där kommissionen kom till motsatt slutsats är *Vichy*-fallet.¹³² Vichy, ett företag som tillverkade produkter för ansikts- och hudvård, tillämpade ett selektivt distributionssystem som endast accepterade apotek som återförsäljare. Kommissionen konstaterade att företaget därigenom underlät att tillämpa ett objektiva kriterium som var enbart kvalitativt. Det ansågs att redan ett diplom i farmaci skulle säkerställa att en tilltänkt återförsäljare besatt de nödvändiga kunskaperna i farmakologi, biologi etc. Kravet att försäljningen skulle ske via ett apotek innebar att en faktor som begränsade antalet försäljare på ett sätt som var kvantitativt snarare än kvalitativt fogades till systemet. Kommissionen uttalade att: "Vichys concern to offer its customers advice identical to that provided for the use of pharmaceutical products cannot thus be regarded as a necessity deriving from the properties of the product, but must be regarded as a marketing strategy intended to create and maintain a brand image that benefits from the good name and reputation of pharmacists in terms of health and safety."¹³³ Det uppställda kriteriet ansågs alltså inte vara så mycket en åtgärd för att bevara som att förbättra produktens renommé och image.

Om vi återgår till fallet *Yves Saint Laurent* så ansåg kommissionen, beträffande kravet på återförsäljaren att göra vissa minimi-inköp, att detta föll under förbudet i artikel 81(1) eftersom kravet: "goes beyond the requirements regarding the technical qualification of retailers and their staff and the appropriate location and fitting-out of the retail outlet that are necessary for proper distribution of luxury cosmetic products."¹³⁴ Samma slutsats drog kommissionen när det gällde kravet på återförsäljaren att hålla vissa lager eftersom detta krav kunde innebära att vissa återförsäljare utestängdes från systemet trots att de uppfyllde de kvalitativa kriterierna. Liknande klausuler har också i andra fall ansetts strida mot förbudet i artikel 81(1). I kommissionens beslut angående Grundigs europeiska distributionssystem ansågs kvalitativa kriterier för återförsäljare som ville ansluta sig till systemet falla utanför artikel 81(1).¹³⁵ Det rörde sig om liknande krav som de som tillämpades i Yves Saint Laurent, d.v.s. krav på utbildad personal, krav på försäljningsställets utformning etc. Två krav betraktades emellertid som otillåtna och de var för det första kravet att Grundigs återförsäljare skulle föra hela Grundigs sortiment och för det andra att de skulle hålla ett

¹³² Vichy, 1991 EGT nr L 75 s. 57 (beslut av den 11 januari 1991).

¹³³ Ib., punkt 18 (c).

¹³⁴ Yves Saint Laurent Parfumes, 1992 EGT nr L 12 s. 24 (beslut av den 16 december 1991), punkt 6 (b).

¹³⁵ Grundig's EEC distribution system, 1985 EGT nr L 233 s. 1 (beslut av den 10 juli 1985).

representativt urval av Grundigs sortiment i lager. I fallet *Villeroy & Boch*¹³⁶ ansågs ett motsvarande krav på återförsäljaren att föra ett tillräckligt brett sortiment och att hålla lämpliga lager inte begränsa konkurrensen i den mening som anges i artikel 81(1). Att klausulerna friades berodde emellertid inte på att de ansågs utgöra kvalitativa krav utan på grund av att samarbetet, efter att kommissionen genomfört en ekonomisk analys av samarbetets effekter, inte ansågs skada konkurrensen på ett märkbart sätt. Faktorer som kommissionen beaktade var bl.a. att konkurrensen mellan leverantörerna var stor, att återförsäljarna inte ålagts något krav på att uppnå vissa kvantiteter i inköp samt att Villeroy & Boch endast innehade en begränsad marknadsandel.

När det gäller de fall där de selektiva distributionsavtalen har rört produkter av teknisk art framträder inte det underliggande intresset av att upprätthålla dessa produkters image eller renommé lika tydligt som i fallen med prestige-produkter. I *IBM-fallet*¹³⁷ som rörde ett system för distribution där återförsäljarna skulle uppfylla vissa kriterier, bl.a. så skulle försäljningspersonalen ha erfarenhet av persondatorers användning i affärsverksamhet och återförsäljaren skulle ha möjlighet att tillhandahålla teknisk support och viss utbildning, betonade kommissionen snarare de fördelar detta hade för konsumenterna än dess värde för tillverkaren. Köparen ansågs ha ett behov av information och rådgivning för att kunna välja dator och även för att kunna hantera den på ett bra sätt i sin affärs- eller yrkesverksamhet. Det betraktades därför som ett rimligt krav från tillverkarens sida att återförsäljarna hade möjlighet att ge sådan information och rådgivning. Även om en god service och välutbildad personal hos återförsäljare indirekt kan medföra en ökad goodwill och ett förbättrat renommé för de sålda produkterna så saknas det direkta samband mellan urvalskriterier och produktprestige som föreligger i t.ex. fallen med exklusiv kosmetika. Kommissionen för heller inget resonemang kring åtgärdernas inverkan på produkternas eller varumärkets prestige. Detsamma gäller kommissionens argumentation i fallet *SABA*¹³⁸ som motiverar SABAs krav på återförsäljarens kvalifikationer, specialistkunskaper hos personalen, försäljningsställets utformning samt servicemöjligheter med att innovationstakten inom den aktuella industrin är hög vilket medför frekventa förbättringar av produkterna och regelbundna lanseringar av nya produkter baserade på ny teknologi.

Fallet *Murat*¹³⁹ utgör något av ett mellanting. Murat tillverkade guld- och silversmycken och i det standardavtal som företaget tillämpade gentemot sina återförsäljare återfanns vissa objektiva kvalitativa kriterier som återförsäljaren skulle uppfylla. Kommissionen ansåg dessa kriterier motiverade med hänsyn till produktens höga kvalitet. Det sägs emellertid ingenting om

¹³⁶ Villeroy Boch, 1985 EGT nr L 376 s. 15 (beslut av den 16 december 1985).

¹³⁷ IBM, 1984 EGT nr L 118 s. 24 (beslut av den 18 april 1984).

¹³⁸ SABA's EEC distribution system, 1983 EGT nr L 376 s. 41 (beslut av den 21 december 1983).

¹³⁹ Murat, 1983 EGT nr L 348 s. 20 (beslut av den 5 december 1983).

huruvida varumärket som sådant var av speciellt exklusiv art eller om det hade ett särskilt renommé som var värt att skydda.

3.3.3 Används doktrinen om accessoriska begränsningar i syfte att bevara eller överföra ett värde i en transaktion?

Den doktrin om accessoriska begränsningar som Díaz formulerar bygger som sagt på slutsatsen att både domstolen och kommissionen betraktar vissa konkurrensbegränsningar som nödvändiga för att bevara, eller möjliggöra överförandet av, värde i vissa typer av transaktioner. Frågan är då om praxis erbjuder stöd för denna slutsats. Svaret måste då enligt min mening bli både ja och nej.

När det gäller de fall där konkurrensbegränsningar, i en koncentrationskontext, har betraktats som accessoriska framgår värdehänsyn med all önskvärd tydlighet. Förvärvarens intresse av att till fullo kunna exploatera den know-how och den goodwill som överförs i samband med en företagsöverlåtelse, och som utgör en ofta väsentlig del av överlåtelseobjektets värde anses motivera vissa inskränkningar i överlåtarens handlingsfrihet, såsom t.ex. en konkurrensklausul. Uttalanden i praxis visar tydligt att denna hänsyn har haft en stor, för att inte säga avgörande, betydelse för den positiva bedömningen av dylika åtgärder.¹⁴⁰ Uttryck för detta synsätt när det gäller konkurrensklausuler återfinns också i kommissionens tillkännagivande om accessoriska begränsningar. På samma sätt kan ett leveransåtagande från säljarens sida vara nödvändigt för att säkra tillgången på för produktionen nödvändiga input-varor och på så sätt möjliggöra för köparen att åtnjuta det fulla värdet av överförda tillgångar genom intäkter från avsett produktion. Vid licensavtal i samband med en koncentration så är det de möjligheter till en överföring av värde dessa ger som är avgörande och intresset att upprätthålla värdet på den licensierade tillgången får tillgodoses med andra åtaganden, t.ex. ett åtagande från köparens sida om sekretess. Värt att notera är att kommissionen i sitt tillkännagivande inte för något resonemang kring tillgångarnas värde när det gäller de båda sistnämnda typerna av avtal, det konstateras bara helt kort att de i vissa situationer får betraktas som nödvändiga.

Utanför en koncentrationskontext tar sig intresset av att bevara värdet hos en överförd tillgång ett litet annorlunda uttryck. Det blir i dessa fall mer en fråga om att skydda ett upparbetat varumärke eller en produkts eller en firmas renommé, ofta genom att upprätthålla en viss kvalitet på produkten ifråga. Det kan också vara fråga om åtgärder för att skydda överförd know-how. Tydligast framstår sådan hänsyn i samband med franchisingavtal och avtal om varumärkeslicenser, där skyddsobjektet i form av en firma eller ett varumärke är lätt att identifiera. Av domstolens resonemang i *Pronuptia*-fallet och kommissionens uttalanden i fallet *Moosehead/Whitbread* framgår tydligt att det

¹⁴⁰ Se uttalanden i fallet *Reuter/BASF* som citeras ovan under avsnitt 3.3.

var behovet att skydda det värde som know-how och renommé utgör som var grunden för klausulernas legitimitet.¹⁴¹ Det förefaller rimligt att hävda att domstolen och kommissionen i dessa fall tillämpar en doktrin om accessoriska begränsningar som grundar sig på värdehänsyn. Det är emellertid svårare att finna stöd för denna slutsats i de fall där konkurrensbegränsningar i samband med avtal om tekniköverföringar såsom patentlicensavtal och know-how-licensavtal varit föremål för prövning. Förvisso är åtgärder för att skydda den överförda teknologin befogade också i dessa situationer men det faktum att både domstolen och kommissionen i några fall försvarar dessa åtgärder med hänvisning till patentteori och då i synnerhet till "the specific subject-matter" gör att resonemangen grumlans och det blir svårare att hävda att de prövade åtgärderna betraktas som accessoriska. I vissa fall som gällt know-how-licenser har emellertid uttalanden gjorts som ger ett visst stöd för en sådan slutsats.¹⁴²

När det gäller frågan om selektiva återförsäljarsystem där medlemmarna kvalificerar genom att uppfylla vissa kvalitativa kriterier skall placeras i en undantagskategori för sig eller om det de facto rör sig om en tillämpning av doktrinen om accessoriska begränsningar kan man konstatera att domstolens och kommissionens resonemang i viss mån varierar beroende på vilken typ av produkt det är fråga om i det särskilda fallet. I fall där produkten har karaktär av prestigevara och varumärkets image är av stor betydelse så är det lättare att urskilja en hänsyn till skyddet av dessa egenskaper. De resonemang som förs i dessa fall påminner då i hög grad om de som förs exempelvis i fall med franchising, såsom *Pronuptia*-fallet. I fall där kvalitativa krav istället accepterats på grund av att det är fråga om tekniskt komplicerade produkter framgår värdehänsyn inte lika tydligt. Istället verkar det då som om hänsyn tas till andra intressen såsom konsumenternas behov av information och service. I och för sig så påverkas en sådan produkts renommé också av den service som erbjuds i samband med köpet men detta sker på ett mindre tydligt sätt och eftersom varken kommissionen eller domstolen för något uttrycklig resonemang kring ett sådant samband så är det svårt att komma till slutsatsen att värdehänsyn spelat en avgörande roll i prövningen.

Förutom de dubier som kan resas till följd av avsaknaden av tydliga uttalanden i praxis beträffande betydelsen av att en åtgärd har en värdebevarande funktion så kan ytterligare invändningar resas mot att definiera en doktrin om accessoriska begränsningar utifrån ett resonemang kring intresset att bevara och överföra värde i en transaktion. En sådan invändning är att domstolen i vissa fall har betraktat en konkurrensbegränsning som nödvändig trots att den saknat värdebevarande eller värdeöverförande effekter. Det förefaller då som om en doktrin formulerad på ovan nämnda sätt inte lyckas täcka in samtliga fall av accessoriska begränsningar. Ett sådant exempel är

¹⁴¹ Mål C-161/84 *Pronuptia de Paris GmbH mot Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, ECR 1986, s. 353, punkterna 16 och 17, *Moosehead/Whitbread*, 1990 EGT nr L 100 s. 32, punkt 15.

¹⁴² Se uttalanden i *Rich Products/Jus-rol* ovan.

domstolens avgörande i *DLG-fallet*.¹⁴³ Fallet rörde ett inköpssamarbete (genom DLG) där medlemmarna förbjöds att delta i andra konkurrerande samarbeten av motsvarande slag. Domstolen ansåg att en sådan klausul som förbjöd dubbelt medlemskap inte stred mot förbudet i artikel 81(1) eftersom den i vissa fall kunde vara nödvändig för att ett kooperativ skulle fungera tillfredsställande. Den aktuella klausulen motiverades alltså utifrån behovet av att skydda samarbetets funktion snarare än att bevara värdet på någon tillgång som förts över till detsamma.

Den slutsats som kan dras utifrån gemenskapsrättslig praxis är att doktrinen om accessoriska begränsningar i stor utsträckning används för att placera konkurrensbegränsningar vars syfte är att bevara, eller möjliggöra överförandet av, ett värde i en legitim transaktion utanför förbudet i artikel 81(1). Rättstillämpningen är emellertid inte allt igenom konsekvent utan i vissa fall, t.ex. vid avtal om patentlicensavtal, så accepteras begränsningen på andra grunder än just värdehänsyn. En värdebaserad doktrin om accessoriska begränsningar förmår heller inte täcka in samtliga fall där domstolen har ansett en konkurrensbegränsning såsom varande nödvändig för genomförandet och funktionen av huvudavtalet. Begränsningar har alltså betraktats som accessoriska trots att de inte haft som syfte eller resultat att bevara värdet hos en tillgång. Trots dessa invändningar anser jag emellertid att doktrinen kan fylla en funktion som utgångspunkt eller riktmärke i bedömningen av, eller i en argumentation kring legitimiteten hos, en konkurrensbegränsning.

¹⁴³ Mål C-250/92 *Goettrup-Klim Grovwareforening and Others mot Dansk Landbrugs Grovareselskab AmbA (DLG)*, ECR 1994, s. 5641.

4 Accessoriska begränsningar i svensk konkurrensrätt

Den svenska konkurrenslagen saknar bestämmelser beträffande accessoriska begränsningar och ämnet behandlas inte heller i lagens förarbeten. Med anledning härav har konkurrensverket intagit ståndpunkten att EG-rätten inte i denna del skall tjäna som ledning vid tillämpningen av KL.¹⁴⁴ Accessoriska begränsningar som avtalats mellan parterna i förvärsavtalet och som inskränker deras handlingsfrihet på marknaden omfattas därför av 6 § och 19 § KL och skall prövas i enlighet med dessa lagrum. Någon motsvarighet till det EG-rättsliga systemet där också en konkurrensbegränsning som betraktas som accessorisk omfattas av det godkännande som kommissionen meddelar vid en prövning av företagsförvärv finns alltså inte. Ingenting hindrar emellertid konkurrensverket från att granska sådana begränsningar i samband med förvärsprövningen och i praxis har verket också gjort uttalanden om de begränsningar som förekommit i det särskilda fallet. Vilken rättslig status som dessa uttalanden har är emellertid oklart. Enligt vad företrädare för verket har uppgivit så saknar ett sådant uttalande rättslig betydelse och bör därför inte anses utgöra någonting annat än en preliminär bedömning av den accessoriska begränsningen ifråga.¹⁴⁵ Ett uttalande från verkets sida, i ett beslut om godkännande av ett företagsförvärv, att det inte har något att invända mot en viss konkurrensbegränsning utgör således inget formellt hinder mot ett senare ingripande. Wetter m.fl. framför en annan åsikt: ”Konsekvenserna av att en viss bestämmelse inte anses accessorisk är att den kan omfattas av förbudet i 6 § KL och därmed vara ogiltig enligt 7 § KL...”.¹⁴⁶ Detta uttalande går stick i stäv med vad som framförts i förarbeten och av företrädare för konkurrensverket eftersom också en bestämmelse som anses accessorisk kan drabbas av ett ingripande från Konkurrensverkets sida. Det faktum att den anses accessorisk medför inte i sig någon immunitet.

4.1 Accessoriska begränsningar i samband med koncentrationer

När det gäller konkurrensbegränsningar som har ett samband med en företagsöverlåtelse så har konkurrensverket i sin praxis ansett att dessa under vissa omständigheter inte omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i 6 § KL. Detta förutsätter emellertid att sambandet är direkt samt att begränsningarna är nödvändiga för förvärvets genomförande. Som grund för att undanta accessoriska begränsningar från förbudet i 6 § har angivits att dessa inte i kvalitativt hänseende skulle begränsa konkurrensen på ett märk-

¹⁴⁴ SOU 1998:98, s. 200.

¹⁴⁵ *Ib.*, s. 200.

¹⁴⁶ Wetter m.fl., *Konkurrenslagen i praxis*, Bokförlaget Juridik och samhälle 1995, s. 254f.

bart sätt, d.v.s. det märkbarhetsrekvisit som är en förutsättning för lagrummets tillämpning skulle inte vara uppfyllt.¹⁴⁷ Det är främst tre typer av avtal eller avtalsbestämmelser som i det enskilda fallet har betraktats som accessoriska nämligen konkurrensklausuler, inköps- och leveransavtal samt olika typer av licensavtal.

4.1.1 Konkurrensklausuler

Liksom i EG-rätten så har konkurrensklausuler i samband med företagsförvärv betraktats som tillåtna under vissa förutsättningar. De principer som konkurrensverket tillämpar i sådana fall är i stor utsträckning hämtade från EG-rätten. I ett tidigt fall, *Mander Brothers Limited*¹⁴⁸, slog verket fast att en konkurrensklausul som ingick i ett avtal om överlåtelse av en rörelse och som omfattade en period om fem år från överlåtelsetidpunkten inte omfattades av förbudet i 6 § KL. Konkurrensverket anförde att begränsningar som avtalats mellan parterna i ett företagsförvärv och som inskränker deras handelsfrihet på marknaden inte omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete om de har ett direkt samband med och är nödvändigt för förvärvets genomförande, d.v.s. om de är accessoriska, eftersom de oftast saknar tillräckligt märkbar effekt. Detta är enligt verket fallet även om de avtalade begränsningarna i och för sig är konkurrensbegränsande och skulle ha kommit att behandlas annorlunda om de prövats för sig eller i ett annat ekonomiskt sammanhang och inte mot bakgrund av ett företagsförvärv.

I fallet görs också en uppräknig av de faktorer som beaktas i prövningen av huruvida en konkurrensklausul kan betraktas som accessorisk. Den första faktorn är klausulens giltighetstid som inte får vara längre än vad som behövs för att en aktiv, konkurrenskraftig köpare skall kunna bygga upp en ställning på marknaden som motsvarar den som säljaren innehade vid tidpunkten för förvärvet. Ytterligare faktorer är klausulens geografiska tillämpningsområde och dess materiella innehåll i övrigt. I beslutet konstateras att EG-rättslig praxis på området skall vara vägledande och med hänvisning till EG-kommissionens tillkännagivande om accessoriska begränsningar konstaterar verket att konkurrensklausuler i vissa fall är nödvändiga för att köparen, genom att åtnjuta skydd mot säljarens konkurrens, skall kunna knyta till sig kundkretsen och tillägna sig och utnyttja det know-how som han har förvärvat och på så sätt tillgodogöra sig det fulla värdet av de överlåtna tillgångarna. Konkurrensverket konstaterade vidare att en giltighetstid för konkurrensförbudet på fem år betraktas som godtagbar under förutsättning att förvärvet omfattade både goodwill och knowhow. Man tillägger emellertid också att den tillåtna giltighetstiden för konkurrensklausuler inte kan fastställas generell. Beträffande klausulens geografiska och materiella tillämpningsområde så konstaterades, också med hänvisning till EG-rätten, att detta måste vara begränsat till det område där säljaren marknadsförde sina

¹⁴⁷ SOU 1998:98, s. 200.

¹⁴⁸ *Mander Brothers Limited*, dnr 1170/93 (beslut den 3 mars 1994).

varor eller tjänster före överlåtelsen samt att det enbart skall omfatta varor eller tjänster som ingår i det överlåtna företagens verksamhet.

I det aktuella fallet ansåg konkurrensverket att överlåtelsen innebar en överföring av teknisk och kommersiell know-how samt även goodwill och kom till slutsatsen att en femårig konkurrensklausul därför var motiverad. I samband med att Konkurrensverket konstaterar detta så nämns ytterligare omständigheter som förelåg i det aktuella fallet, bl.a. det faktum att förvärvaren inte varit aktiv på den svenska marknaden tidigare. Säljaren däremot var väl etablerad och skulle tämligen snabbt kunna återta de kunder som det var avsett att köparen skulle överta. Trots att dessa omständigheter förelåg så verkar det emellertid som om verket anser att tidsperioden om fem år främst motiveras utifrån det faktum att förvärvet omfattade både goodwill och know-how som förvärvaren inte tidigare haft tillgång till. I andra fall har konkurrensverket uttalat att en mer begränsad varaktighet på tre år är acceptabel om förvärvet omfattar know-how och goodwill. Det har då rört sig om överlåtelser där överförd know-how redan tidigare varit känd för köparen. I ärendet *Parker Hannifin Sweden AB*¹⁴⁹ uttryckte Konkurrensverket denna princip enligt följande: ”Ifrågavarande förvärv får anses innefatta överföring av know-how. Köparen är emellertid en av världens största tillverkare av produkter inom pneumatik och hydraulik och torde besitta ett väsentligt kunnande om de produkter som berörs av förvärvet. I detta fall anser Konkurrensverket att en femårig konkurrensklausul går utöver vad som kan motiveras av överförd know-how. Konkurrensverket anser därför att en konkurrensklausul med längre löptid än tre år kan komma att strida mot förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete enligt 6 § KL.” Motsvarande principer återfinns i ett flertal av Konkurrensverkets beslut.¹⁵⁰

I några fall har emellertid konkurrensklausuler av längre varaktighet accepterats som accessoriska trots att det know-how som omfattades av avtalet redan tidigare varit känt för förvärvaren. Den längre giltighetstiden har då motiverats utifrån någon annan omständighet som förelegat i det enskilda fallet. I fallet *SAS Service Partner*¹⁵¹ betraktades det faktum att säljaren, SAS, som utgjorde den största kunden på den svenska flygcateringmarknaden snabbt skulle kunna finna avsättning för sina produkter och på så sätt urholka värdet av förvärvet, som en sådan omständighet som motiverade en konkurrensklausul med längre giltighetstid.¹⁵² En ytterligare omständighet som har ansetts legitimerade en längre giltighetstid i fall där det var frågan om förvärvaren redan känd know-how är den att förvärvet utgör en del i ett

¹⁴⁹ *Parker Hannifin Sweden AB*, dnr 944/94 (beslut den 22 juni 1994).

¹⁵⁰ *Procordia AB*, dnr 700/93 (beslut den 27 oktober 1993), *KONE Hissar AB*, dnr 885/93 (beslut den 26 november 1993), *Du Pont Scandinavia AB*, dnr 1163/95 (beslut den 23 november 1995), *AB Sandvik Steel*, dnr 30/96 (beslut den 8 februari 1996), *Orkla Foods AB*, dnr 221/1999 (beslut den 17 juni 1999).

¹⁵¹ *SAS Service Partner*, dnr 886/94 (beslut den 7 oktober 1994).

¹⁵² Se också *BOB Industrier*, dnr 535/93 (beslut den 12 augusti 1993).

större, världsomspännande förvärv.¹⁵³ I fallet *Norsk Hydro Olje AB*¹⁵⁴ anges dessutom faktorer som att kundkretsen visar en stor köptrohet eller att de berörda produkterna har en lång ekonomisk livslängd som exempel på en sådana omständigheter.

När förvärvet ifråga endast omfattar goodwill har Konkurrensverket i flera ärenden uttalat att en konkurrensklausul som sträcker sig längre än två år från överlåtelsen inte kan godtas.¹⁵⁵ I likhet med fall där överlåtelsen också omfattar know-how finns emellertid en marginal där hänsyn tas till omständigheter i det enskilda fallet. Exempelvis accepterades en treårig konkurrensklausul oavsett om förvärvet omfattade know-how eller inte. Anledningen var säljbolagens starka ställning på marknaden och dessa företags möjligheter, till följd av kunskap om kundkrets och verksamhetsform etc., att snabbt återta en stor del av försäljningen av den aktuella produkten.¹⁵⁶

I flera fall har Konkurrensverket ansett att sekretessklausuler kan utgöra en effektiv förlängning av det konkurrensskydd som köparen erhåller genom en konkurrensklausul. Verket har åtskilliga gånger hänvisat till EG-kommissionens beslut i ärendet *Solvay-Laporte/Interox*¹⁵⁷ där det konstaterades att en sekretessklausul som omfattar kommersiell information, såsom t.ex. uppgifter rörande kunder, prissättningar och kvantiteter, inte får gå utöver den tid för vilken konkurrensklausulen gällde. Endast om klausulen rör hemlig, avancerad teknologi och know-how kan en längre eller obegränsad tid accepteras. Det finns åtskilliga exempel på en tillämpning av dessa principer i Konkurrensverkets praxis.¹⁵⁸

När de gäller konkurrensklausuler till förmån för säljaren så betraktas sådana i normalfallet inte som nödvändiga för ett förvärv. I ärendet *ABRA*¹⁵⁹ konstaterar Konkurrensverket att konkurrensklausuler till förmån för säljaren normalt inte godtas och villkoret att ABRA, vilket var det företag som överläts, under en period av tre år inte fick konkurrera med säljaren inom den del av dennes rörelse som inte överlåtits kunde därför omfattas av förbudet i 6 § KL. Motsvarande princip tillämpades i fallet *Alcatel IKO Kabel*¹⁶⁰ där en konkurrensklausul i samband med överlåtelsen av en industrilokal och som

¹⁵³ Se Eveready Battery Company Incorporated, dnr 656/93 (beslut den 29 september 1993).

¹⁵⁴ Norsk Hydro Olje AB, dnr 1471/94 (beslut den 28 mars 1995).

¹⁵⁵ Svenska Shell AB, dnr 742/93 (beslut den 22 november 1993), Norsk Hydro Olje AB, dnr 1471/94, AGA Gas, dnr 1300/95 (beslut den 1 februari 1996), ABB Stal-Litzell AB, dnr 206/95 (beslut den 14 mars 1995), AB Alfort & Cronholm, dnr 255/96 (beslut den 9 september 1998).

¹⁵⁶ Play Nöjesdistribution, dnr 50/94 (beslut den 9 februari 1994), se också uttalanden i Preem Petroleum AB, dnr 1528/93 (beslut den 16 december 1997).

¹⁵⁷ Kommissionens beslut nr IV/M.197 av den 30 april 1992, Solvay – Laporte/Interox.

¹⁵⁸ Norsk Hydro Olje AB, dnr 1471/94, Scotia Holdings Plc., dnr 336/95 (beslut den 13 februari 1996), ABB Stal-Litzell, dnr 296/95.

¹⁵⁹ ABRA, dnr 1015/94 (beslut den 2 augusti 1994).

¹⁶⁰ Alcatel AKO Kabel, dnr 470/94 (beslut den 19 september 1994).

innebar att köparen inte under två år fick överlåta eller upplåta fastigheten till en person eller ett företag verksamt inom samma bransch som säljaren ansågs strida mot 6 § KL.¹⁶¹ Konkurrensverket har alltså tillämpat samma principer som utvecklats i EG-rätten.

4.1.2 Inköps- och leveransklausuler

Konkurrensverkets inställning till leveransavtal som sluts i samband med ett avtal om företagsöverlåtelse framgår tydligt i ärendet *Flügger A/S*¹⁶². Flügger A/S hade för avsikt att, via det blivande dotterbolaget XG Färg AB, förvärva den rörelse som vid denna tidpunkt bedrevs av HP Färg & Kemi AB (HP). HP ingick i BPA-koncernen inom vilken BPA AB utgjorde moderbolag. I samband med överlåtelseavtalet skulle ett leveransavtal träffas mellan, å ena sidan, Flügger A/S och XG Färg samt, å andra sidan, BPA AB och BPA Måleri & Golv AB. Genom avtalet åtog sig de två sistnämnda företagen att, under vissa förutsättningar, inköpa minst hälften av sitt årliga behov av färg och tillbehör från Flügger A/S och XG Färg AB. Avtalet var avsett att äga tillämpning under en period av minst fyra år. Uppsägningstiden var sex månader och vid utebliven uppsägning så skulle avtalet förlängas med ett år i taget.

Beträffande inköps- och leveransklausuler i samband med företagsöverlåtelser så framhöll Konkurrensverket att sådana kunde vara nödvändiga för att bibehålla tidigare inarbetade inköps- och leveranskanaler mellan säljaren och den överlåtna rörelsen. På så sätt skulle uppdelningen av säljarens rörelse och överlåtelse av en del av tillgångarna kunna ske på rimliga villkor. Syftet med ett sådant avtal kan, som i det aktuella fallet, vara att tillförsäkra kontinuitet i köparens avsättning av produkter, en avsättning som tidigare säkerställdes genom att den överlåtna rörelsen tillhörde samma ekonomiska enhet som den tidigare ägaren. Verket menade att det således finns skäl att under en övergångstid acceptera ett inköpsåtagande som syftar till att säkerställa en avsättning av de kvantiteter som tidigare avsattes inom säljarens rörelse eller för att göra det möjligt att anpassa avsättningen till marknadsutvecklingen. Angående giltighetstiden för ett sådant åtagande uttalade verket att denna skall begränsas till den tid som objektivt sett behövs för att beroendeförhållandet skall ersättas med en självständig ställning på marknaden. Dessa principer överensstämmer i hög grad med de som EG-kommissionen slår fast i sitt tillkännagivande om accessoriska begränsningar¹⁶³ och Konkurrensverket hänvisar också till detta tillkännagivande.

I det leveransavtal som var under prövning i det aktuella ärendet uppgick giltighetstiden som sagt till fyra år. Konkurrensverket fann denna giltighetstid rimlig med hänsyn till leverantörernas ställning på marknaden och det faktum

¹⁶¹ Se även Finska Onninen OY, dnr 719/95 (beslut den 25 oktober 1995).

¹⁶² Flügger A/S, dnr 1160/93 (beslut den 29 december).

¹⁶³ Commission Notice regarding restrictions ancillary to concentrations, EGT nr C 203 s. 5, 1990.

att det inte var fråga om något exklusivt åtagande. Leveransavtalet i Flügger-fallet ansågs således utgöra en accessorisk begränsning då det hade ett direkt samband med och vara nödvändigt för genomförandet av det bakomliggande företagsförvärvet och omfattades därmed inte av 6 § KL då dess effekt inte var tillräckligt märkbar. Det faktum att det var fråga om olika parter i överlåtelseavtalet respektive leveransavtalet ändrade inte Konkurrensverkets inställning eftersom säljaren i förvävsavtalet och beställarna i leveransavtalet ingick i samma företagsgrupp.¹⁶⁴ Leveransavtal med tredje man och inte mellan säljare och köpare har annars inte godtagits av Konkurrensverket som accessoriska.¹⁶⁵

När det gäller frågan vilken giltighetstid som kan accepteras för leveransklausuler i samband med ett företagsförvärv så är det svårt att ur praxis härleda någon slutsats som äger generell giltighet. Det bör också poängteras att inköps- och leveransavtal i vissa fall inte anses konkurrensbegränsande över huvud taget. Att klausulerna betraktas som accessoriska till ett företagsförvärv innebär enbart att de kan slutas för en längre tid eller att de kan vara mer omfattande i förhållande till köparens behov än vad som annars varit tillåtet.¹⁶⁶ I en överlåtelsekontext verkar Konkurrensverket göra en bedömning utifrån de omständigheter som råder i det enskilda fallet. I fallet *SAS Service Partner*¹⁶⁷ ansågs inte en leveransklausul som sträckte sig över en femårsperiod som nödvändig, främst på grund av att säljaren var den marknadsaktör som i störst utsträckning efterfrågade de tjänster som det överlåtna företaget producerade, och efter diskussioner mellan parterna och Konkurrensverket så kortades giltighetstiden till tre år efter förvärvets fullbordande, d.v.s. ett år kortare än i fallet *Flügger A/S*. I andra fall har en period om tre år accepterats utan särskild motivering.¹⁶⁸

Beträffande exklusiva inköps- och leveransåtaganden så har Konkurrensverket i flera fall uttalat att dessa inte kan anses generellt berättigade. För att sådana avtal skall kunna anses nödvändiga för förvärvets genomförande krävs, som verket uttrycker saken, exceptionella omständigheter, t.ex. frånvaron av en marknad eller produkternas specifika natur. Även i dessa fall bör det krävas att de berörda företagen, då det är möjligt, utnyttjar mindre konkurrensbegränsande avtalskonstruktioner, t.ex. avtal om bestämda kvantiteter. I ärendet *Avex Electronics AB*¹⁶⁹ ansågs ett åtagande från säljaren att köpa hela sitt behov av den aktuella produkten från förvärvaren såsom nödvändigt för förvärvets genomförande. Anledningen var att Avex, som tidigare inte bedrivit verksamhet i Sverige, inte skulle kunna göra det aktuella förvärvet om inte bolaget under ett övergångsskede garanterades en viss av-

¹⁶⁴ Se även Hasselfors Timber AB, dnr 826/93 (beslut den 15 november 1993).

¹⁶⁵ WMI Sellbergs AB, dnr 911/94 (beslut den 8 juli 1994).

¹⁶⁶ Carlsson, m.fl., a.a., s. 69.

¹⁶⁷ SAS Service Partner, dnr 886/94 (beslut den 7 oktober 1994).

¹⁶⁸ Akzo Chemicals BV, dnr 746/93 (beslut den 26 oktober 1993), se även BPA AB, dnr 476/96 (beslut den 6 juni 1996) där en knappt femårig konkurrensklausul ansågs kunna strida mot 6 § KL utan någon hänvisning till särskilda omständigheter.

¹⁶⁹ Avex Electronics AB, dnr 1357/95 (beslut den 1 februari 1996).

sättning för sin produktion. Vidare hölls det inte för troligt att säljaren skulle kunnat avyttra den aktuella delen av sin rörelse om bolaget inte hade en garanti för att under en övergångstid erhålla leveranser av den aktuella produkten. Motsvarande omständigheter, d.v.s. att köparen inte tidigare varit verksam på den aktuella marknaden, förelåg i fallet *North*¹⁷⁰. I båda dessa fall konstaterade Konkurrensverket dessutom att öppna svenska marknader i egentlig mening saknades beträffande de aktuella produkterna och att det mot den bakgrunden inte var troligt att leveransavtalen skull ha någon konkurrensbegränsande effekt.

I tidigare ärenden har Konkurrensverket godtagit exklusiva inköps- och leveransavtal trots att de omständigheter som förelegat inte varit av samma extraordinära slag. I ärendet *Folksam/Terminator*¹⁷¹ godkände Konkurrensverket ett exklusivavtal som innebar att Folksam (säljaren) åtog sig att under en period om fem år låta Terminator (det överlåtna företaget) utföra hela Folksams behov av tjänster på det aktuella området, bekämpning av ohyra. Verket pekade på den omständigheten att det endast fanns ett fåtal bekämpningsföretag på den svenska marknaden som hade kapacitet att täcka ett försäkringsbolags behov och att dessa bekämpningsföretag redan hade avtalsrelationer med andra försäkringsbolag. Leveransavtalet ansågs nödvändigt dels för att säkerställa Folksams behov av tjänster och dels för att Terminator skulle ha ett rimligt värde vid överlåtelsen. Med hänsyn till att det endast fanns ett begränsat antal företag som Folksam kunde vända sig till för köp av tjänsterna samt till Terminators stora beroende av Folksam som kund så ansågs också giltighetstiden på fem år som rimlig.

I ärendet *Cirkel*¹⁷², som rörde Kraft General Foods förvärv av Cirkel ABs rörelser avseende kaffe, te, kryddor och bakingredienser, meddelade Konkurrensverket ett icke-ingripandebesked för en treårig klausul som hindrade Kraft General Food från att sälja kaffeprodukter i Sverige under varumärkena Cirkel och Guldcirkel till andra företag än sådana som ingick i den svenska konsumentkooperationen. Den aktuella klausulen hade prövats i två tidigare ärenden, i det första med en obegränsad alternativt tioårig giltighetstid och i det andra med en giltighetstid på fem år.¹⁷³ I det senare av dessa ärenden ansåg Konkurrensverket att en sådan klausul inte, med hänsyn till den omständighet att varumärkena Cirkel och Guldcirkel under mycket lång tid förknippats med konsumentkooperationen, kunde anses begränsa konkurrensen på ett märkbart sätt. En förutsättning var dock att klausulen endast skulle gälla under en övergångsperiod och den femåriga giltighetstid som var under prövning ansågs för lång.

Det förefaller som om det krav på exceptionella omständigheter som Konkurrensverket uppställer i bl.a. fallet *Avex Electronics AB* tillgodoses också i ärendet *Cirkel*. Exklusiviteten kan anses motiverad utifrån den

¹⁷⁰ North, dnr 1072/95 (beslut den 2 november 1996).

¹⁷¹ Folksam/Terminator, dnr 1873/93 (beslut den 30 maj 1994).

¹⁷² Cirkel, dnr 1364/95 (beslut den 6 februari 1996).

¹⁷³ Dnr 1012/94 och dnr 563/95.

speciella ställning som de aktuella varumärkena hade på marknaden. I fallet *Folksam/Terminator* framstår däremot behovet av exklusivitet mindre klart och det torde vara möjligt att istället utnyttja mindre konkurrensbegränsande avtalskonstruktioner såsom avtal om minimikvantiteter. Enbart det faktum att marknaden i viss mån kan betraktas som begränsad kan svårigen anses utgöra en exceptionell omständighet, åtminstone inte enligt normalt språkbruk. Möjligen är det fråga om en förändring av praxis i en skärpande riktning.

4.2 Accessoriska begränsningar utanför en koncentrationskontext

Konkurrensverket har uttryckligen betraktat konkurrensbegränsningar som accessoriska endast i fall som rört företagsförvärv. Den benägenhet som verket visat att i sin rättstillämpning söka ledning i EG-praxis väcker frågan om detta tillvägagångssätt också sträcker sig till att omfatta en tillämpning av doktrinen om accessoriska begränsningar utanför en koncentrationskontext. Som framgått av redogörelsen ovan (se avsnitt 3.3.2) så har EG-domstolen och EG-kommissionen visat tendenser till en sådan rättstillämpning och då i samband med franchisingavtal, avtal om tekniköverföringar och varumärkeslicenser. Av intresse är också det faktum att något som i hög grad påminner om doktrinen om accessoriska begränsningar också har tillämpats i samband med selektiva distributionsavtal grundade på kvalitativa kriterier. Avsikten med detta avsnitt är att undersöka huruvida Konkurrensverkets praxis inom det aktuella området medger en liknande slutsats. Frågan är alltså om det i dessa fall är fråga om en tillämpning av doktrinen om accessoriska begränsningar.

4.2.1 Franchiseavtal

I ärendet *AB J F Björssells*¹⁷⁴ tillämpade Konkurrensverket motsvarande principer som EG-kommissionen slagit fast i fallet *Promptia*. Björssells ansökte om icke-ingripandebesked, alternativt undantag, för ett standardavtal som ingick i ett franchisingssystem avseende återförsäljning av kontorsvaror. Konkurrensverket hänvisade till utvecklingen inom EG-rätten där vissa avtalsbestämmelser ansetts nödvändiga för att skydda franchisegivarens immateriella rättigheter eller rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd eller för att bevara franchisenätets identitet eller anseende och som till följd härav inte utgjort konkurrensbegränsningar. I Björssells avtal ingick åtskilliga klausuler som inskränkte franchisetagarens möjligheter att agera självständigt på marknaden. Det förelåg en skyldighet för franchisetagaren att delta i marknadsföringsaktiviteter och att se till att den väsentligaste delen av Björssells sortiment fanns i butiken. Vidare innehöll avtalet bestämmelser om att all

¹⁷⁴ AB J F Björssells, dnr 232/95 (beslut den 23 augusti 1995).

marknadsföring skulle ske under ett gemensamt namn, att butiken skulle vara utformad på ett speciellt sätt samt att franchisetagaren skulle delta i utbildning. Därutöver inskränktes franchisetagarens rätt att överlåta rörelsen. Samtliga dessa åtaganden och skyldigheter ansågs av Konkurrensverket nödvändiga för att bevara franchisekedjans identitet och anseende och falla utanför förbudet i 6 § KL.

Avtalet innehöll också en bestämmelse om marknadsdelning, d.v.s. franchisetagaren erhöll en ensamrätt att bearbeta ett visst geografiskt område och ålades att inte aktivt söka kunder utanför detta område. Bestämmelsen ansågs konkurrensbegränsande genom att den medförde att marknaden kontrollerades och begränsades och dessutom inverkade på den enskilde franchisetagarens kommersiella frihet. Trots denna bestämmelses konkurrensbegränsande verkan ansågs den nödvändig för att uppnå de positiva effekterna av avtalet och undantag beviljades.

Avtalsvillkor som i ett annat sammanhang betraktats som konkurrensbegränsande har alltså, i likhet med rättstillämpningen inom EG-rätten, godtagits som icke-konkurrensbegränsande när de ansetts nödvändiga för att bevara en franchisekedjas identitet och anseende. Om denna rättstillämpning kan klassificeras som en tillämpning av doktrinen om accessoriska begränsningar inom EG-rätten så torde samma slutsats äga sin riktighet när det gäller den svenska konkurrensrätten då denna, inom detta område, i hög grad bygger på sin europeiska motsvarighet. Att klausulernas tillåtlighet motiveras av behovet av att skydda det värde som franchisekedjans identitet och anseende anses utgöra framgång av Konkurrensverkets uttalanden i ärendet Björsells.

4.2.2 Varumärkeslicenser

Liknande hänsyn har, liksom inom EG-rätten, ansetts motivera vissa klausuler i samband med varumärkeslicenser. Fallet *AB Lindex*¹⁷⁵ rörde ett samarbete mellan Lindex och P.T.A. Group OY för att marknadsföra varumärket Piretta på den svenska marknaden. P.T.A. åtog sig enligt överenskommelsen att för Lindex räkning ta fram och designa kollektioner inom damkonfektion. I samband härmed åtog sig P.T.A. att inte utnyttja dessa kollektioner för annat ändamål än vad som omfattades av avtalet. Lindex å sin sida åtog sig att endast anlita P.T.A. eller av detta företag godkända leverantörer för tillverkning och leverans av en viss del av den avtalade konfektionen och dessutom skulle P.T.A. ges möjlighet att bedöma tillverkningskvaliteten på avtalsprodukter från andra leverantörer. P.T.A. gav Lindex en exklusiv rätt att utnyttja varumärket Piretta för de aktuella produkterna och företaget åtog sig också att inte, utan samtycke från Lindex, använda varumärket i sin verksamhet eller upplåta rättigheten till någon annan. Om Lindex ville använda varumärket på andra produkter än de som omfattades av avtalet så krävdes samtycke av P.T.A. I fallet uttalar Konkurrensverket

¹⁷⁵ AB Lindex, dnr 941/96 (beslut den 21 april 1998).

följande: ” Ett avtal om överlåtelse av en immaterialrätt faller inte automatiskt under förbudet i 6 § KL, om det enbart är fråga om att överlåta eller upplåta rättigheten mot betalning av royalties. Fråga om förbud kan dock uppkomma om avtalet innehåller villkor som går längre än vad som är nödvändigt för att trygga utnyttjandet av rättigheten som sådan. Exklusiv rätt till varumärket och förpliktelser för inköp kan vara konkurrensbegränsande. Vid den konkurrensrättsliga bedömningen av ett avtal om en immaterialrättighet måste de positiva verkningarna av avtalet vägas mot de negativa effekter avtalet kan ha från konkurrenssynpunkt. Ett avtal kanske inte kommer till stånd om inte vissa konkurrensbegränsningar tillåts. När det exempelvis gäller ett licensavtal kan licenstagaren anse det väsentligt att få en viss exklusivitet med hänsyn till de kostnader och risker som är förenade med avtalet. Licensgivare kan å sin sida vara mer villig att bevilja en licens, om licenstagaren är beredd att acceptera vissa begränsningar i sin rätt att utnyttja licensen.”

De klausuler, t.ex. beträffande exklusivitet, som anses motiverade av de kostnader och den risk som licenstagaren utsätts för är snarare hänförliga till den kategori av kvalitativt betingade undantag som kan betecknas som ”kommerciell risk”-fall. Klausuler som däremot grundar sig på licensgivarens behov av att skydda sitt varumärke kan klassificeras som accessoriska begränsningar om man tillämpar en doktrin som baserar sig på värdehänsyn. I *Lindex*-fallet kan åtagandet från Lindex sida att endast anlita P.T.A. eller någon av de leverantörer som godkänts av detta företag samt att ge P.T.A. möjligheter att kontrollera tillverkningskvalitet hos produkter tillverkade av någon sådan utomstående leverantör anses falla under den senare av dessa båda kategorier. Konkurrensverket ansåg det troligt att avtalet skulle leda till ett ökat antal kollektioner på marknaden, vilket skulle vara positivt ur konkurrenssynpunkt, och att exklusivitets- och leveransklausulerna var nödvändiga för att avtalet skulle komma till stånd. Med hänsyn till detta fann verket att avtalet inte omfattades av 6 § KL. Verket hänvisar också till marknadsförhållandena men utan att göra någon ingående analys av avtalets verkningar på konkurrensen.

Principerna har också tillämpats i senare ärenden. I ärendet *SAS Hotels AB*¹⁷⁶ ansågs vissa skyldigheter som ingick i två olika licensavtal vara nödvändiga för att skydda upplåtarens immateriella rättigheter och för att bevara hotellnätets gemensamma identitet och anseende. Skyldigheterna omfattades därför inte av förbudet i 6 § KL. Konkurrensverket uttalade att förordningen om gruppundantag för franchiseavtal (SFS 1993:79) kunde vara vägledande vid bedömningen av individuella ansökningar och att det enligt detta gruppundantag fanns vissa avtalsvillkor som av ovan angiven anledning kunde anses nödvändiga för att ett avtal skulle kunna komma till stånd.

¹⁷⁶ SAS Hotels AB, dnr 688/96 (beslut den 25 maj 1998).

4.2.3 Selektiva distributionsavtal

Konkurrensverkets rättstillämpning när det gäller selektiva distributionsavtal följer i stor utsträckning de principer som slagits fast i gemenskapsrätten. I ärendet *Stokke Fabriker AB II*¹⁷⁷ uttalade Konkurrensverket följande beträffande sådana avtal: ”Selektiva distributionsavtal kan vara konkurrensbegränsande eftersom de exkluderar vissa typer av försäljningsställen och de utvalda återförsäljarna inte får sälja vidare till återförsäljare utanför systemet. Därigenom kan inommärkeskonkurrensen begränsas. Det viktigaste konkurrensmedlet är priset. En minskad inommärkeskonkurrens kan leda till minskad priskonkurrens. Inom EG-rätten, vilken skall vara vägledande vid tillämpningen av KL, anses dock att selektiva system kan innebära fördelar för konsumenten vilka rättfärdigar en minskning av priskonkurrensen därför att de medför en förbättrad konkurrens relaterad till andra faktorer än priset, t.ex. graden av service.”

Vidare konstaterar verket att de produkttegenskaper som enligt EG-rätten berättigar tillämpningen av ett selektivt system är dels tekniskt sofistikerade konsumentprodukter som kräver en hög grad av service på grund av sin komplexitet och kundernas behov av rådgivning etc., och dels dyra och prestigefyllda produkter. I det aktuella fallet ansågs inte den produkt som systemet omfattade, barnstolen Tripp Trapp, så komplicerad att de kvalitativa krav som Stokke Fabrik AB ställde på sina återförsäljare var befogade vilket medförde att systemet inte kunde undantas från förbudet i 6 § KL såsom varande ett selektivt distributionsavtal. Till samma slutsats kom verket beträffande de sängar för vilka DUX Industrier AB tillämpade ett selektivt återförsäljaravtal. Sängarna ansågs inte kunna likställas med sådana lyxartiklar för vilka ett exklusivt varumärke är särskilt viktigt som särskiljande egenskap och de ansågs inte heller vara tillräckligt tekniskt avancerade.¹⁷⁸ Produkter som däremot har ansetts motivera ett sådant system har varit bl.a. vintersportprodukter och in-line skates¹⁷⁹, servrar som används för sammanlänkning av persondatorer i nätverk samt programvaror för detta ändamål¹⁸⁰, och skrivare till datorer¹⁸¹. Konkurrensverket har också i några fall ansett selektiva distributionssystem motiverade på grund av produkternas karaktär av lyxartiklar.¹⁸²

I ärendet *France Beauté*¹⁸³ uttalar Konkurrensverket att ett selektivt distributionssystem i normala fall måste vara ”öppet” för att inte anses vara konkurrensbegränsande. Betecknande för ett ”öppet” system är att de i

¹⁷⁷ Stokke Fabriker AB II, dnr 674/94 (beslut den 22 juni 1995).

¹⁷⁸ DUX Industrier AB, dnr 659/95 (beslut den 3 december 1996).

¹⁷⁹ Salomon Sport AB, dnr 1054/97 (beslut den 17 juni 1998).

¹⁸⁰ Compaq Computer AB, dnr 847/95 (beslut den 14 augusti).

¹⁸¹ Hewlett-Packard Sverige AB, dnr 1805/93 (beslut den 30 oktober).

¹⁸² SMH Sweden AB (återförsäljaravtal avseende armbandsur av märket Omega), dnr 1435/94 (beslut den 30 september 1996), France Beauté, dnr 824/93 (beslut den 28 februari 1995).

¹⁸³ France Beauté, dnr 824/93 (beslut den 28 februari 1995).

systemet ingående återförsäljarna själva kan avgöra huruvida en utanförstående återförsäljare uppfyller aktuella kriterier och så fall på eget bevåg sälja avtalsprodukterna vidare till denne. I ett ”slutet” system är det istället leverantören ensam som kontrollerar och bestämmer huruvida en återförsäljare uppfyller de krav som uppställts för deltagande i systemet. Konkurrensverket har emellertid i några fall ansett att även slutna eller delvis slutna system inte begränsat konkurrensen på ett märkbart sätt.¹⁸⁴

Kriterier som reglerar försäljningsställets utformning och möjligheter till utställning av produkter samt krav på försäljningspersonalens utbildning och kvalifikation har av Konkurrensverket betraktats som rent kvalitativa och därför inte konkurrensbegränsande, förutsatt att de tillämpats likformigt och på ett icke-diskriminerande sätt.¹⁸⁵ Detsamma gäller krav på återförsäljarens möjligheter att utföra efterköpsservice såsom garanti- och underhållsarbeten och förbud för återförsäljaren att marknadsföra eller sälja de produkter som omfattas av avtalet enligt ”tag-själ-principen”.¹⁸⁶

Andra krav och kriterier har av Konkurrensverket befunnits vara konkurrensbegränsande. Det har då i flera fall varit fråga om kvantitativa kriterier såsom begränsningar av antalet återförsäljare i förhållande till befolkningsunderlag eller krav på att återförsäljaren skall göra vissa åtaganden beträffande t.ex. årliga minimiinköp och lagerhållning. Krav på en återförsäljare att hålla ett visst lager eller att köpa in en viss mängd av en produkt innebär åtaganden som kan försvåra för denne att föra konkurrerande produkter. De kan också hindra återförsäljare från att ansluta sig till systemet trots att de uppfyller de kvalitativa kriterierna. Sådana krav har därför ansett gå utöver vad som är nödvändigt för säkerställa en korrekt presentation och försäljning av ifrågasvarande produkter.¹⁸⁷ (Vissa krav på tillfällig lagerhållning, t.ex. vid specifika annonskampanjer eller vid nylansering, har emellertid accepterats.)¹⁸⁸ På motsvarande sätt har krav på återförsäljaren att föra ett heltäckande representativt bassortiment och krav på viss omsättningshastighet ansetts konkurrensbegränsande.¹⁸⁹

Ett åtagande från återförsäljarens sida att vidta särskilda marknadsföringsåtgärder kan begränsa dennes möjligheter till ett självständigt marknadsbeteende och kan även hindra tillträde till systemet trots att eventuella kvalitativa kriterier är uppfyllda. I vilken utsträckning sådana åtaganden betraktas som konkurrensbegränsande beror på hur betungande de bedöms vara i det enskilda fallet. I ärendet *SMH Sweden AB*¹⁹⁰ ansågs ett krav att avtalsprodukterna skulle exponeras och profileras i ständigt centralt läge

¹⁸⁴ Compaq Computer AB, dnr 847/95, Bang & Olufsen Svenska AB, dnr 181/97 (beslut den 2 oktober 1997).

¹⁸⁵ SMH Sweden AB dnr 1435/94 (beslut den 30 september 1996).

¹⁸⁶ Bang & Olufsen Svenska AB, dnr 181/97 (beslut den 2 oktober 1997).

¹⁸⁷ Hewlett-Packard Sverige AB, dnr 1805/93 (beslut den 30 oktober).

¹⁸⁸ France Beauté, dnr 824/93 (beslut den 28 februari 1995).

¹⁸⁹ SMH Sweden AB dnr 1435/94 (beslut den 30 september 1996).

¹⁹⁰ SMH Sweden AB dnr 1435/94.

såväl i butik som i fönster och att vissa riktlinjer och anvisningar därvid skulle följas samt att det material som SMH tillhandahöll skulle utnyttjas som konkurrensbegränsande. I fallet *France Beauté*¹⁹¹ har liknande krav emellertid godtagits som icke konkurrensbegränsande. Det rörde sig om klausuler i återförsäljningsavtalet som stipulerade att avtalsprodukterna skulle ges minst lika stort utrymme som produkter av andra märken och att placering och skyltning skulle avspegla avtalsprodukternas prestige. Dessutom uppställdes krav på återförsäljaren att regelbundet upplåta skyltfönster eller, i avsaknad av sådant, bästa skyltningsplats för skyltning av produkterna och varumärket ifråga. Då det i avtalet inte specificerades vilka märken eller vilket antal som skulle säljas bredvid avtalsprodukterna och inte heller något minimikrav på hur stort utrymme som skulle avsättas för dessa så ansåg Konkurrensverket att kraven inte begränsade återförsäljarens kommersiella handlingsfrihet. Anledningen till varför kriterierna i det senare fallet accepterades medan Konkurrensverket kom till motsatt slutsats i det förra framgår inte av verkets uttalanden i respektive ärende. Möjligen var kraven i *France Beauté*-avtalet mindre specifika än i *SMH Sweden AB* och gav på så sätt återförsäljaren ett större handlingsutrymme.

Om det visar sig att ett selektivt distributionssystem också innehåller kvantitativa konkurrensbegränsande kriterier och således faller inom tillämpningen av 6 § KL så innebär detta att vissa villkor, som skulle ha accepterats i ett system med enbart kvalitativa kriterier, inte tillåts. Ett förbud för återförsäljaren att sälja avtalsprodukterna till andra än slutanvändare och auktoriserade återförsäljare godtas inom ett selektivt system eftersom förbudet anses nödvändigt för att bibehålla systemet men anses konkurrensbegränsande om det förekommer i ett system med kvantitativa kriterier.¹⁹² I flera fall där Konkurrensverket funnit att vissa avtalsklausuler var konkurrensbegränsande så har emellertid undantag enligt 8 § KL beviljats.

Någon analys av konkurrensen utförs inte i de fall där enbart kvalitativa kriterier tillämpas i det selektiva distributionssystemet. Finner emellertid Konkurrensverket att någon eller några av kriterierna är kvantitativa eller konkurrensbegränsande så prövas systemets verkningar på konkurrensen för att avgöra huruvida märkbarhetskriteriet i 6 § KL är uppfyllt.¹⁹³ Konkurrensverket har i ett allmänt råd (KKVFS 1999:1) om avtal av mindre betydelse angivit hur verket tolkar begreppet märkbart sätt och prövningen innefattar en undersökning av producentens årsomsättning och marknadsandel på den relevanta produktmarknaden.

¹⁹¹ *France Beauté*, dnr 824/93.

¹⁹² *Hewlett-Packard Sverige AB*, dnr 1805/93.

¹⁹³ *Hewlett-Packard Sverige AB*, dnr 1805/93, *SMH Sweden AB* dnr 1435/94.

4.3 Värdehänsyn i Konkurrensverkets praxis

Den svenska konkurrensrättens starka koppling till EG-rätten medför att få skillnader kan urskiljas i rättstillämpningen, i vart fall när det gäller hanteringen av accessoriska begränsningar. Konkurrensverket hänvisar i sina beslut i stor utsträckning till de principer som utvecklats inom gemenskapsrätten. En undersökning av i vilken utsträckning som Konkurrensverket tillämpar en doktrin om accessoriska begränsningar baserad på värdehänsyn resulterar som en följd härav i samma slutsatser som de som motsvarande undersökning beträffande EG-rätten medgav. Hänsyn till behovet av att bevara och överföra värde i en transaktion framgår tydligt i de fall där konkurrensbegränsningar i samband med en företagsöverlåtelse betraktats som accessoriska och därmed ansetts falla utanför 6 § KL. I flera fall hänvisar Konkurrensverket till EG-kommissionens tillkännagivande om accessoriska begränsningar och pekar på det faktum att köparen däri tillerkänns ett behov av skydd mot konkurrens från säljarens sida för att kunna tillgodogöra sig de fulla värdet av de överlåtna tillgångarna.¹⁹⁴ Värdehänsyn anges uttryckligen som motiv till att tillåta konkurrensklausuler i dylika situationer.

I likhet med EG-kommissionen och EG-domstolen så har Konkurrensverket fört resonemang kring nödvändigheten av vissa konkurrensbegränsningar också utanför en koncentrationskontext. I samband med franchiseavtal har verket uttalat att vissa avtalsbestämmelser som är nödvändiga för att bevara franchisenätets identitet och anseende inte i normalfallet anses konkurrensbegränsande. Motsvarande hänsyn återfinns i fall med varumärkeslicenser, där vissa klausuler anses motiverade för att skydda det aktuella varumärket, och i de fall av selektiva distributionsavtal där avtalsprodukterna haft karaktären av exklusiva märkesvaror eller prestigeprodukter. I de sistnämnda fallen anses produkternas karaktär i stor utsträckning vara beroende av tillverkarens förmåga och möjligheter att utveckla och bibehålla varumärkets exklusivitet och image på marknaden. Avtalsbestämmelser som ger tillverkaren sådan förmåga och sådana möjligheter kan då anses befogade. Även om det inte sägs uttryckligen så framgår det tydligt att det är just behovet att skydda det värde som ett varumärke eller en firma anses utgöra som motiverar undantag från förbudet i 6 § KL.

Situationen är något annorlunda när det gäller selektiva distributionsavtal där avtalsprodukterna är tekniskt avancerade. I sådana fall har de kvalitativa kriterier som en återförsäljare måste uppfylla för att få tillträde till systemet ansetts befogade, inte så mycket av hänsyn till behovet att skydda produktens anseende som på den grunden att de är berättigade för att konsumenterna skall få bästa möjliga hjälp och information vid valet av produkt och om något problem skulle uppstå efter köpet.¹⁹⁵ De är alltså i dessa fall snarare

¹⁹⁴ se t.ex. Manders Brothers Limited, dnr 1170/93 och AB Alfort & Cronholm, dnr 255/96.

¹⁹⁵ Se t.ex. Compaq Computer AB, dnr 847/95.

konsumenthänsyn än värdehänsyn som motiverar legitimitet, även om kvaliteten på service är en faktor som inverkar på en produkts renommé.

Det kan också konstateras, vid en genomgång av praxis, att Konkurrensverket inte genomför någon djupare analys av avtalens effekter på konkurrensen. Istället begränsas prövningen till frågan huruvida de aktuella avtalsbestämmelserna är nödvändiga eller inte för huvudtransaktionens genomförande. Om de befins vara nödvändiga så inskränks den ekonomiska analysen till en bedömning av i vilken utsträckning som huvudtransaktionen typiskt sett har negativa verkningar på konkurrenssituationen. En analys av avtalets effekter i det enskilda fallet genomförs endast om klausulerna anses vara konkurrensbegränsande och det blir fråga om att konstatera huruvida samarbetet uppfyller kravet på kvantitativ märkbarhet eller det blir aktuellt med en prövning av huruvida samarbetet kvalificerar för undantag enligt 8 § KL.

5 Är tillämpningen av accessoriska begränsningar ett utslag av en "rule of reason" i EG-rätten och i svensk rätt?

Efter redogörelsen för tillämpningen av accessoriska begränsningar i tre olika rättssystem, det amerikanska, det EG-rättsliga och det svenska, och konstaterandet av den stora betydelse som det förra av dessa system haft i utvecklingen av konkurrensrätten, så återstår frågan vilket inflytande den amerikanska rätten har inom det begränsade område av konkurrensrätten som accessoriska begränsningar utgör.

I Konkurrens nr 4/99 ställer sig Mats Bergman, Konkurrensverkets chefsekonom frågan om den europeiska konkurrensrätten håller på att amerikaniseras. Han menar att det pågår en förändringsprocess inom den europeiska konkurrensrätten som allt mer tycks leda till en harmonisering till den amerikanska antitrustlagstiftningen och pekar bl.a. på det förslag som kommissionen lanserade i en vitbok som innebar att kravet att företag skall anmäla avtal för undantag till kommissionen avskaffas och på det faktum att kommissionen, i en annan vitbok, förespråkar en mer liberal attityd till vertikala avtal. Om en sådan harmonisering är för handen så är min mening att detta faktum oundvikligen måste väcka liv i den debatt som förts om behovet av en rule of reason, enligt amerikansk modell, inom den europeiska konkurrensrätten. Åtskilliga författare har förespråkat en sådan tillämpning av artikel 81 (1).¹⁹⁶

En mer flexibel rättstillämpning motiveras ofta med det faktum att en strikt tolkning av artikel 81 (1) får till följd att också avtal som inte, eller endast i begränsad utsträckning, medför negativa effekter på konkurrensen omfattas av förbudet och att den möjlighet till undantag för sådana avtal som medges under artikel 81 (3) inte fungerar tillfredsställande. Proceduren för undantag är omständlig och, till följd av kommissionens stora arbetsbörda, tidsödande. Joliet framför följande åsikt: "If the American approach to the concept of restraint of trade, i.e., the rule of reason, had been adopted, the EEC Commission would not have been deluged with thousands of notifications."¹⁹⁷

¹⁹⁶ Joliet, R., *The Rule of Reason in Antitrust Law. American, German and Common Market Laws in Comparative Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers 1967, s. 189, Schechter, M.C., *The Rule of Reason in European Competition Law, Legal Issues of European Integration 1982/2*, Kluwer Law and Taxation Publishers 1983, s. 13.

¹⁹⁷ Joliet, R., a.a., s. 189.

Som redogjorts för ovan (under 3.2) så har EG-domstolen i flera fall konstaterat att åtgärder som begränsar parternas handlingsfrihet på marknaden inte utgör sådana konkurrensbegränsningar som omfattas av artikel 81 (1).

Genom att ta hänsyn till kvalitativa aspekter hos det särskilda samarbetet så har domstolen låtit detta falla utanför förbudet i de fall då det varit skäligt. Tillämpningen av doktrinen om accessoriska begränsningar är ett exempel på sådan kvalitativ hänsyn. Denna mer flexibla tillämpning av förbudet, en flexibilitet som är föranledd av förbudets strikta utformning, är snarlik utvecklingen i den amerikanska rätten och väcker frågan om det rör sig om rule of reason-doktrinen intåg i europeisk konkurrensrätt.

I doktrinen förefaller meningarna vara delade i frågan. Whish hävdar att det inte rör sig om ett införlivande av rule of reason utan att det istället är fråga om en självständig rättsutveckling, främst genom EG-domstolens praxis.¹⁹⁸ Andra författare menar att utvecklingen har stora likheter med en tillämpning av rule of reason-doktrinen.¹⁹⁹ Kommissionen skriver i sin vitbok från april i år att man i vissa fall har tillämpat en begränsad rule of reason, i den mening att det har gjorts en avvägning mellan ett avtals för- och nackdelar i konkurrenshänseende, och hävdar, med hänvisning till avgörandena i fallen *Nungesser*²⁰⁰ och *Pronuptia*²⁰¹, att domstolen har bekräftat detta tillvägagångssätt i praxis.²⁰² Samtidigt framhåller kommissionen emellertid att en utsträckning av detta tillvägagångssätt hindras av utformningen av artikel 81. Om avvägningen mellan för- och nackdelar hos ett avtal i ökad utsträckning kom att hamna under artikel 81(1) så skulle detta enligt kommissionen innebära att artikel 81(3) åsidosätts och blir överflödigt, en förändring som enbart är möjlig genom en fördragsändring. Vidare framhåller man att detta skulle vara något av en paradox då artikel 81(3) de facto innehåller samtliga de element som ingår i en rule of reason.

Att artikel 81(3) skulle utgöra en motsvarighet till en amerikansk rule of reason är emellertid inte ett invändningfritt uttalande. Joliet anser tvärtom att artikel 81(3) inte utgör någon sådan motsvarighet eftersom: "The Rule of Reason does not permit the sustaining of agreements which, although clearly detrimental to competition, are shown to bring about an improvement of production or distribution, or other benefits to the public."²⁰³ Artikel 81(3) är alltså mer långtgående än en rule of reason och gör det möjligt att undanta förfaranden på andra grunder än den att konkurrensen förbättras. Schechter

¹⁹⁸ Whish, *Competition Law*, (3rd edition), s. 209.

¹⁹⁹ Forrester/Norall, *The Laicization of Community Law: Self-Help and the Rule of Reason: How Competition Law Is and Should Be Applied*, *Common Market Law Review* nr 21 s. 25f.

²⁰⁰ Mål 258/78 *Nungesser KG och Eisele mot Europeiska Kommissionen*, ECR 1982, s. 2015.

²⁰¹ Mål C-161/84 *Pronuptia de Paris GmbH mot Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, ECR 1986, s. 353.

²⁰² Vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget. Kommissionsprogram nr 99/027, 1999 EGT nr C 132, s. 1.

²⁰³ Joliet, R., a.a., s. 113, se också fallet *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679 (1978) behandlat ovan.

betraktar artikel 81(3), inte som en ersättning för en rule of reason, utan som ett komplement till en sådan regel; ett undantag att tillämpa när det är andra hänsyn än just förfarandets effekter ur konkurrenshänseende som motiverar legitimitet.²⁰⁴

Är det då i de fall där kommissionen och domstolen, på kvalitativa grunder, har undantagit ett förfarande från förbudet i artikel 81(1) fråga om en tillämpning av en rule of reason? När det gäller accessoriska begränsningar, en av de grupper av fall där kvalitativ hänsyn har motiverat ett sådant undantag, förefaller det som om det finns i vart fall en viktig skillnad i rättstillämpning mellan amerikanska domstolar och EG-domstolen respektive kommissionen. Denna skillnad ligger i graden av ekonomisk analys vid fastställandet av huruvida ett förfarande kan betraktas som tillåtet eller inte. I amerikansk rätt måste, som framkommit ovan, en konkurrensbegränsning, vilken betraktats som accessorisk och därför hamnar utanför ett per se-förbud, ändå genomgå en rule of reason-prövning. Denna prövning omfattar en värdering av de deltagande företagens styrka på marknaden, de syften som ligger bakom förfarandet samt de verkningar som detta har på konkurrensen. Huruvida förfarandet ifråga är tillåtet eller inte är sedan helt och hållet avhängigt resultatet av denna värdering. Endast i det fall att värderingen leder fram till slutsatsen att förfarandet resulterar i ett ökat eller i vart fall oförminskat konkurrenstryck kan det tillåtas. Även om en konkurrensbegränsning betraktas som nödvändig för en transaktion eller en koncentration så krävs det att den inte har några negativa verkningar på konkurrensen för att den skall accepteras av domstolarna. Det är alltså inte fråga om att göra någon kompromiss mellan intresset av att möjliggöra den aktuella huvudtransaktionen och intresset av att bevara en effektiv konkurrens utan konkurrensaspekten väger alltid tyngst.

För att den doktrin om accessoriska begränsningar som tillämpas inom EG-rätten skall kunna sägas vara ett utslag av en amerikansk rule of reason måste ett bevarande av konkurrensen vara det allt överskuggande målet. En ekonomisk analys av begränsningens effekter är då av stor betydelse. I både kommissionens och EG-domstolens praxis förefaller det emellertid som om konkurrensanalys spelat en underordnad roll i bedömningen av accessoriska begränsningar. När det väl konstaterats att en begränsning är att betrakta som accessorisk, d.v.s. att den har ett samband med och är nödvändig för huvudtransaktionen så genomförs ingen ytterligare analys av förfarandets effekter på konkurrensen. Ett exempel är *Nutricia-fallet*²⁰⁵ där kommissionen, som sagts ovan, inte gör någon sådan analys och EG-domstolen uppställer inte heller något krav på en sådan när ärendet efter överklagande hamnar under dess prövning.²⁰⁶ Domstolen konstaterar förvisso att konkurrensklausuler i samband med en företagsöverlåtelse indirekt kan bidra till en förbättrad konkurrens genom att antalet företag på den aktuella marknaden

²⁰⁴ Schechter, M.C., a.a., s. 13.

²⁰⁵ *Nutricia*, 1984 EGT L 376 s. 22.

²⁰⁶ Mål C-42/84 *Remia mot Europeiska kommissionen*, ECR 1985, s. 2545.

ökar men anser ändå att kommissionens prövning av den aktuella konkurrensbegränsningen var riktig trots att denna inte omfattade någon undersökning av konkurrenssituationen före, under eller efter överlåtelsen.

Inte heller i de fall där doktrinen om accessoriska begränsningar har tillämpats utanför en koncentrationskontext görs någon värdering av förfarandets effekter på konkurrensen. Denna slutsats gäller i vart fall när konkurrensbegränsande klausuler i samband med tekniköverföringar och franchisingavtal varit föremål för prövning. Istället har prövningen koncentrerats kring frågan om begränsningarnas syfte och möjligheter att skydda de tillgångar som omfattats av transaktionen.

När det gäller konkurrensbegränsningar i samband med selektiva distributionsavtal går det i vissa fall att finna ansatser till en avvägning mellan begränsningarnas främjande respektive begränsande effekter på konkurrensen. I *AEG-Telefunken*²⁰⁷ uttalar domstolen följande: "Systems of selective distribution, in so far as they aim at the attainment of a legitimate goal capable of improving competition in relation to factors other than price, therefore constitute an element of competition which is in conformity with article 85 (1)". Domstolen fortsätter sedan i nästa punkt: "The limitations inherent in a selective distribution system are however acceptable only on condition that they aim is in fact an improvement in competition in the sense above mentioned". Dessa uttalanden ger intrycket att domstolen legitimerar systemet på den grunden att en förbättrad service, kvalitet, och personalkompetens medför en ökad konkurrens. I flera efterföljande fall genomförs emellertid ingen undersökning av huruvida en sådan ökning verkligen kan förväntas.²⁰⁸ I *Villeroy & Boch*²⁰⁹ anser förvisso kommissionen att ett åtagande från återförsäljarnas sida att tillhandahålla ett tillräckligt brett sortiment av Villeroy & Boch-produkter och att hålla tillräckliga lager inte märkbart begränsar konkurrensen bland annat med hänvisning till företagets svaga ställning på marknaden. Åtaganden av detta slag har emellertid i andra fall inte betraktats som kvalitativa kriterier och kan därmed inte räknas till den grupp av begränsningar som faller utanför artikel 81(1) på grund av att de är objektivt nödvändiga för den aktuella transaktionen.

Slutsatsen blir att varken kommissionen eller EG-domstolen genomför någon tydlig analys av de verkningar som ett förfarande kan få på konkurrensen innan det på kvalitativa grunder placeras utanför förbudet i artikel 81 (1). I vart fall äger denna slutsats sin riktighet när den begränsas till den kategori av undantag som omfattar objektivt nödvändiga konkurrensbegränsningar, en kategori som accessoriska begränsningar sorterar under. Rättstillämpningen på just detta snäva område kan följdaktigen inte jämföras med en amerikansk rule of reason. En undersökning av andra fall där EG-domstolen och kom-

²⁰⁷ Mål C-107/82 Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Europeiska Kommissionen, ECR 1983 s. 3151.

²⁰⁸ Se t.ex. Murat, 1983 EGT L 348 s. 20, SABA's EEC Distribution system, 1983 EGT L 376 s. 41, Yves Saint Laurent Parfumes, 1991 EGT L 12 s. 24.

²⁰⁹ Villeroy & Boch, 1985 EGT L 376 s. 15.

missionen efter en kvalitativ bedömning har ansett att vissa konkurrensbegränsningar faller utanför artikel 81(1) kan möjligen leda till en annorlunda slutsats. I de fall där den kommersiella risk som en avtalspart utsätts för har motiverat olika former av exklusivetsarrangemang verkar större omsorg ägnats åt en utvärdering av åtgärdernas konsekvenser för konkurrensen. Denna fråga faller emellertid utanför ramen för detta arbete.

avgörandet men resonemang som tyder på en sådan hänsyn förekommer ändå i en sådan omfattning att värdehänsyn får anses ha stor betydelse, om inte i alla så i många fall. Tydligast framgår sådan hänsyn i fall där syftet med klausulerna är att skydda en firma eller ett varumärke såsom är fallet med avtalsbestämmelser i samband med etableringen av franchisenät. EG-domstolens avgörande i fallet *Pronuptia*²¹⁰ är ett tydligt exempel på en sådan rättstillämpning.

Fyller då en teori om värdehänsyn någon funktion? Behövs en sådan avgränsning av doktrinen om accessoriska begränsningar? Enligt min mening är en bestämning av tillämpningsområdet av stor vikt. Om man kunde fastställa de hänsyn som EG-domstolen och kommissionen grundar legitimiteten hos accessoriska begränsningar på så skulle det ha klara förtjänster. Framför allt innebär det en ökad förutsebarhet i rättstillämpningen genom att marknadens aktörer erbjuds större möjligheter att avgöra vilka typer av klausuler som skulle kunna bedömas som tillåtna och under vilka omständigheter så skulle vara fallet. Betydelsen av en sådan förutsebarhet förstärks av att accessoriska begränsningar i många fall kommer att betraktas som tillåtna utan någon djupare analys av de ekonomiska förhållandena i det enskilda fallet, en form av ”per se-lawfulness”. Avtalsparterna har då ett starkt intresse av att kunna bedöma vilka avtalsbestämmelser som kan komma att betraktas som accessoriska.

Avslutningsvis vill jag återkomma till frågan om tillämpningen av doktrinen om accessoriska begränsningar i samband med selektiva distributionsavtal. Följande synpunkter kan göras gällande i sammanhanget. Om det är så att det i franchisingfallen är fråga om en tillämpning av doktrinen om accessoriska begränsningar, vilket verkar vara fallet, så framstår placeringen av selektiva distributionsavtal i en egen kategori av undantag baserade på kvalitativa aspekter som inkorrekt. De avtalsbestämmelser som accepteras i samband med sådana återförsäljarsystem har stora likheter, både beträffande syfte och innehåll, med de som förekommer i samband med franchiseavtal. Med hänsyn härtill och mot bakgrund av att klausulerna betraktas som nödvändiga för att skapa ett fungerande distributionssystem så förefaller det som om det är fråga om en tillämpning av doktrinen om accessoriska begränsningar. Fallen saknar dessutom specifika särdrag som skulle kunna motivera att de hänförs till en egen kategori.

²¹⁰ Mål C-161/84 *Pronuptia de Paris GmbH mot Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, ECR 1986, s. 353.

- Díaz, F. Enrique González *Some Reflections on the Notion of Ancillary Restraints Under EC Competition Law*, Fordham Corporate Law Institute 1995, s. 325-362.
- Forrester/Norall, *The Laicization of Community Law: Self-Help and the Rule of Reason: How Competition Law Is and Should Be Applied*, Common Market Law Review nr 21, s. 11-51.
- Holley, Donald L. *Ancillary Restrictions in Mergers and Joint Ventures*, Fordham Corporate Law Institute 1991, s. 423-459.
- Louis, Martin B. *Restraints Ancillary to Joint Ventures and Licensing Agreements: Do Sealy and Topco Logically Survive Sylvania and Broadcast Music?*, Virginia Law Review No. 5, Vol. 66, 1980, s.879-916.
- Schechter, M.C. *The Rule of Reason in European Competition Law*, Legal Issues of European Integration 1982/2, Kluwer Law and Taxation Publishers 1983, s. 1-20.
- Schröter, Helmut, R.B. *Antitrust Analysis under Article 85(1) and Article 85(3)*, Fordham Corporate Law Institute 1987, s. 645-692.

Offentligt tryck

Sverige

SOU 1998:98, *Konkurrenslagens regler om företagskoncentration*, Betänkande av Konkurrenslagsutredningen, Stockholm 1998.

Europeiska unionen

Rådets förordning (EEG) nr 17/62 av den 6 februari 1962 om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86.

Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer.

Kommissionens förordning (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring.

Kommissionens förordning (EEG) nr 4087/88 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av franchiseavtal.

Meddelande om avtal av mindre betydelse som inte omfattas av artikel 85.1 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen. Bilaga till EGT nr C 372, 1997.

Commission Notice regarding restrictions ancillary to concentrations, EGT nr C 203 s. 5, 1990.

Förslag till nytt tillkännagivande om begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av en koncentration.

http://europa.eu.int/comm/dg04/lawmerge/draft_notices/compare_ancillary_restraints_sv.pdf (1999-10-18)

21st Report on Competition Policy, 1991.

22nd report on Competition policy, 1992.

Rättsfall - USA

Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 U.S. 1 (1979).
Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231 (1918).
Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977).
National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978).
Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc., 792 F.2d 210 (D.C. Cir. 1986).
Standard Oil of N.J. v. United States, 221 U.S. 1 (1911).
United States v. Addyston Pipe & Steel Co., 85 Fed. 271 (6th Cir. 1889).
United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n, 166 U.S. 290 (1897).
United States v. Joint Traffic Ass'n, 171 U.S. 505 (1898).
United States v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106 (1911).
United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927).
United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940).
United States v. Topco Assocs., Inc., 405 U.S. 596 (1972).

Rättsfall EG-domstolen

mål 56/65 Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm, ECR 1966, s.235.
mål 5/69 Volk mot Vervaecke, ECR 1969, s. 295.
mål 26/76 Metro SB-Grossmärkte mot Europeiska Kommissionen, ECR 1977, s. 1875.
mål 258/78 Nungesser KG och Eisele mot Europeiska Kommissionen, ECR 1982, s. 2015.
mål 99/79 SA Lancôme and Cosprarfrance Nederland BV mot Etos BV och Albert Heyn Supermart BV, ECR 1980 s. 2511.
mål C-31/80 NV L'Oréal och SA L'Oréal mot PVBA De Nieuwe AMCK, ECR 1980 s. 3775.
mål C-107/82 Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Europeiska kommissionen, ECR 1983 s. 3151.
mål C-193/83 Windsurfing International Inc. mot Europeiska kommissionen, ECR 1986 s. 611.
mål C-42/84 Remia BV mot Europeiska Kommissionen, ECR 1985, s. 2545.
mål C-161/84 Pronuptia de Paris GmbH mot Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, E.C.R. 1986, s. 353.
mål C-250/92 Goettrup-Klim Grovvareforening and Others mot Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA (DLG), ECR 1994, s. 5641.

Beslut av Europeiska kommissionen

Beslut ur databasen Eurolaw (<http://www.ili.co.uk>):

Kommissionens beslut IV/M.057 av den 22 februari 1991, Digital/Kienzle.
Kommissionens beslut IV/M.105 av den 17 juli 1991, ICL/Nokia Data.
Kommissionens beslut IV/M.232 av den 5 augusti 1992, PepsiCo/ General Mills.
Kommissionens beslut IV/M.301 av den 4 februari 1993, Tesco Ltd/Catteau.
Kommissionens beslut IV/M. 465 den 28 augusti 1994, GE/CIGI.
Kommissionens beslut nr IV/M.550 av den 13 mars 1995, Union Carbide/Enichem.

Kommissionens beslut nr IV/M.535 av den 21 december 1994, Mannesmann Demag/Delaval Stork.

Kommissionens beslut nr IV/M.113 av den 19 december 1991, Courtaulds/SNIA.

Kommissionens beslut nr IV/M.197 av den 30 april 1992, Solvay-Laporte/Interox.

Kommissionens beslut nr IV/M.310 av den 29 april 1993, Harrison & Crosfield/AKZO.

Beslut offentliggjorda i EGT:

Computerland, 1987 EGT nr L 222 s. 12 (beslut av den 10 augusti 1987).

Charles Jourdan, 1989 EGT nr L 35 s. 31 (beslut av den 2 december 1988).

Campari, 1978 EGT L 70 s.69 (beslut av den 23 december 1977).

Delta Chemie/DDD, 1988 EGT L 309 s. 34 (beslut av den 13 oktober 1988).

Elopak/Metal Box-Odin, 1990 EGT nr L 209 s. 15 (beslut av den 13 juli 1990).

Grundig's EEC distribution system, 1985 EGT L 233 s. 1 (beslut av den 10 juli 1985).

IBM, 1984 EGT L 118 s. 24 (beslut av den 18 april 1984).

Moosehead/Whitbread, 1990 EGT L 100 s. 32 (beslut av den 23 mars 1990).

Murat, 1983 EGT L 348 s. 20 (beslut av den 5 december 1983).

Nutricia, 1983 EGT nr L 376 s. 22 (beslut 12 december 1983).

Quantel International – Continuum/Quantel SA, 1992 EGT nr L 235 s. 9 (beslut den 27 juli 1992).

Reuter/BASF, 1976 EGT nr L 254 s. 40 (beslut 26 juli 1976).

Rich Products/Jus-rol, 1988 EGT L 69 s. 21 (beslut av den 22 december 1987).

SABA's EEC distribution system, 1983 EGT L 376 s. 41 (beslut av den 21 december 1983).

SHV/Chevron, 1975 EGT nr L 38 s. 14 (beslut av den 12 december 1974).

Yves Rocher, 1987 EGT nr L 8 s. 49 (beslut av den 10 januari 1987).

Yves Saint Laurent Parfumes, 1992 EGT L 12 s. 24 (beslut av den 16 december 1991).

Vichy, 1991 EGT L 75 s. 57 (beslut av den 11 januari 1991).

Villeroy Boch, 1985 EGT L 376 s. 15 (beslut av den 16 december 1985).

Beslut av Konkurrensverket

AB Alfort & Cronholm, dnr 255/96 (beslut den 9 september 1998).

ABB Stal-Litzell AB, dnr 206/95 (beslut den 14 mars 1995).

AB J F Björssells, dnr 232/95 (beslut den 23 augusti 1995).

AB Lindex, dnr 941/96 (beslut den 21 april 1998).

ABRA, dnr 1015/94 (beslut den 2 augusti 1994).

AB Sandvik Steel, dnr 30/96 (beslut den 8 februari 1996).

AGA Gas, dnr 1300/95 (beslut den 1 februari 1996).

Akzo Chemicals BV, dnr 746/93 (beslut den 26 oktober 1993).

Alcatel AKO Kabel, dnr 470/94 (beslut den 19 september 1994).

Avex Electronics AB, dnr 1357/95 (beslut den 1 februari 1996).

Bang & Olufsen Svenska AB, dnr 181/97 (beslut den 2 oktober 1997).

BOB Industrier, dnr 535/93 (beslut den 12 augusti 1993).

BPA AB, dnr 476/96 (beslut den 6 juni 1996).

Cirkel, dnr 1364/95 (beslut den 6 februari 1996).

Compaq Computer AB, dnr 847/95 (beslut den 14 augusti).

Du Pont Scandinavia AB, dnr 1163/95 (beslut den 23 november 1995).

DUX Industrier AB, dnr 659/95 (beslut den 3 december 1996).

Eveready Battery Company Incorporated, dnr 656/93 (beslut den 29 september 1993).

Finska Onninen OY, dnr 719/95 (beslut den 25 oktober 1995).

Flügger A/S, dnr 1160/90 (beslut den 29 december).
Folksam/Terminator, dnr 1873/93 (beslut den 30 maj 1994).
France Beauté, dnr 824/93 (beslut den 28 februari 1995).
Hasselfors Timber AB, dnr 826/93 (beslut den 15 november 1993).
Hewlett-Packard Sverige AB, dnr 1805/93 (beslut den 30 oktober).
KONE Hissar AB, dnr 885/93 (beslut den 26 november 1993).
Mander Brothers Limited, dnr 1170/93 (beslut den 3 mars 1994).
Norsk Hydro Olje AB, dnr 1471/94 (beslut den 28 mars 1995).
North, dnr 1072/95 (beslut den 2 november 1996).
Orkla Foods AB, dnr 221/1999 (beslut den 17 juni 1999).
Parker Hannifin Sweden AB, dnr 944/94 (beslut den 22 juni 1994).
Play Nöjesdistribution, dnr 50/94 (beslut den 9 februari 1994).
Preem Petroleum AB, dnr 1528/93 (beslut den 16 december 1997).
Procordia AB, dnr 700/93 (beslut den 27 oktober 1993).
Salomon Sport AB, dnr 1054/97 (beslut den 17 juni 1998).
SAS Hotels AB, dnr 688/96 (beslut den 25 maj 1998).
SAS Service Partner, dnr 886/94 (beslut den 7 oktober 1994).
Scotia Holdings Plc., dnr 336/95 (beslut den 13 februari 1996).
SMH Sweden AB, dnr 1435/94 (beslut den 30 september 1996).
Stokke Fabriker AB II, dnr 674/94 (beslut den 22 juni 1995).
Svenska Shell AB, dnr 742/93 (beslut den 22 november 1993).
WMI Sellbergs AB, dnr 911/94 (beslut den 8 juli 1994).