



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

David Dryselius

The Rule of Reason,
konkurrensbegränsande syften
och accessoriska begränsningar

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Katarina Olsson

EG-rätt, konkurrensrätt

Ht 05

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Metod och material	6
1.4 Avgränsningar	7
1.5 Disposition	7
2 DEN AMERIKANSKA UTVECKLINGEN	8
2.1 Ancillary restraints	9
2.2 Rule of reason	10
2.3 Per se-förbud	12
3 DEN EUROPEISKA UTVECKLINGEN	14
3.1 Kommissionsbeslut innan Société Technique Minière och Consten Grundig	14
3.2 EG-domstolen nyanserar konkurrensrätten	15
3.2.1 Société Technique Minière	16
3.2.2 Consten Grundig	17
3.3 Parallell utveckling av två skilda analysmetoder	20
3.3.1 Marknadsanalys	21
3.3.2 Konkurrensbegränsningar i avtal vilka främjar konkurrensen	23
3.4 Métropole och Wouters – två sentida och nyskapande fall	26
3.4.1 Métropole – klargörande eller ökad osäkerhet?	26
3.4.2 Wouters – utveckling eller tillbakagång?	28
3.5 Rättsläget efter Métropole och Wouters	30
3.6 Avtal med ett konkurrensbegränsande syfte	31
3.6.1 Horisontella avtal	32
3.6.2 Vertikala avtal	34
3.7 Sammanfattning	35

4	RÄTTSUTVECKLINGEN I LJUSET AV SÖKANDET EFTER THE RULE OF REASON	37
4.1	Kommissionens tidiga synsätt	37
4.2	Rule of reason-analys i STM och Consten Grundig	38
4.3	De skilda analysmetoderna – ett stöd för en rule of reason?	39
4.3.1	Marknadsanalys	40
4.3.2	Konkurrensbegränsningar i avtal vilka främjar konkurrensen	44
4.4	Métropole – avståndstagande från en rule of reason?	48
4.4.1	Rättspraxis	49
4.4.2	Förhållandet mellan 81.1 och 81.3	52
4.5	Wouters – en annorlunda rule of reason-analys	55
4.6	The Rule of Reason efter Métropole och Wouters	57
4.7	The Rule of Reason och dess förhållande till accessoriska begränsningar	58
4.7.1	Definition	59
4.7.2	Uppkomst och förekomst	59
4.7.3	Wouters som ett bidrag till läran om accessoriska begränsningar	62
4.8	Avtal med konkurrensbegränsande syfte	63
4.8.1	Konkurrensbegränsande syfte och märkbar effekt	63
4.8.2	Utökad grupp av avtal med konkurrensbegränsande syfte	65
4.8.3	Artikel 81.1 a-e	66
5	AVSLUTANDE KOMMENTARER OCH SLUTSATSER	68
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	69
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	71

Sammanfattning

Den gemenskapsrättsliga konkurrensrätten har sedan Romfördragets ikraftträdande varit föremål för en diskussion huruvida den kan sägas innehålla en rule of reason, skälighetsregel. Främst har diskussionen rört frågan om en sådan förekommer i artikel 81.1 och det är den diskussionen som den här uppsatsen bygger på. Syftet är att undersöka och visa att EG-domstolen och förstainstansrätten har använt sig en the rule of reason och att de har fortsatt med det under senare år. Undersökningen har byggts på tre huvudsakliga frågor, där den första frågan gäller huruvida the rule of reason över huvud taget förekommer när ett avtals förenlighet med artikel 81.1 undersöks. Efter en genomgång av den utveckling som har pågått ända sedan mitten av 1960-talet och de båda avgöranden *STM* och *Consten Grundig* råder det inget tvivel om att EG-domstolen använt sig av the rule of reason, med den begränsningen att den framträtt i ett otal skepnader och varianter. Det har därför inte funnits bara en the rule of reason, utan begreppet skall ses som en mångsidig metod som domstolen har använt sig av i sin strävan efter en konkurrensrätt där hänsyn tagits till målet om den gemensamma marknaden.

Den utveckling och metodik som EG-domstolen startade i och med de ovan nämnda fallen kom emellertid att få ett abrupt avbrott 2001 när förstainstansrätten avkunnade sin dom i *Métropole*. Där tog rätten kraftigt avstånd från användandet av the rule of reason och gjorde klart att någon sådan skälighetsregel inte hade funnits i gemenskapsrätten och därför inte kunde användas i *Métropole*. Utvecklingen som hade pågått fram till dess avfärdades av förstainstansrätten som förvisso ett icke-teoretiskt synsätt men inte därför innehållandes någon skälighetsregel. Vidare vore en eventuell förekomst av the rule of reason oförenlig med hur artikel 81 till sin helhet är uppbyggd, och särskilt förhållandet mellan artikel 81.1 och 81.3.

Året efter *Métropole*, 2002, avkunnades *Wouters* från EG-domstolen, vars innehåll och innebörd i sin helhet strider mot det synsätt som förstainstansrätten anlade i det förra fallet. Med EG-domstolens dom framträder en metod som i allt väsentligt återknyter till den utveckling som pågick fram till *Métropole*, vilket gör att prejudikatvärdet av *Métropole* kan ifrågasättas starkt.

Den utveckling som hade kunnat skönjas fram till *Métropole* och som senare fått en renässans i *Wouters* kan även ses i en annan dager, beroende på hur man väljer att tolka EG-domstolens avgöranden. Det finns de som anser att en av metoderna som EG-domstolen använt när den har gjort en rule of reason-bedömning, istället skall ses som en motsvarighet till det amerikanska begreppet ancillary restraints, läran om accessoriska begränsningar. Enligt den skall konkurrensbegränsande avtal tillåtas om de spelar en accessorisk roll i förhållande till huvudavtalet. Det är emellertid inte alldeles klart utefter vilka kriterier en sådan bedömning skall göras, och därför blir det givetvis svårt att se hur väl *Wouters* kan fogas in i den aktuella utvecklingen. Men troligtvis, utefter de krav som kan utläsas ur praxis och doktrin, är *Wouters* ett exempel över hur domstolen använt sig av

läran om accessoriska begränsningar och härigenom tillåtit ett avtal, trots dess konkurrensbegränsningar.

Förord

Med den här uppsatsen ser jag slutet av mitt liv som student, ett liv som emellanåt har varit mödosamt, slitsamt men framför allt alldeles, alldeles underbart. När jag nu avslutar den här tiden finns det en mängd personer som förtjänar ett omnämnande. Jag vill därför tacka min handledare, docent Katarina Olsson, som med sitt engagemang och sina kunskaper har hjälpt till att slutföra arbetet. Tack även till min familj och särskilt min bror, Daniel Dryselius, som har korrekturläst uppsatsen och kommit med värdefulla synpunkter. Tack till alla vänner, både gamla och ni som jag har lärt känna i Lund, ni vet vilka ni är.

Men mitt allra största tack tillägnas Terése. Utan ditt stöd under hela min studietid hade svårigheterna varit oändligt mycket större. Uppsatsens förtjänster är dina, dess brister mina.

Lund i april 2006

David Dryselius

1 Inledning

Både den amerikanska Sherman Act, Section 1, och dess europeiska motsvarighet, Romfördragets artikel 81, täcker vid en första anblick ett oerhört brett spektrum av avtal. Romfördraget förbjuder »alla avtal mellan företag, beslut av företagsammanslutningar 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» och ett liknande förbud finns även i Sherman Act. I teorin skulle därför de båda kunna förbjuda ett stort antal avtal, eftersom nästan alla avtal innehåller någon form av konkurrensbegränsning.¹

Dock insåg de respektive domstolarna, Supreme Court och EG-domstolen, tämligen snart att en sådan användning knappast var önskvärd, och det uppstod därför tidigt behov av att hitta andra, lämpliga metoder för att göra en distinktion mellan de avtal som, trots sina konkurrensbegränsningar, skulle anses tillåtna och dem som skulle sållas ut såsom varande olagliga. En viktig del av den uppdelningen har varit hur rekvisiten »syfte eller resultat» i artikel 81.1 skall tolkas, och om det i artikeln kan tolkas in en skälighetsregel av något slag; frågan om the rule of reason och dess vara eller icke vara i den europeiska konkurrensrätten.

1.1 Bakgrund

På frågan huruvida Romfördragets artikel 81.1 har varit, är eller kommer att ses som innehållandes the rule of reason, har sysselsatt den gemenskapsrättsliga doktrinen och domstolarna ända sedan i mitten av 1960-talet.² Dels har frågan gällt dess förekomst, dels har det varit en diskussion kring terminologin: huruvida det är korrekt att importera och använda amerikanska uttryck, the rule of reason, *per se* och ancillary restraints, utvecklade och anpassade för ett rättssystem och lagtext som vid

¹ Som hörande till traditionen uppstår det problem på grund av den omnumrering av artiklarna som skedde i och med att Amsterdamfördraget trädde i kraft. Jag har valt att använda mig av en växlande terminologi beroende på sammanhanget, vilket gör att nuvarande artikel 81 kommer att benämnas dels artikel 81, dels artikel 85. Jag har till exempel låtit den gamla numreringen stå kvar i citat från gemenskapsdomstolarna, medan jag i sammanfattande referat och egna kommentarer, uteslutande har använt mig av benämningen artikel 81. Detta kan upplevas som förvirrande, men jag kommer aldrig att nämna vare sig artikel 81 i den gamla numreringen eller artikel 85 i den nuvarande; det kommer därför, oavsett vilket nummer det står, att hänvisa till samma artikel.

Jag skall även inledningsvis påpeka att jag har valt, för att undvika alltför många upprepningar, att kalla EG-domstolen för »domstolen» medan »rätten» syftar på förstainstansrätten.

² Att the rule of reason däremot återfinns på andra ställen än i konkurrensrätten, framgår av exempelvis mål **120/78**, *Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, REG 1979 s 00377, mål **8/74**, *Procureur du Roi mot Benoît och Gustave Dassonville*, REG 1974 s 00343 och *in passim*, Annette Shrauwen (red), *Rule of reason: rethinking another classic of European legal doctrine*, Groningen 2005.

en jämförelse med vårt eget förvisso företer likheter men också stora olikheter.

Det problem som den europeiska konkurrensrätten och tillämpningen av densamma har att brottas med är att artikel 81.1 klassar en stor mängd avtal som förbjudna och därmed ogiltiga. Det klassiska exemplet är då ett företag som en del av sin expansion skall etablera sig på en ny marknad. Men för att åstadkomma det, och för att väcka intresse hos olika finansörer måste det till olika sorters avtal, exempelvis exklusiva återförsäljaravtal, vilka oftast innehåller klausuler som ur någon synvinkel är konkurrensbegränsande. Samtidigt, utan dessa klausuler, omöjliggörs en nyetablering, eftersom det är svårt att locka finansörer till ett sådant projekt som ofta är förenat med ekonomiska risktaganden.

Skall man i ett sådant fall som detta förbjuda avtalet på grund av dessa konkurrensbegränsande klausuler eller skall man istället se till de långsiktiga konsekvenserna av avtalet, att det faktiskt ökar konkurrensen? Om man anser att avtalet skall tillåtas, hur skall bedömningen ske och vilken metod skall man använda sig av för att se vilka avtal som skall tillåtas? och mer precist, var skall gränsen dras mellan dessa avtal? Konkurrenslagstiftningen är, mycket på grund av att den måste vara av allmän karaktär, tämligen kortfattad och innehåller därför sällan kasuistiska inslag, vilket göra att ledning inte kan hämtas därifrån utan måste hämtas från rättspraxis.

Tolkas omständigheterna i ovanstående exempel strikt enligt fördragstexten är ju, för det första, ett exklusivt återförsäljaravtal en alldeles uppenbar begränsning av konkurrensen. Redan termen exklusiv säger att det bara är ett fåtal som får rätt att sälja vissa produkter, och kan därför lättare hålla sig till en högre prisnivå än om alla och envar hade haft rätt att sälja produkterna. Men samtidigt leder det ju, för det andra, till en ökad konkurrens på lång sikt, eftersom ett exklusivt återförsäljaravtal gör att fler finansörer är villiga att bidra med medel och på så sätt underlätta etableringen. Dessa två måste även balanseras mot, för det tredje, avtal som innehåller alltför konkurrensbegränsande delar, med följderna att konkurrensen inte ökar vare sig långsiktigt eller kortsiktigt. Och för det fjärde, det sista som måste tas med i avvägningen är att artikel 81 skall ses som ett instrument för att uppnå ett högre mål, nämligen det som föreskrivs i artikel 3.1(g), att upprätta en verksamhet som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids.

Diskussionen huruvida the rule of reason finns i artikel 81.1 har påeldats av en inte i alla delar koherent rättspraxis där EG-domstolen, och senare även förstainstansrätten, från början klart och tydligt tog ställning och använde sig även av den, men där förstainstansrätten under senare år, lika klart och tydligt har tagit avstånd från den.³ Dock verkar pendeln återigen ha svängt – dock oklart åt vilket håll – i och med EG-domstolens dom i *Wouters*.⁴

³ Mål T-112/99, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom och Télévision Française 1 SA (TF1) mot Europeiska kommissionen*, REG 2001 s II-02459.

⁴ Mål C-309/99, *J C J Wouters, J W Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mot Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, REG 2002, I-1577.

Artikel 81 i Romfördraget består av tre huvudsakliga delar. Den första punkten, som 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» följt av en icke uttömmande exemplifiering, punkterna a-e, av olika sorters förehavanden som anses vara särskilt skadliga för konkurrensen, är den som uppsatsen i huvudsak kommer att kretsa kring.

Artikeln fortsätter sedan med att i punkt 2 föreskriva att alla avtal som strider mot artikeln, det vill säga både artikel 81.1 och 81.3, per automatik är ogiltiga.

Artikeln innehåller även en bestämmelse, 81.3, som säger att bestämmelserna i punkt 1 inte gäller, under förutsättning att vissa kriterier är uppfyllda. Artikel 81.3 skall alltså ses som ett undantag till huvudregeln i 81.1.⁵

1.2 Syfte och frågeställningar

Mitt huvudsakliga syfte med uppsatsen är att undersöka och visa att EG-domstolen och förstainstansrätten använt sig, och fortfarande använder sig av the rule of reason. För att precisera syftet, har jag valt att använda mig av följande frågeställningar:

- 1) Har EG-domstolen och förstainstansrätten anammat begreppet the rule of reason när den tolkar ett avtals förenlighet med artikel 81.1?
- 2) Vilken inverkan har förstainstansrättens avståndstagande i *Métropole*-avgörandet haft för utvecklingen av en europeisk rule of reason?
- 3) Har EG-domstolens dom i *Wouters* inneburit en återgång till det synsätt som rådde innan *Métropole* eller skall avgörandet istället ses som ett bidrag till läran om accessoriska begränsningar?

1.3 Metod och material

Metoden som jag har använt växlar över uppsatsens gång. Inledningsvis, i genomgången av rättsutvecklingen, är den till stora delar deskriptiv för att ur den amerikanska rättsutvecklingen vaska fram tre begrepp, centrala även i den europeiska utvecklingen. Dessa begrepp ligger sedan till grund för analysen i kapitel 4, där jag undersöker huruvida de har någon motsvarighet i den europeiska utvecklingen.

⁵ Diskussionen om artikel 81.3 och dess tillämpning har till viss del tagit en ny vändning efter den 1 maj 2004, då Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, trädde i kraft och som, bland annat, har flyttat bevisbördan från kommissionen till företagen själva; det är företagen som skall visa att förutsättningarna för tillämpning av artikel 81.3 är uppfyllda. Men eftersom artikel 81.3 ligger utanför uppsatsens huvudsakliga syfte, kommer förordningen och den nyordning som dess implementering innebär, inte att behandlas.

Det material som ingår är i första hand domstolspraxis från EG-domstolen och förstainstansrätten. Jag har även använt mig av ett fåtal tidiga beslut från Kommissionen, uttalanden i den gemenskapsrättsliga doktrinen samt förordningar från Kommissionen och rådet.

1.4 Avgränsningar

För att undvika att arbetet blir alltför omfattande har jag varit tvungen att begränsa mig i en mängd olika riktningar. Jag kommer inte att behandla något som berör de övriga rekvisiten i artikel 81, såsom företagsbegreppet, avtalsbegreppet eller definitionen av samordnat förfarande. Jag kommer inte heller att ägna mig åt de delar av de oftast omfattande domskälen som inte är direkt relevanta för uppsatsen, vilket gör att inslag och redogörelser av processuella regler, bevisfrågor och bötfällningsprinciper saknas. Vidare har jag valt, liksom gemenskapsdomstolarna och doktrin, att behandla termerna »hindra, begränsa eller snedvrیدا» tillsammans, och kallar därav avtal som innehåller någon av dessa verb, för antingen avtal innehållande konkurrensbegränsningar eller konkurrenshämmande avtal.

1.5 Disposition

Uppsatsen består av tre huvudsakliga delar. Den första delen, kapitel 2, beskriver kortfattat den utveckling som har pågått i USA alltsedan introduktionen av the Sherman Act i slutet av 1800-talet. Med den genomgången kommer jag också att introducera de tre begrepp som tillsammans utgör den fundamentala grunden i uppsatsen och som även är skälet till strukturen och uppdelningen. Den andra delen, kapitel 3, även det deskriptivt, är en redogörelse för framväxten av en gemenskapsrättslig praxis inom området och hur den har utvecklats. Tyngdpunkten kommer att ligga dels på de två tidiga avgörandena som kom att få oerhört stor betydelse för utvecklingen inom konkurrensrättsområdet, *STM* och *Consten Grundig*, dels två nutida, *Métropole* och *Wouters*, som tillsammans har medfört stora omkastningar och revideringar i synen på en europeisk rule of reason.⁶

I den tredje delen, kapitel 4, återkommer jag till de tre begrepp som jag urskilde i kapitel 2, för att se huruvida de eller varianter av dem även återfinns inom gemenskapsrätten. Uppsatsen avslutas med kapitel 5, där jag på ett sammanfattande sätt besvarar de frågor som ställdes inledningsvis.

⁶ Se mål **56** och **58/64**, *Établissements Consten SARL och Grundig-Verkaufs-GmbH mot Europeiska ekonomiska gemenskapens kommission*, REG 1966 s 299, mål **56/65**, *Société Technique Minière (L.T.M.) mot Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, REG 1966, s 235, Mål **T-112/99**, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom och Télévision Française 1 SA (TF1) mot Europeiska kommissionen*, REG 2001 s II-02459 samt mål **C-309/99**, *J C J Wouters, J W Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mot Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, REG 2002, I-1577.

2 Den amerikanska utvecklingen

Under andra halvan av 1800-talet, då det som idag är USA geografiskt sett började ta form, var utbyggnaden av järnvägen västerut en viktig drivkraft i expansionen. Att lägga den mängd spår som behövdes och i den takten det krävdes, var emellertid inte ett projekt som visade sig lämpat för en ensam entreprenör. Istället slog sig flera olika entreprenörer samman, dels för att utestänga icke-önskvärda konkurrenter, dels för att kunna hålla priserna på en högre nivå än annars. Dessa sammanslutningar, vilka kallades »trusts», fick genom utökade fusioner och intensivare samarbete efter hand mer makt och inflytande och blev senare ett så stort problem för statsmakten att den via lagstiftning beslutade att förbjuda dem. Således utgavs år 1890 *The Sherman Act*, vilken kom att bli den amerikanska statens viktigaste medel mot trusterna, och det är också därifrån termen »antitrust» härstammar.

The Sherman Act innehåller ett antal artiklar, »Sections», där jag uteslutande kommer att ägna mig åt Section 1, som handlar om konkurrensbegränsande avtal. Dess första mening lyder:

»Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.»

Det är emellertid lätt att inse skaparna av the Sherman Act knappast hade som syfte att *alla* avtal, vilka hade en begränsande inverkan på handeln, *in restraint of trade*, också skulle anses vara konkurrenshämmande och således förbjudna.⁷ Emellertid är det just vad som föreskrivs. Därför var den amerikanska högsta domstolen, Supreme Court, tvungen att skapa en lämplig metod som skulle definiera vilka avtal som var tillåtna och vilka som inte var det; de som är förbjudna enligt Section 1, och de som inte är det.

Den metod som efter hand bäst ansågs kunna lösa problemet var att lagligheten av ett avtal skulle avgöras med hjälp av en bedömning utefter en skälighetsregel; the rule of reason. Innan den hade tagits i bruk, hade domstolen emellertid tillämpat en annan metod, som bestod av att se hur stor den konkurrensbegränsande delen, eller delarna, av avtalet utgjorde i förhållande till helheten och det huvudsakliga avtalet. De delar som förvisso var konkurrensbegränsande men av mindre betydelse, gjorde inte att avtalet bara på grund av dessa förklarades olagligt. Istället ansågs begränsningarna vara av underordnad betydelse. Därmed skapades begreppet, och doktrinen om, ancillary restraints, vilken kommer att gås igenom nedan innan jag kommer till framväxten av the rule of reason.

⁷ Se exempelvis en av Supreme Courts ledamöter som i ett ofta citerat uttalande ansåg att »every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence» i *Board of Trade of City of Chicago v US*, 246 US 231, 238 (1918).

Efter hand som the rule of reason-analysen drivits framåt och förfinats, har det även i praxis utkristalliserats en grupp av avtal, vars konkurrenshämmande effekt inte behöver bevisas, utan avtalen anses istället ha en sådan skadlig verkan att de är förbjudna i sig, förbjudna *per se*. Dessa avtal, som är den sista beståndsdel i trilogin, kommer att redogöras för i slutet av kapitlet.

Observera att genomgången inte på något sätt skall ses som heltäckande, utan den är snarare ett urval av avgöranden, vars syfte är att visa de olika sätt som Supreme Court har tolkat bestämmelserna i Sherman Act.

2.1 Ancillary restraints

Innan den amerikanska Supreme Court införde sin rule of reason kom i slutet av 1800-talet ett avgörande där domstolen använde sig av en annorlunda syn på vad som skulle anses vara ett konkurrensbegränsande avtal.⁸ Fallet, *US v Addyston*, handlade om sex stålörstillverkare som hade slagit sig samman för att med ett gemensamt förfarande uppnå enligt dem själva, »skäliga priser».⁹ Utan samarbete, skulle det enligt Addyston på lång sikt leda till försämrad konkurrens på marknaden, eftersom avtalet var ett sätt att hjälpa företaget, som annars riskerade att gå i konkurs.

Supreme Court ansåg emellertid att syftet med avtalet enbart var att få till en minskad konkurrens, och att det inte fanns något som talade för att avtal av den sorten skulle vara tillåtna; alltså var det »in restraint of trade», som inte kunde tillåtas. Men domstolen slutade inte där, utan resonerade vidare i ett försök att precisera, nu när den underkänt nyss nämnda samarbete, vilka samarbeten som förvisso innehöll inslag av konkurrensbegränsande innehåll, men som ändå inte skall anses vara »in restraint of trade».

Inledningsvis i domskälen sade domstolen att det inte gick att på ett konkret sätt säga hur mycket av konkurrensbegränsade klausuler som ett avtal kunde innehålla utan att det stred mot förbudet i Section 1. Dock använde sig Supreme Court av ett resonemang som byggde på tanken att *vissa* avtal, innehållande klausuler som var av underordnad betydelse, *ancillary restraints*, skulle anses som tillåtna:

»The contract must be one in which there is main purpose, to which the covenant in restraint of trade is merely ancillary.»¹⁰

Således, om den begränsning av konkurrensen som någon del i avtalet ledde till, var av underordnad betydelse i jämförelse med det huvudsakliga syftet, var den delen förvisso »in restraint of trade». Men det innebar för den

⁸ Ännu tidigare, i fallet *US v Joint Traffic Association*, 171 US 505, 19 S Ct 25 (1898), hade Supreme Court valt en minst sagt omständlig lösning för att tolka Section 1. Enligt vissa kommentatorer gick den även utanför lagtexten, och det var dels på grund av det, dels på grund av de tillämpningssvårigheter som uppstod, som lösningen i *Addyston* ansågs mycket mer lämplig och användbar.

⁹ *US v Addyston Pipe & Steel Co* 85F. 271 (6th Cir 1898) aff'd, 175 US 211 (1899).

¹⁰ Op cit, punkt 89. Jfr motsvarande europeiska definition av accessoriska begränsningar, avsnitt 4.7.1.

sakens skull inte att hela avtalet var olagligt utan så länge begränsningen höll sig inom vissa ramar stred det inte mot Sherman Act.

Ancillary restraint-doktrinen blev efter hand mer utvecklad och nyanserad i ett senare fall där domstolen menade att ett avtal, som trots sitt konkurrensbegränsande innehåll ökar handeln och omsättningen, inte är ett sådant som faller under förbudet i Section 1.

If [the contract] promotes or but incidentally or indirectly restricts competition, while its *main purpose* and chief effect are to foster the trade and to increase the business (...), then it is not a contract (...) in restraint of trade.¹¹ (min kursivering)

Domstolen vägde alltså den del av avtalet vars innehåll hade negativa följder för konkurrensen, mot huvudsyftet, det vill säga det konkurrensfrämjande syftet, och utifrån det gjordes sedan en bedömning av lagligheten.

2.2 Rule of reason

Doktrinen om ancillary restraints och dess tillämpning på Sherman Act kom inte att vara särskilt länge, för redan 1911 kom ett avgörande i vilket Supreme Court för första gången tog ett steg mot vad som kom att bli den amerikanska antitrusträttens mest användbara instrument för att skilja mellan tillåtna och otillåtna avtal: the rule of reason.¹²

I fallet *Standard Oil* sade domstolen att metoden för att se vilka avtal som utgjorde *restraint of trade*, skulle bestå i att applicera *a standard of reason*, där de avtal som ansågs vara oskäligen, *unreasonable*, skulle förbjudas. Förvisso hade termen the rule of reason använts i förbifarten i tidigare avgöranden men det var först i och med *Standard Oil* som den infogades i den centrala position där den fortfarande befinner sig. Om ancillary restraints-doktrinen hade varit svår att tillämpa i praktiken, var det emellertid ingenting som ändrades i och med *Standard Oil*. Tvärtom, det saknades fortfarande varje form av praktisk dimension, vilket gjorde att det skulle krävas åtskilliga avgöranden för att en praktiskt användbar definition av the rule of reason skulle utvecklas.¹³

Tätt efter *Standard Oil* följde *Chicago Board of Trade*.¹⁴ Avgörandet gav ytterligare lite mer stadga åt hur the rule of reason skulle användas i praktiken. Bland annat sade domstolen att:

»But the legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint

¹¹ *Whiwell v Continental Tobacco Co*, 125 F. 454, 459 (8th Cir 1903).

¹² *Standard Oil Co v United States*, 221 US 1, 31 S Ct 502, 55 L Ed 619 (1911).

¹³ Richard Whish & Brenda Sufrin, *Article 85 and the Rule of Reason*, Yearbook of European Law, s 18.

¹⁴ *Board of Trade of City of Chicago v. U.S.*, 246 U.S. 231, 238 (1918).

imposed is such as *merely regulates and perhaps thereby promotes competition* or whether it is such as may suppress or even destroy competition.» (min kursivering)

Vad som således skall användas är ett test för att avgöra om det är så att de konkurrensbegränsande delarna spelar en så pass liten roll att det kanske i själva verket kan leda till ökad konkurrens. Men så mycket mer ledning till hur det skall gå till i praktiken gav inte heller ovanstående fall, och som synes påminner uttalandet även en hel del om det som sades om ancillary restraints. Det inträffade inte heller speciellt mycket nytt beträffande den amerikanska utvecklingen. Supreme Court fortsatte sitt arbete utefter *Standard Oil* och *Chicago Board of Trade*, med att göra the rule of reason mer förfinad och mer praktiskt hanterbar. Det skulle dröja till ända till 1977, och *GTE Sylvania*, innan domstolen tog ett större steg i utvecklingen.¹⁵ Väl där sade domstolen att:

»The traditional framework of analysis under s 1 of the Sherman Act is familiar and does not require extended discussion. Section 1 prohibits '(e)very contract, combination . . ., or conspiracy, in restraint of trade or commerce.' Since the early years of this century a judicial gloss on this statutory language has established the 'rule of reason' as the prevailing standard of analysis (...). Under this rule, the factfinder *weighs all of the circumstances of a case* in deciding whether a restrictive practice should be prohibited as imposing an unreasonable restraint on competition.»¹⁶ (min kursivering)

Här syns en antydning till den balansering av positiva och negativa effekter, som är en av huvudingredienserna i den amerikanska rule of reason. *Sylvania* innehöll även en hel del andra aspekter, bland annat abstrakta diskussioner om vikten av att göra noggranna undersökningar av vilka avtal som skulle kunna analyseras med hjälp av the rule of reason. Dessa diskussioner skall dock inte gås närmare in på här.

I det närmast följande avgörandet, *National Society of Professional Engineers*, utvecklades det som sades i *Sylvania*. Domstolen talade där om två sorters antitrustanalyser, den första som behandlar avtal som är av så pass konkurrensbegränsande natur att de är förbjudna *per se*, och den andra där man gör en skälighetsbedömning enligt the rule of reason:

»There are, thus, two complementary categories of antitrust analysis. (...) In the second category are agreements whose competitive effect can only be evaluated by analyzing the facts peculiar to the business, the history of the restraint, and the reasons why it was imposed. In either event, the purpose of the analysis is to form a judgment about the competitive significance of the restraint; it is not to decide whether a policy

¹⁵ *Continental T.V., Inc v GTE Sylvania*, 433 US 36 (1977).

¹⁶ Supreme Court hänvisade även till *Standard Oil*.

favoring competition is in the public interest, or in the interest of the members of an industry.»¹⁷

Supreme Court talade här om två sorters antitrustanalys, vilket även visar att den sedan länge har slutat att använda sig av doktrinen om ancillary restraints.

2.3 Per se-förbud

Parallellt med utvecklingen av the rule of reason har det efter hand utvecklats en praxis innehållande ett antal avtalstyper där det inte behövs göras en sådan bedömning. Anledningen till att domstolen slipper det och då givetvis även de svårigheter en sådan utredning medför, är att Supreme Court, genom den utveckling som pågått under 1900-talet har ansett att vissa avtal är så konkurrensbegränsande att de är förbjudna oavsett dess eventuella, och osannolika, långsiktiga positiva följder för konkurrensen. Dessa avtal är därför automatiskt förbjudna, förbjudna *per se*.

Ett av de första avgöranden där domstolen resonerade i termer av ett *per se*-förbud, var *Trenton Potteries*.¹⁸ Supreme Court sade där att ett avtal av den art som var aktuell i fallet:

»...is in itself an undue and unreasonable restraint of trade and commerce.»

Liknande formuleringar återkommer i senare fall, såsom *Sonomy Vacuum*, för övrigt det första fall där termen *per se* användes.¹⁹ Supreme Court sade där att ett avtal som innehöll prisöverenskommelser, vilket det gjorde i det aktuella fallet, tidigare hade bedömts som stridande mot Sherman Act. Angående avtalstypen konstaterade domstolen att den:

»...has consistently and without deviation adhered to the principle that price-fixing agreements are *unlawful per se* and that no showing of so-called competitive abuses or evils which those agreements were designed to eliminate or alleviate may be interposed as a defense.» (min kursivering)

Efter hand som praxis fortskridit, har de avtal som av domstolen ansetts vara av den sort som är förbjudna *per se*, kommit att bli en tämligen klar grupp, och inga större förändringar har heller skett. I ett fall av något senare datum, *Northern Pacific Railroad* från 1958, sade domstolen att:

»...there are certain agreements or practices which because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without an elaborate inquiry

¹⁷ *National Soc of Professional Engineers v US*, 435 US 679, 98 S Ct 1355 USDC, 1978.

¹⁸ *US v Trenton Potteries Co*, 273 US 392, 47 S Ct 377 US, 1927.

¹⁹ *United States v Socony Vacuum Oil Co., Inc.*, 310 US 150 (1940).

as to precise harm they have caused or the business excuse for their use. This principle of *per se* unreasonableness not only makes the type of restraints which are proscribed by the Sherman Act more certain to benefit of everyone concerned, but also avoids the necessity of an incredible complicated and prolonged economic investigation...»²⁰

Två viktiga aspekter av den amerikanska antitruststrätten framgår tydligt av citatet ovan. Dels att det, trots att det är fråga om ett avtal som är förbjudet *per se*, domstolen måste utgå från en *rule of reason*-analys – eller i varje fall var den tvungen till det tidigare, innan just den aktuella sortens avtal ansågs förbjudet *per se* – och utefter den väga de för- och nackdelar som avtalet medför. Dels att de största fördelarna för domstolen och konkurrensmyndigheten med en grupp avtal som är förbjudna *per se*, är processekonomiska. Domstolen slipper att göra en, i många fall, ofantlig utredning, vilket annars måste göras för att avgöra ett avtals laglighet utefter en *rule of reason*-analys.

²⁰ *Northern Pacific Railroad v United States*, 356 US 1, 78 S Ct 514 US 1958.

3 Den europeiska utvecklingen

I det här kapitlet kommer den gemenskapsrättsliga utvecklingen att presenteras mot bakgrund av ett antal faktorer. Först och främst kommer jag att koncentrera mig på det som är det huvudsakliga syftet med uppsatsen, att undersöka hur rekvisitet »syfte eller resultat» har tolkats och om man i begreppet kan finna spår av en europeisk variant av the rule of reason. Men eftersom en sådan undersökning även inkluderar att se dels huruvida det förekommer avtal som är förbjudna enbart på grund av deras syfte, eller förbjudna *per se* för att använda den amerikanska termen, dels avtal där läran om accessoriska begränsningar har använts, kommer även dessa avtalssorter att inkluderas, om än i mindre omfattning.

Ungefär samtidigt som den amerikanska antitrusträtten började ta form, avkunnade EG-domstolen tre avgöranden vilka tillsammans med en bok om the rule of reason, dess plats och betydelse i gemenskapsrätten, kom att få enorm betydelse. Dessa skapade en gemensam grund som förespråkarna av en europeisk rule of reason ofta kom att hänvisa till.²¹ Innan dess var det ytterst osäkert hur gemenskapsrättens konkurrensbestämmelser skulle tolkas och tillämpas. Det enda som i konkurrensrättens initiala skede framträder klart är Kommissionens sätt att tolka artikel 81.1: att förklara så många avtal som möjligt som oförenliga med fördraget och därigenom förbjuda dem, oftast efter en mindre noggrann genomgång.

3.1 Kommissionsbeslut innan *Société Technique Minière* och *Consten Grundig*

STM och *Consten Grundig* var på många sätt de två avgöranden som gav gemenskapens konkurrensrätt och tillämpningen av den, dess första essens och struktur och de spelar fortfarande en betydelsefull roll. Innan dessa fall avkunnades fanns det bara ett fåtal kommissionsbeslut och dessa visar, tvärtemot vad domstolen senare kom att bestämma som den korrekta tolkningen, den strikta, teoretiska och bokstavliga tolkning som Kommissionen ansåg skulle gälla för artikel 81.1. Som kommer att framgå av genomgången nedan, anlade Kommissionen en extensiv tolkning av vad som skulle vara förbjudet enligt artikel 81.1 och förbjöd de aktuella avtalen *in toto*.

²¹ Se mål **56** och **58/64**, *Établissements Consten SARL och Grundig-Verkaufs-GmbH mot Europeiska ekonomiska gemenskapens kommission*, REG 1966 s 299, mål **32/65**, *Italiens regering mot Europeiska ekonomiska gemenskapens råd och kommission*, REG 1966 s 389 och mål **56/65**, *Société Technique Minière (L.T.M.) mot Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, REG 1966, s 235. Boken är René Joliet, *The Rule of Reason in Antitrust Law, American, German and Common Market Laws in Comparative Perspective*, Liège 1967 (cit Joliet). Målet Italien mot kommissionen har inte samma relevans som de två övriga, varför det inte kommer att inkluderas i den fortsatta framställningen.

De tre kommissionsbeslut som kommer att tas upp är *Blondel*, *Hummel* och *Jallate*.²² Alla tre handlade om franchiseavtal och de begränsningar för konkurrensen som Kommissionen ansåg att de utgjorde. De tre parterna hade ingått respektive franchiseavtal med en återförsäljare i en annan medlemsstat och beviljat denna en exklusiv licens. Kommissionen menade att avtalen stred mot artikel 81.1 men beviljade undantag enligt 81.3. Joliet menar emellertid att det inte var beviljandet av undantagen som var det viktiga i besluten, utan det väsentliga var hur Kommissionen resonerade sig fram till undantagen.²³ I dessa tre fall ansåg Kommissionen, utan att i vidare mån göra någon analys av de fakta som fanns eller förete någon djupare undersökning av marknadssituationen eller avtalen, att de stred mot artikel 81.1.²⁴ Kommissionen ansåg till och med att inte bara avtalens effekt var en begränsning av konkurrensen, utan att konkurrensbegränsningen utgjorde det *huvudsakliga syftet*.²⁵ Från beslutet *Blondel* kan följande uttalande hämtas:

»Thus, since Blondel alone can obtain its supplies directly from DRU [the manufacturer], not only is the freedom of the parties restricted, but the position of third parties, particularly dealers other than the licensee, who might wish to import the products under contract, is appreciably modified.»²⁶ (min kursivering)

Exakt samma resonemang för Kommissionen i de två senare besluten, *Hummel* och *Jallate*, det vill säga att den ansåg att franchiseavtal innehållande någon form av exklusivitet, gjorde att dessa hade som huvudsakliga syfte att begränsa konkurrensen oavsett de konkurrensfördelar som sådana avtal medförde.

3.2 EG-domstolen nyanserar konkurrensrätten

När EG-domstolen från mitten av 1960-talet väsentligt stärkte sin roll innebar det att den tidiga gemenskapsrätten, främst via *STM* och *Consten Grundig*, och dess konkurrensbestämmelser fick en helt annan tolkning än den som Kommissionen tidigare hade gjort. Problemet för domstolen i den här fasen av utvecklingen var att den var tvungen att balansera främst tre olika faktorer. För det första fanns det inte någon praktisk erfarenhet om hur den nya rättsordningen, som gemenskapsrättens införlivande innebär, skulle

²² Se **65/366/CEE**: *Décision de la Commission, du 8 juillet 1965, relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité* (IV/A-03036 D.R.U. - Blondel), **65/426/CEE**: *Décision de la Commission, du 17 septembre 1965, relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité* (IV/A-02702 Hummel-Isbecque), **66/5/CEE**: *Décision de la Commission, du 17 décembre 1965, relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité* (IV/A-22491 "Maison Jallatte SA - Hans Voss KG", "Maison Jallatte SA - SA Ets Vandeputte").

²³ Joliet, s 146.

²⁴ För tydlighets skull skall sägas att kommissionen inte använde sig av uttrycket *per se*.

²⁵ Joliet, s 146.

²⁶ *Blondel*, Journal officiel n° 131 du 17/07/1965, s 2194 – 2196.

tolkas. Ditintills hade, för det andra och som framgår av avsnittet ovan, Kommissionen anlagt en synnerligen extensiv tolkning av begreppen »syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen», vilket gjorde att i stort sett alla avtal hade kunnat klassificeras som stridande mot artikel 81. För det tredje hade generaladvokaten i båda målen sin egen version av hur artikeln skulle tolkas, en tolkning som i stora delar var motsatt Kommissionens. Detta kan även jämföras med den amerikanska utvecklingen där Supreme Court omgående hade insett att det inte var möjligt och inte heller avsett att förbudet i Sherman Act skulle tolkas bokstavligt, eftersom det i sådana fall hade lett till att avtal hade förbjudits som i själva verket bidrog till en ökad konkurrens.

Efter att domstolen hade avkunnat *STM* och *Consten Grundig* klarnade bilden väsentligt, och fallen spelar, trots att det snart passerat fyrtio år, alltså en framträdande roll inom den gemenskapsrättsliga konkurrensrätten. Oräkneliga är de efterföljande fall, som hänvisar tillbaka till fallen och resonemanget i allmänhet och *Consten Grundig*, mycket på grund av att det handlar många viktiga och grundläggande aspekter inom konkurrensrätten, i synnerhet.

3.2.1 Société Technique Minière

Société Technique Minière (STM) mot Maschinenbau Ulm GmbH ansågs när det kom, vilket bland annat framgår tydligt av Joliet's bok, och anses fortfarande idag, som ett av de avgöranden där EG-domstolen som tydligast använde sig av the rule of reason.²⁷ Det franska företaget STM hade, via ett exklusivt återförsäljaravtal, ensamrätt att i Frankrike sälja varor från det tyska företaget Maschinenbau Ulm (MBU). Avtalet innehöll de normala beståndsdelarna i ett återförsäljaravtal men det fanns inga bestämmelser om några territoriella begränsningar. STM kunde, utan att MBU hade rätt att ingripa, sälja vidare produkterna, likaså var det tillåtet för andra företag att parallellimportera MBUs produkter till Frankrike. Efter en kontraktsrättslig tvist mellan parterna stämde emellertid STM MBU i fransk domstol, och menade att återförsäljaravtalet stred mot artikel 81 och därför var ogiltigt.

Den franska domstolen, *Cour d'Appel*, ställde med anledning av tvisten ett antal frågor till EG-domstolen hur artikel 81 förhöll sig till exklusiva återförsäljaravtal och hur artikel 81.2 skulle användas; innebar vissa konkurrensbegränsande klausuler i ett avtal att hela avtalet skulle anses som förbjudet eller träffade förbudet bara de förbjudna delarna, det vill säga en form av partiell ogiltighet?

EG-domstolen fastställde inledningsvis, vilket var nog så viktigt och vid tiden för avgörandet inte alls självklart, att orden »syfte eller resultat» i fördragstexten skulle ses som alternativa rekvisit; »eller» mittemellan syfte och resultat skulle förstås som att den nationella domstolen *först* skall undersöka om avtalet har som *syfte* att hindra, snedvrída eller begränsa

²⁷ Mål 56/65, *Société Technique Minière (STM) mot Maschinenbau Ulm GmbH (MBU)*, REG 1966, s 235.

konkurrensen.²⁸ Skulle en sådan genomgång inte ge tillräckliga svar, fordras att även avtalets resultat eller verkningar undersöks. Domstolen skrev:

»Om en analys av nämnda avtalsbestämmelser inte påvisar en tillräckligt stor skada för konkurrensen bör sedan avtalets verkningar prövas. För att avtalet skall kunna omfattas av förbudet bör man kräva att sådana kriterier samtidigt skall föreligga som visar att konkurrensen faktiskt *på ett märkbart sätt har hindrats, begränsats eller snedvridits.*»²⁹ (min kursivering)

Vid en sådan undersökning skall hänsyn tas till en mängd faktorer, och det framgår klart att det måste göras någon form av skälighetsbedömning.³⁰ Det går inte att enbart utgå från en kortare undersökning av avtalstexten och utifrån den dra sina slutsatser.

Vidare betonade domstolen, som framgår av citatet, det viktiga rekvisitet att avtalet måste påverka handeln mellan medlemsstaterna på ett *märkbart* sätt, annars faller det utanför artikelns tillämpningsområde.³¹ Detta kriterium, »märkbar effekt», är något som domstolen kom att återkomma till ett flertal gånger och som har haft stor betydelse i efterföljande praxis.

Slutligen fastställde domstolen att förhållandet mellan artikel 81.1 och 81.2 skall förstås som att den senare bara ogiltigförklarar de delar av avtalet som den förra klassat som stridande mot gemenskapsrätten.³² Övriga delar av avtalet påverkas således inte.

3.2.2 Consten Grundig

I detta avgörande, alltid lika aktuellt och grundläggande för de gemenskapsrättsliga konkurrensreglernas vidare utveckling, var omständigheterna som följer.³³ Det tyska elektronikföretaget Grundig hade sedan tidigare utsett det franska företaget Consten som sin återförsäljare i

²⁸ Jfr emellertid den avvikande italienska versionen av fördragstexten, som istället talar om avtal som »...per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare...»(min kurs), det vill säga »syfte och resultat». EG-domstolen har dock i ett flertal fall slagit fast att den italienska version skall betraktas som en lapsus, och måste sättas in i en gemenskapsrättslig kontext och tolkas därefter, vilket också leder till att en annan tolkning än »syfte eller resultat» är omöjlig, se exempelvis mål **C-219/95**, *Ferriere Nord SpA mot Europeiska kommissionen*, REG 1997 s. I-04411, punkt 14f.

²⁹ *STM*, s 249 *in fine*.

³⁰ Domstolen räknade upp »beskaffenheten och den begränsade eller obegränsade mängden av de varor som omfattas av avtalet, leverantörens respektive ensamåterförsäljarens ställning och betydelse på den relevanta produktmarknaden, frågan om det omtvistade avtalet utgör ett enstaka avtal eller om det tvärtom ingår i en serie avtal, om de bestämmelser som skall skydda rätten till ensamförsäljning är särskilt stränga eller om det tvärtom finns andra avsättningsmöjligheter för samma varor genom reexport och parallellimport.» Se *op cit*, s 250.

³¹ *STM*, s 249. För ett talande exempel på hur domstolen använt märkbarhetskriteriet, se mål **C-306/96**, *Javico International och Javico AG mot Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP)*, REG 1998 s I-01983.

³² *STM*, s 250.

³³ Mål **56** och **58/64**, *Établissements Consten SARL och Grundig-Verkaufs-GmbH mot Europeiska ekonomiska gemenskapens kommission*, REG 1966 s 299.

Frankrike. Consten åtog sig bland annat att inte direkt eller indirekt sälja Grundigs produkter utanför sitt givna territorium, i det här fallet Frankrike, ett förbud som Grundig hade ingått inte bara med Consten utan med alla återförsäljare som var stationerade utanför Tyskland. Grundig åtog sig även, som en del av det exklusiva återförsäljaravtalet, att inte sälja några produkter avsedda för den franska marknaden till andra återförsäljare än Consten. Slutligen lät Grundig Consten registrera varumärket GINT, Grundig International, i Frankrike och kunde på så sätt stämma eventuella parallellimportörer för varumärkesintrång. För Consten innebar avtalet med dess förbud mot parallellimport att Grundigs produkter kunde säljas till ett avsevärt högre pris i Frankrike än vad likadana apparater betingade i Tyskland.

År 1961 började emellertid en annan fransk elektronikkedja, UNEF, att från Tyskland importera Grundigs produkter inköpta från tyska återförsäljare för att sedan sälja dessa i Frankrike, det vill säga precis den parallellimport som Grundig till varje pris ville undvika. Väl inne på franskt territorium kunde produkterna säljas till ett väsentligt lägre pris än de likadana produkter som Consten sålde. Consten stämde UNEF, och menade att företaget gjorde sig skyldiga till dels illojal konkurrens, dels varumärkesintrång. UNEF genmälde att Grundig återförsäljarsystem, i sin helhet, var förbjudet enligt artikel 81.

Den lilla praxis som fanns att tillgå vid tiden för avgörandet speglas väl i de olika parternas åsikter; alla representerade de vitt skilda åsikter om hur ett återförsäljaravtal av den här sorten skulle bedömas. Consten och Grundig ansåg att Kommissionen hade gjort fel när den klassade hela avtalet som ogiltigt, de ansåg istället att Kommissionen borde ha gjort en bedömning av avtalets långsiktiga, positiva effekter för konkurrensen. En rule of reason-analys var därför ofrånkomlig, och hade Kommissionen gjort en mer ingående sådan, hade den också kommit fram till att de exklusiva återförsäljaravtal som Grundig hade i själva verket gynnade konkurrensen på den gemensamma marknaden.

Kommissionens åsikt var av helt annat slag. Den menade att det förslog att se till återförsäljaravtalet och dess innehåll för att kunna konstatera att det var olagligt enligt artikel 81, det vill säga Kommissionen anlade ungefär samma syn som den gjort i de tre refererade besluten ovan; hellre fälla än fria och således förbjuda hela avtalet »för säkerhets skull». Vidare sade den att även om mellanmärkeskonkurrensen, konkurrens mellan tillverkare, var artikelns främsta mål, och att den konkurrensen mycket väl kunde ökas, fanns det ingen anledning att inte tillämpa artikeln även på inommärkeskonkurrens, konkurrens återförsäljare emellan. Att avtalet var tredelat och bestod av, för det första, den territoriella begränsningen, för det andra den exklusiva rätten till Grundigs varumärke som Consten erhöll och för det tredje rätten att vara Grundigs exklusiva återförsäljare i Frankrike, ansåg inte Kommissionen ha någon relevans. Angående the rule of reason ansåg Kommissionen att en sådan inte rymdes i artikel 81.1. Skulle det finnas utrymme för en sådan i gemenskapsrätten, var det i så fall enbart i artikel 81.3.

Till dessa dikotomier skall generaladvokat Roemers uttalande fogas, vilket gjorde att det fanns en tredje riktning för domstolen att välja mellan.

Generaladvokaten, uppenbart influerad av den amerikanska antitrusträtten och dess utformning, skrev i sitt förslag till dom att fallet borde återförvisas till Kommissionen för vidare granskning, med skälen att Kommissionen hade undlåtit att göra en rule of reason-analys enligt amerikansk modell, och därmed missat att även se till avtalets positiva effekter. Kommissionen, menade Roemer, var tvungen att jämföra två marknadssituationer: dels den som uppstått efter att det konkurrensbegränsande avtalet ingåtts, dels den som hade rått om avtalet inte funnits. Dessa skulle sedan jämföras för att se huruvida avtalet hade positiva eller negativa effekter. Slutligen ansåg han att Kommissionen, vid användande av artikel 81.1, var tvungen att se till såväl mellanmärkes- som inommärkeskonkurrens.

Inte helt oväntat valde domstolen ett mellanting mellan dessa åsikter, samtidigt som den hämtade inspiration från sitt eget beslut i *STM*, avkunnat två veckor tidigare. Inledningsvis betonade domstolen att tillämpningsområdet för artikel 81.1 inte begränsades till horisontella avtal, utan att det även för vertikala avtal kan bli fråga om att begränsa konkurrensen. Om inte fördragstexten uttryckligen gjorde någon skillnad mellan dessa kunde i princip inte heller domstolen göra det.³⁴

Den del av avtalet som upprätthöll den territoriella begränsningen ansågs, per automatik, strida mot artikel 81.1. Resterande delar av återförsäljaravtalet ansåg domstolen däremot inte vara otillåtna enligt samma artikel, och Kommissionen hade därför gjort fel som förbjudit avtalet i sin helhet utan att närmare analysera dess olika beståndsdelar. Kommissionen hade inte på något sätt presenterat fakta eller undersökningar som redogjorde för det konkurrensbegränsade syftet eller effekten.

Skälet till att domstolen underkände det absoluta territoriella skyddet med dess förbud mot parallellimport motiverades enligt följande:

»Slutligen kan ett avtal mellan en tillverkare och en återförsäljare som syftar till att återupprätta nationell avskärmning i handeln mellan medlemsstaterna *motverka gemenskapens mest grundläggande mål*. Fördraget, som enligt ingressen och ordalydelsen syftar till att avskaffa hindren mellan staterna och som i ett flertal stränga bestämmelser söker motverka att de återinförs, kan inte tillåta att företagen upprättar sådana hinder igen.»³⁵ (min kursivering)

Senare i domskälen bemöttes Consten och Grundigs åsikt att det torde föreligga en presumtion för att vertikala ensamåterförsäljaravtal inte var skadliga för konkurrensen. Ifrågavarande avtal, inklusive den territoriella begränsningen, var inte heller något som gav anledning att åsidosätta göra avsteg från presumtionen. Snarare hade avtalet lett till en ökad inommärkeskonkurrens eftersom det, enligt Consten och Grundig hade ökat konkurrensen mellan likartade varor av samma märke. Domstolen höll emellertid inte med om det, utan menade att:

³⁴ *Consten Grundig*, s 339.

³⁵ *Op cit*, s 340.

»...även om konkurrensen mellan tillverkare i allmänhet är mer märkbar än konkurrensen mellan återförsäljare för samma märke innebär detta inte att ett avtal som syftar till att begränsa konkurrensen mellan återförsäljarna skulle undgå att träffas av förbudet i artikel 85.1 bara därför att det skulle kunna öka konkurrensen mellan tillverkarna».³⁶

I samband med detta konstaterande påpekade domstolen något som kom att spela en oerhörd stor roll för den framtida utvecklingen, nämligen att »vid tillämpningen av artikel 85.1 behöver de faktiska verkningarna av ett avtal inte beaktas om avtalets syfte är att begränsa, hindra eller snedvrída konkurrensen».³⁷ Detta har efter *Consten Grundig* återupprepats med små variationer, vid ett otal tillfällen.

Angående konkurrensbegränsningskriteriet fortsatte domstolen med att säga att Grundigs avtal ledde till att de som eventuellt ville importera produkterna, i det här fallet till Frankrike, utsatte sig för en allvarlig risk och att detta, tillsammans med ett antal andra faktorer, gjorde att den franska marknaden isolerades och således inte utsattes för någon effektiv konkurrens. Det ledde domstolen till att sammanfattningsvis konstatera att avtalet snedvred konkurrensen inom den gemensamma marknaden. Den ansåg inte heller att det fanns några förmildrande omständigheter som skulle kunna ha föranlett en annan bedömning.³⁸

3.3 Parallell utveckling av två skilda analysmetoder

Under de drygt trettio år som följde mellan *Consten Grundig*, *STM* och de senare *Métronome* och *Wouters* kom ett antal avgöranden från EG-domstolen och senare även från förstainstansrätten som i olika hög grad handlade om förekomsten av the rule of reason. För tydlighets skull och enligt vedertagen uppdelning i doktrin har jag valt att redogöra för fallen med utgångspunkt från två kategorier, beroende på hur domstolen hanterat dem. För den första gruppen har domstolen valt att göra en analys av den relevanta marknaden och därigenom sett i vilken riktning avtalet som den senare har påverkats av avtalet. För den andra gruppen har domstolen istället sett till avtalets konkurrensbegränsande delar och hur dessa har påverkat avtalet i dess helhet. Dock finns även stora likheter mellan de båda grupperna, och det skall inte ses som att någon av metoderna är bättre än den andra eller att det finns ett hierarkiskt förhållande dem emellan. Snarare handlar det om en tudelad utveckling av två olika metoder, vilka väljs utefter hur väl de passar in på omständigheterna i det aktuella fallet.

Domstolen har många gånger gått till väga på så sätt att den ansett att avtalet vid en första anblick har ett konkurrensbegränsande inslag, men att det därmed inte per automatik strider mot artikel 81.1. Efter det konkurrensbegränsande konstaterandet har domstolen istället via de två

³⁶ *Consten Grundig*, s 342.

³⁷ Loc cit.

³⁸ Op cit, s 343 *in fine*.

olika metoderna kommit fram till att de respektive avtalen inte har varit otillåtna enligt artikel 81.1.

Urvalet skall inte ses som heltäckande, oftast återfinns ett flertal avgöranden rörande liknande företeelser, utan jag har försökt att i största möjliga mån inkludera de avgöranden till vilka jag återkommer i uppsatsens tredje block. Jag börjar med att redogöra för den metod som ganska snart, tre år efter *STM* och *Consten Grundig* ledde till ytterligare en nyansering av tillämpningen av artikel 81.1.

3.3.1 Marknadsanalys

Här sätts marknadsanalysen i centrum och det sker via en grundlig genomgång av avtalets ekonomiskt relevanta kontext för därigenom utröna huruvida avtalets effekter är konkurrensmässigt märkbara och i vilken riktning, positiv eller negativ.

Det första avgörandet i den här gruppen är *Völk*-fallet, som avgjordes redan 1969.³⁹ Här fortsatte domstolen att utveckla det begrepp, *märkbar effekt* eller *appreciable effect*, som den myntat i *STM* och därigenom fortsätta utvecklingen som då startades; ett avtal måste, för att vara stridande mot artikel 81.1, ha en märkbar effekt på marknaden.

Avtalet i det aktuella fallet var ett återförsäljaravtal mellan den tyske tvättmaskinstillverkaren *Völk* och återförsäljaren för Belgien och Luxemburg, *Vervaecke*. I avtalet fanns klausuler som skulle göra att *Vervaecke* var skyddad mot parallellimport av *Völks* produkter, samtidigt som den förre åtog sig att inte sälja maskiner av andra märken.⁴⁰ På grund av en tvist mellan de båda, stämde *Vervaecke* *Völk* med argumentet att avtalet stred mot artikel 81.1. Domstolen sade emellertid att mot bakgrund av de marknadsandelar som *Völk* hade i Tyskland, mellan 0,2 och 0,5 procent, var avtalet förvisso konkurrensbegränsande men den inverkan det hade på konkurrensen var i det närmaste obefintlig.⁴¹ Domstolen lade således större vikt vid att den konkurrensskadliga effekten skulle vara märkbar än att det var fråga om ett avtal som gav upphov till ett absolut territoriellt skydd och som förhindrade parallellimport.

Nästa avgörande i serien är av betydligt senare datum; *Delimitis* från 1991.⁴² Fallet handlade om ett exklusivt återförsäljaravtal mellan krögaren *Delimitis* och bryggeriet *Henninger* angående leverans av öl. Efter en genomgång av avtalet och dess innehåll kom domstolen fram till att det inte hade som syfte att förhindra konkurrensen. Det innebar i sin tur att den i

³⁹ Mål 5/69, *Franz Völk mot SPRL Ets J Vervaecke*, REG 1969, s 00409.

⁴⁰ Det vill säga, bortsett från vissa detaljer, i det närmaste likadana klausuler som domstolen tre år tidigare i *Consten Grundig* ansåg strida mot gemenskapens mest grundläggande mål.

⁴¹ *Völk*, punkt 7. Se för liknande omständigheter, mål 22/71, *Béguelin Import Co v SAGL Import Export*, REG 1971, s 00949, där domstolen i ett förhandsbesked påpekade att de konkurrensbegränsande effekterna måste vara märkbara. Numera hamnar fall med liknande omständigheter som *Völk* under tillämpningsområdet för det generella gruppundantaget, Kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, Europeiska gemenskapernas officiella tidning, L 336, 29.12.1999, s 21, som undantar avtal där parternas marknadsandelar inte överstiger 30 %.

⁴² Mål C-234/89, *Stergios Delimitis mot Henninger Bräu AG*, REG 1991 s I-00065.

enlighet med *Consten Grundig* var tvungen att även beakta effekterna av avtalet och ta reda på huruvida dessa begränsade konkurrensen på ett märkbart sätt.

I denna del av domskälen kom domstolen in på ett tämligen avancerat och invecklat resonemang och sade att avtalet måste bedömas efter hur svårt det är för en ny aktör att komma in på marknaden. Om marknadsanalysen visar att »inträdeskraven» är höga för nya aktörer, är det också mer befogat att avtalet innehåller mer och allvarligare konkurrensbegränsande klausuler. För det första måste man se vilken sorts marknad det är och om det är svårt att komma in på densamma. Om det förefaller så, måste man gå vidare och även se till de konkurrensbegränsande klausulerna och se hur väl dessa korresponderar mot de etableringssvårigheter som återfinns på den specifika marknaden.⁴³

Sista fallet i trilogin är från 1998 och det omfattande *European Night Services*.⁴⁴ Förstainstansrätten hade där att ta ställning till ett joint venture-konsortium, ENS, bestående av ett antal järnvägsbolag, samarbetandes för att kunna erbjuda resenärer ett bra utbud av nattrafik i tunneln under Engelska kanalen. Kommissionen menade emellertid att ett förfarande av det här slaget stred mot artikel 81.1 eftersom det dels begränsade konkurrensen mellan medlemmarna, alla enligt Kommissionen kapabla att klara av trafiken på egen hand, dels utestängde andra aktörer från marknaden. Dock beviljades ett undantag för i första hand åtta år, med vissa inskränkningar för de berörda parterna jämfört med deras ursprungliga avtal.

ENS överklagade beslutet till förstainstansrätten och ansåg att avtalet inte föll under artikel 81.1 över huvud taget. Rätten gick på klagandens linje och ogiltigförklarade Kommissionens beslut. Dels gick det inte att se huruvida ENS samarbete alls hade någon märkbar effekt på handeln mellan medlemsstaterna, företagen själva påstod att den sammanlagda marknadsandelen var runt fem procent, dels hade inte Kommissionen visat att avtalet hade en konkurrensbegränsande effekt. Rätten betonade även vikten av – vilket Kommissionen uppenbarligen hade bortsett från – att göra en grundlig undersökning av den omgivning där avtalet var tänkt att användas. Det räckte alltså inte med att bara se till avtalet och dess innehåll. Samtidigt som förstainstansrätten sade det, klargjorde den även skillnaden mellan de avtal där en sådan undersökning skall göras och de där det inte behövs. Någonstans måste det således sättas stopp för vilka avtal som inte kan rättfärdigas ens med den mest välgenomförda marknadsanalys, och på så sätt bespara konkurrensmyndigheten eller domstolen den stora arbetsbörda som det innebär att utföra de aktuella marknadsanalyserna. Förstainstansrätten sade att det viktiga i sammanhanget var att:

⁴³ Här bör tilläggas att även *Delimitis*' praktiska betydelse har minskat avsevärt i och med det i not 41 nämnda gruppundantaget, vilket har gjort att en bedömning som den här inte längre är aktuell i speciellt många fall.

⁴⁴ Förenade målen **T-374/94**, **T-375/94**, **T-384/94** och **T-388/94**, *European Night Services Ltd (ENS)*, *Eurostar (UK) Ltd*, *tidigare European Passenger Services Ltd (EPS)*, *Union internationale des chemins de fer (UIC)*, *NV Nederlandse Spoorwegen (NS)* och *Société nationale des chemins de fer français (SNCF)* mot *Europeiska kommissionen*, REG 1998, s II-03141.

»...ett avtal vid bedömningen enligt artikel 85.1 i fördraget skall bedömas mot bakgrund av det konkreta sammanhang i vilket avtalet har sin verkan, och särskilt det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket de berörda företagen är verksamma, de tjänster som avses i detta avtal samt strukturen av och de faktiska villkoren på den berörda marknaden (...) Detta gäller dock inte om det rör sig om ett avtal som innehåller uppenbara konkurrensbegränsningar som till exempel fastställande av priser, uppdelning av marknader eller kontroll över marknader.»⁴⁵

Det framgår tydligt av citatet att rätten betonade marknaden och dess utseende i avgörandet huruvida ett avtal skulle anses tillåtet eller inte.

3.3.2 Konkurrensbegränsningar i avtal vilka främjar konkurrensen

För den här gruppen av avgöranden har EG-domstolen istället valt en metod där den placerat avtalet i centrum och vägt samman dess konkurrensfrämjande delar med de konkurrensbegränsande. Helhetsbilden har, för de avtal som jag kommer att redogöra för, blivit att avtalet som sådant har lett till en ökad konkurrens och att de konkurrensbegränsande delarna har svarat för en inte alltför allvarlig påverkan. Genomgången syftar till att visa hur domstolen använt sig av olika versioner av the rule of reason för att på så sätt komma fram till vilken roll som de konkurrensbegränsande delarna spelar.

Det första fallet för den här gruppen är *Metro I*-fallet från 1977, ej att förväxla med *Metro II*, som kom 1986 och i stort bekräftade det som sades i det första fallet.⁴⁶ Jag kommer dock inte att ta upp det sistnämnda utan ägna mig åt det äldre avgörandet. Metro var en firma som ville verka som återförsäljare av elektronikprodukter från Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt, August Schwer und Söhne GmbH (SABA), något som SABA motsatte sig. Det senare företaget hade ett selektivt distributionssystem för sina produkter där de olika distributörerna hade åtagit sig att endast sälja vidare till vissa, av SABA godkända, återförsäljare. Metro ansågs dock inte vara en godkänd återförsäljare, vilket gjorde att företaget vände sig till EG-domstolen för att få prövat huruvida det selektiva distributionssystemet var i linje med EG-rätten. Metro ansåg att den utestängning av vissa aktörer som var följden av systemet, gjorde att de auktoriserade återförsäljarna kunde hålla en högre prisnivå än vad som annars hade varit möjlig.⁴⁷

Domstolen ansåg emellertid att priskonkurrens förvisso var en vanlig och även den viktigaste formen av konkurrens men samtidigt inte den enda, utan konkurrens kunde även röra sig om att erbjuda tekniskt avancerad service och underhåll, utbildad personal och liknande. Således var SABAs

⁴⁵ ENS, punkt 136.

⁴⁶ Mål 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co KG mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1977, s 00431 och mål 75/84, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co KG v Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1986 s 03021.

⁴⁷ *Metro*, punkt 19.

distributionssystem inte i strid med artikel 81.1 så länge det var fråga om begränsningar som var objektivt nödvändiga, vilket de befanns vara i det här fallet.⁴⁸ De potentiella återförsäljarna fick därför inte bedömas utefter andra kriterier än rent objektiva. Att hålla en högre prisnivå ansågs också vara ett sätt att upprätthålla det distributionssystem som SABA hade, ett system som, enligt domstolen, i längden kunde leda till en ökad konkurrens.⁴⁹

Nästa avgörande är *Nungesser* från 1982.⁵⁰ Ett franskt forskningsinstitut inom växtförädlingsbranschen, INRA, hade ingått ett återförsäljaravtal med en tysk spannmålsproducent, Kurt Eisele och hans företag Nungesser. INRA gav Nungesser en exklusiv licens till att odla INRAs speciellt framtagna majs och gav honom även rätt att vidareförsälja majsplantor. Det fanns emellertid även indicier som tydde på att INRA försökte förhindra parallellimport av plantor som var sålda i Frankrike, till den tyska marknaden. Vidare ägde Nungesser även rättigheterna för varumärket till INRAs spannmål, vilket gjorde att de, i likhet med Consten och dess varumärke GINT, kunde förhindra all försäljning av INRAs spannmål i Tyskland med hänvisning till att det annars utgjorde varumärkesintrång.

Kommissionen hävdade att avtalet redan i och med dess syfte, stred mot artikel 81.1 medan Nungesser och Eisele menade att avtalet var en förutsättning för att över huvud taget ha en möjlighet att etablera sig på den tyska spannmålsmarknaden, en marknad där det sedan lång till tillbaka rådde hård konkurrens.

Till skillnad från Kommissionen ansåg inte domstolen att avtalet hade ett syfte som begränsade konkurrensen. Till sin hjälp för att bedöma omständigheterna och deras förhållande till artikel 81.1 delade domstolen upp liknande licenser som det var fråga om i det här fallet i två grupper, öppna exklusiva licenser eller stängda sådana.

»It should be observed that those two sets of considerations relate to two legal situations which are not necessarily identical. The first case concerns a so-called open exclusive licence or assignment and the exclusivity [sic!] of the licence relates solely to the contractual relationship between the owner of the right and the licensee, whereby the owner merely undertakes not to grant other licences in respect of the same territory and not to compete himself with the licensee on that territory. On the other hand, the second case involves an exclusive licence or assignment with absolute territorial protection, under which the parties to the contract propose, as regards the products and the territory in question, to eliminate all competition from third parties, such as parallel importers or licensees for other territories.»⁵¹

⁴⁸ För ett avgörande med liknande förutsättningar men motsatt utgång, se mål **108/82**, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1983, s 00287, där domstolen kom till motsatt slut och ansåg att det selektiva distributionssystemet i sin helhet stred mot artikel 81.1.

⁴⁹ *Metro*, punkt 21.

⁵⁰ Mål **258/78**, *LC Nungesser KG and Kurt Eisele v Commission of the European Communities*, REG 1982, s 02015.

⁵¹ Op cit, punkt 53.

Domstolen, som ansåg att INRAs licens var av den öppna sorten, menade att om man skulle förbjuda sådana licenser, skulle det väsentligen försvåra för ny teknik att etablera sig på marknader, vilket i längden hade medfört en minskad konkurrens.

»Such a result would be damaging to the dissemination of a new technology and would prejudice competition in the community between the new product and similar existing products.»⁵²

Mot bakgrund av ovanstående resonemang och domstolens åsikt att den licens som var aktuell i det här fallet var av den öppna sorten, var den därför inte i strid med artikel 81.1. Däremot förbjöd domstolen sådana exklusiva licenser som förbjöd parallellhandel och därmed gav upphov till absolut territoriellt skydd, eftersom de, i likhet med *Consten Grundig*, motarbetade gemenskapens mest grundläggande mål.⁵³

I det sista fallet i den här kategorin, *Pronuptia*, gällde det om frågan giltigheten av ett franchiseavtal, i det här fallet butiker i Tyskland som sålde bröllopskläder från en tillverkare i Frankrike, och hur dels avtalet i sin helhet, dels vissa starkt konkurrensbegränsande delar, skulle hanteras och bedömas.⁵⁴

De viktiga beståndsdelarna av avtalet var de typiska i ett ordinärt franchiseavtal; franchisegivaren åtog sig att assistera vid öppnandet av en ny butik, att inte öppna några andra butiker inom samma geografiska område samt att ge sitt tillstånd av användandet av varumärket *Pronuptia*. Franchisetagaren åtog sig å sin sida att hålla sig inom vissa minimiprisintervall, att återge en viss del av omsättningen till franchisegivaren samt att inte konkurrera med någon annan av *Pronuptias* verksamheter.

Givetvis innebar öppnandet av en ny butik att konkurrensen inom just den marknaden ökade. Samtidigt innehöll avtalet en hel del bestämmelser som var minst sagt svårförenliga med artikel 81.1 och målet om en gemensam marknad, och domstolen var därför tvungen att göra en avvägning mellan dessa.

⁵² Op cit, punkt 57.

⁵³ *Nungesser*, punkt 61. Bellamy & Child hänvisar även till det liknande fallet mål **262/81**, *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision m fl mot Ciné-Vog Films SA m fl*, REG 1982 s 03381, där domstolen, angående exklusiva filmvisningsrättigheter, sade att »[e]ndast den omständigheten att innehavaren av upphovsrätten till en film har gett en enda rättsinnehavare ensamrätt att visa denna film på en viss medlemsstats territorium, och därmed alltså har förbjudit andra att sända filmen under en bestämd tidsperiod, är emellertid inte tillräcklig för att man skall kunna konstatera att ett avtal bör anses som föremålet för, medlet för eller följden av konkurrensbegränsande samverkan, vilken är förbjuden enligt fördraget.» Se punkt 15 och även Christopher W Bellamy och Graham D Child, *European community law of Competition*, 5th edition, Sweet & Maxwell, London 2001 (cit Bellamy & Child), s 2-086, not 91. Som synes är det ett resonemang som i stora delar påminner om det som fördes i *Nungesser*.

⁵⁴ Mål **161/84**, *Pronuptia de Paris GmbH mot Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, REG 1986, 00403.

Ur ett helhetsperspektiv ansågs franchiseavtalet inte utgöra en begränsning av konkurrensen enligt artikel 81.1. Domstolen fortsatte därför med att se vilka ingredienser som krävdes för att ett franchiseavtal skulle fungera, respektive vilka som inte behövdes. Det som domstolen ansåg vara nödvändigt för att ett franchiseavtal skulle fortsätta att vara framgångsrikt var det hemliga informationsutbyte som skedde mellan franchisegivaren och –tagaren. Hade det varit öppet för samtliga aktörer hade den fördel som det medförde gått förlorad. Således var den delen något som var nödvändigt för franchiseavtalet och därför inget som var otillåtet enligt artikel 81.1.

Men Pronuptias franchiseavtal innehöll även andra delar, vilka domstolen ansåg strida mot artikel 81.1. Det var främst två delar som domstolen tog fasta på. Dels det faktum att franchisetagaren åtog sig att enbart sälja varorna inom ett begränsat geografiskt område, dels att franchisegivaren åtog sig att inte öppna någon konkurrerande butik i nämnda område. Dessa två gav tillsammans upphov till vad som i praktiken var ett absolut territoriellt skydd. Ett sådant scenario kunde givetvis inte godtas av domstolen utan den sade att det måste vara möjligt för franchisetagaren att köpa produkter även från andra franchisetagare, och på det sättet undvika att det bildades avskärmade marknader och med möjligheter att hålla en högre prisnivåer som följd.⁵⁵

3.4 Métropole och Wouters – två sentida och nyskapande fall

Dessa två avgöranden har jag valt att behandla tillsammans, mycket på grund av att de utkom med så pass kort intervall och att de båda till stora delar bryter mot den utveckling som har presenterats ovan.

3.4.1 Métropole – klagörande eller ökad osäkerhet?

Förstainstansrätten i *Métropole*-avgörandet gavs chansen att bygga vidare på den utveckling som hade pågått och som beskrivits; ett av argumenten i målet var just att rätten borde tillämpa the rule of reason på avtalet och därigenom tillåta det.⁵⁶ Vad förstainstansrätten gjorde var istället att tydligt ta avstånd från den.

Omständigheterna i målet var som följer: Sex franska TV-bolag hade i mitten av 1990-talet gått samman och bildat ett gemensamt bolag, Télévision par satellite (TPS), för att inom området för franskspråkig, digital

⁵⁵ *Pronuptia*, punkt 21. Kort efter att *Pronuptia* hade avkunnats utkom Kommissionens förordning (EEG) nr **4087/88** av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av franchiseavtal, EGT nr L 359, 28.12.1988, s. 46, som, under vissa grundläggande förutsättningar, beviljade undantag för franchiseavtal enligt artikel 81.3. Undantaget kom sedan att ersättas av det generella gruppundantaget **2790/1999**, se not 41.

⁵⁶ Mål **T-112/99**, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom och Télévision Française 1 SA (TF1) mot Europeiska kommissionen*, REG 2001 s II-02459.

betal-TV konkurrera med den ditintills helt och hållet dominerande aktören, Canal+. Canal+ hade vid bildandet av TPS en marknadsandel på cirka 70 %.

Samarbetsavtalet som de sex bolagen hade ingått anmäldes emellertid till Kommissionen eftersom det ansågs strida mot artikel 81.1. Kommissionen instämde med följden att TPS överklagade till förstainstansrätten. Väl där var det två klausuler som var aktuella och som togs upp till bedömning. Dels var det en bestämmelse som reglerade speciella program, som ansågs vara av intresse för tittarna och som TPS hade företräde till att visa, dels var det en klausul som gjorde det möjligt för TPS att få ensamrätt till att sända program, som producerades av något av de sex medverkande bolagen.

TPS stödde sig uttryckligen på att Kommissionen borde ha tillämpat artikel 81.1 mot bakgrund av the rule of reason, istället för den teoretiskt abstrakta tolkning som den annars brukade använda. På så sätt hade Kommissionen inte behövt använda sig av undantagsbestämmelsen i artikel 81.3, eftersom avtalet över huvud taget inte hade varit förbjudet enligt artikel 81.1. Tvärtom, hade avtalet tillåtits, hade det enligt sökandena lett till ökad konkurrens inom ett område som sedan länge dominerats kraftigt av en enskild aktör, nämligen Canal+, vilket också Kommissionen hade insett om den hade använt the rule of reason.⁵⁷

Förstainstansrätten gjorde emellertid en helt annan bedömning och anförde som stöd för sitt avståndstagande från the rule of reason två skäl. Den sade, för det första, med hänvisning till ett antal olika avgöranden, att det var tveksamt om det förekom en rule of reason i gemenskapens konkurrensrätt.⁵⁸ Vidare menade rätten, för det andra, att det stred mot uppbyggnaden och strukturen hos artikel 81, att en skälighetsregel skulle förekomma redan i 81.1. En sådan skälighetsregel kunde däremot användas under de omständigheter, *och endast under dessa*, som definieras i artikel 81.3. Skulle en sådan skälighetsbedömning göras redan i artikel 81.1, skulle 81.3 förlora en stor del av sin ändamålsenliga verkan.⁵⁹

Angående de rättsfall som TPS presenterade till stöd för sin åsikt, men även för andra liknande fall, sade förstainstansrätten att dessa förvisso tidigare har tolkats som ett *stöd* för en skälighetsregel, men, fortsatte rätten, dessa skall inte tolkas som om de vore en *bekräftelse* av förekomsten av en sådan regel.⁶⁰ Istället skall dessa avgöranden tolkas som en:

»...allmän tendens i rättspraxis att inte på ett teoretiskt och tydligt sätt anse att alla avtal som begränsar handlingsfriheten

⁵⁷ Sökandena i målet anförde ett antal avgöranden som stöd för förekomsten av the rule of reason. Förutom ovan nämnda *STM*, *Nungesser*, *Coditel* och *European Night Services*, även mål **C-399/93**, *H. G. Oude Luttikhuis m fl mot Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA*, REG 1995 s I-04515 samt mål **T-77/94**, *Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten, Florimex BV, Inkoop Service Aalsmeer BV och M Verhaar BV mot Europeiska kommissionen*, REG 1997 s II-00759.

⁵⁸ Se *Métropole*, punkt 72 med hänvisning till mål **T-14/89**, *Montedipe SpA v Commission of the European Communities*, REG 1992 s II-01155, mål **C-235/92**, *Montecatini SpA mot Europeiska kommissionen*, REG 1999 s I-04539 och mål **T-148/89**, *Tréfilunion SA mot Europeiska kommissionen*, REG 1995 s. II-01063.

⁵⁹ *Métropole*, punkt 74.

⁶⁰ Dessa avgöranden är förutom de som nämns i not 57 ovan, även mål **C-250/92**, *Gøttrup-Klim m fl Grovwareforeninger mot Dansk Landbrugs Grovvarereselskab AmbA*, REG 1994 s I-05641 och *Delimitis*.

för en eller flera av parterna automatiskt omfattas av förbudet i artikel 85.1 i fördraget».⁶¹

Den rätta metoden för att ta reda på huruvida ett avtal strider mot artikel 81.1 var enligt förstainstansrätten att istället placera avtalet i dess konkreta sammanhang, och med det menar rätten att man vid bedömningen måste ta hänsyn till:

»...det konkreta sammanhang i vilket [avtalet] har sin verkan beaktas, och särskilt det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket de berörda företagen är verksamma, de varor och/eller tjänster som avses i detta avtal samt strukturen och de faktiska villkoren på marknaden.»⁶²

Enligt förstainstansrätten skulle det inte heller göras en avvägning mellan de positiva och negativa följderna av ett avtal enligt artikel 81.1, utan en sådan avvägning fick göras endast enligt artikel 81.3. På så sätt säkerställdes den samverkan som skall råda mellan de båda, och särskilt den senares roll fastställs. Mot bakgrund av dessa två skäl som talade mot TPS argument, dels att tidigare praxis inte alls hade medfört att en rule of reason kunde tolkas in i artikel 81.1, dels uppbyggnaden av hela artikel 81, underkände förstainstansrätten sökandenas överklagan.

3.4.2 Wouters – utveckling eller tillbakagång?

Med fallet *Wouters*, som 2002 avkunnades i plenum året efter *Métropole* tog EG-domstolen återigen ett nytt steg – framåt eller bakåt – i utvecklingen av rättspraxis kring förekomsten av en europeisk rule of reason.⁶³ Avgörandet är intressant ur många perspektiv och särskilt mot bakgrund av förstainstansrätten och dess dom i *Métropole*, eftersom en läsning av *Wouters* gör att förstainstansrättens avgörande framstår som betydligt försvagat. Men samtidigt, efter en genomgång av *Wouters*, inställer sig en mängd frågor, vilket gör att rättsläget efter dessa båda avgöranden är betydligt mer osäkert än vad det var innan.

Frågan i fallet gällde det nederländska advokatsamfundet och dess regler, *Samenwerkingsverordning*, som förbjöd advokater och revisorer att bedriva ett ingående samarbete, och vilka betydelse för konkurrensen som dessa regler hade. Reglernas syfte var att tillförsäkra advokatens oberoende och hänsynstagande till sina klienters intresse, ett övervägande som inte var aktuellt i samma utsträckning för revisorer.

Två nederländska advokater, *Wouters* och *Savelbergh*, ansåg att reglerna utgjorde konkurrensbegränsningar eftersom de förhindrade dem från att som advokater ha ett integrerat samarbete med två olika revisionsbyråer. Advokaterna ville arbeta som delägare i en revisionsbyrå, något som reglerna förbjöd. De tog därför tvisten till den nationella domstolen, som i

⁶¹ *Métropole*, punkt 76.

⁶² Op cit, punkt 76.

⁶³ Mål C-309/99, *J C J Wouters, J W Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mot Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, REG 2002, I-1577.

sin tur hänsköt den till EG-domstolen och ställde ett antal frågor till EG-domstolen huruvida reglerna var i strid med artikel 81.

EG-domstolen påpekade inledningsvis att de nationella reglerna begränsade konkurrensen och även kunde påverka handeln mellan medlemsstaterna.⁶⁴ Det nederländska advokatsamfundet var även att betrakta som ett företag och således något som föll under tillämpningsområdet för artikel 81.⁶⁵ Att förbjuda dessa yrkesgrupper att ingå ett integrerat samarbete, mot bakgrund av dagens komplexa affärsvärld, där de oftast jobbar med samma projekt och företagsförvärv var därför att anse som en konkurrensbegränsning. Det hade varit betydligt lättare för ett företag att kunna vända sig till en och samma firma och där få både ekonomisk och juridisk rådgivning, kallat »one-stop-shop».⁶⁶

Domstolen gick så långt att den ansåg att det ifrågavarande förbudet stred mot artikel 81.1 b, eftersom det medförde att »produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras».⁶⁷ Men efter att ha gjort detta konstaterande fortsatte domstolen med att säga att:

»...alla avtal mellan företag eller beslut av företagssammanslutningar som begränsar en eller flera av parternas handlingsfrihet inte nödvändigtvis omfattas av förbudet i artikel 85.1 i fördraget.»⁶⁸

När domstolen sedan gick vidare, kom den in på en grundlig undersökning av förbudet och den kontext som det enligt domstolen var tvunget att sättas in i. Den sade bland annat att man måste:

»...undersöka huruvida de begränsningar av konkurrensen som bestämmelserna ger upphov till är en nödvändig följd av dess syften.»⁶⁹

Domstolen undersökte därefter, i sökandet efter hur nödvändigt förbudet var, de skilda roller som en revisor respektive advokat hade i förhållande till sina klienter. Advokaten är i sin yrkesroll ålagd tystnadsplikt och måste tillvarata sin klients intresse på ett oberoende sätt, samt undvika varje möjlig intressekonflikt som kan vara till nackdel för klienten.⁷⁰ Några sådana krav finns inte för revisorer, vilket gjorde att domstolen ansåg att om de båda ingick i ett integrerat samarbete, skulle det kunna uppkomma en motsättning mellan advokatens och revisorns verksamhet, en oförenlighet mellan rådgivning respektive kontroll.⁷¹

⁶⁴ *Wouters*, punkt 86.

⁶⁵ Op cit, punkt 71. Det bör även påpekas att det för Sveriges del inte är aktuellt med en situation som i *Wouters*, eftersom de regler som återfinns i Sveriges Advokatsamfundets stadgar är beslutade av regeringen och därför faller utanför tillämpningsområdet för artikel 81.

⁶⁶ Op cit, punkt 87.

⁶⁷ Op cit, punkt 90.

⁶⁸ Op cit, punkt 97.

⁶⁹ Loc cit.

⁷⁰ Op cit, punkt 100.

⁷¹ Op cit, punkt 104.

Hela genomgången av de olika rollerna som en advokat och revisor besitter, avslutades med att domstolen konstaterade att de holländska bestämmelserna om förbud mot integrerade samarbeten förvisso utgjorde en begränsning av handlingsfriheten, men att begränsningen samtidigt inte gick utöver vad som var nödvändigt för att säkerställa att advokatycket utövades på ett korrekt sätt.⁷² Avslutningsvis bör tilläggas att hela den undersökning av nödvändighetskriteriet som gjordes, gjordes under artikel 81.1; artikel 81.3 nämndes inte över huvud taget. Inte heller hänvisade EG-domstolen i sina domskäl till *Métropole*.

3.5 Rättsläget efter *Métropole* och *Wouters*

Det aktuella området, tolkningen av »resultat och syfte» i artikel 81.1, och om det kan anses innehålla en skälighetsregel, har efter *Métropole* och *Wouters* varit föremål för förstainstansrättens bedömning två gånger: i *van den Bergh* och senast i *Brasserie Nationale*.⁷³ I det förra är en rule of reason-analys aktuell medan rätten i det senare anser att avtalet hade som syfte att begränsa konkurrensen, varför en bedömning av effekten inte aktualiserades.

Van den Bergh, som avkunnades av förstainstansrätten i oktober 2003, handlade om marknaden för lösglass. Fallet berörde både brott mot kartellförbudet i artikel 81 samt missbruk av dominerande ställning, artikel 82. Sökanden stödde sig, bland annat – de hade sammanlagt sju grunder – uttryckligen på argumentet att Kommissionen skulle ha bedömt avtalet i enlighet med en skälighetsbedömning, och det hade i så fall lett till att det inte skulle strida mot artikel 81.1.⁷⁴

Förstainstansrätten sade emellertid, med en mycket kort motivering i samma anda som i *Métropole*, att någon sådan skälighetsregel som *van den Bergh* ville använda, inte förekom inom gemenskapens konkurrensrätt.

»Vad gäller det HB [tidigare Van den Bergh Foods] anfört angående tillämpningen av »rule of reason» i förevarande fall understryker förstainstansrätten att det inte finns någon sådan bestämmelse i gemenskapens konkurrensrätt. En sådan tolkning av artikel 85.1 i EG-fördraget som HB har förordat vore svårförenlig med det sätt på vilket artikel 85 är uppbyggd.»⁷⁵

⁷² *Wouters*, punkt 109.

⁷³ Mål **T-65/98**, *Van den Bergh Foods Ltd mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EGT C 7, 10.01.2004, s. 29 och mål **T-49/02 – T-51/02**, *Brasserie Nationale SA (tidigare Brasseries Funck-Bricher och Bofferding) m fl mot Europeiska gemenskapernas kommission*, Förstainstansrättens dom den 27 juli 2005, (2005/C 229/25).

⁷⁴ *Van den Bergh*, punkt 52f.

⁷⁵ Op cit, punkt 106.

Och därmed avfärdas den delen av överklagandet. Någon hänvisning till tidigare praxis skedde emellertid inte, vare sig angående the rule of reason och dess förekomst eller artikelns uppbyggnad.

För det senaste fallet, *Brasserie Nationale*, förekom inget som gör att man kan dra några vidare slutsatser. Snarare var det ett fastställande av gällande rätt i det att domstolen, alltsedan *Consten Grundig*, har ansett att det inte behövs någon undersökning av avtalets verkningar om det framgår att avtalets syfte är att begränsa, hindra eller snedvrیدا konkurrensen.⁷⁶ Förstainstansrätten talade i *Brasserie National* om att det inte över huvud taget var aktuellt att göra prövning enligt the rule of reason, eftersom det i det aktuella fallet var fråga om ett så pass allvarligt brott mot konkurrensbestämmelserna att avtalet var förbjudet enbart mot bakgrund av det konkurrensbegränsande syftet.

»Eftersom det har fastställts att syftet med ett avtal till sin natur utgör en konkurrensbegränsning, såsom en uppdelning av kundkretsen, kan detta avtal med tillämpning av en rule of reason inte undgå bestämmelserna i artikel 81.1 EG på grund av att det också hade andra syften, såsom de som är i fråga i dessa domar.»⁷⁷

Och där befinner vi oss idag.

3.6 Avtal med ett konkurrensbegränsande syfte

I likhet med den amerikanska utvecklingen som skisserades i kapitel 2 har det efter hand även i den europeiska konkurrensrätten vuxit fram en grupp av avtal vars effekt av tradition inte behöver undersökas. Istället anses dessa avtal vara av en sådan konkurrensbegränsande natur att de kan förbjudas redan mot bakgrund av deras syfte, något som aktualiseras för en mindre mängd, starkt konkurrensbegränsande avtal. Avtalsgruppen är emellertid inte något som fanns färdig från början utan den har, i likhet med sin amerikanska motsvarighet, fyllts på i och med att domstolens praxis utvecklats och nyanserats.

Vad jag kommer att göra i nedanstående avsnitt är att visa hur den europeiska motsvarigheten till det amerikanska begreppet *per se* ser ut och vad den omfattar. Jag kommer att använda mig av den uppdelning som är rådande inom doktrinen, att bedöma fyra avtalssorter som förbjudna enbart på grund av deras syfte; för horisontella avtal, fastställande av priser och

⁷⁶ *Consten Grundig*, s 342.

⁷⁷ *Brasserie Nationale*, punkt 85. Vad förstainstansrätten syftade på är *Brasserie Nationales* hänvisning till tidigare praxis, bland annat mål **96-102**, **104**, **105**, **108** och **110/82**, *NV IAZ International Belgium m fl mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1983 s 3369, som också hade andra, legitima syften.

marknadsuppdelning, för vertikala förbud mot parallellhandel och fastställande av återförsäljarpriser.⁷⁸

För enkelhetens skull har jag valt att klassa alla dessa avtal som att de har ett konkurrensbegränsande *syfte*, trots att domstolen ibland använder sig av delvis annan terminologi, såsom »by its very nature» eller »by themselves». Det är emellertid samma sak som åsyftas, nämligen att de är avtal som på grund av deras starkt konkurrensbegränsade karaktär inte behöver genomgå en undersökning av effekterna.⁷⁹

3.6.1 Horisontella avtal

Angående den första avtalssorten, de som innehåller bestämmelser om prisfastställelse, finns det en mängd fall av vilka jag kort skall nämna ett par för att visa EG-domstolens kraftfulla avståndstagande. Prisfastställelse var aktuellt i *VBVB*-avgörandet från 1984.⁸⁰ Där handlade det om fastställda minimipriser för böcker avsedda för den nederländska och flamländska marknaden. Sökandena, *VBVB* och *VBBB*, menade bland annat – de hade en mängd andra invändningar – att Kommissionen hade misstolkat deras avtal; avtalet var inte mellan medlemsstater utan mellan språkområden, det vill säga mellan Nederländerna och den flamländsktalande delen av Belgien. Domstolen ansåg emellertid inte att det argumentet skulle tillerkännas någon betydelse utan konstaterade att:

»...denna marknads särskilda karaktär inte ger de båda sammanslutningarna tillstånd att (...) upprätta ett restriktivt system (...) i fråga om att fastställa försäljningspriset ända fram till den slutliga försäljningen till konsumenterna. En sådant [sic!] reglering strider mot artikel 85.1 a i fördraget, vilken uttryckligen förbjuder att 'inköps- eller försäljningspriser direkt eller indirekt fastställs'.»⁸¹

Vidare kan nämnas domstolens uttalande i *Guy Clair*-avgörandet, där det handlade om fastställda minimipriser på konjak. Även här var domstolen bestämd i sin uppfattning om hur prisfastställelser skulle bemötas och motarbetas. Den betonade särskilt det allvarliga med avtal som hade ett konkurrensbegränsande syfte.

»It must be pointed out in that respect that for the purposes of article 85(1) it is unnecessary to take account of the actual

⁷⁸ Se Faull & Nikpay, s 2.63. Det ligger i ämnets natur att kommissionen traditionellt sett har ansett att ytterligare avtalstyper skall vara förbjudna enbart på grund av deras syfte, men detta har balanserats i domstolen, som intagit en mer avvaktande hållning. Jag har emellertid valt att använda mig av ett snävt begrepp, och därför skall dessa fyra avtalstyper ses som ett minimum.

⁷⁹ Detta är till viss del en förenkling av praxis, vilket framgår av avsnitt 3.3.1 ovan och 4.8.2 nedan.

⁸⁰ Mål 43 och 63/82, *Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, och Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, VBBB, mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1984 s 00437.

⁸¹ Op cit, punkt 45.

effects of an agreement where its *object* is to restrict, prevent or distort competition. *By its very nature*, an agreement fixing a minimum price (...) is intended to distort competition on that market.»⁸² (min kurs)

För den grupp av avtal som handlar om marknadsuppdelning finns även här en mängd avgöranden att välja mellan. Förfarandet består oftast av att man som återförsäljare, tillverkare, eller andra aktörer med ett horisontellt förhållande till varandra, sinsemellan delar upp marknaden och undviker att sälja på varandras respektive territorium, allt för att kunna hålla priserna uppe.

EG-domstolen har inte sett med blida ögon på marknadsuppdelning utan har, de gånger det varit uppe till prövning, klart och tydligt sagt att de aktuella avtalen har ett syfte som strider mot gemenskapsrätten och dess konkurrensregler. Jag kommer här att ta upp två fall som båda illustrerar domstolens syn.

I det första, *Chemiefarma*-avgörandet, var det fråga om en kartell av det klassiska slaget där de medverkande företagen gått samman för att skydda sina respektive hemmamarknader.⁸³ Efter att domstolen hade konstaterat att det hade skett en uppdelning av marknaderna avslutade den sitt resonemang kort med:

»Uppdelningen av hemmamarknaderna har till syfte att begränsa konkurrensen och handelsutbytet inom den gemensamma marknaden.»⁸⁴

Därmed behövde den inte heller undersöka effekterna av avtalet.

På samma sätt resonerade domstolen i målet *IAZ*, där det var fråga om ett avtal för leverans och försäljning av tvättmaskiner.⁸⁵ Parterna i målet var en samling importörer och återförsäljare som hade ingått avtal om att dela upp underhållet av maskinerna och dylikt, allt för att, enligt dem själva, på ett effektivt sätt kunna förhindra att onödiga föroreningar spreds i miljön och vidare till dricksvattnet, på grund av defekta maskiner. Men i avtalet ingick även en uppdelning av olika geografiska marknader, något som domstolen ansåg att strida mot artikel 81.1. Att avtalet även hade inslag som var av det mer lovvärda slaget, som exempelvis den miljöskyddande verksamheten, hade enligt domstolen ingen betydelse.

⁸² Mål **123/83**, *Bureau national interprofessionnel du cognac mot Guy Clair*, REG 1985 s 391, punkt 22. Som synes citerar domstolen, såsom den ofta gör, sig själv i första meningen där den säger samma sak som sades i *Consten Grundig*, nämligen att »[v]id tillämpningen av artikel 85.1 behöver de faktiska verkningarna av ett avtal inte beaktas om avtalets syfte är att begränsa, hindra eller snedvrída konkurrensen», se s 342. I sammanhanget kan man även nämna mål **27/87**, *SPRL Louis Erauw-Jacquery mot Société coopérative La Hesbignonne*, REG 1988 s 01919, punkt 15, där domstolen sade att det stadgas uttryckligen i fördraget att prisfastställelser är oförenliga med målet om den gemensamma marknaden.

⁸³ Mål **41/69**, *ACF Chemiefarma NV mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1970 s 00457.

⁸⁴ Op cit, punkt 128.

⁸⁵ Mål **96-102**, **104**, **105**, **108** och **110/82**, *NV IAZ International Belgium m fl mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1983 s 3369.

»Therefore, *the purpose of the agreement*, regard being had to its terms, the legal and economic context in which it was concluded and the conduct of the parties, *is appreciably to restrict competition within the common market*, notwithstanding the fact that it also pursues the objective of protecting public health (...).»⁸⁶ (min kursivering)

3.6.2 Vertikala avtal

För vertikala avtal gäller lite andra förutsättningar för att dessa skall vara förbjudna redan på grund av deras syfte. Men i stort sett handlar det om samma typ av avtal och beteende här som i den förra gruppen: förbud mot parallellhandel, vilket kan ses som en variant av marknadsuppdelning samt prisfastställelse.

Av den första sortens avtal är det mest frekventa exemplet givetvis *Consten Grundig*, vars återförsäljaravtal förvisso bestod av olika delar, men där en av delarna hade som syfte att förhindra parallellimport av Grundigs produkter till Frankrike. I likhet med de fallen visade domstolen ingen förståelse för den sortens argument:

»Slutligen kan ett avtal mellan en tillverkare och en återförsäljare som syftar till att återupprätta nationell avskärmning i handeln mellan medlemsstaterna *motverka gemenskapens mest grundläggande mål*. Fördraget, som enligt ingressen och ordalydelsen syftar till att avskaffa hindren mellan staterna och som i ett flertal stränga bestämmelser söker motverka att de återinförs, kan inte tillåta att företagen upprättar sådana hinder igen.»⁸⁷ (min kursivering)

Ett annat fall som berör ett liknande beteende är *Miller* från 1978.⁸⁸ Miller, som var ett företag som producerade skivor och kassetter hade för dessa ett exportförbud som innebar att de inte fick säljas förutom på vissa i förväg bestämda geografiska områden. De återförsäljare som befann sig i Tyskland fick därför inte exportera produkterna utanför sina respektive territorium, utan exporten skedde istället med hjälp av speciella återförsäljare som Miller själv hade utsett. Domstolen åsikt var att ett sådant exportförbud hade ett syfte som stod i strid med gemenskapsrätten.

»In this connexion it must be held that, *by its very nature*, a clause prohibiting exports constitutes a restriction on competition, whether it is adopted at the instigation of the supplier or of the customer since *the agreed purpose* of the

⁸⁶ IAZ, punkt 25.

⁸⁷ *Consten Grundig*, s 340.

⁸⁸ Mål 19/77, *Miller International Schallplatten GmbH v Commission of the European Communities*, REG 1978 s 00131.

contracting parties is the endeavour to isolate a part of the market.»⁸⁹ (min kursivering)

För den sista gruppen av avtal som anses förbjudna bara på grund av deras syfte, skall nämnas prisfastställelse när den sker i vertikala led. Som exempel kan nämnas domstolens dom i *Binon*.⁹⁰ Domstolen sade där att dessa prisfastställelser var avtal vars syfte var konkurrensbegränsande och som därför inte kunde tillåtas.

»It should be observed in the first place that provisions which fix the prices to be observed in contracts with third parties constitute, *of themselves*, a restriction on competition within the meaning of article 85.1 which refers to agreements which fix selling prices as an example of an agreement prohibited by the treaty.»⁹¹ (min kursivering)

3.7 Sammanfattning

Efter genomgången i det här kapitlet finns det vissa huvuddrag som kan behöva sammanfattas. Utvecklingen av the rule of reason som pågått allt sedan 1960-talet delas lämpligen upp i tre delar.

Den första delen består av de två mycket betydelsefulla fallen *STM* och *Consten Grundig*, varpå en stor del av den gemenskapsrättsliga konkurrensrätten vilar. Där slog domstolen bland annat fast att »syfte eller resultat» i artikel 81.1 är alternativa rekvisit. Det innebär att, vid händelse av att avtalets syfte inte ger tillräckliga svar, vilket också är det vanligaste, man även måste se till avtalets effekter eller resultat. *Consten Grundig* gav dessutom besked att det motsatta förhållandet gäller: är avtalets syfte konkurrensbegränsande, behöver man inte undersöka effekterna. Domstolen gjorde även i *Consten Grundig* en viktig distinktion mellan olika delar av ett avtal, de som har en konkurrensbegränsande effekt och därigenom kan bli föremål för en skälighetsbedömning, samt de som har ett konkurrensbegränsande syfte. För den senare gruppen skall en bedömning enligt the rule of reason inte göras.

Del två i genomgången ägnades åt den framväxt av två parallella analysmetoder som skedde mellan slutet av 60-talet och ett par år in på 2000-talet. De skiljs åt såtillvida att den ena metoden ägnar sig åt marknaden och hur den ser ut, och utefter det ser huruvida avtalet främjar eller begränsar konkurrensen och om det därför skall tillåtas eller förbjudas. Den andra gruppen har avtalet som det centrala och gör en undersökning av hur de konkurrensbegränsande delarna förhåller sig till den konkurrensfrämjande helheten. Båda har dock det gemensamt att de kan, vid

⁸⁹ *Miller*, punkt 7.

⁹⁰ Mål **243/83**, *SA Binon & Cie v SA Agence et messageries de la presse*, REG 1985, s 02015.

⁹¹ Op cit, punkt 44.

en första anblick te sig som konkurrensbegränsande, men att de djupare undersökningar som gjorts av domstolen har visat motsatsen.

I den tredje delen av kapitlet gick jag igenom *Métropole* och *Wouters*, två uppmärksammade avgöranden vilkas betydelse är svår att fastställa eftersom de är så pass nya. Förstainstansrätten tog i sin dom i *Métropole* tydligt avstånd från förekomsten av en skälighetsregel i den europeiska konkurrensrätten, medan EG-domstolens domskäl i *Wouters* tyder på att en sådan återigen användes.

4 Rättsutvecklingen i ljuset av sökandet efter the rule of reason

I det här kapitlet återkommer jag till de tre begrepp som förekommer eller har förekommit i den amerikanska antitrusträtten. Dessa kommer nedan att projiceras på sin europeiska motsvarighet, för att se huruvida de förekommer även här, och kapitlet är därför uppdelat i tre större delar. Tonvikten kommer att ligga på the rule of reason, och i vilka skepnader som den har uppträtt i. Därefter följer ett avsnitt där jag undersöker om den europeiska utvecklingen även kan sägas innefatta läran om accessoriska begränsningar. Avslutningsvis följer ett avsnitt som handlar om de avtal, som av domstolen har ansetts ha ett konkurrensbegränsande syfte och hur dessa har behandlats i praxis.

4.1 Kommissionens tidiga synsätt

Om detta område finns inte så mycket att tillägga, eftersom det representerar ett förlegat synsätt. Dock kan några korta synpunkter framföras. Joliet ansåg att Kommissionen, felaktigt, inte gjorde någon som helst undersökning av marknaden, utan bara genom att titta på avtalen, ansåg dem strida mot artikel 81.1.⁹² Han kallade synsättet för »a literal and mechanical approach to the definition of restraint of trade.» Även från de korta utdrag som jag belyste framgår tydligt Kommissionens åsikt, att den ansåg att det var bättre att förbjuda ett avtal för mycket än tvärtom. Det framstår idag givetvis som något märkligt hur ett franchiseavtal kunde anses ha som *huvudsakliga syfte* att begränsa konkurrensen.

Förståelsen ökar emellertid lite om besluten sätts in i den tidens osäkerhet som rådde. Det fanns på flera håll i Europa, exempelvis Italien och Tyskland, bittra erfarenheter hur konkurrensen under de diktatoriska regimerna gång på gång sattes ur spel, vilket även kan användas som förklaring till att man från Kommissionens sida såg så allvarligt på alla företeelser som kunde tänkas ha den allra minsta negativa inverkan på konkurrensen. Och med ett sådant synsätt fanns det givetvis inte heller utrymme för the rule of reason.

Ändring i synsättet skulle emellertid komma inom kort, i och med att domstolen, samtidigt som Kommissionens roll minskade, ökade sin makt och blev det gemenskapsrättsliga organ som mer än något annat kom att forma konkurrensrättens utseende. Att domstolen i fortsättningen bestämde hur konkurrensrätten skulle tolkas, innebar för den sakens skull inte att konkurrensbestämmelserna blev lättare att använda, snarare tvärtom. Eftersom det skulle komma att infogas någon form av skälighetsregel i

⁹² Joliet, s 150.

konkurrensrätten var det även detsamma som att tolkningen av artiklarna allteftersom blev mer och mer komplicerad.

4.2 Rule of reason-analys i STM och Consten Grundig

Jag kommer att inleda sökandet efter the rule of reason med att gå igenom *STM* och *Consten Grundig* tillsammans för att på så sätt kunna jämföra deras gemensamma bidrag. Ett sådant framträder tydligare när man behandlar och kontrasterar de båda avgöranden under samma rubrik.

Inledningsvis kan sägas att domstolen i *STM* ansåg att rekvisitet »syfte eller rekvisit» skulle tolkas som alternativa rekvisit, det vill säga först undersöks om syftet är att begränsa konkurrensen och så inte är fallet, undersöker man även avtalets effekt, vilket också var vad domstolen gjorde i det fallet. Det skall i sin tur kompletteras med det som domstolen sade i *Consten Grundig*, nämligen det motsatta, att effekterna av ett avtal inte behöver undersökas om avtalets syfte är att begränsa, hindra eller snedvrída konkurrensen.⁹³ Ställs dessa fall bredvid varandra framgår det klart vilket förhållande som råder mellan syfte och resultat. Någon annan slutsats är även svår att dra när man betänker att de allvarliga fallen av konkurrensbegränsande avtal är de som har som syfte att begränsa konkurrensen och det vore därför ologiskt om man även tvingades att undersöka eventuella verkningar av sådana avtal.

Den sagda ordningen, syfte följt av effekt, innebär också att domstolen sagt att det per definition inte finns några avtal med ett konkurrensbegränsande syfte som samtidigt har konkurrensfrämjande effekter. Faull & Nikpay talar om avtal som »do not appear to have any significant beneficial effects and are entered into solely to restrict competition», vilket på ett bra sätt sammanfattar vilken sorts avtal det rör sig om och som gör att det knappast finns skäl att ifrågasätta ordningen.⁹⁴ Domstolens uttalande i *Consten Grundig* om förhållandet mellan syfte och effekt är något som återkommer gång efter annan i praxis, vilket ytterligare förstärker avgörandets betydelse.

Efter att ha jämfört *STM* och *Consten Grundig* kan man även dra vissa slutsatser angående vilken sorts avtal som domstolen i det här initiala skedet ansåg ha konkurrensbegränsande syfte respektive effekt. Väldigt förenklat kan man säga att avtalen företedde stora likheter, med den skillnaden att det i det senare fallet innehöll ett exportförbud, vilket gör det väldigt lätt att se hur domstolen använde sig av the rule of reason. Skälighetsbedömningen utsträckte sig till att omfatta och godkänna hela avtalet i *STM*, men domstolen markerade samtidigt i *Consten Grundig* att ett avtal innehållande

⁹³ *Consten Grundig*, s 342. Liknande formuleringar har därefter återkommit i en mängd olika avgöranden, se exempelvis mål **45/85**, *Verband der Sachversicherer e.V. mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1985, s 00009, punkt 39, mål **T-202/98**, **T-204/98** och **T-207/98**, *Tate & Lyle plc, British Sugar plc, Napier Brown & Co. Ltd mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 2001 s II-02035, punkt 72 samt mål **C-277/87**, *Sandoz prodotti farmaceutici SpA v Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1990, s I-00045, punkt 3.

⁹⁴ Faull & Nikpay, s 2.63.

klausuler som förhindrade parallellhandel inte kunde godkännas ens med the rule of reason.

Således, ett avtal som har ett konkurrensbegränsande syfte kan inte med en rule of reason-analys undvika att bli träffat av förbudet i artikel 81.1, eftersom den senare är en prövning av avtalets effekter. Dessa effekter skall emellertid i sin tur inte prövas om det framgår redan av syftet att avtalet är konkurrensbegränsande. Det gör att en skälighetsbedömning enligt the rule of reason aldrig blir aktuell.

Beroende på vilket perspektiv man betraktar det från kan man se olika på hur en avskärmning av nationella marknader skall behandlas, vilket framgår tydligt av de skilda åsikter som florerade friskt i Consten Grundig. Generaladvokat Roemer var exempelvis av åsikten att avtalet skulle tillåtas, eftersom det ökade konkurrensen. Uppenbart influerad av den amerikanska utvecklingen, ansåg han att det rätta tillvägagångssättet var att jämföra två marknadssituationer; utan och med avtalet, för att därigenom se i vilken mån och riktning det påverkade marknaden. Det viktiga var enligt generaladvokaten att en ny aktör gavs möjlighet att etablera sig på den franska marknaden och sett ur det perspektivet var förbudet mot parallellimport av mindre betydelse; en ny aktör ger också ökad konkurrens.

Men det som generaladvokaten däremot inte tog hänsyn till, och som domstolen lade ytterst stor vikt vid, var skapandet av den gemensamma marknaden, också nämnt i de inledande »Principerna» i Romfördraget, 3.1(g). Därför, att upprätta handelshinder längs med nationsgränserna må öka konkurrensen ur ett rent ekonomiskt perspektiv, men det går helt emot visionen om den gemensamma inre marknaden och för EG-domstolen var det sistnämnda det som skulle beaktas.

Den enda tveksamheten i *Consten Grundig* är dess förhållande till det i *STM* myntade begreppet, *appreciable effect* eller märkbar effekt, som skall användas som krav för att ett avtal strider mot artikel 81.1.⁹⁵ Saknas en märkbar effekt kan man inte använda artikel 81.1, eftersom avtalet i så fall inte är under dess tillämpningsområde. Men hur gör man i så fall med avtal som saknar märkbar effekt men som samtidigt har ett konkurrensbegränsande syfte? Som synes uppstår en kollision som domstolen till viss del löste i *Völk*, se nedan, men som även lämnade en del övrigt att önska.⁹⁶

4.3 De skilda analysmetoderna – ett stöd för en rule of reason?

Under den här rubriken kommer jag att gå igenom och kommentera de avgöranden som jag gick igenom i föregående kapitel för att se hur domstolen ständigt återkommer till *STM* och *Consten Grundig* när den utvecklade the rule of reason.

⁹⁵ För att ta reda på den eventuella effekten, ansåg domstolen i *STM* att man skulle jämföra två situationer; dels med avtalet i fråga, dels utan och utifrån det se om avtalets effekter var märkbara, se *STM* s 250.

⁹⁶ Se avsnitt 4.8.1 för ytterligare kommentarer kring problemet.

4.3.1 Marknadsanalys

I samband med det första av avgörandena som handlade om vikten av att göra en korrekt marknadsanalys, *Völk*, framkom ett par oklarheter i förhållandet till vad domstolen sade i *STM* och *Consten Grundig*.⁹⁷ Sett enbart mot bakgrund av dessa två fall kan det tyckas märkligt att ett avtal som, tre år efter *Consten Grundig*, innehöll bestämmelser som förhindrade just parallellhandel trots det inte ansågs strida mot artikel 81.1.

Jämför man *Völk* med *Consten Grundig* framgår det ganska tydligt att domstolens åsikt var att märkbar effekt var något som vägde tyngre än ett absolut territoriellt skydd. Frågan är emellertid vilka slutsatser man kan dra av *Völk*. Skall man tolka det bokstavligt, innebär det ju att avtal med prisfastställelse, marknadsuppdelning eller andra exempel på ytterst konkurrensbegränsande avtal, inte är förbjudna så länge de inte har en märkbar effekt på konkurrensen. Detta kan verka uppseendeväckande mot bakgrund av det som domstolen sade i *Consten Grundig* om gemenskapens mest grundläggande mål.

Vad man kan göra för att se hur domstolen bör ha resonerat, är att jämföra domstolens uttalande i *Völk* och *Consten Grundig* med det tankesätt som generaladvokat Roemers hade i det sistnämnda. Av detta framkommer att en ny aktör på en marknad, oavsett vilka medel eller metoder som krävs för att etablera sig, faktiskt ökar konkurrensen på den marknaden. Är samtidigt de konkurrensskadliga effekterna som avtalet ger upphov till, såsom förbud mot parallellhandel, inte märkbara, vilket de ju inte var i *Völk*, strider det inte heller mot visionen om den gemensamma marknaden. Ur det perspektivet är domstolens tillvägagångssätt inte lika iögonfallande, eftersom vad som gjordes var att den lät det betydelsefulla *Consten Grundig* stå tillbaka för något ännu viktigare, Principerna, och upprättandet av den gemensamma marknaden.

Den andra oklarheten är det tillvägagångssätt som domstolen använde sig av i *Völk*. Även här måste man ta i beaktande vad som sades i *STM* och *Consten Grundig*, och på så sätt se att dessa tre avgöranden inte riktigt hänger samman. Vad domstolen sade i det senare, och som den dessutom upprepat otal gånger efter det, var ju att:

»...[v]id tillämpningen av artikel 85.1 behöver de faktiska verkningarna av ett avtal inte beaktas om avtalets syfte är att begränsa, hindra eller snedvrída konkurrensen.»⁹⁸

Men det var ju precis vad som gjordes i *Völk*. Ett avtal med förbud mot parallellhandel ansåg domstolen som bekant i *Consten Grundig* ha som syfte att begränsa konkurrensen, vilket i sin tur innebar att någon marknadsanalys inte behövde göras. Detsamma borde gälla även i *Völk* med tanke på omständigheterna. Trots det gjorde domstolen en sådan analys;

⁹⁷ Mål 5/69, *Franz Völk mot SPRL Ets J Vervaecke*, REG 1969, s 00409.

⁹⁸ *Consten Grundig*, s 342.

utan den kunde domstolen inte ha kommit fram till att de konkurrensbegränsande effekterna inte var märkbara.⁹⁹

Skall man däremot ta det till en intäkt för en rule of reason, är avgörandet mycket mer användbart. Domstolen använde sig alldeles uppenbart av en rule of reason-analys i den betydelsen att den inte på ett abstrakt sätt ser enbart till avtalet utan gör en marknadsanalys i enlighet med *STM*. Den fortsatte även undersökningen, trots att delar av avtalet var av starkt konkurrensbegränsande natur. Via marknadsanalysen kom domstolen fram till, trots det absoluta territoriella skyddet, att avtalet inte på ett märkbart sätt hindrade konkurrensen och därför inte heller skulle förbjudas. Kontrasten mot Kommissionens tidiga syn på konkurrensbegränsning och den flexibilitet som domstolen visar, är tydliga exempel på hur den senare har använt sig av the rule of reason. Således, även om *Völk* innehåller en hel del motsägelser, kan det användas som ett stöd för en gemenskapsrättslig rule of reason.

För de andra två fallen som jag tog upp i föregående kapitel är det mindre oklarheter och de kan därför, på ett bättre sätt än *Völk* användas till stöd för the rule of reason. *Delimitis* var måhända till viss del väl kasuistiskt, men det visade trots allt hur domstolen lade vikt vid att avtalets omgivning analyserades innan man kan dra några slutsatser. Vad domstolen betonade i det här fallet var de specifika problem som finns för varje marknad vad gäller att som ny aktör etablera sig på den. Och därmed är det ytterligare en

⁹⁹ Vad som kan anföras till stöd för domstolens resonemang i *Völk*, är mål **C-306/96**, *Javico International och Javico AG mot Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP)*, REG 1998 s I-01983, där domstolen resonerade i liknande banor. Här var det fråga om ett absolut territoriellt skydd, men för områden som låg utanför gemenskapen, närmare bestämt för marknaderna i Ryssland, Ukraina och Slovenien. Avtalet för återförsäljarna i dessa länder såg ungefär likadana ut och var mycket tydliga med att någon vidareförsäljning av produkterna utanför respektive område var förbjuden. Domstolen sade emellertid i punkt 16 i domskälen med hänvisning till *Völk*:

»För att ett beslut, ett avtal eller en samverkan skall anses kunna påverka handeln mellan medlemsstater krävs att det med tillräcklig grad av sannolikhet, på grundval av rättsliga eller faktiska omständigheter, kan förutses att avtalet i fråga direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan inverka på *handelsflödet mellan medlemsstater*, på ett sådant sätt att det kan komma att *hindra förverkligandet av en gemensam marknad mellan medlemsstaterna*.» (min kurs)

Som synes är det även en i det närmaste identisk formulering som den i *STM*, s 249 *in fine*. Man kan även hänvisa till mål **22/71**, *Béguelin Import Co v SAGL Import Export*, REG 1971, s 00949, som trots att det var en begäran om förhandsbesked besvarades av domstolen med tydliga instruktioner, även här mot bakgrund av *STM*, hur artikel 81.1 skulle tolkas. Den sade i fallet, punkt 16-18, att:

»Finally, in order to come within the prohibition imposed by article 85, the agreement must affect trade between member states and the free play of competition *to an appreciable extent*. In order to establish whether this is the case, these factors must be considered in the light of the situation which would have existed but for the agreement in question.» (min kursivering)

Det följs sedan av en liknande uppräkningslista som i *STM*.

faktor som skall läggas till analysen av marknaden, nämligen inträdeskraven.

Bellamy & Child menar att domstolen i och med *Delimitis* skapade en tvåstegsmetod för att kunna göra en mer korrekt marknadsanalys. Jämfört med *STM* och *Völk* handlar det om en väsentlig utökning; i de två senare fallen valde domstolen att göra en enklare uppräkningsmetod av en mängd svårhanterliga faktorer som skulle tas hänsyn till. Enligt *Delimitis* krävs dels en undersökning av strukturen och karaktären på marknaden och hur svårt det är för nya aktörer att etablera sig, dels krävs en undersökning av huruvida de konkurrensbegränsande avtalsvillkoren står i samklang med de etableringshinder som undersöktes i första steget.¹⁰⁰ Både domstolen och förstainstansrätten har efter *Delimitis* använt sig av tvåstegsmetoden och man kan av den praxis som metoden gett upphov till dra slutsatsen att det vanliga är att exklusiva återförsäljningsavtal liknande det som var i *Delimitis*, blir godkända via den analysen som gjorts.¹⁰¹

Till viss del har resonemanget i *Delimitis* förlorat sin praktiska dimension i och med förordning 2790/1999, som undantar vertikala förhållanden där parterna har en marknadsandel som understiger 30 %. Bellamy & Child menar dock, vilket ändå betonar betydelsen av *Delimitis*, att gruppundantaget har gjort att de avtal som där undantas automatiskt annars hade behövt genomgå undersökningen enligt *Delimitis* och där, med största sannolikhet, passerat. Likadant anser de att det vore i det motsatta fallet; har ena parten en marknadsandel som överstiger 30 %, är sannolikheten liten att en marknadsanalys enligt *Delimitis* hade lett till något annat resultat än att avtalet hade varit i strid med artikel 81.1.¹⁰²

Gruppundantaget gör således att de praktiska konsekvenserna och domstolens beskrivning av vad som skall inkluderas, numera är högst begränsade. Men fallet visar ändå på ett tydligt sätt hur domstolen utökade the rule of reason, till att efter *Delimitis* innebära en invecklad marknadsanalys. Även här kan den som så vill hitta spår av det strikt ekonomiska synsätt som Roemer använde; nya aktörer på en marknad innebär en ökad konkurrens. Detta var domstolen givetvis medveten om, och försökte utefter det väga de konkurrensbegränsande delarna av avtalet i *Delimitis* mot målet om den gemensamma marknaden, och kom i slutändan fram till att dessa trots allt gick att förena med varandra.

Det tredje avgörandet i kategorin, *European Night Services*, har lämnat sitt största bidrag till rättsutvecklingen genom att på ett ovanligt klart sätt göra en distinktion mellan de avtal som kan underkastas en rule of reason-analys

¹⁰⁰ I de här delarna av domskälen använder sig domstolen av en mängd svepande och vaga formuleringar som att hänsyn skall tas till »marknadens mättnadsgrad och konsumenternas trohet mot de befintliga varumärkena». Dessa och liknande formuleringar och den terminologi som används gör att *Delimitis* får ett skimmer av ad hoc-resonemang, vilket gör att dess praktiska dimension förminskas avsevärt.

¹⁰¹ Se exempelvis mål C-393/92, *Commune d'Almelo m fl mot NV Energiebedrijf Ijsselmij*, REG s I-00089, punkt 37.

¹⁰² Bellamy & Child, s 2-079. Där påpekas också att man givetvis kan godkänna exempelvis ett vertikalt leveransavtal, även om marknadsandelen överstiger 30 %, men att man måste gå den komplicerade omvägen via *Delimitis*.

och de som inte kan det.¹⁰³ Förstainstansrätten gjorde i och med avgörandet klart, i likhet med *Consten Grundig*, att i de fall avtalets syfte är konkurrensbegränsande, finns det inget behov av att även undersöka effekterna.¹⁰⁴ Rätten underströk även vikten av att undersökningen av marknaden måste ske utefter de relevanta omständigheter som råder, och att en individuell bedömning måste göras, vilket i det här fallet beskrevs som att frågan om avtalet faller under förbudet i artikel 81.1:

»... skall bedömas mot bakgrund av det konkreta sammanhang i vilket avtalet har sin verkan, och särskilt det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket de berörda företagen är verksamma, de tjänster som avses i detta avtal samt strukturen av och de faktiska villkoren på den berörda marknaden».¹⁰⁵

Detta gör att det rimligen är ytterligare ett steg bort från Kommissionens teoretiskt baserade syn av vad som skall anses vara en begränsning av konkurrensen, till förmån för en mer nyanserad, om än komplex bild. Rätten gjorde även klart att de fall som inte kan godkännas med hjälp av the rule of reason, istället skall bedömas enligt artikel 81.3 för att om möjligt bli godkända.¹⁰⁶

Avgörandet är viktigt i det här sammanhanget eftersom det är en fortsättning av den dualism som, med vissa inskränkningar, har rått ända sedan *Consten Grundig*; att inte alla avtal skall vara föremål för en prövning enligt the rule of reason. Förstainstansrätten exemplifierade det på ett tydligt sätt genom att betona att den utförliga marknadsanalys som den beskriver, *inte* skall göras för de avtal som innehåller uppenbara konkurrensbegränsningar. Även om terminologin inte är identisk med den i *Consten Grundig*, bör man ändå kunna dra slutsatsen att rätten talar om avtal som har ett konkurrensbegränsande syfte.

Uppdelningen som förstainstansrätten gjorde mellan dessa två avtalstyper, visar även de processuella fördelar det innebär att diskvalificera vissa avtal bara på grund av deras syfte. Som framgår ovan, är det en ingående marknadsanalys som skall göras, och att undkomma en sådan är givetvis underlättande för både domstolar och konkurrensmyndigheter.

¹⁰³ Förenade målen **T-374/94**, **T-375/94**, **T-384/94** och **T-388/94**, *European Night Services Ltd (ENS)*, *Eurostar (UK) Ltd*, tidigare *European Passenger Services Ltd (EPS)*, *Union internationale des chemins de fer (UIC)*, *NV Nederlandse Spoorwegen (NS)* och *Société nationale des chemins de fer français (SNCF) mot Europeiska kommissionen*, REG 1998, s II-03141.

¹⁰⁴ Op cit, punkt 136.

¹⁰⁵ Loc cit.

¹⁰⁶ Rätten tar som exempel avtal som innehåller uppenbara konkurrensbegränsningar, till exempel fastställande av priser, uppdelning av marknader eller kontroll över marknader, punkt 136, och det påminner som synes om den uppräknings som gjordes i avsnitt 3.6 ovan.

4.3.2 Konkurrensbegränsningar i avtal vilka främjar konkurrensen

För den här gruppen av avtal och avgöranden finns fler likheter med den amerikanska utvecklingen än med den tidigare gruppen. Supreme Court hade länge en mer strikt syn på hur rule of reason-analysen skulle göras, och därför inkluderade Supreme Court ogärna andra faktorer än sådana som typiskt sett var nära knutna till själva avtalet. Gemensamt för alla de avgöranden som tas upp här är att domstolen sagt att avtalen förvisso innehåller delar som begränsar konkurrensen i olika hög grad men att de för den sakens skull, av olika anledningar, inte av sig själva faller under förbudet i artikel 81.1.

I *Metro* framkom en hel del grundläggande aspekter av hur den här sortens avtal skall behandlas.¹⁰⁷ En grundläggande, tidigare obesvarad fråga som var aktuell i *Metro* var i vilken mån ett avtal kan tillåtas innehålla konkurrensbegränsande delar, vilka inte kan separeras från det övriga avtalet utan att det huvudsakliga syftet går förlorat. Domstolens sak var därför att bedöma huruvida de inskränkningar i sitt distributionssystem som SABA hade, var nödvändiga för att helheten skulle fungera. Att göra en nödvändighetsbedömning är emellertid inte något som låter sig göras särdeles enkelt, utan det var en mängd faktorer som domstolen var tvungen att ta hänsyn till.

Domstolen återkom till den gemensamma marknaden och att vikt skulle läggas vid bedömningen huruvida ett avtal skulle anses strida mot artikel 81.1 eller inte. Den påpekade i den andan att priskonkurrens förvisso var viktig, men inte det enda konkurrensmedlet. Samtidigt hänvisade domstolen till en nationell marknad där det också förekommer annan konkurrens än priskonkurrens. Därför var det inte orealistiskt att anse att inte samma situation skulle kunna råda inom den gemensamma marknaden. Under förutsättning att distributörerna valdes utefter objektiva kriterier, vilket domstolen ansåg hade skett i det här fallet, stod distributionssystemet inte i strid med artikel 81.1 och således inte heller i strid med målet om den gemensamma marknaden. Och återigen kan man se att domstolen, medveten om att en ny aktör på marknaden, på ytterligare ett sätt kommer fram till att avtalet är tillåtet, eftersom det faktiskt ökar konkurrensen. Det som kan sägas vara en nackdel i avgörandet är att det till viss del framstår som ett ad hoc-avgörande, eftersom domstolen inte gjorde några försök att på ett mer generellt sätt måla upp och beskriva ett nödvändighetskriterium, inte heller hur det skulle tolkas i andra sammanhang.

Domstolen använde sig även av det synsätt som skapades i *STM* när den ansåg att vissa delar av SABAs avtal stred mot artikel 81.1. Där framträder det, på ett imponerande sätt, hur domstolens nya analysmetod, skapat i *Metro*, förenas med den gamla från *STM* men även med fragment av *Consten Grundig*. I det senaste var det ju en fristående del av ett avtal som lätt kunde avskiljas och därför förbjöds bara den delen, enligt den relation mellan 81.1 och 81.2 som framkom i *STM*. Likadant gjorde domstolen i

¹⁰⁷ Mål 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co KG mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1977, s 00431.

Metro med de begränsningar som den inte ansåg vara nödvändiga.¹⁰⁸ Men i *Metro* fanns det även begränsningar som avtalet inte klarade sig utan, utan att det huvudsakliga syftet hade gått förlorat, och angående dessa sade domstolen därför att de inte utgjorde något som var förbjudet enligt artikel 81.1.

Slutligen, kan *Metro* användas som stöd för en europeisk rule of reason under artikel 81.1? Även om svaret, liksom i tidigare och senare fall, inte är odelat jakande så är det i alla fall ett tydligt tecken på att domstolen inte godtog den strikta och mekaniska tolkning av artikel 81.1 som Kommissionen gjort till sin egen. Det förekom en grundlig undersökning av avtalet och dess konkurrensbegränsande klausuler för att se hur dessa interagerar med dem som främjar konkurrensen. Det är även givetvis ett stöd att man kan finna resonemang som påminner om två *locus classicus* avseende the rule of reason i artikel 81.1, *STM* och *Consten Grundig*.¹⁰⁹

Fallet *Nungesser* är även det ett tecken på att domstolen använde sig av the rule of reason.¹¹⁰ Domstolen började med att förklara, i likhet med *STM* och tvärtemot Kommissionens uppfattning, att en exklusiv licens inte kunde anses av sig själv falla under artikel 81.1. Redan den omständigheten att domstolen ger sig i kast med att bedöma avtalet utefter en mer ingående undersökning, tydde på att den letade efter vägar att godkänna det trots det konkurrensbegränsande innehållet. Man kan således ännu en gång tänka sig att domstolen var medveten om hur viktigt det var att få in nya aktörer på befintliga marknader och, i det här fallet, vilken viktig roll licenser och licensgivning spelade för möjligheten till etablering.

Avgörandet tas upp här, mycket på grund av att det resonemang som domstolen förde, till stora delar påminner om det som fördes i *Metro*, i alla fall vad gäller det nödvändiga i att inkludera vissa konkurrensbegränsande klausuler. I *Nungesser* ansåg således domstolen att den exklusiva licensen var en förutsättning för att sprida ny teknologi, tidigare okänd på marknaden. Att förbjuda en av de få möjligheter som stod till buds, vore i allra högsta grad kontraproduktivt.

Inte blir domstolens domskäl mindre logiska när den återkommer till sin egen konkurrensrättsliga grundpelare, *Consten Grundig*, och indirekt även *STM*, och gav Kommissionen medhåll angående de delar av licensavtalet som var till för att upprätthålla ett absolut territoriellt skydd. Domstolen

¹⁰⁸ Det som domstolen inte ansåg vara nödvändiga beståndsdelar var exempelvis att göra extra reklam för SABAs produkter eller att uppnå vissa försäljningsmål.

¹⁰⁹ Se även mål **108/82**, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1983, s 00287, där domstolen, med hjälp av metoden som hade skapats i *Metro*, underkände sökandenas selektiva distributionsystem och ansåg att det stred mot artikel 81.1; »En begränsning av priskonkurrensen bör emellertid betraktas som en del av varje selektivt distributionsystem (...). Denna begränsning uppvägs av konkurrens på den servicekvalitet som erbjuds kunderna, vilken normalt inte skulle vara möjlig utan en skälig vinstmarginal som gör det möjligt att bära de högre omkostnaderna för dessa tjänster. Det är således tillåtet att upprätthålla en viss prisnivå, men endast i den mån det klart kan motiveras av kraven på ett system där konkurrensen fortsatt skall kunna fylla sin funktion enligt fördraget.» (min kursivering) Dock uppfyllde inte sökandena kraven, utan deras distributionsystem var snarare präglad av att en så stor del av det högre priset, skulle tillfalla återförsäljarna, se punkt 42f.

¹¹⁰ Mål **258/78**, *LC Nungesser KG and Kurt Eisele v Commission of the European Communities*, REG 1982, s 02015.

ansåg att dessa av sig själva föll under förbudet i artikel 81.1, eftersom ett sådant skydd »results in the artificial maintenance of separate national markets, contrary to the treaty.»¹¹¹ Om man skall sammankoppla det här stycket med vad domstolen sade i *Metro*, framgår det tydligt att domstolen inte ansåg att de klausuler som gav ett absolut territoriellt skydd var nödvändiga för att den exklusiva licensen skulle fungera. Istället var ett sådant skydd enbart något som var till nackdel för konkurrensen och inte minst målet om den gemensamma marknaden.

Men kan *Nungesser* användas som ett stöd för the rule of reason? Ja, det finns i *Nungesser*, som även sades i början av genomgången, klara tendenser till att domstolen använde sig av någon form av skälighetsregel. Iakttagandet blir än tydligare eftersom domstolen hämtade stöd från både *Consten Grundig* och *STM*, och det finns därför ingen anledning att inte se det som ett stöd för the rule of reason. Vad man kan säga är att domstolen fogar ytterligare ett slags avtal, den här gången en exklusiv licens, till den avtalsgrupp som förvisso är konkurrensbegränsande, men ändå inte faller under artikel 81.1.

Samtidigt skall det avslutningsvis påpekas att den praktiska betydelsen av *Nungesser* och dess distinktion mellan öppna och stängda licenser numera är av akademiskt intresse, mot bakgrund av det gruppundantag för tekniköverföring som infördes 1996.¹¹²

För det sista avgörandet, *Pronuptia*, hamnade domstolen till viss del i samma trångmål som i *Nungesser* eftersom den även här skulle bedöma lagligheten av ett avtal som innehöll klausuler som kan få de mest uppenbara konkurrensbegränsande följder, nämligen ett absolut territoriellt skydd, med exempelvis stopp för parallellhandel. Para det med ett instrument för expansion, franchiseavtal, vars användbarhet och framgång är välkänd men som ofta innehåller dessa konkurrensbegränsande klausuler, så inses det lätt att domstolen hamnade i bryderier i enlighet med devisen: »great cases, like hard cases, make bad law».¹¹³ Och det framgår ganska tydligt att domstolen i fallet inte riktigt lyckades slutföra hela argumentationen, utan det uppstod diverse luckor längs vägen men trots det

¹¹¹ *Nungesser*, punkt 61. Domstolen återkom i ett senare avgörande, mål **27/87**, *SPRL Louis Erauw-Jacquery mot Société coopérative La Hesbignonne*, REG 1988 s 01919, till samma omständigheter, licensavtal för specialutvecklat spannmål, och ansåg då att en licens, under vissa specifika förutsättningar, inte föll under förbudet i artikel 81.1. Dock innehöll samma avtal även bestämmelser om minimipriser, vilket domstolen bestämt avfärdade och ansåg att de hade som syfte och effekt att begränsa konkurrensen på den gemensamma marknaden, se punkt 15. Förutom att domstolen fastställde det som sades i *Nungesser* kan man tycka, mot bakgrund av *Consten Grundig*, att det var lite märkligt att den sade att vissa delar av avtalet hade både konkurrensbegränsande syfte och effekt och grumlade därmed delvis den dualism som rätt och fortfarande råder mellan syfte och effekt.

¹¹² Se 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, Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr L 031, 09/02/1996 s 0002 - 0013, numera upphävd och ersatt av Kommissionens förordning (EG) nr **772/2004** av den 27 april 2004 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om tekniköverföring, Europeiska unionens officiella tidning nr L 123, 27/04/2004 s 0011 - 0017.

¹¹³ Se dissidenten, domare Holmes, i *Northern Securities Co v United States*, 193 US 197, 400-411 (1904).

lyckas domstolen att bygga vidare på gammal praxis och även att utveckla den.¹¹⁴

Domstolens resonemang syntes även här som att det fördes mot bakgrund av the rule of reason, och det kan dessutom spåras till *STM*, vilket medför att även *Pronuptia* rimligtvis stöder förekomsten av en sådan regel. Domstolen inledde, i likhet med många av de fall som nämnts här, med att påpeka att franchiseavtalet inte av sig själv utgjorde en begränsning av konkurrensen, för att sedan komma in på bedömningen av vilka klausuler i det som var nödvändiga, det vill säga i samma anda som *Metro* och *Nungesser*. Det var ju uppenbart för domstolen att om alla de konkurrensbegränsande klausulerna skulle förbjudas, hade det lett till att hela syftet med franchising gått förlorat, och i det framträder tydligt nödvändighetskravet. De avtal som var av den mer oskyldiga sorten lät domstolen passera. Problemen infann sig först i och med att den skulle bedöma de klausuler som gav upphov till en avskärmning av geografiska områden. Eftersom avtalen påverkade konkurrensen på ett märkbart sätt, var dessa klausuler inte något som domstolen kunde tillåta och i enlighet med *Consten Grundig* sade den att ett sådant territoriellt skydd inte kunde tillåtas; territoriella skydd av den sorten motarbetade målet om den gemensamma marknaden.

Det resonemang som domstolen förde i *Pronuptia* påminner som sagt en hel del om det som fördes i *Nungesser*, eftersom domstolen i båda fall tog sin utgångspunkt i avtalen som helhet, och då kom fram till att de inte stred mot artikel 81.1. Men sedan är det lite osäkert åt vilket håll domstolen valde att gå. Vissa åsikter i doktrinen menar att *Pronuptia*, tillsammans med det samtida *Remia*, var ett av de första stegen inom den gemenskapsrättsliga utvecklingen av en doktrin om ancillary restraints eller accessoriska begränsningar.¹¹⁵ Vad domstolen gjorde i *Pronuptia* var att anse att vissa av de konkurrensbegränsningar som fanns i franchiseavtal var accessoriska i förhållande till det huvudsakliga avtalet och därför kunde tillåtas. Däremot var inte det territoriella skyddet av begränsad betydelse, utan det ansågs stridande mot artikel 81.1.

Något som bör uppmärksammas här är den betydelse som domstolen gav omständigheten att *Pronuptia* var ett känt varumärke, det vill säga samma påpekande som gjordes i *Consten Grundig* men som saknades i *STM* och *Nungesser*. Och man ställer sig då givetvis frågan vilken betydelse för den konkurrensrättsliga bedömningen det har att ett varumärke redan är känt. Antagligen har det att göra med de omständigheter som kretsar kring etableringen av en produkt eller ett varumärke på en ny marknad, och att man i sådana fall måste ta hänsyn till hur känt varumärket är sedan tidigare och anpassa bedömningen efter det. En sådan diskussion kan ju även skönjas i *Delimitis* där samspelet mellan etableringssvårigheterna på en

¹¹⁴ Man kan se det som ett tecken på att många av de besvärliga metoder som presenterats av domstolen, senare kom att ersättas av gruppundantag för att underlätta hanteringen. Så skedde till exempel med de minimis-doktrinen från *Völk* och även bedömningen i *Nungesser* och *Pronuptia* har kommit att ersättas av gruppundantag, varav det senare har uppgått i det allmänna gruppundantaget för vertikala avtal.

¹¹⁵ Se mål **42/84**, *Remia BV m fl mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1985, s 00277.

marknad och konkurrensbegränsningarna i avtalet som används för att komma in på sagda marknad, intar en central position i domstolens resonemang.

En fråga som också kan diskuteras och som inte har fått någon lösning via praxis, är givetvis var gränsen skall läggas, och vad utfallet hade blivit i *Pronuptia* om det inte hade varit ett känt märke. Rimligtvis hade domstolen medgett mer konkurrensbegränsande klausuler, men det framstår tydligt vilka oklarheter det medför att bedöma huruvida en viss aktör är känd eller inte och vilken hänsyn som skall ges till den omständigheten. Bellamy & Child anser att bedömningen troligtvis inte skulle ha blivit densamma om varumärket inte varit känt, men att det i allra högsta grad är osäkert vad som gäller.¹¹⁶

Mot bakgrund av *STM*, *Consten Grundig* och *Nungesser* borde emellertid slutsatsen kunna dras, att en nyetablering är svårare för ett okänt märke och att det därför är mer befogat att avtalen i dessa fall innehåller en större andel konkurrensbegränsande klausuler. I *Nungesser* förde domstolen ett resonemang om svårigheterna för olika aktörer att ta till sig och pröva andra sorters teknologi än de som redan existerar, något som gör det befogat att ha en hel del konkurrensbegränsande klausuler i avtalet.¹¹⁷ Ett liknande resonemang saknas, och skulle troligen inte alls godtas, för företag som är kända eller till och med mycket kända på marknaden.¹¹⁸ Det borde också kunna fastställas med säkerhet, att oavsett hur okänt varumärket eller produkten är, kan klausuler som underlättar etablering men som samtidigt innebär stopp för parallellhandel aldrig tillåtas, vilket även framgår av en »samkörning» av *Consten Grundig*, *Nungesser* och *Pronuptia*.

4.4 Métropole – avståndstagande från en rule of reason?

Förstainstansrätten och dess dom i *Métropole* var, och är fortfarande, det mest tydliga avståndstagandet som gemenskapsdomstolarna har gjort från the rule of reason i europeisk konkurrensrätt.¹¹⁹ Därför kommer avgörandet att undersökas grundligt mycket på grund av att det var ett så pass djärvt uppbrott med dåvarande praxis. På så sätt framkommer att förstainstansrätten må ha ansett att the rule of reason inte finns i artikel 81.1, men skälen därtill liksom argumentationen bär inte vid en mer ingående granskning.

Mot bakgrund av den argumentation som förstainstansrätten förde, att med två skäl avslå sökandens överklagan, kommer jag att syna rättens motivering och därifrån utröna huruvida *Métropole* egentligen var den slutpunkt för

¹¹⁶ Bellamy & Child, s 2-093.

¹¹⁷ *Nungesser*, punkt 58.

¹¹⁸ *Pronuptia*, punkt 24 med hänvisning till *Consten Grundig*.

¹¹⁹ Mål T-112/99, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom och Télévision Française 1 SA (TF1) mot Europeiska kommissionen*, REG 2001 s II-02459.

diskussionen om förekomsten av en gemenskapsrättslig skälighetsregel, som har påståtts i doktrin.¹²⁰

4.4.1 Rättspraxis

Förstainstansrätten var väldigt precis när den hänvisade till dels sin egen praxis, dels tidigare praxis från EG-domstolen. Dessa olika avgöranden användes sedan som argument för att domstolen och förstainstansrätten ställt sig tveksamma till en rule of reason i den europeiska konkurrensrätten. Men vad är det egentligen som den hänvisar till och vad är det i dessa avgöranden som talar för rättens uppfattning? Vid en närmare granskning inser man att den praxis som förstainstansrätten hänvisar till, långt ifrån är lika enhetlig och klar som den gör gällande utan vad rätten har gjort är snarare en förenkling och generalisering av antal avgöranden, allt för att passa dess egen sak bättre.

Det första avgörande som förstainstansrätten hänvisade till är EG-domstolens dom i *Montecatini*-avgörandet.¹²¹ Men vad EG-domstolen sade där är svårt att använda som argument för någondera sidan, såvida man inte ger sig i kast med att tolka domskälen *e contrario*, eller att på annat sätt försöka tolka vad domstolen *inte* sade, vilket bör undvikas. I den punkt i domskälen som förstainstansrätten hänvisade till, sade EG-domstolen att:

»...[i] detta sammanhang räcker det att konstatera att även för det fall att 'the rule of reason' kan anses ingå i artikel 85.1 i fördraget, kan denna princip i intet fall medföra att nämnda bestämmelse inte är tillämplig i fall då producenter som står för nästan hela gemenskapsmarknaden deltar i en samverkan och kommer överens om målpriser, produktionsbegränsningar och fördelning av marknaden.»¹²²

Som synes sade EG-domstolen inte att en skälighetsregel inte fanns, men den sade samtidigt inte heller att den faktiskt fanns, och således, vilket framstår som alldeles uppenbart, kan uttalandet svårligen användas till stöd för att the rule of reason inte finns. Vad domstolen sade om the rule of reason var att den inte kunde *användas*, vilket snarare talar för att den skulle finnas; det blir annars svårt att använda något som inte finns. Därför, att använda uttalandet till stöd för än den ena, än den andra sidan verkar tämligen fruktlöst. Jag kan inte läsa uttalandet på ett annat sätt än att EG-domstolen ansåg att förfarandet var av sådan allvarlig karaktär att det över huvud taget aldrig var aktuellt att göra en skälighetsbedömning. Istället ansåg domstolen att det var fråga om ett avtal eller samverkan som hade ett konkurrensbegränsande syfte. Oavsett dess eventuella konkurrensfrämjande

¹²⁰ Se Pietro Manzini, *The European Rule of Reason – Crossing the Sea of Doubt*, I: *European Competition Law Review*, 2002, s 392-399 och för svenskt vidkommande Ulf Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1; konkurrensrätten och marknadsekonomin rättsliga grundvalar*, Stockholm 2005, s 127.

¹²¹ Mål C-235/92, *Montecatini SpA mot Europeiska kommissionen*, REG 1999 s I-04539.

¹²² Op cit, punkt 133.

effekter, vilka rimligtvis var ytterst begränsade, var syftet med avtalet att begränsa konkurrensen och därför i strid med artikel 81.1.

Det räcker i sammanhanget att hänvisa till vad domstolen sade i *Consten Grundig* och placera det i det sammanhang där *Montecatini* verkade, för att inse att avtalets syfte var att begränsa konkurrensen och att effekterna av det, det vill säga där the rule of reason eventuellt skulle ha använts, inte skall undersökas.¹²³ Snarare kan *Montecatini* tolkas som om domstolen med rätta använde sig av den sedan *Consten Grundig* etablerade åsikten, rekapitulerad av förstainstansrätten i *European Night Services*, att det görs en klar åtskillnad mellan de avtal som kan underkastas en prövning enligt the rule of reason och de som inte kan det. *Montecatini* tillhörde uppenbarligen den senare gruppen.¹²⁴

Nästa avgörande som förstainstansrätten ansåg peka på avsaknaden av the rule of reason är dess egen dom i *Montedipe*-avgörandet.¹²⁵ Liksom i det föregående avgörandet, *Montecatini*, ansåg rätten att vad som sades i *Montedipe* talar mot förekomsten av the rule of reason inom gemenskapens konkurrensrätt. Men vad förstainstansrätten sade i *Montedipe* är i mångt och mycket detsamma som EG-domstolen sade i *Montecatini*, nämligen att det inte är klarlagt om det finns en skälighetsregel men att den, *oavsett sin eventuella existens*, inte kunde ha använts i det aktuella fallet, eftersom avtalet hade ett konkurrensbegränsande syfte. I en fråga om den sortens agerande, hade det aldrig varit aktuellt med en prövning enligt the rule of reason, vilket som nämnts ovan är den stora förtjänsten med att ha ett antal avtalstyper som kan förbjudas bara på grund av deras syfte. Domstolen slipper i de fallen göra de oftast stora och tidskrävande utredningar som krävs för att visa ett avtals konkurrensfrämjande och -hämmande effekter, liksom deras funktion och samspel.

Förstainstansrätten sade således i *Montedipe* att redan *syftet* med avtalet och förfarandet var konkurrenshämmande, varför resultat var irrelevant att undersöka, helt enligt metoden från *Consten Grundig*;

»It should be recalled that the Commission has proved (...) that the agreements and concerted practices held to have existed had an *anti-competitive object* for the purposes of Article 85(1) of the EEC Treaty. (...) Furthermore, the fact that the infringement of Article 85(1) of the EEC Treaty, in particular subparagraphs (a), (b) and (c), is a clear one precludes the application of a rule of reason, assuming such a rule to be applicable in Community competition law, since in that case it must be regarded as an infringement *per se* of the competition rules.»¹²⁶ (min kursivering).

Som synes ledde de i det närmaste identiska konkurrensrättsliga förutsättningarna i *Montecatini* och *Montedipe*, också till i det närmaste

¹²³ *Consten Grundig*, s 342.

¹²⁴ *European Night Services*, punkt 136.

¹²⁵ Mål T-14/89, *Montedipe SpA v Commission of the European Communities*, REG 1992 s II-01155.

¹²⁶ Op cit, punkt 264f.

identiska domskäl. I båda fallen rörde det sig om avtal eller förfaranden som var så konkurrenshämmande att de tillhörde den grupp som har ett förbjudet, konkurrensbegränsande syfte. En rule of reason-analys är därmed både onödig och, inte minst mot bakgrund av tidigare praxis, direkt felaktig. Om det framgår att syftet är konkurrensskadligt, finns det inget behov av att även undersöka effekten, och det är ju först i det skedet som en eventuell skälighetsbedömning görs.¹²⁷ Således kan man i likhet med föregående fall, om man vill påvisa förekomsten av the rule of reason, vända på *Montedipe* och, i motsats till vad förstainstansrätten gjorde i *Métropole*, använda det som ett argument *för* the rule of reason. Uttalandet i det förra avgörandet tyder ju på att förstainstansrätten gjorde en tydlig distinktion, som senare återkom i *European Night Services*, mellan de avtal som var förbjudna bara på grund av syftet, och de som kan genomgå en skälighetsbedömning. I *Montedipe* används dessutom termen *per se*, vilket inte hör till vanligheterna att någon av gemenskapsdomstolarna gör.

Det sista fallet som förstainstansrätten byggde sin argumentation på är *Tréfilunion*, från 1995.¹²⁸ I samma anda som de två tidigare refererade avgörandena var det fråga om ett förfarande som hade ett konkurrensbegränsande syfte, vilket också förstainstansrätten med rätta påpekade. Således har vi återigen att göra med ett avtal vars syfte är konkurrensbegränsande, och det finns därför inte heller någon användning av the rule of reason. Förstainstansrättens domskäl i *Tréfilunion*, som i dess svenska översättning är ett i det närmaste direkt citat från *Montedipe*, lyder:

»Det skall för övrigt understrykas att den uppenbara naturen av överträdelsen av artikel 85.1 i fördraget och i synnerhet av punkterna a) och c) i denna i varje fall utesluter tillämpningen av en »skälighetsregel», även om en sådan regel skulle kunna tillämpas inom ramen för gemenskapernas konkurrensrätt, eftersom överträdelsen i så fall bör betraktas som en *överträdelse per se* av konkurrensreglerna.»¹²⁹ (min kursivering)

Mot bakgrund av de tre avgöranden som refererats ovan, kan sammanfattningsvis sägas att förstainstansrätten till viss del hade rätt när den sade att det är oklart om det finns en rule of reason i gemenskapens konkurrensrätt. Men oklarheten bestod knappast i förekomsten, utan i det faktum att den inte kan målas upp utifrån en enkel definition. Snarare har the rule of reason använts som en generell metod från EG-domstolens sida för att på olika sätt kunna tillåta avtal, trots att de innehåller vissa konkurrensbegränsningar.

Förstainstansrättens skäl till att the rule of reason inte fanns och hänvisningarna till tidigare praxis var, som visats ovan, inte alls så

¹²⁷ För omväxlingens skull kan man hänvisa till annan praxis än *Consten Grundig*, som exempelvis mål **45/85**, *Verband der Sachversicherer eV mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1987 s 00009, punkt 39 och mål **C-199/92**, *Hüls AG mot Europeiska kommissionen*, REG 1999, s I-04287, punkt 164.

¹²⁸ Mål **T-148/89**, *Tréfilunion SA mot Europeiska kommissionen*, REG 1995 s. II-01063.

¹²⁹ Op cit, punkt 109.

självklara som rätten ansåg dem vara. Vad rätten hänvisade till var istället tre avgöranden som med mindre avvikanden sade samma sak, nämligen att det inte skall göras en rule of reason-analys om syftet är konkurrenshämmande. Då skall istället avtalet eller förfarandet anses vara förbjudet enbart mot bakgrund av det syftet, eftersom det är av sådan stark konkurrensbegränsande natur. De tre rättsfall som hänvisats till tyder istället på att domstolen i det ena och förstainstansrätten i de två andra har gjort en bedömning enligt *Consten Grundig*; att det inte skall göras någon undersökning, må det så vara en rule of reason-undersökning men även andra sorters, om redan syftet med avtalet strider mot artikel 81.1.

4.4.2 Förhållandet mellan 81.1 och 81.3

Förstainstansrättens andra skäl till att underkänna sökandenas tolkning av artikel 81.1 som innehållande the rule of reason, var att regeln var svårförenlig med det sätt på vilket hela bestämmelsen är uppbyggd, och vad rätten syftade på var förhållandet mellan artikel 81.1 och 81.3 och deras respektive tillämpningsområden.¹³⁰ Förstainstansrätten sade, angående artikel 81.3, att:

»En avvägning mellan ett avtals konkurrensbefrämjande respektive konkurrensbegränsande konsekvenser får enbart göras inom de klara gränserna för denna bestämmelse.»¹³¹

Vad rätten menade var att artikel 81.3, med dess formulering att avtal »som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande», visar att syftet med *hela* artikel 81 är att avtal som innehåller konkurrensbegränsande delar ändå skall kunna tillåtas, men inte enligt 81.1 utan enligt 81.3. Det är således inom artikel 81.3 som en rule of reason-bedömning, av någon sort, får och skall göras. Om en sådan avvägning skulle göras redan i artikel 81.1, skulle enligt rätten 81.3 förlora en stor av sin ändamålsenliga verkan. Att både EG-domstolen och förstainstansrätten hade gjort så i tidigare avgöranden visade enligt rätten att dessa var en del av en allmän tendens att inte se avtalen enbart på ett teoretiskt sätt, utan snarare betonar praxis vikten av att sätta in avtalet i dess rätta kontext, för att på så sätt fastställa dess förenlighet eller oförenlighet med fördraget.¹³² Det är enbart med en tolkning i enlighet med förstainstansrättens som hela artikel 81 får sin ändamålsenliga verkan tillgodosedd, och därför skall en avvägning mellan ett avtals positiva respektive negativa verkningar för konkurrensen göras *enbart* i artikel 81.3, och *inte* i artikel 81.1.

Förstainstansrätten hänvisade också till en del praxis angående samspelet mellan artikel 81.1 och 81.3 men det var, liksom i det tidigare avsnittet, en tämligen generaliserande bild som förstainstansrätten målade upp.¹³³

¹³⁰ *Métropole*, punkt 73.

¹³¹ Op cit, punkt 74.

¹³² Op cit, punkt 76.

¹³³ De avgöranden som rätten hänvisade till är förutom de redan omtalade *Pronuptia*, *European Night Services*, även mål C-399/93, *H. G. Oude Luttikhuis m fl mot Verenigde*

Återigen verkar rätten ha en benägenhet att förenkla det som domstolen tidigare sagt. Rätten hänvisade exempelvis till punkt 24 i *Pronuptia*, där EG-domstolen sade angående bestämmelsen i franchiseavtalet som förbjöd franchisetagaren att öppna en andra butik:

»Bestämmelsens verkliga räckvidd framgår om den ställs mot franchisegivarens åtagande gentemot franchisetagaren om att garantera honom ensamrätt att inom ett visst område använda varukännetecknet. (...) När bestämmelser av detta slag ställs mot varandra leder det till en viss uppdelning av marknaden mellan franchisegivaren och franchisetagarna eller mellan franchisetagarna, vilket således begränsar konkurrensen inom distributionsnätet. Såsom framgår av [*Consten Grundig*] utgör denna typ av restriktion en konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 85.1 om den avser ett varukännetecken som redan är mycket spritt. Det är visserligen möjligt att en presumtiv franchisetagare inte skulle ta risken att ansluta sig till distributionskedjan (...) om han inte, tack vare ett visst skydd mot konkurrens från franchisegivaren och andra franchisetagare, kunde förvänta sig att hans affärsverksamhet skulle bli lönsam. Denna omständighet kan emellertid bara vara av betydelse vid en eventuell prövning av avtalet med hänsyn till villkoren i artikel 85.3.»

Det framgår av utdraget, med dess hänvisning till *Consten Grundig*, att vad som diskuterades av domstolen i passagen var risken som fanns att vissa av klausulerna i franchiseavtalet tillsammans gav upphov till en avskärmning av geografiska marknader. Avtal med liknande innehåll har ju alltsedan *Consten Grundig* ansetts förbjudna på grund av deras *konkurrensbegränsande syfte*, och har således ingenting med avvägningar av positiva eller negativa följder för konkurrensen, vilket var det som förstainstansrätten diskuterade. En sådan marknadsuppdelning som eventuellt skulle bli följden av bestämmelserna i *Pronuptias* franchiseavtal, hade därför inte kunnat accepteras under den artikel där bedömningen gjordes, det vill säga artikel 81.1 utan, vid det fall det hade blivit aktuellt, artikel 81.3. Men det viktiga i sammanhanget är att EG-domstolen talade om marknadsuppdelning och det absoluta territoriella skyddet som kunde bli följden av franchiseavtalet, det vill säga *avtal med konkurrensbegränsande syfte*. Förstainstansrätten däremot använde uttalandet i en helt annan kontext, nämligen frågan om förekomsten av the rule of reason och *avtal med konkurrensbegränsande effekter*. Och eftersom det rör sig om två så vitt skilda rättsområden bär jämförelser dem emellan sällan frukt och det här fallet utgör inte något undantag. Den strikta dualism som rått mellan begreppen syfte och effekt alltsedan *STM* och *Consten Grundig*, var något som förstainstansrätten helt bortsåg från i det här fallet.

Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA, REG 1995 s I-04515 och mål **T-17/93**, *Matra Hachette SA mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1994, s 00595.

Förstainstansrätten hänvisade även till punkt 136 i *European Night Services* och den del av domskälen där rätten behandlar förekomsten av the rule of reason och dess karaktär.

»Innan förstainstansrätten bedömer parternas argument (...), skall det inledningsvis erinras om att ett avtal vid bedömningen enligt artikel 85.1 i fördraget skall bedömas mot bakgrund av det konkreta sammanhang i vilket avtalet har sin verkan (...) Detta gäller dock inte om det rör sig om ett avtal som innehåller uppenbara konkurrensbegränsningar som till exempel fastställande av priser, uppdelning av marknader eller kontroll över marknader (...) I sistnämnda fall är det endast vid tillämpningen av artikel 85.3 i fördraget som sådana begränsningar kan vägas mot den positiva inverkan på konkurrensen som de påstås medföra, i syfte att bevilja ett undantag från det förbud som finns i första punkten i samma artikel.»¹³⁴

Även här inser man tämligen lätt att förstainstansrätten hänvisade till ett avgörande som egentligen inte stöder dess egen åsikt. Vad som omtalas i citatet ovan om användningen av artikel 81.3 är ju det direkt motsatta vad rätten ansåg i *Métropole*, nämligen att avvägningen enligt artikel 81.3 skall göras för de avtal som innehåller sådana allvarliga konkurrensbegränsningar att de inte hade kunnat sanktioneras med en bedömning enligt the rule of reason. Förstainstansrätten ville emellertid använda utdraget som ett stöd för sin åsikt, att en sådan bedömning, om den skulle ske, i så fall skulle ske enligt artikel 81.3, men åt den åsikten lämnar inte citatet något stöd.

Utöver dessa synpunkter på förstainstansrättens bristande resonemang kan som ytterligare kritik anföras följande. I en artikel från 1999, det vill säga innan *Métropole* och med anledning av Kommissionens *Vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget*, skrev Wesseling en artikel i *ECLR*, som bland annat behandlade förhållandet mellan 81.1 och 81.3.¹³⁵ Trots att artikeln är skriven innan avgörandet behandlar den till stora delar hur artikel 81 som helhet är uppbyggd och hur de olika beståndsdelarna skall verka och interagera. Författaren menar att det är just en sådan tolkning som sökandena i *Métropole* har förespråkade som är den mest lämpade, eftersom det annars finns risk att det uppstår situationer där ett avtal kommer att behandlas felaktigt och förbjudas, med en försämrad konkurrens som följd.

Wesseling tänker sig en situation där, för att använda sig av den amerikanskinfluerade metod som han själv förespråkar, summan av ett avtals positiva och negativa följder för konkurrensen är negativ och att avtalet därmed strider mot artikel 81.1.¹³⁶ Således skulle avtalet

¹³⁴ *European Night Services*, punkt 136.

¹³⁵ Rein Wesseling, *The Commission White Paper on Modernisation of E.C. Antitrust Law: Unspoken Consequences and Incomplete Treatment of Alternative Options*, *European Competition Law Review*, s 420 – 433. Se även *Vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget*, 1999/C 132/01.

¹³⁶ Det är dock inte heller ett avtal med ett konkurrensbegränsande syfte.

ogiltigförklaras enligt artikel 81.2. Men det är i det här sammanhanget som artikel 81.3 enligt Wesseling kommer till sin rätt. Trots att en undersökning av avtalets effekter på konkurrensen utfaller på så sätt att de negativa följderna överstiger de positiva, kan det, under förutsättning att rekvisiten i den senare artikeln är uppfyllda, ändå tillåtas. Och det är i den här miljön och under dessa omständigheter som den mer komplicerade artikel 81 skiljer sig från sin motsvarighet, Sherman Act. Den senare saknar en liknande utväg för att få konkurrensbegränsande avtal att bli godkända. Att bara göra en rule of reason-bedömning i artikel 81.3 skulle förta en stor del av dessa fördelar och även förkasta den utveckling som pågått ända sedan *STM* och *Consten Grundig*, där domstolen bit för bit och område för område utvecklade och förfinade en europeisk rule of reason.

Som en brasklapp i slutet av det här avsnittet kan man som stöd för förstainstansrätten säga att om det mot förmodan skulle vara en direkt applicering av en amerikansk rule of reason som avvisas, finns det ingen anledning att invända. Men det är emellertid tveksamt om en sådan begreppslik import någonsin har varit syftet. Det är ju trots allt två vitt skilda regelsystem och marknader som skall jämföras och att infoga ett begrepp som inte är anpassat efter den europeiska marknaden och dess särdrag vore högst olämpligt. Man får inte glömma att ett av målen med den europeiska gemenskapen – och numera unionen – har varit och är upprättandet av den gemensamma marknaden, ett mål som saknas i Sherman Act.

4.5 Wouters – en annorlunda rule of reason-analys

EG-domstolens dom i *Wouters* är särskilt intressant mot bakgrund av att den avkunnades kort efter *Métropole*, men att den vare sig nämnde avgörandet eller använde den tolkning av artikel 81 som förstainstansrätten förespråkade.¹³⁷

Omständigheterna i målet gör emellertid att det krävs en hel del generaliseringar och även att man måste bortse från vissa specifika frågor, aktuella i *Wouters* men inte i tidigare praxis. Skall man se avgörandet som en intäkt för the rule of reason, finns det emellertid flera passager i domen som ger sken av en sådan tolkning. För det första använde domstolen sig av det synsätt och den metod som den använt, med mindre variationer, med början i *STM* och *Consten Grundig*, via *Metro* och *Nungesser* till *Pronuptia*. Den såg till bestämmelserna i *Samenwerkungsverordnung* och kom fram till att den ifrågavarande nationella lagstiftningen begränsade konkurrensen och kunde påverka handeln mellan medlemsstaterna.¹³⁸ Men därmed inte sagt att den var olaglig, utan det är i den här delen av domskälen som EG-domstolen

¹³⁷ Mål C-309/99, *J C J Wouters, J W Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mot Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, REG 2002, I-1577.

¹³⁸ Op cit, punkt 86.

inledde sin rule of reason-analys och kom via den fram till att den nationella lagstiftningen inte var oförenlig med artikel 81.1.¹³⁹

Det är trots allt mot bakgrund av fallen ovan och hur the rule of reason användes där som det framgår att det var ungefär samma metod domstolen använde även i *Wouters*. Även om jämförelsen till viss del haltar, går det att se likheter mellan *Wouters* och *Metro*. I båda avgöranden kom domstolen fram till att det faktiskt rörde sig om en begränsning av konkurrensen, i *Wouters* till och med av den grad att den gick att inordna under artikel 81.1(b) och därför borde vara särskilt skadlig. Men sedan kommer den i båda fallen in på en vidare bedömning av nödvändigheten i att de konkurrensbegränsade delarna finns med, och även hur dessa förhåller sig till det huvudsakliga syftet i avtalet.

I *Metro* sade EG-domstolen att det distributionssystem som var upp till bedömning var konkurrensbegränsande men att detta samtidigt var nödvändigt för att kunna uppnå det huvudsakliga syftet med avtalet, något som inte hade varit möjligt utan begränsningarna. Samma resonemang förde domstolen i *Wouters*, där den sade att förbudet mot integrerat samarbete mellan advokater och revisorer förvisso var konkurrensbegränsande men samtidigt inte gick utöver vad som var nödvändigt för att tillförsäkra att advokatycket kunde bedrivas på ett korrekt sätt. Dock var det knappast så att det hade varit omöjligt i *Wouters* utan begränsningarna, däremot hade det blivit väsentligt svårare.

En sak bör tilläggas angående det faktum att domstolen i *Wouters* är inne på avtal som eventuellt, beroende hur man tolkar artikel 81.1 a-e, har ett konkurrensbegränsande syfte, i och med att domstolen uttryckligen ansåg att det stred mot artikel 81.1 (b), och således borde en rule of reason-bedömning inte vara aktuell över huvud taget. I alla fall är det den tolkningen som man kan drista sig till när man läser fördragstexten, att det som räknas upp i artikel 81.1 a-e, borde vara sådant som en rule of reason-analys inte kan legitimera. Samtidigt, vilket också framgår av redogörelsen i avsnitt 3.7, har just den grupp av avtal som exemplifieras under punkt *b* aldrig varit föremål för någon djupare genomgång, som varit fallet för punkt *a* och *c*. Man kan i så fall dra slutsatsen att EG-domstolen i *Wouters* ansåg att punkt *b* förvisso är inkluderad i exemplifieringen men att det inte innebär att den presumeras vara utesluten från en undersökning enligt the rule of reason.

Man kan dock fråga sig var gränsen går. Det är, särskilt mot bakgrund av praxis, knappast troligt att domstolen hade använt the rule of reason på ett avtal av typen i artikel 81.1 *a* eller *c*, det vill säga prisfastställelse eller marknadsuppdelning. Det blir därför lite svårförståeligt varför domstolen anser att punkt *b* väger lättare. Men samtidigt finns det inte mycket att anmärka på domstolen och dess resonemang i *Wouters*. Det sammanfaller

¹³⁹ *Wouters*, punkt 110. Det återfinns på olika ställen i doktrinen, exempelvis i Richard Whish, *Competition Law*, London 2003 (cit Whish), s 121, åsikter om att *Wouters* och domstolens resonemang måste ses mot bakgrund av den då aktuella och nyligen uppdagade skandalen i det amerikanska energibolaget Enron, vars manipulerande med redovisningar till stora delar möjliggjordes av en alltför överseende revisorskår. Genom att förbjuda revisorer att ingå integrerade samarbeten med advokater minskar risken avsevärt för en liknande händelse.

väl med tidigare praxis, och det kan mot bakgrund av det tyckas att det var onödigt av domstolen att säga att avtalet tillhörde punkt *b*.

Ännu mer stöd för the rule of reason fås, förutom från det som redan sagts ovan, om man jämför *Wouters* med *Métropole*. Domstolen använde sig som synes inte över huvud taget av den metod som förespråkades av förstainstansrätten, utan genomförde hela bedömningen enligt artikel 81.1. Domstolen hänvisade inte heller någon gång till *Métropole*. Vad det berodde på är svårt att spekulera kring, men en möjlighet är givetvis att domstolen ansåg att förstainstansrätten gick för långt i sitt avståndstagande och ville med *Wouters* göra en markering att det fortfarande är utvecklingen, påbörjad med *STM* och *Consten Grundig*, som gäller.¹⁴⁰

Det enda som egentligen talar emot *Wouters* och dess bidrag till the rule of reason är att domstolen inte hänvisade, förutom till det ovan omtalade *Gøttrup-Klim*, till äldre praxis, trots att den uppenbarligen behandlade likartade situationer och talade i liknande termer. Eventuellt kan hänvisningen till *Gøttrup-Klim*, kombinerad med avsaknaden av hänvisningar till tidigare praxis, tillsammans tyda på att domstolen ansåg *Wouters* som ett bidrag till läran om accessoriska begränsningar.

4.6 The Rule of Reason efter *Métropole* och *Wouters*

De två senaste avgöranden där the rule of reason har varit aktuell, *van den Bergh* och *Brasserie Nationale*, har inte lett till några större omvärderingar avseende dess förekomst.¹⁴¹ Angående det förra har samma tvivelaktiga metod använts som i *Métropole* med samma resultat, och för det senare har rätten istället ytterligare stadfäst den utveckling som tog sin början i *Consten Grundig*.

Skall man dryfta sig till att dra några slutsatser kan man emellertid säga att förstainstansrätten i *van den Bergh* verkade lika fast i sin övertygelse som den var i *Métropole*; den sade klart och tydligt om the rule of reason »att det inte finns någon sådan bestämmelse i gemenskapens konkurrensrätt».¹⁴² Dock valde rätten den här gången att inte hänvisa till praxis, som skulle tyda på att en sådan skälighetsregel saknas. Det kan givetvis bero på en mängd faktorer. Men det är ändå lite märkligt att förstainstansrätten inte heller hänvisade till *Métropole* eftersom det fallet, till syvende og sidst, är det enda avgörande där the rule of reason avfärdats och vars domskäl i den delen är i det närmaste identiska.

¹⁴⁰ En brasklapp är emellertid på sin plats här. Den danska utgåvan av EU-Karnov ställer sig tveksam till *Wouters* inverkan och menar att det vore förhastat att tro att *Métropole* och den syn som förstainstansrätten utvecklade där, är förlegad. Dock instämmer jag inte alls i den slutsatsen utan det är, särskilt mot bakgrund av rättens dåligt underbyggda beslut, klargjort att det får ses som ytterst tveksamt om *Métropole* och rättens tolkning längre har någon giltighet, se EU-Karnov, s 894.

¹⁴¹ Mål **T-65/98**, *Van den Bergh Foods Ltd mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EGT C 7, 10.01.2004, s. 29 och mål **T-49/02 – T-51/02**, *Brasserie nationale SA (tidigare Brasseries Funck-Bricher och Bofferding) m fl mot Europeiska gemenskapernas kommission*, Förstainstansrättens dom den 27 juli 2005, (2005/C 229/25).

¹⁴² *Van den Bergh*, punkt 106.

I nästföljande punkt, efter att förstainstansrätten hade klargjort att the rule of reason inte fanns, gjorde den en liknande analys som i *Métropole*, och gick igenom uppbyggnaden av artikel 81 och särskilt syftet med artikel 81.3. Dock är hänvisningen till praxis återigen anmärkningsvärt svagt genomförd. Förstainstansrätten sade att artikel 81.3 skulle förlora en stor del av sin ändamålsenliga verkan om en sådan avvägning mellan de skadliga och främjande effekterna skulle göras redan enligt artikel 81.1 och hänvisar till ett flertal avgöranden, bland annat *Métropole*.¹⁴³ Svagheten med förstainstansrätten resonemang är att inget av dessa, förutom det högst tvivelaktiga *Métropole*, lämnar något stöd till den tolkning som förespråkas. Snarare är det samma skenbara argumentation som byggs på nytt. Mot bakgrund av den argumentation som fördes i *van den Bergh*, är det svårt att se att avgörandet skulle förstärka synen att the rule of reason inte finns. Det borde snarare, tillsammans med *Métropole*, betraktas som en anomali.¹⁴⁴

Med det sista avgörandet, *Brasserie Nationale*, fastställde förstainstansrätten den dualism mellan syfte och resultat som sedan *Consten Grundig* varit rådande för tolkningen av artikel 81.1. I *Brasserie Nationale* hade avtalet ett konkurrensbegränsande syfte och förstainstansrätten sade därmed, med rätta, att det inte var aktuellt att använda sig av the rule of reason. Dock är rättens ordval intressant i och med att den till viss del öppnar dörren för framtida skälighetsbedömningar, även om en sådan inte var aktuell i *Brasserie Nationale*. Förstainstansrätten använde sig som framgår av kapitel 3 av i stort sett samma slags formulering som EG-domstolen och förstainstansrätten gjorde innan *Métropole*, och man kan tycka att rätten i samband med resonemanget om det konkurrensbegränsande syftet även borde ha påtalat att the rule of reason inte finns, om den fortfarande ansåg att det som sades i *Métropole* alltjämt gällde.

4.7 The Rule of Reason och dess förhållande till accessoriska begränsningar

Av de tre begrepp som har utvecklats i den amerikanska antitrusträtten står det klart att två av dem, the rule of reason och *per se*-förbud, har anammats även i den europeiska konkurrensrätten.¹⁴⁵ Angående förekomsten av det tredje, ancillary restraints eller accessoriska begränsningar, har det tidigare

¹⁴³ Se mål **T-14/89**, *Montedipe SpA v Commission of the European Communities*, REG 1992 s II-01155, punkt 265, mål **C-235/92**, *Montecatini SpA mot Europeiska kommissionen*, REG 1999 s I-04539, punkt 133, mål **T-148/89**, *Tréfilunion SA mot Europeiska kommissionen*, REG 1995 s. II-01063, punkt 109, samt *Métropole*, punkt 72-74.

¹⁴⁴ *Van den Bergh* är överklagat till EG-domstolen, där det i skrivande stund befinner sig i väntan på att avgöras. Klaganden, numera Unilever Bestfoods, har anfört att förstainstansrätten gjorde en felaktig rättstillämpning när den ansåg att Van den Berghs distributionsavtal kunde komma att få märkbara effekter på konkurrensen enligt artikel 81.1 i fördraget och väsentligt bidra till en avstängning av marknaden, se EGT C 59, 06.03.2004, s 13.

¹⁴⁵ Här har jag valt att för enkelhetens skull använda mig av uttrycket *per se*, med vilket skall förstås den grupp av avtal som är förbjudna enbart mot bakgrund av deras syfte.

varit mer tveksamt men efter EG-domstolens dom i *Wouters* anser vissa inom doktrinen att även ett sådant begrepp kan skönjas.¹⁴⁶ Ett stort problem med accessoriska begränsningar är att definitionen av begreppet är vacklande och varierar beroende på källorna. Termen förekommer också till viss del i en annan betydelse i samband med företagsfusioner, vilket leder till en ökad begreppsförvirring. Nedan följer ett försök att först definiera begreppet, därefter undersöka i vilken mån det har förekommit i praxis. Avsnittet avslutas med att se hur väl *Wouters* passar in i den utvecklingen.

4.7.1 Definition

Accessorisk skall i den här kontexten ges betydelsen »som utgör en mindre väsentlig del» eller »tillkommande som bihang eller bisak» och syftar på konkurrensbegränsande delar av ett avtal – huvudavtalet – som i övriga delar verkar konkurrensfrämjande. Jag har valt en definition av accessoriska begränsningar som har stöd dels i praxis, dels i doktrin och som även är praktisk tillämpbar.¹⁴⁷

Definitionen bygger på tre kumulativa faktorer. För det första skall begränsningarna ha en direkt koppling till eller ett direkt samband med huvudavtalet och för det andra skall begränsningarna vara direkt nödvändiga för att huvudavtalet skall vara genomförbart.¹⁴⁸ Dessa två beståndsdelar framkommer i vaga termer i tidiga fall som *Metro* men tydligare i *Métropole*. Enligt doktrin krävs även, för det tredje, att det föreligger ett rimligt förhållande mellan huvudavtalet och de konkurrensbegränsande delarna.¹⁴⁹ Som kommer att framgå nedan vävs emellertid dessa kriterier ofta ihop i praxis.

4.7.2 Uppkomst och förekomst

Det avgörande som inom doktrinen anses ha varit det som på allvar introducerade begreppet accessoriska begränsningar är *Remia*, avkunnat 1985.¹⁵⁰ Tillsammans med *Pronuptia*, som avgjordes ett halvår senare, har det tolkats som en intäkt för att domstolen använt sig av ett resonemang som bygger på att vissa begränsningar är accessoriska i förhållande till huvudavtalet. Det skall dock sägas redan inledningsvis att de fall som tas upp nedan, till största delen även finns nämnda under avsnitt 3.3.2 och

¹⁴⁶ Se Andreas Christensen, Caroline Heide-Jørgensen, Simon Evers Hjelmberg, Jan Magne Langseth, Sune Troels Poulsen, Charlotte Friis Bach Ryhl & Jens Schovsbo, *Konkurrenceretten i EU*, København 2005 (cit Christensen m fl), s 110 och Whish, s 120.

¹⁴⁷ Se Christensen m fl, s 109 och *Métropole*, punkt 104. Se även kommissionens egen definition i Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag, EGT C 101/08, 27.4.2004, s. 97, punkt 28-31 där det även hänvisas till *Métropole*.

¹⁴⁸ Vad som är viktigt att påpeka i sammanhanget är skillnaden mellan bedömningen som görs i mål av det här slaget och den bedömning som gjordes i *Consten Grundig*. I det senare var det ju fråga om autonoma delar av ett avtal, vilket gjorde att dessa kunde separeras från det huvudsakliga avtalet och ogiltigförklaras utan att helheten gick förlorad. I de fall som tas upp här, är huvudtransaktionen beroende av de konkurrensbegränsande delarna för att över huvud taget vara genomförbar.

¹⁴⁹ Se Christensen m fl, s 109.

¹⁵⁰ Mål 42/84, *Remia BV m fl mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1985, s 00277.

4.3.2. Det visar de svårigheter det innebär att försöka katalogisera avgöranden till att hamna under en viss rubrik. Det som domstolen säger i fallen kan lika gärna vara ett stöd för the rule of reason, och det beror således på vilket sätt man väljer att se på fallen och hur man väljer att, eller vill, tolka domstolens ord.

I *Remia* hade domstolen att ta ställning till konkurrensklausuler i ett avtal om företagsförvärv, klausuler som innebar att överlåtaren inte tilläts att, inom en viss tidsperiod starta ett konkurrerande företag med de fördelar det hade inneburit som exempelvis en redan inarbetad kundkrets och existerande know-how. EG-domstolens domskäl var tydliga, och det framgår klart att domstolen ansåg att konkurrensklausuler i ett avtal inte gjorde att det stred mot artikel 81.1. Angående klausulens nödvändighet sade domstolen att om en konkurrensklausul inte hade funnits, hade det uppstått en situation där »säljaren och köparen skulle fortsätta att konkurrera med varandra efter överlåtelsen» med följden »att avtalet om företagsöverlåtelsen inte kan genomföras».¹⁵¹ Således var en konkurrensklausul både nödvändig och det framgår även av sammanhanget att den stod i direkt samband med huvudtransaktionen. Att överlåtelsen genomfördes innebar enligt domstolen dessutom att konkurrensen på marknaden ökade, någonting som givetvis ökade domstolens incitament att tillåta konkurrensklausulen.

Det tredje villkoret ser också ut att vara uppfyllt i *Remia*, eftersom domstolen senare i domskälen genomförde en form av rimlighetsbedömning där den bedömde längden av konkurrensklausulen. Domstolen framhävde att ingenting i målet tydde på att Kommissionen, när den fastställde längden till fyra år, gjorde så mot bakgrund av felaktiga bedömningar och inte heller gjorde den något uppenbart misstag i bedömningen av samtliga faktiska omständigheter i målet.¹⁵²

Tätt efter *Remia* kom *Pronuptia* där man hittar tydliga spår av såväl bestämmelser med konkurrensbegränsande syften som the rule of reason och där den sistnämnda lika gärna kan tolkas som att domstolen använde sig av läran om accessoriska begränsningar. Domstolen framhöll inledningsvis huvudtransaktionen, i det här fallet får det betraktas vara franchisesystemet som helhet, och den stora fördel som det innebar.¹⁵³ Sedan kom domstolen in på nödvändighetsbedömningen av de olika klausulerna i franchiseavtalet och sade att de klausuler som var nödvändiga för att franchiseavtalet över huvud taget skulle fungera även var tillåtna enligt artikel 81.1.¹⁵⁴ Således var nödvändighetskriteriet uppfyllt. Domstolen sade i den delen att »bestämmelser som är absolut nödvändiga (...) inte utgör någon konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 85.1.» Angående de andra kriterierna är det betydligt svårare, men det kan ju även bero på att *Pronuptia* bara till viss del passar in under det här kapitlet. Ett visst samband med det huvudsakliga syftet med avtalet borde emellertid kunna tolkas in, eftersom det ligger i franchiseavtalets natur samt att en bedömning

¹⁵¹ *Remia*, punkt 19.

¹⁵² Op cit, punkt 36.

¹⁵³ *Pronuptia*, punkt 15.

¹⁵⁴ Op cit, punkt 16.

att vissa klausuler är absolut nödvändiga för huvudtransaktionen även implicerar att de har ett direkt samband med den.

Det sista fall som skall nämnas är *Gøttrup-Klim*, där ett danskt kooperativ bedrev sin verksamhet med målet att ge dess medlemmar så fördelaktiga priser som möjligt vid inköp av spannmål. Dock innebar medlemskapet också att medlemmarna var förhindrade att inhandla spannmål från andra kanaler än kooperativets, vilket givetvis innebar en begränsning av medlemmarnas handlingsfrihet och därmed även av konkurrensen. EG-domstolen ansåg trots det att avtalet inte stred mot artikel 81.1. Motiveringen löd:

»Nevertheless, a provision in the statutes of a cooperative purchasing association, restricting the opportunity for members to join other types of competing cooperatives (...), may have adverse effects on competition. So, in order to escape the prohibition laid down in Article 85(1) of the Treaty, the restrictions imposed on members by the statutes of cooperative purchasing associations must be *limited to what is necessary to ensure that the cooperative functions properly and maintains its contractual power in relation to producers.*»
(min kursivering)¹⁵⁵

Det framgår klart och tydligt att domstolen i citatet ovan använde sig av tankegångar som påminner om dem som givit upphov till läran om accessoriska begränsningar. Domstolen nämnde emellertid ingen av de andra kriterierna, men det kan som förklarats ovan mycket väl bero på att begreppet accessoriska begränsningar var – och fortfarande är – ett så pass vagt begrepp och att det därför inte råder enighet kring vad det omfattar. Utan att föregå domstolen och dess bedömning får man ju, i likhet med övriga fall, tillstå att de två första kriterierna, nödvändighetskriteriet och sambandskriteriet, har en tendens att vävas in i varandra. Angående det sista kriteriet, rimlighetskriteriet, gjorde domstolen en summarisk bedömning av den medlemstid som var en del av kooperativets bestämmelser. Den var bestämd till fem år, och domstolen kommenterade det med meningen:

»So far as concerns the membership period, this has been reduced from ten to five years, which *does not seem unreasonable.*»¹⁵⁶
(min kursivering)

Även om det är svårt att se det som ett självklart avgörande till stöd för läran om accessoriska begränsningar, fanns det tydliga drag av den. Som nämnts tidigare, är det dock svårt att dra en tydlig gräns mellan den och the rule of reason.

¹⁵⁵ *Gøttrup-Klim*, punkt 35.

¹⁵⁶ Op cit, punkt 42.

4.7.3 Wouters som ett bidrag till läran om accessoriska begränsningar

Syftet med föregående genomgång av det något svävande begreppet accessoriska begränsningar, har varit att se huruvida domstolen använts sig av det, på vilket sätt och om det har utvecklats en någorlunda klar definition av begreppet. Under den här rubriken skall jag se om *Wouters*, där domstolens resonemang påminner mycket om det som har förts i fallen ovan, kan passas in som ytterligare ett fall som blivit avgjort med hjälp av läran om accessoriska begränsningar. Genomgången gör inga anspråk på att leverera direkta svar, utan skall mer ses om en översiktlig och generaliserande bild av en möjlig tolkning.

Innan jag går igenom *Wouters* samhörighet med utvecklingen bör det påpekas, för att ytterligare komplicera förhållandena, att det på sina håll i doktrin görs en åtskillnad mellan å ena sidan begränsningar som är »commercial ancillary» och, å andra sidan, »regulatory ancillary».¹⁵⁷ Den utveckling som har skisserats i avsnittet ovan, har handlat om den förra sorten medan *Wouters* är det första avgörande som handlade om accessoriska begränsningar vilka har sin bakgrund i regler eller stadgar. I tidigare fall har det rört sig om klausuler i avtal, ingångna mellan två eller fler parter medan det i *Wouters* handlade om bestämmelser i det nederländska advokatsamfundet och dessa kan inte utan vidare behandlas som synonymer.¹⁵⁸

För att över huvud kunna göra det, är det lämpligt att först definiera vad som avses med huvudtransaktionen, någonting som inte är särdeles lätt eftersom det inte rör sig om kommersiella begränsningar. Att som huvudtransaktion anse advokatycket och att det kan fungera på ett tillfredsställande sätt, borde emellertid vara en lämplig definition.

Det första kriteriet, det direkta sambandet eller kopplingen till motsvarande huvudtransaktionen, får anses vara uppfyllt i *Wouters*. Förbudet mot integrerade samarbeten och de begränsningar av handlingsfriheten som det alldeles uppenbart ledde till, hade en direkt koppling till huvudtransaktionen, nämligen så till vida att advokatycket skall kunna utföras på ett korrekt sätt, att kunna tillvarata klienternas intressen och stå utanför påverkan från tredje man. Enligt EG-domstolen var förbudet en viktig del av helheten i vilket man även kan tolka in en direkt koppling mellan förbudet och huvudtransaktionen.

Angående det andra kriteriet, nödvändigheten, gjorde domstolen väldigt klart att de bestämmelser som fanns, i allra högsta grad var nödvändiga. Förbudet i stadgarna utgjorde förvisso en begränsning av konkurrensen, men de var även en grundförutsättning för att »huvudtransaktionen» kunde

¹⁵⁷ Christensen m fl, s 110 och Wish, s 119f.

¹⁵⁸ Wish beskriver skillnaden som: »What is of interest about *Wouters*, however, is that the restriction in that case was not necessary for the execution of a commercial transaction or the achievement of a commercial outcome on the market; instead it was ancillary to a regulatory function 'to ensure that the ultimate consumers of legal services and the sound administration of justice are provided with the necessary guarantees in relation to integrity and experience'.» Se Wish, s 122, där han har citerat *Wouters*, punkt 97 in fine.

fungera på ett sätt som var en förutsättning för hela dess existens; ett förtroendefullt förhållande gentemot de klienter som handhas.

»Mot denna bakgrund skall inte en sådan konkurrensbegränsning som den som advokater i Nederländerna drabbas av (...) *anses gå utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa att advokatycket utövas på ett korrekt sätt.*¹⁵⁹» (min kursivering)

Här framgår tydligt vad som är huvudsyftet, nämligen att säkerställa att advokatycket utövas på ett korrekt sätt, och det är i förhållande till detta som kriterierna måste bedömas.

Angående det sista kravet menade domstolen även att det skall råda ett rimligt förhållande mellan de konkurrensbegränsande delarna och huvudtransaktionen, att förbudet inte gick att uppnå med mindre långtgående åtgärder.¹⁶⁰ Från det uttalandet bör man kunna sluta sig till att domstolen ansåg att det nödvändiga förbudet, i direkt samband med huvudtransaktionen, också stod i rimligt förhållande till densamma, eftersom det inte gick att åstadkomma på ett mindre ingripande sätt.

Sammanfattningsvis kan man säga att domstolen troligtvis använde sig av läran om accessoriska begränsningar i *Wouters*, men att det samtidigt är svårt att sia om hur den kommer att utvecklas framöver. Man borde kunna tänka sig tre möjliga utvecklingar: *Wouters* kan vara en del av the rule of reason, och således en fortsättning av den utveckling som påbörjades i *STM*, *Consten Grundig* och *Metro*. Det kan även handla om att fallet är ett bidrag till läran om accessoriska begränsningar, och då antingen som en fortsättning av den utveckling som började i och med *Remia*, eller så är det en helt ny grupp, där accessoriska begränsningar förekommer i andra sammanhang än rent kommersiella.

4.8 Avtal med konkurrensbegränsande syfte

Under den här rubriken kommer jag att ytterst kortfattat diskutera några frågor kring de avtal som anses ha ett konkurrensbegränsande syfte, samt ett fåtal tveksamheter kring definitionen av dem.

4.8.1 Konkurrensbegränsande syfte och märkbar effekt

EG-domstolen sade i *Consten Grundig*, vilket har upprepats ett otal gånger i genomgången ovan, att effekterna av ett avtal inte behöver undersökas om syftet med det är att begränsa konkurrensen. Men vilka avtal är det som har ett sådant syfte och var har gemenskapsdomstolarna dragit gränsen mellan

¹⁵⁹ *Wouters*, punkt 109. Hänvisning sker även till *Gøttrup-Klim*, punkt 35.

¹⁶⁰ *Wouters*, punkt 108.

dessa och de avtal där man även måste ta effekterna i beaktande? och vidare, finns det någon skarp gräns eller överlappar begreppen varandra?

Det framgår redan av *Völk*, avkunnat bara tre år efter *Consten Grundig*, att det skulle bli problem med en alltför bokstavig tolkning av begreppet konkurrensbegränsande syfte, eftersom domstolen sade att man även måste beakta effekterna av avtalet och därigenom undersöka om de är märkbara.¹⁶¹ Är effekten inte märkbar, är avtalet inte förbjudet och redan därigenom grumlans uppdelningen i *Consten Grundig* något. Samtidigt är det förståeligt hur domstolen har resonerat, eftersom den, vilket också har redogjorts för ovan, valde bort *Consten Grundig* till förmån för något viktigare, principerna, i det här fallet målet om den gemensamma marknaden. Via *Völk* omdefinierades således den hårda kärnan med avtal något. Efter avgörande krävdes utöver syfte, även en märkbar effekt på konkurrensen.

Efter hand har domstolen även börjat använda sig av en mängd andra termer, vars motsvarighet bör vara »syfte» såsom det står i fördragstexten. Troligtvis är det dock inte fråga om olika grader av konkurrensbegränsningar, utan att de har använts som synonymer. Som exempel kan nämnas *Guy Clair* där domstolen menade att »by its very nature, an agreement fixing a minimum price (...) is intended to distort competition», vilket ju får betraktas som en synonym användning av begreppet syfte.¹⁶² I *IAZ* använde sig domstolen av »the purpose of the agreement» och således även där en klar användning av begreppet.¹⁶³ Vidare används »of themselves» i *Binon*, och även det bör vara att betrakta som en synonym.¹⁶⁴ Man bör därför kunna dra slutsatsen att domstolen förvisso har använt en varierande terminologi, men att det hela tiden har varit »syfte» i fördragstexten som åsyftas.

Särskilt intressant blir det därför att se, mot bakgrund av de olika termer som syfte omskrivits med samt den debatt som förts i doktrinen om införlivandet av amerikanska antitrusttermer, huruvida gemenskapsdomstolarna även har anammat begreppet *per se*, och i så fall i vilken omfattning. Mycket tyder dock på att domstolarna har, allt sedan generaladvokat Roemer introducerade och använde begreppet i sitt uttalande till *STM*, använt begreppet restriktivt och det är bara i ett fåtal avgöranden som det uttryckligen förekommer.¹⁶⁵ Skälen till att begreppet har använts på så få ställen, är givetvis svåra att spekulera kring, men en förklaring kan naturligtvis vara att domstolarna vill undvika ytterligare begreppsförvirring. Därför bör begreppet även i fortsättningen användas med försiktighet, särskilt som det inte finns någon uppenbar anledning att ersätta »syfte» med »*per se*» och på så vis importera ett överflödigt begrepp.

¹⁶¹ *Völk*, punkt 7.

¹⁶² Mål 123/83, *Bureau national interprofessionnel du cognac mot Guy Clair*, REG 1985 s 391, punkt 22.

¹⁶³ Mål 96-102, 104, 105, 108 och 110/82, *NV IAZ International Belgium m fl mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1983 s 3369, punkt 86.

¹⁶⁴ Mål 243/83, *SA Binon & Cie v SA Agence et messageries de la presse*, REG 1985, s 02015, punkt 44.

¹⁶⁵ Mål T-64/02, *Dr Hans Heubach GmbH & Co KG mot Europeiska gemenskapernas kommission*, förstainstansrättens dom (femte avdelningen) den 29 november 2005. Se även ovan nämnda *Tréfilunion*, punkt 109 samt *Montedipe*, punkt 265.

4.8.2 Utökad grupp av avtal med konkurrensbegränsande syfte

Den grupp av avtal som har ett förbjudet syfte är inte speciellt omfattande; den kan med säkerhet fastställas, som en minsta gemensamma nämnare, till fyra sorters avtal.¹⁶⁶ Men det finns även förespråkare för att det i själva verket är en betydligt större grupp, varför jag kort tänkte kommentera ett par kandidater.¹⁶⁷

En av de kandidater som har lanserats av Bellamy & Child är avtal som innehåller bestämmelser om att bara använda sig av speciella distributionskanaler, och som stöd för det anför de *Stremsel*-fallet.¹⁶⁸ Där handlade det om ett kooperativ av tillverkare som förbjöd, eller i varje fall väsentligt försvårade för, sina återförsäljare att köpa produkter från någon annan än från kooperativet. Skulle de ändå göra det, väntade dryga böter enligt det avtal som fanns. Domstolen menade att sådana sorters avtal hade ett syfte som var klart konkurrensbegränsande:

»Those provisions are thus of such a nature as to prevent competition (...) and (...) the obligations contained in the rules of the cooperative are precisely of such a nature as to reinforce the partitioning of markets on a national basis, thereby holding up the economic interpenetration which the treaty is designed to bring about.»¹⁶⁹

Dock ligger det närmare till hands att se avgörandet som en variant av marknadsuppdelning, eftersom domstolen förvisso talar om speciella återförsäljarled men att detta i praktiken är detsamma som marknadsuppdelning. Samma författare föreslår även att restriktioner för köparen att agera utefter eget tycke också är något som är förbjudet enbart på grund av avtalets syfte. Som stöd för åsikten anför *Kerpen & Kerpen* från 1983.¹⁷⁰ Där sade domstolen att:

¹⁶⁶ Se även Kommissionens Förordning (EG) nr **2790/1999** av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, artikel 4, där kommissionen listar ett antal vertikala avtal, vilka inte kan beviljas undantas från artikel 81.1 via 81.3. Artikel 4 är således inte helt förenlig med gällande praxis, exempelvis *Consten Grundig* och *European Night Services*, som båda ger en möjlighet att använda sig av artikel 81.3, trots att avtalens syfte är konkurrensbegränsande, se exempelvis punkt 136 i det senare.

¹⁶⁷ Se Bellamy & Child, s 2-098 och Whish, s 114. Bellamy & Child anser att gruppen innehåller »...’horisontal’ agreements to fix prices, partition markets, or deal exclusively through agreed channels, and ’vertical’ agreements imposing export bans, or otherwise restricting the buyer’s freedom to deal with the goods». Whish å sin sida har ytterligare avtal; för horisontella – to fix prices, to share markets, to limit output, to limit sales, to exchange price information, for collective exclusive dealing och för vertikala – to fix minimum resale prices och to impose export bans.

¹⁶⁸ Mål **61/80**, *Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek v Commission of the European Communities*, REG 1981 s 00851, vilket nämns i Bellamy & Child, s 2-098.

¹⁶⁹ *Stremsel*, punkt 13ff.

¹⁷⁰ Mål **319/82**, *Société de Vente de Ciments et Bétons de l’Est SA v Kerpen & Kerpen GmbH und Co KG*, REG 1983 s 04173.

»The answer to the first question must therefore be that provisions in a contract (...) imposing on the buyer (...) an obligation to use the goods supplied for his own needs, not to resell the goods in a specified area, and to consult the seller before soliciting business in another specified area, both areas being in the federal Republic of Germany, have as their object the prevention, restriction or distortion of trade within the common market.»¹⁷¹

Vad domstolen menade är det inget tvivel om, men frågan är om man trots det explicita uttalandet ovan kan se den här avtalstypen som hörande till sådana där ett konkurrensbegränsande syfte räcker för att det skall förbjudas. Troligtvis inte, eftersom avtalet i fråga till stora delar påminner om en variant av marknadsuppdelning. Det gör att det kan passas in där istället för att bilda en egen kategori. Enligt min mening finns därför ingen anledning att utöka gruppen, utan istället låta den bestå av dessa fyra sorters avtal.

4.8.3 Artikel 81.1 a-e

En stor skillnad mellan artikel 81 och Sherman Act är den uppräknings som finns i artikel 81.1 a-e, och vars syfte är att exemplifiera avtal som är av särskilt konkurrenshämmande art. En liknade uppräknings saknas i Sherman Act. Artikel 81 förbjuder avtal som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen och »särskilt sådana som innebär att» följt av uppräknings i artikel 81.1 a-e. Men finns det någon korrelation mellan dessa fem punkter och rättspraxis, det vill säga kan man säga att den gemenskrätsliga gruppen av avtal som är förbjudna enbart på grund av deras syfte, från början inte var en *tabula rasa*?

Alldeles uppenbart är att punkterna a och c återfinns i praxis, men för de övriga är det inte alls lika lätt att hitta stöd. Trots det finns åsikter i doktrinen som anser att uppräknings är en presumtion för avtal som har ett konkurrensbegränsande syfte.¹⁷² Från det perspektivet bröt emellertid domstolen i *Wouters* presumtionen, eftersom den gjorde en skälighetsbedömning, antingen med hjälp av the rule of reason eller läran om accessoriska begränsningar, samtidigt som den ansåg att de nederländska bestämmelserna var av sorten som nämns i artikel 81.1(b) och därför särskilt skadliga för konkurrensen.¹⁷³ Med domen i *Wouters* kan det därför vara svårt att försvara åsikten, att de avtal som omfattas av punkterna b, d och e, *a priori* har ett konkurrensbegränsande syfte. Mer lämpligt

¹⁷¹ *Kerpen & Kerpen*, punkt 9.

¹⁷² Whish, s 113.

¹⁷³ Sett ur den synvinkel kan man se *Wouters*, och den metod som användes där, som en möjlighet att komma runt exemplifieringen i a-e med hjälp av läran om accessoriska begränsningar och dess tre kriterier. Att domstolen skulle ha använt sig av en traditionell rule of reason-analys i *Wouters* och ändå komma till samma resultat förefaller mindre troligt, särskilt mot bakgrund av att domstolen själv påpekade att avtalet var av en sådan sort att det föll under artikel 81.1(b). En mer väntad utgång hade i så fall varit att använda sig av den konventionella metoden, fastslå att avtalet stred mot artikel 81.1(b) men ändå godkänna det genom att använda sig av artikel 81.3.

verkar istället att anse att det idag bara finns fyra sorters avtal med ett konkurrensbegränsande syfte.

5 Avslutande kommentarer och slutsatser

Som avslutning skall jag kort svara på de frågor som ställdes i inledningen och som skall ses som de huvudsakliga undersökningarna i uppsatsen. Vad avser den första frågan, om EG-domstolen och förstainstansrätten har anammat the rule of reason, är svaret ett otvivelaktigt ja. Det är mycket svårt att tolka rättsutvecklingen på ett annat sätt utifrån hur domstolarna gång efter annan har letat efter olika möjligheter att godkänna avtal trots deras ibland starkt konkurrensbegränsande innehåll. Man kan även påpeka att prövningen enligt the rule of reason har skett i artikel 81.1 och inte 81.3.

För den andra frågan, *Métropole* och dess betydelse för the rule of reason, är det svårt att se avgörandet på ett annat sätt än ett dåligt uppbyggt avståndstagande. Granskar man förstainstansrätten och dess domskäl, framträder det en frapperande ihållighet och tendens till förenklande och generaliserande resonemang vars räckvidd är ytterst begränsade. Således bör fallet, i det långa loppet, inte ha någon större inverkan. Skulle det i framtiden ske en förändring, sker den i så fall inte med utgångspunkt i *Métropole*.

Den tredje frågan till sist rörde vilken inverkan som *Wouters* har haft på utvecklingen. Frågan är också den mest svårbesvarade, och man får helt enkelt göra antaganden av mer eller mindre spekulativ karaktär. Vad gäller *Wouters* jämfört med *Métropole* är svaret tämligen enkelt; med *Wouters* neutraliserade domstolen allt som förstainstansrätten sade angående tolkningen av artikel 81.1 och 81.3. Men om *Wouters* även inneburit ett nytt bidrag till läran om accessoriska begränsningar är betydligt svårare att besvara. Det är främst två hänsynstaganden som man måste ta i beaktande. Å ena sidan påminner resonemanget som domstolen förde i *Wouters* om det som den förde i andra avgöranden och som av hävd har ansetts höra till the rule of reason. Å andra sidan kan man tolka samma avgöranden som att domstolen i dessa har anlagt ett synsätt som bygger på att vissa begränsningar är accessoriska och nödvändiga. Det som ytterligare komplicerar den bilden är att det i tidigare avgöranden varit fråga om kommersiella accessoriska begränsningar, i *Wouters* var det istället begränsande regleringar i ett samfund som var accessoriska, och det är inte alls säkert att dessa begränsningar är synonyma.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

- Bellamy, Christopher W och Child, Graham D, *European community law of Competition*, 5th edition, Sweet & Maxwell, London 2001.
- Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1; konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar*, Norstedts Juridik, Stockholm 2005.
- Christensen, Andreas; Heide-Jørgensen, Caroline; Evers Hjelmberg, Simon; Langseth, Jan Magne; Troels Poulsen, Sune; Friis Bach Ryhl, Charlotte och Schovsbo, Jens, *Konkurrenceretten i EU*, 2 udgave, Jurist og Økonomforbundet, København 2005.
- Craig, Paul och de Búrca, Gráinne, *EU Law – Text, Cases and materials*, 3rd edition, Oxford University Press, Oxford 2003.
- Faull, Jonathan och Nikpay, Ali, *The EC law of Competition*, Oxford University Press, Oxford 1999.
- Joliet, René, *The Rule of Reason in Antitrust Law, American, German and Common Market Laws in Comparative Perspective*, Faculté de droit, La Haye, Nijhoff, Liège 1967.
- Shrauwen, Annette (red), *Rule of reason: rethinking another classic of European legal doctrine*, Europa Law Publishing, Groningen 2005.
- Whish, Richard, *Competition Law*, Butterworth, London 2003.

Artiklar

- Manzini, Pietro (2002), The European Rule of Reason – Crossing the Sea of Doubt, I: *European Competition Law Review*, s 392-399.
- Wesseling, Rein (1999), The Commission White Paper on Modernisation of E.C. Antitrust Law: Unspoken Consequences and Incomplete Treatment of Alternative Options, I: *European Competition Law Review*, s 420 – 433.
- Whish, Richard och Sufrin, Brenda (1987), Article 85 and the Rule of Reason, I: *Yearbook of European Law*, s 1-34.

Sekundärrätt

- Vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, 1999/C 132/01.
- 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, Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr L 031 , 09/02/1996 s 0002 – 0013.
- Kommissionens förordning (EG) nr **2790/1999** av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, Europeiska gemenskapernas officiella tidning, L 336, 29.12.1999, s 21.
- Rådets förordning (EG) nr **1/2003** av den 16 december 2002 om tillämpning

av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, Europeiska gemenskapernas officiella tidning, L 001, 04.01.2003, s 0001 – 0025. Kommissionens förordning (EG) nr **772/2004** av den 27 april 2004 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om tekniköverföring, Europeiska unionens officiella tidning nr L 123, 27/04/2004 s 0011 – 0017.

Rättsfallsförteckning

Beslut från EU-kommissionen

- 65/366/CEE:** *Décision de la Commission, du 8 juillet 1965, relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité (IV/A-03036 DRU - Blondel).*
- 65/426/CEE:** *Décision de la Commission, du 17 septembre 1965, relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité (IV/A-02702 Hummel-Isbecque).*
- 66/5/CEE:** *Décision de la Commission, du 17 décembre 1965, relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité (IV/A-22491 "Maison Jallatte SA - Hans Voss KG", "Maison Jallatte SA - SA Ets Vandeputte").*

EG-domstolen

- Mål **56 och 58/64**, *Établissements Consten SARL och Grundig-Verkaufs-GmbH mot Europeiska ekonomiska gemenskapens kommission*, REG 1966 s 299.
- Mål **32/65**, *Italiens regering mot Europeiska ekonomiska gemenskapens råd och kommission*, REG 1966 s 389.
- Mål **56/65**, *Société Technique Minière (L.T.M.) mot Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, REG 1966, s 235.
- Mål **5/69**, *Franz Völk mot SPRL Ets J Vervaecke*, REG 1969, s 00409.
- Mål **41/69**, *ACF Chemiefarma NV mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1970 s 00661.
- Mål **22/71**, *Béguelin Import Co v SAGL Import Export*, REG 1971, s 00949.
- Mål **8/74**, *Procureur du Roi mot Benoît och Gustave Dassonville*, REG 1974 s 00343.
- Mål **26/76**, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co KG mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1977, s 00431.
- Mål **19/77**, *Miller International Schallplatten GmbH mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1978 s 131.
- Mål **120/78**, *Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, REG 1979 s 00377.
- Mål **258/78**, *LC Nungesser KG and Kurt Eisele v Commission of the European Communities*, REG 1982, s 02015.
- Mål **61/80**, *Coöperatieve Stremsel- en Kleurselabriek v Commission of the European Communities*, REG 1981 s 00851.
- Mål **108/82**, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1983, s 00287.
- Mål **262/81**, *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision m fl mot Ciné-Vog Films SA m fl*, REG 1982 s 03381.
- Mål **96-102, 104, 105, 108 och 110/82**, *NV IAZ International Belgium m fl mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1983 s 3369.
- Mål **43 och 63/82**, *Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, och Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, VBBB, mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1984 s 00437.

Mål **319/82**, *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA v Kerpen & Kerpen GmbH und Co KG*, REG 1983 s 04173.

Mål **29 och 30/83**, *Compagnie royale asturienne des mines SA och Rheinzink GmbH mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1984 s 1679.

Mål **123/83**, *Bureau national interprofessionnel du cognac mot Guy Clair*, REG 1985 s 391.

Mål **243/83**, *SA Binon & Cie v SA Agence et messageries de la presse*, REG 1985, s 02015.

Mål **42/84**, *Remia BV m fl mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1985, s 00277.

Mål **75/84**, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co KG v Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1986 s 03021.

Mål **161/84**, *Pronuptia de Paris GmbH mot Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, REG 1986 s 00353.

Mål **45/85**, *Verband der Sachversicherer eV mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1987 s 00405.

Mål **27/87**, *SPRL Louis Erauw-Jacquery mot Société coopérative La Hesbignonne*, REG 1988 s 01919.

Mål **C-277/87**, *Sandoz prodotti farmaceutici SpA v Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1990 s I-00045.

Mål **C-234/89**, *Stergios Delimitis mot Henninger Bräu AG*, REG 1991 s I-00065.

Mål **C-199/92**, *Hüls AG mot Europeiska kommissionen*, REG 1999 s I-04287.

Mål **C-235/92**, *Montecatini SpA mot Europeiska kommissionen*, REG 1999 s I-04539.

Mål **C-250/92**, *Gøttrup-Klim m fl Grovwareforeninger mot Dansk Landbrugs Grovvarereselskab AmbA*, REG 1994 s I-05641.

Mål **C-393/92**, *Commune d'Almelo m fl mot NV Energiebedrijf Ijsselmij*, REG s I-00089.

Mål **C-399/93**, *H G Oude Luttikhuis m fl mot Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA*, REG 1995 s I-04515.

Mål **C-3/95**, *Reisebüro Broede mot Gerd Sandker*, REG 1996 s I-06511.

Mål **C-219/95**, *Ferriere Nord SpA mot Europeiska kommissionen*, REG 1997 s I-04411.

Mål **C-306/96**, *Javico International och Javico AG mot Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP)*, REG 1998 s I-01983.

Mål **C-309/99**, *JCJ Wouters, JW Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mot Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, EGT C 109, 04.05.2002, s 4.

Förstainstansrätten

Mål **T-14/89**, *Montedipe SpA v Commission of the European Communities*, REG 1992 s II-01155.

Mål **T-142/89**, *Usines Gustave Boël SA mot Europeiska kommissionen*, REG 1995 s II-00867.

Mål **T-148/89**, *Tréfilunion SA mot Europeiska kommissionen*, REG 1995 s II-01063.

Mål **T-17/93**, *Matra Hachette SA mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1994, s 00595.

Mål **T-374/94**, **T-375/94**, **T-384/94** och **T-388/94**, *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, tidigare European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) och Société nationale des chemins de fer français (SNCF) mot Europeiska kommissionen*, REG 1998 s II-03141.

Mål **T-65/98**, *Van den Bergh Foods Ltd mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EGT C 7, 10.01.2004, s. 29.

Mål **T-202/98**, **T-204/98** och **T-207/98**, *Tate & Lyle plc, British Sugar plc, Napier Brown & Co. Ltd mot Europeiska gemenskapernas kommission*. REG 2001 s II-02035.

Mål **T-112/99**, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom och Télévision française 1 SA (TF1) mot Europeiska kommissionen*, REG 2001 s II-02459.

Mål **T-49/02 – T-51/02**, *Brasserie nationale SA (tidigare Brasseries Funck-Bricher och Bofferding) m fl mot Europeiska gemenskapernas kommission*, Förstainstansrättens dom den 27 juli 2005, (2005/C 229/25).

Mål **T-64/02**, *Dr Hans Heubach GmbH & Co KG mot Europeiska Gemenskapernas kommission*, förstainstansrättens dom (femte avdelningen) den 29 november 2005.

Supreme Court of the United States

US v Joint Traffic Association, 171 US 505, 19 S Ct 25 (1898).

US v Addyston Pipe & Steel Co 85F. 271 (6th Cir 1898) aff'd, 175 US 211 (1899).

Whiwell v Continental Tobacco Co, 125 F. 454, 459 (8th Cir 1903).

Northern Securities Co v United States, 193 US 197, 400–411 (1904).

US v American Tobacco, 221 US 106, 179 (1911).

Standard Oil Co v United States, 221 US 1, 31 S Ct 502, 55 L Ed 619 (1911).

Board of Trade of the City of Chicago v United States 246 US 231, 238 (1918).

National Soc of Professional Engineers v US, 435 US 679, 98 S Ct 1355 USDC, 1978.