

16

DLC COUNTDOWN



## ”VERTIKALER” I BLICKFÅNGET: DUBBEL DISTRIBUTION

### MARKNADSANDELSTRÖSKELN

#### Vad handlar det om?

**Dubbel distribution** är när en leverantör säljer produkter eller tjänster både själv i eget namn och genom oberoende distributörer och därmed konkurrerar med dessa oberoende distributörer på nedströmsmarknaden. Ett klassiskt exempel är en tillverkare av ett klädmärke som säljer kläderna i egna butiker men som även förlitar sig på oberoende återförsäljare som säljer kläderna i deras butiker.

Dubbel distribution är **knappast ett nytt fenomen**. Redan 2010 användes det av tillverkare av olika anledningar, för att föregå med gott exempel för sina oberoende distributörer i så kallade flaggskeppsbutiker, för att erbjuda fler valmöjligheter åt slutkunder osv. Under senaste årtiondet har dock dubbel distribution blivit allt viktigare på grund av den betydande ökningen av internetförsäljning.

Den **ökade användningen av dubbel distribution** har fått EU-kommissionen att undersöka om det befintliga regelverket fortfarande är anpassat för de förändrade marknadsvillkoren, men det har också fått intressenter att peka på vissa brister i det rättsliga regelverket. Denna nedräkning handlar om den särskilda marknadsandelströskeln för dubbel distribution som introducerades i utkastet till den nya vertikala gruppundantagsförordningen (”VBER”, eller ”VGUF” på svenska) som publicerades i juli 2021.

#### Vad gäller nu?

Nuvarande VBER omfattar inte vertikala avtal som har ingåtts mellan konkurrenter, samtidigt som det i artikel 2.4 VBER särskilt föreskrivs att avtal om dubbel distribution omfattas av VBER:s skyddsnät.

Den allmänna marknadsandelströskeln om 30 % i artikel 3.1 VBER är också tillämplig på avtal om dubbel distribution.

#### Framtiden efter den 1 juni 2022?

I syfte att begränsa omfattningen av skyddsnätet för avtal om dubbel distribution föreslog EU-kommissionen i juli 2021 att undanta all informationsdelning vid dubbel distribution från gruppundantaget, såvida inte parternas sammanlagda marknadsandel på **detaljhandelsmarknaden är mindre än 10 %**. När denna marknadsandelströskel överstigs bör all informationsdelning mellan parterna i ett avtal om dubbel distribution bedömas enligt reglerna som är tillämpliga på horisontella avtal (artikel 2.4 och 2.5 i utkastet till nya VBER). Med andra ord skulle en marknadsandelströskel om 10 % på detaljhandelsmarknaden införas vid informationsutbyte, utöver den allmänna marknadsandelströskeln om 30 %.

EU-kommissionens förslag att införa denna marknadsandelströskel om 10 % kritiserades kraftigt.

I Distribution Law Centers [kommentarer](#) på utkastet till nya VBER, inom ramen för EU-kommissionens offentliga samråd, påpekas att valet av en marknadsandelströskel om 10 %, med hänvisning till EU-kommissionens tillkännagivande om de minimis, är anmärkningsvärt i ett gruppundantagssammanhang. Det skulle åtminstone förväntats att en marknadsandel om 15 % uppgavs, som är gränsen för skyddsnetet för avtal om gemensam kommersialisering enligt de horisontella riktlinjerna (se punkterna 240–241).

Distribution Law Center noterade därutöver att införandet av en marknadsandelströskel på detaljhandelsmarknaden i nedströmsledet inte är förenligt med de nuvarande reglerna där köparens marknadsandel, i förhållande till den allmänna marknadsandelströskeln om 30 %, mäts på inköpsmarknaden och inte på nedströmsmarknaden. Argumenten för detta förhållningssätt är tillämpliga på samma sätt inom ramen för dubbel distribution. Att definiera den relevanta detaljhandelsmarknaden och att mäta detaljhandelsmarknadsandelar korrekt är känt för att vara komplicerat i praktiken. Det kräver omfattande faktainsamling och på detaljhandelsmarknader med snäva geografiska områden (lokal eller regional) kan marknadsandelar vara föremål för betydande förändringar som är utanför parternas kontroll (öppnandet eller stängningen av en konkurrerande butik kan göra att parterna hamnar över eller under tröskelvärdet över en natt).

Dessutom noterade Distribution Law Center att för att kunna mäta marknadsandelar på detaljnivå korrekt är det nödvändigt att inte bara att leverantörens produkter inkluderas utan även alla konkurrerande produkter. För att en leverantör ska kunna bedöma sin rättsliga ställning enligt gruppundantaget skulle därför leverantören behöva tillgång till uppdaterad och detaljerad information om sina köpare vad gäller deras försäljning av konkurrerade produkter. Enligt Distribution Law Centers åsikt kan detta trigga ett behov av informationsdelning, vilket enligt de nuvarande utkasten kan anses vara konkurrensbegränsande.

Mot bakgrund av ovan rekommenderade Distribution Law Center att reglerna om dubbel distribution inte bör vara beroende av någon marknadsandelströskel och oavsett inte en som är så svår att fastställa eftersom den är hänförlig till detaljhandelsmarknaden. Därutöver begärde flera intressenter att EU-kommissionen skulle ge mer detaljerade riktlinjer kring vilken typ av information som kan delas vid dubbel distribution.

Den 4 februari publicerade EU-kommissionen ett [utkast på ett nytt avsnitt](#) (utkastet finns också tillgängligt på Distribution Law Centers [hemsida](#)) som svar på den återkoppling som lämnades in under det offentliga samrådet. Avsnittet ska finnas med i de reviderade vertikala riktlinjerna som handlar om informationsutbyte vid dubbel distribution. Av punkt 9 i utkastet till det nya avsnittet framgår att *"om villkoren enligt artikel 2.4 a och b i förordningen är uppfyllda ska undantaget i artikel 2.1 i förordningen gälla alla delar av det vertikala avtalet, inklusive eventuellt utbyte av information mellan parterna som är nödvändig för att förbättra produktionen eller distributionen av de avtalade varorna eller tjänsterna."*<sup>1</sup>

Det är Distribution Law Centers uppfattning att denna nya formulering underförstått tar bort marknadsandelströskeln om 10 % i VBER. I det nya avsnittet anges också att den reviderade VBER skulle innehålla en bestämmelse som anger att gruppundantaget i allmänhet inte gäller *"för informationsutbyten mellan leverantören och köparen som inte är nödvändiga för att förbättra parternas produktionen eller distributionen av avtalsvarorna- och tjänsterna"*<sup>2</sup>, vilket uppenbarligen tar bort marknadsandelströskeln om 10 % som fanns i det tidigare utkastet.

<sup>1</sup> Vår översättning, textförslaget finns endast på engelska i skrivandets stund.

<sup>2</sup> Ibid.



## Vad gäller i praktiken?

EU-kommissionens initiala förslag om att gruppundanta informationsutbyte mellan en leverantör och en distributör vid dubbel distribution, under förutsättning att parternas sammanlagda marknadsandel understiger 10 %, verkar ha övergivits. Den har i stället ersatts av ett utklipp från utkastet till nya VBER om **informationsutbyten som inte är nödvändiga för att förbättra produktionen eller distributionen av avtalsvarorna eller -tjänsterna.**

## Bedömningen?

Justeringen i utkastet till VBER avseende informationsutbyte vid dubbel distribution är välkommet. Även om Distribution Law Center förstår att EU-kommissionen har en viss oro för att dubbel distribution kan leda till "falska positiva resultat" (dvs. informationsutbyten som väcker betydande horisontella konkurrensproblem, men som ändå är gruppundantagna), är inte införandet av en ytterligare marknadsandelströskel ett lämpligt sätt för att stilla denna oro. Det nya testet, som enligt utkastet till VBER skulle omfatta informationsutbyten som är nödvändiga för dubbel distribution, är också en förbättring också för att det finns exempel i utkastet till de nya vertikala riktlinjerna.



Den slutliga versionen av VBER planeras träda ikraft den 1 juni 2022.

### Vill du veta mer? Stay tuned...

Vi räknar ner till den 1 juni 2020 och strävar efter att förse dig med regelbundna uppdateringar och nödvändiga juridiska kunskaper för att förbereda din verksamhet för framtiden. Besök även Distribution Law Center-plattformen ([www.distributionlawcenter.com](http://www.distributionlawcenter.com)) och vår [LinkedIn](#) för mycket mer information om de lagar som reglerar vertikala avtal, både utifrån konkurrensrätt och kommersiell rätt. 27 specialiserade team från hela EES arbetar för att göra plattformen till din favoritkälla för vägledning och information.