



PARTER

Klagande

Tapwell Aktiebolag, 556578-4807
Renstiernas Gata 31
116 31 Stockholm

Ombud: Advokaterna [REDACTED] och [REDACTED]
Magnusson Law Advokatbyrå AB
Box 7413
103 91 Stockholm

Motpart

Konkurrensverket
Ringvägen 100
118 60 Stockholm

SAKEN

Konkurrensskadeavgift

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Konkurrensverkets beslut den 20 december 2023 i ärende dnr 122/2021, se [bilaga 1](#)

BESLUT

1. Patent- och marknadsdomstolen avslår Tapwell Aktiebolags överklagande.
Konkurrensverkets beslut står därmed fast.
2. Patent- och marknadsdomstolen avslår Tapwell Aktiebolags yrkande om ersättning för rättegångskostnad.
3. Sekretessbestämmelsen i 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska fortsätta att vara tillämplig på uppgifter som föredragits inom stängda dörrar och som framgår av följande handlingar i ärendet: bilderna 136–138 i aktbil. 131 och sidorna 143–145 i aktbil. 146 (dvs. motsvarande aktbil. 52 och 144), bilderna 260–264

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

Dok.Id 3013368

Postadress
Box 8307
104 20 Stockholm

Besöksadress
Rådhuset,
Scheelegatan 7

Telefon
08- 561 654 70
E-post: stockholmstingsratt@dom.se
www.stockholmstingsratt.se

Telefax

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:00

och 272–278 i aktbil. 133 samt färgmarkerade uppgifter på sidorna 19, 121 och 128 i aktbil. 140.

Innehåll

| | |
|--|-----------|
| BAKGRUND | 5 |
| YRKANDEN OCH INSTÄLLNING | 5 |
| GRUNDER M.M. | 6 |
| Tapwell | 6 |
| Grunder i korthet | 6 |
| Avtalskriteriet | 7 |
| Konkurrensbegränsningskriteriet | 11 |
| Relevant marknad | 12 |
| Märkbarhet | 13 |
| Samhandelskriteriet | 14 |
| Undantag | 15 |
| Varaktighet | 16 |
| Konkurrensskadeavgift | 17 |
| Konkurrensverket | 19 |
| Avtalskriteriet | 19 |
| Konkurrensbegränsningskriteriet | 21 |
| Relevant marknad | 22 |
| Märkbarhet och samhandelskriteriet | 23 |
| Undantag | 24 |
| Varaktighet | 24 |
| Konkurrensskadeavgift | 25 |
| UTREDNINGEN | 25 |
| SKÄLEN FÖR BESLUTET | 26 |
| Allmänna rättsliga utgångspunkter | 26 |
| Tillämpliga bestämmelser m.m. | 26 |
| Bevisbörda och beviskrav | 27 |
| Ramen för prövningen m.m. | 28 |
| Företagskriteriet | 29 |
| Avtalskriteriet | 29 |
| Konkurrensbegränsning | 37 |

| | |
|--------------------------------|----|
| Rättsliga utgångspunkter | 37 |
| Domstolens bedömning | 47 |
| Relevant marknad | 55 |
| Samhandel | 57 |
| Märkbarhet | 58 |
| Undantag | 59 |
| Varaktighet | 62 |
| Konkurrensskadeavgift..... | 62 |
| Uppsåt/oaktsamhet | 62 |
| Ringa överträdelse..... | 63 |
| Avgiftens storlek | 63 |
| Sekretess | 65 |
| Sammanfattning | 65 |
| Skiljaktig mening | 67 |
| Ekonomiska utgångspunkter..... | 67 |
| Rättsliga utgångspunkter | 68 |
| Förhållandena i ärendet | 71 |
| Min bedömning | 75 |

BAKGRUND

Konkurrensverket fann i beslut den 20 december 2023 att Tapwell Aktiebolag (Tapwell) i avtal med två av sina återförsäljare – Home Online (dvs. Home Online Se AB och Kakelkompaniet Import & Försäljning i Stockholm AB) och Hemgallerian (dvs. Hem Gallerian AB och Badrumsgruppen i Alvik AB) – begränsat återförsäljarnas möjligheter att bestämma sitt försäljningspris på så sätt att dessa inte fick sälja Tapwells produkter online till ett pris som understeg Tapwells vid var tid gällande rekommenderade priser minus tio procent (prispolicy). Enligt Konkurrensverket var det fråga om sådan vertikal prisstyrning som strider mot 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579) och artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). Beslutet riktar sig endast mot Tapwell som förpliktades att betala 16 900 000 kr i konkurrensskadeavgift.

Tapwell har överklagat beslutet till Patent- och marknadsdomstolen som har hållit sammanträde i ärendet.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Tapwell har i första hand yrkat att Patent- och marknadsdomstolen ska upphäva Konkurrensverkets beslut i dess helhet. Tapwell har i andra hand yrkat att Patent- och marknadsdomstolen ska ändra beslutet och sätta ner konkurrensskadeavgiften till 0 kr eller till det lägre belopp som domstolen finner skäligt. Tapwell har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

Konkurrensverket har motsatt sig ändring av beslutet och bestritt Tapwells yrkande om ersättning för rättegångskostnader.

GRUNDER M.M.

Tapwell har vidhållit de invändningar som redovisas i beslutet och i Patent- och marknadsdomstolen anfört i huvudsak följande.

Tapwell

Grunder i korthet

Tapwell har inte uppsåtligen eller av oaktsamhet överträtt förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101 EUF-fördraget.

Något avtal eller samordnat förfarande på sätt Konkurrensverket påstår i beslutet har inte förelegat. Inte heller har det påstådda förfarandet haft som syfte eller resultat att märkbart begränsa konkurrensen på marknaden under den påstådda perioden.

Tapwell har inte haft en sådan prispolicy Konkurrensverket påstår och har inte begränsat Home Onlines och Hemgallerians möjligheter att bestämma sitt försäljningspris. De indicier och sammanträffanden som Konkurrensverket lägger fram för att visa prisstyrning är inte tillräckliga för att Konkurrensverket ska ha uppfyllt sin bevisbörda.

Konkurrensverket har inte heller uppfyllt sin utredningsbörda. Utredningen är inte robust i flera viktiga avseenden. Exempelvis riktar sig beslutet mot endast en av tre påstått delaktiga parter i det konkurrensbegränsande samarbetet. Samtliga relevanta marknader (och därmed relevanta omständigheter, såsom marknadsandelar hos samtliga relevanta parter) har därför inte utretts. Vidare har invändningar som Tapwell framfört inte utretts eller bemötts på ett tillräckligt omsorgsfullt sätt. Konkurrensverkets bevishantering har dessutom varit felaktig. Exempelvis har vissa handlingar använts för påvisande av viss av Konkurrensverket påstådd omständighet enbart av det faktum att andra liknande handlingar påvisar samma påstådda omständighet.

Den konkurrensfrämjande miljö som Tapwell skapat alltsedan bolagets tillkomst innebär att det påstådda avtalet eller det samordnade förfarandet under alla omständigheter omfattas av undantaget i 2 kap. 2 § konkurrenslagen.

Konkurrensskadeavgiften är oproportionerligt hög för en överträdelse av det slag som anges i beslutet. Konkurrensverkets sätt att beräkna konkurrensskadeavgiften på är felaktigt. Den påstådda överträdelsen har varit ringa, pågått under en kortare tid och inte varit allvarlig.

Avtalskriteriet

Något avtal eller samordnat förfarande mellan Tapwell och Home Online eller mellan Tapwell och Hemgallerian har inte förekommit. Inte heller har det förekommit någon prispolicy. Den policy Tapwell tillämpar gentemot sina återförsäljare är sitt transparenta och icke-diskriminerande rabattsystem.

Det som Konkurrensverket betecknar som återförsäljarnas rapportering om avvikelser från prispolicyn är i själva verket ”gnäll” från återförsäljare för att få högre rabatter eller kampanjstöd. Det bestrids att Tapwell skulle ha haft för avsikt att tillämpa den påstådda prispolicyn på samtliga återförsäljare. Det råder brister i Konkurrensverkets utredning och Konkurrensverkets analys ger inte stöd för påståendena om Tapwells avsikt.

Av de fem Excel-filer som redovisas i Konkurrensverkets beslut kommer fyra ursprungligen från Bygghemma-konglomeratet och de redogör för Bygghemma-konglomeratets priser. Den femte sammanställningen upprättades av en sommarjobbare på Tapwell under sommaren 2020 i samband med att Tapwell höjde sina bruttopriser.

Någon prispolicy har inte förmedlats till återförsäljarna. Tapwell ger sina återförsäljare en service för att tillse att de marknadsför Tapwells produkter på ett korrekt sätt och att

återförsäljarna inte går med förlust när de säljer Tapwells produkter. Denna återförsäljarservice har ibland tagit sig i uttryck i form av meddelanden med påpekanden om exempelvis ”fel bruttopris”. Dessa meddelanden har syftat till att informera återförsäljarna om att de utgår från ett felaktigt inköpspris i sin prissättning mot slutkund. Eftersom en majoritet av Tapwells återförsäljare använder drop-shipment vid försäljning av Tapwells produkter sker återförsäljarens inköp från Tapwell först efter det att konsumenten har beställt produkten från återförsäljaren. Tapwell kommer då att fakturera återförsäljaren i enlighet med det högre bruttopriset som Tapwell tillämpar och inte det lägre bruttopriset som återförsäljaren har baserat sitt slutkonsumentpris på.

Om inte återförsäljaren utgår från rätt inköpspris i sin prissättning gentemot slutkonsument kommer det medföra att återförsäljaren i slutändan inte får den marginalen har räknat med. För att vara sina återförsäljare behjälpliga skickar Tapwell ibland påpekanden om fel bruttopris för att förekomma klagomål från återförsäljaren och tillse att den inte går med förlust när den säljer Tapwells produkter. Tapwells meddelanden om fel bruttopris har aldrig utgjort uppmaningar om att höja det faktiska slutkonsumentpriset.

Tapwell har inte heller förmedlat prispolicy genom att kontakta och ställa frågor till återförsäljare som haft kampanjerbjudanden online. Kontakterna har varit ett led i den service som Tapwell ger sina återförsäljare. Dessa frågor har ofta förekommit i samband med att en kampanjperiod har tagit slut, exempelvis Black Week, för att informera återförsäljaren om att Tapwells extra kampanjrabatt inte längre gäller. Väljer återförsäljaren trots detta att fortsätta med sina kampanjpriser riskerar den att sälja produkter med förlust med anledning av drop shipment-modellen. Informationen från Tapwell har endast varit avsedd som vägledande och den slutliga bestämmanderätten har alltid legat hos återförsäljarna. Tapwells frågor om kampanj har således aldrig utgjort uppmaningar om att höja det faktiska slutkonsumentpriset.

Vad gäller Tapwells meddelanden med information från Prisjakt till återförsäljarna har detta inte heller utgjort någon prisstyrning. Dessa mejl har ofta skickats i samband med påpekanden om fel bruttopriser och har syftat till att tillse att återförsäljarna har kännedom om uppdaterade bruttopriser samt informera återförsäljarna om att de utgår från ett för lågt inköpspris i sin prissättning mot slutkund som i slutändan kommer göra att de går med förlust. De gånger som dessa mejl skickats utan påpekande om fel bruttopris har syftet varit detsamma. Tapwells meddelanden med information från Prisjakt har därför inte heller utgjort uppmaningar om att höja det faktiska slutkonsumentpriset.

Det faktum att det vid vissa tillfällen föreligger ett samband mellan justeringar av bruttopriser och motsvarande justeringar av slutkonsumentpriser betyder inte att Tapwell har tvingat sina återförsäljare att tillämpa prispolicyn. När Tapwell har kommunicerat att bruttopriset på en särskild produkt är högre än vad återförsäljaren utgår ifrån, och således att inköpspriset för produkten är högre, har återförsäljaren ett incitament att höja slutkonsumentpriset i motsvarande mån för att inte förlora marginal på produkten.

Konkurrensverket utgår från att skälet till att kommunikationen med återförsäljarna har varit kort och kryptisk måste vara för att försvåra upptäckt av olagligt beteende. Tapwell anser att för att göra ett sådant påstående måste det finnas stöd i Konkurrensverkets utredning, som visar kontakter i andra forum och dessa kontacters kausalitet med den korta och kryptiska kommunikationen. Någon sådan utredning finns inte. Att Tapwell skulle ha prisstyrt Velltra och Hemmatema via telefonkontakter med de bolagen bestrids.

Avseende de meddelanden som Konkurrensverket påstår utgör bekräftelser om att höja priser till en nivå som motsvarar prispolicyn, förekommer endast tre bekräftelser från Hemgallerian och fem bekräftelser från Home Online om att priset ska åtgärdas. I dessa meddelanden har inte nämnts någonting om prispolicy. När det gäller den analys som Konkurrensverkets gjort av data från Prisjakt, framkommer att det vid endast sex

tillfällen finns ett samband mellan tidpunkten för meddelandet och en justering av slutkonsumentpriser.

Den första alternativa hållbara förklaringen till varför priserna på Tapwells produkter kan ha hamnat på en nivå motsvarande prispolicyn är på grund av Bygghemma-konglomeratets prissättning och agerande på återförsäljarmarknaden. Med användning av prisrobotar i sin prissättning har Bygghemma-konglomeratet dessutom kunnat disciplinera andra återförsäljare att inte prissätta lägre än Bygghemma-konglomeratet. Av Excel-filerna framgår att Bygghemma-konglomeratet tillämpade ett pris som låg tio procent under Tapwells bruttoprislista.

Den andra alternativa hållbara förklaringen till varför priserna på Tapwells produkter kan ha hamnat på en nivå motsvarande prispolicyn är att en återförsäljare i VVS-branschen med fysisk butik behöver ha en bruttomarginal på sina produkter på 25–30 procent för att inte sälja dem med förlust. Om bruttomarginalen sjunker ned mot 20 procent riskerar verksamheten att inte vara livskraftig. Med denna nivå på bruttomarginalen tillsammans med den rabatt om 38 procent från sitt rekommenderade konsumentpris, dvs. bruttopris, som Tapwell vanligtvis ger sina återförsäljare innebär det att en återförsäljare med fysisk butik har utrymme att tillämpa ungefär tioprocents rabatt från bruttopriset mot slutkund för att inte sälja produkten med förlust.

Den tredje alternativa hållbara förklaringen till varför priserna på Tapwells produkter kan ha hamnat på en nivå motsvarande prispolicyn är att tio procent rabatt är den gängse rabattstorleken i den aktuella branschen som de flesta säljare är delegerade att efter förhandling kunna lämna. Anledningen till detta är att tio procent är en siffra som är lätt att räkna på för såväl säljare som konsumenter. Det skapas en större transparens för båda parter i prisdiskussion och förhandling. Det är också en tillräckligt stor rabatt för att den ska kunna ge effekt hos en konsument som överväger att köpa en produkt.

Konkurrensbegränsningskriteriet

Konkurrensverkets utredning ger under alla förhållanden inte stöd för att ändamålen med den påstådda prispolicyn skulle ha varit att begränsa konkurrensen. Det är inte rimligt att Tapwell skulle ha haft ett incitament att hålla uppe återförsäljarnas slutkonsumentpriser. Om återförsäljarna höjer sina slutkonsumentpriser på Tapwells produkter riskerar det att föranleda att försäljningen av Tapwells produkter minskar. Konkurrensen från andra leverantörer och varumärken innebär en betydande risk att en ökning av slutkonsumentpriserna hos återförsäljarna leder till att konsumenterna väljer ett annat varumärke och därmed att Tapwell säljer färre produkter och således gör lägre vinst. Tapwell gynnas alltså av hård konkurrens bland de återförsäljare som säljer Tapwells produkter vilket inbegriper en konkurrens i prissättningen. Det är därför inte sannolikt att ändamålet med kommunikationen till återförsäljare varit att begränsa konkurrensen mellan återförsäljarna.

Det finns inte någon garanti för att återförsäljarnas ”gnäll” upphör om Tapwell sänker sina priser gentemot återförsäljarna. Prisstyrning kan således inte vara Tapwells enda utväg om de vill bibehålla sina egna marginaler.

Det är heller inte nödvändigt att gå igenom den omständliga processen att planera för och implementera ett vertikalt prisstyrningssamarbete med särskilda prissättningsregler, system med konsekvenser för avvikelser och konstant övervakning av sina återförsäljare för att hamna i ett visst marknadssegment. Det kan åstadkommas genom sedvanlig pris- och marknadsstrategi.

Tapwell har ett intresse av att deras återförsäljare har tillräckliga marginaler för att överleva och sälja Tapwells produkter. I synnerhet är det av vikt för Tapwell att återförsäljare med fysiska butiker, såsom Home Online och Hemgallerian, har tillräcklig marginal för att kunna fortsätta sälja Tapwell-produkter i den fysiska butiken eftersom de kan erbjuda konsumenterna möjligheten till förköpsservice. Det innebär

emellertid inte att Tapwell har incitament att styra sina återförsäljares slutkonsumentpriser.

Tapwell tjänar lika mycket per såld produkt oavsett hur mycket återförsäljarna säljer den för till slutkonsument. Eftersom Tapwell självt är under konkurrenstryck från andra leverantörer kan inte slutkonsumentpriset för en Tapwell-produkt vara hur högt som helst utan att slutkonsumenterna väljer andra leverantörers varumärken. Ett dyrare pris för Tapwell-produkter gynnar således inte Tapwell varför konkurrens bland Tapwells återförsäljare är bra. Samtidigt värnar Tapwell om sina återförsäljare och vill behålla pluralismen och konkurrensen bland dem. Tapwell värnar särskilt om sådana återförsäljare som har fysiska butiker och kan ge den förköpsservice som Tapwell anser vara nödvändig för marknadsföringen av sina produkter. Tapwell tjänar inte på att deras återförsäljare gör misstag och således säljer Tapwell-produkter till förlust och sedermera går i konkurs. På lång sikt skulle det minska konkurrensen bland återförsäljarna och priset på Tapwell-produkter stiga vilket i sin tur skulle leda till att Tapwell tappar försäljning. De påstådda avtalen är således inte vid första påseende konkurrensbegränsande genom sitt syfte.

I det ekonomiska och rättsliga sammanhanget ska eventuella konkurrensfrämjande effekter med de påstådda avtalen beaktas. Tapwell menar att det föreligger sådana effekter. De konkurrensfrämjande effekterna av de påstådda avtalen består i att åtgärda den snålskjutsproblematik som begränsar konkurrensen i branschen samt att tillse att Tapwells varumärke inte eroderas. Med dessa konkurrensfrämjande effekter inkluderade i det ekonomiska och rättsliga sammanhanget som de påstådda avtalen förekommer i vänds bedömningen av huruvida de påstådda avtalen vid sitt första påseende är konkurrensbegränsande genom sina syften.

Relevant marknad

Tapwell invänder inte mot marknadsavgränsningen vad avser den relevanta produktmarknaden i det marknadsled som Tapwell är verksamt på, dvs. leverantörsmarknaden.

Tapwell bestrider däremot att den relevanta geografiska marknaden är begränsad till endast Sverige.

De uppgifter som Konkurrensverket har lagt till grund för sin bedömning är uteslutande baserade på Tapwells uppskattningar och antaganden om marknadsförhållandena. Konkurrensverket har inte självständigt utrett Tapwells uppskattningar eller genomfört någon egen utredning i denna del. Den utredning som framkommit i ärendet, vilken utgörs av Tapwell och andra återförsäljares uppgifter, talar för en bredare geografisk marknadsavgränsning.

Tapwell anser vidare att en marknadsavgränsning för återförsäljarmarknaden också behöver göras och att det egentligen är den marknaden som är viktigast att definiera. Någon definition av nedströmsmarknaden inte vidtagits, trots att Konkurrensverket påstår att det är på denna marknad som konkurrensbegränsningen har fått effekt.

Märkbarhet

Konkurrensverket har inte utfört en tillräcklig utredning av huruvida den påstådda konkurrensbegränsningen ska ses som en syftesöverträdelse och om begränsningen påverkar handeln mellan medlemsstater. En bedömning av de påstådda avtalens art behöver därför göras för att se om de har begränsat konkurrensen på ett märkbart sätt. Omfattningen av märkbarheten kan endast avse Home Online och Hemgallerian och inte andra återförsäljare.

Prisföljsamheten är inte så hög som Konkurrensverket påstår. Prispolitikens omfattning kan därför inte anses ha varit betydande.

Vid bedömning av Tapwells marknadsandelar utgår Konkurrensverket endast från Tapwells egna uppskattningar. Baserat på Tapwells uppskattningar och marknadsdata om produkter som står för knappt hälften av Tapwells omsättning har Konkurrensverket kommit fram till att Tapwell är en betydande aktör på den relevanta marknaden.

Det krävs en mer robust utredning för att kunna dra sådana slutsatser. Enligt Konkurrensverket har Tapwell haft en genomsnittlig marknadsandel på marknaden för vattenblandare under den relevanta tidsperioden som uppgått till 11,4 procent. Tapwell kan av detta konstatera att Tapwells försäljning i sin helhet endast utgör en mindre del av marknaden för vattenblandare.

Den utredning Konkurrensverket har företagit avseende märkbarhet för Home Online och Hemgallerian är hur stor del av Tapwells omsättning som hänför sig till dem. Eftersom Konkurrensverket inte har definierat och utrett återförsäljarmarknadens aktörer kan inte Home Online och Hemgallerians delar av Tapwells totala omsättning sättas i relation till övriga återförsäljare. Det går inte utifrån Konkurrensverkets utredning att förstå vad Home Online och Hemgallerian har för storlek på återförsäljarmarknaden. Home Onlines och Hemgallerians försäljning av Tapwells produkter på deras hemsidor uppgår till endast ca 0,2 procent av det totala försäljningen av vattenblandare och sanitetsarmaturer till slutkonsument i Sverige.

Samhandelskriteriet

Tapwell bestrider att det påstådda förfarandet har haft en påverkan på samhandeln på ett märkbart sätt eftersom det inte föreligger något avtal eller samordnat förfarande.

De uppgifter som Konkurrensverket har lagt till grund för sin bedömning av påverkan på samhandeln är uteslutande baserade på Tapwells uppskattningar och antaganden om marknadsförhållandena. Konkurrensverket har inte självständigt utrett Tapwells uppskattningar eller genomfört någon egen utredning i denna del.

Konkurrensverkets utredning ger inte stöd för att förfarandet avsett samtliga återförsäljare. Utredningen och analyserna av prisföljsamheten ger inte heller stöd för att det har förelegat en hög prisföljsamhet bland återförsäljarna. Därtill kan Tapwell också konstatera att utredningen inte visar att överträdelsen har pågått under den tidsperiod som Konkurrensverket påstår.

Undantag

De påstådda avtalen har medfört konkurrensfrämjande effekter dels i form av att förebygga snålskjutsproblematiken som förekommer på återförsäljarmarknaden, dels genom att tillse att Tapwells varumärke inte eroderas. Dessa effekter bidrar till att förbättra distributionen av produkterna, tillförsäkrar konsumenterna en skälig andel av vinsten genom tillgång till förköpsservice, ålägger Home Online och Hemgallerian endast nödvändiga begränsningar för att förbättra distributionen av produkterna samt ger inte Tapwell, Home Online och Hemgallerian möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av produkterna.

Effektivitetsvinsterna av det påstådda förfarandet består i att ge återförsäljare med fysisk butik fortsatta incitament att investera i förköpsservice av Tapwell-produkter. Detta eftersom återförsäljare utan fysisk butik åker snålskjuts på sådana investeringar. Genom det påstådda förfarandet kan återförsäljare med fysisk butik fortsätta erbjuda kunderna den förköpsservice som medför att inköpet av Tapwell-produkter blir skräddarsytt för kundernas behov.

Det påstådda förfarandet har även bidragit till att konkurrensen mellan Tapwells återförsäljare inte enbart riktar in sig på pris utan också på andra kvalitativa faktorer. Dessa inkluderar kvaliteten i förköpsservicen, leveransvillkor och andra kringtjänster såsom installation, virtuella showrooms osv. Konkurrens på fler faktorer än enbart pris öppnar upp möjligheter för återförsäljarna att innovera i distributionsleden genom att införa och bygga ut nya eller mer effektiva distributionsformer av Tapwell-produkter. Om det påstådda förfarandet kan ha lett till högre priser vid försäljning av Tapwell-produkter över internet har konsumenterna kompenserats fullt genom de effektivitetsvinster som detta inneburit.

Med det påstådda förfarandet ges återförsäljare med fysisk butik fortsatta incitament att investera i förköpsservice. Med de fortsatta incitamenten kommer konsumenterna få

tillgång till förköpsservicen som annars riskerar att gå om intet. Det är på detta sätt som effektivitetsvinsterna kommer konsumenterna till del.

Om den påstådda prispolicyn anses ha tillämpats har det varit nödvändigt för att förebygga den snålskjutsproblematik som förekommer på marknaden. Tapwells produkter är inte tillräckligt tekniskt avancerade eller komplicerade för att ett selektivt eller exklusivt distributionssystem hade varit motiverat för att förebygga snålskjutsproblematiken. Det finns vidare ingen annan leverantör inom VVS-branschen som använder selektiva eller exklusiva distributionssystem. Tapwell tillämpar redan extra rabatter till återförsäljare som erbjuder extra service och medfinansiering av marknadsföringsinsatser i butiker.

Mot bakgrund av den försäljning det påstådda förfarandet omfattar och den konkurrens som såväl Tapwell utsätts för på leverantörsmarknaden, och som Home Online och Hemgallerian utsätts för på återförsäljarmarknaden, kan inte det påstådda förfarandet anses sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av produkterna på den relevanta marknaden.

Varaktighet

Tapwell bestrider att den påstådda överträdelsen skulle vara en enda och fortlöpande överträdelse och att syftet med överträdelsen varit att hålla priserna på en nivå som motsvarar prispolicyn. Därför har Tapwell inte heller haft en samlad plan för att genomföra ett sådant syfte. Slutligen bestrider Tapwell att en sådan påstådd plan syftat till att undvika ett priskrig.

Det är i sig inte anmärkningsvärt att en återförsäljare, oavsett bransch, vill undvika ett priskrig. Om slutkonsumentpriset blir för lågt kommer det föranleda att marginalen blir för låg och att det inte blir lönsamt att sälja produkten i fråga. Det är i sig inte heller anmärkningsvärt att en leverantör, oavsett bransch, inte vill att ett priskrig utbryter mellan dess återförsäljare eftersom det riskerar att återförsäljarna till slut upphör med

att sälja leverantörens produkter. Det ger emellertid inte stöd för att det funnits en samlad plan som syftat till att undvika ett priskrig.

Avseende de meddelanden som Konkurrensverket påstår utgör start- och slutdatum för överträdelsen ger inte stöd för att det förelagat ett syfte att hålla priserna på en nivå som motsvarar prispolicyn och ger inte heller stöd för att överträdelsen påbörjades och avslutades vid dessa tillfällen. Det kan alltså inte anses vara fråga om en enda och fortlöpande överträdelse.

Om de påstådda avtalen, trots detta, skulle anses vara en överträdelse gör Tapwell gällande att överträdelsen endast utgörs av de åtta tillfällen som Home Online och Hemgallerian har hörsammat en påstådd uppmaning från Tapwell och av de sex tillfällen då Home Online eller Hemgallerian faktiskt har justerat slutkonsumentpriserna.

Konkurrensskadeavgift

Om domstolen skulle anse att en överträdelse har ägt rum, har Tapwell varken uppsåtligt eller av oaktsamhet överträtt förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete.

Tapwell har inte varit medvetet om att en diskussion om bruttopris i relationen med Home Online och Hemgallerian på något sätt skulle beskära återförsäljarnas möjlighet att sätta sitt eget pris mot slutkonsument.

Det är felaktigt att Tapwell borde ha insett att agerandet haft negativa inverknings på konkurrensen. Syftet med Tapwells kommunikation till återförsäljarna har inte varit att begränsa konkurrensen och agerandet och kan därför inte heller anses vara ett agerande som typiskt sett är att anse som ägnat att begränsa konkurrensen. Tapwell har endast haft intresse av och insikt i att deras produkter marknadsförs på ett korrekt sätt gentemot slutkonsument samt den långsiktiga relationen med återförsäljarna.

Konkurrensverkets bedömning att den påstådda överträdelsen utgör en syftesöverträdelse är felaktig. Den påstådda överträdelsen är vidare att anse som ringa eftersom effekterna av den är bagatellartade och försumbara sett till konkurrenslagens allmänna syfte att främja effektiv konkurrens.

Tapwell är en förhållandevis liten aktör på leverantörsmarknaden. Home Online och Hemgallerian, som påstås ha implementerat och samtyckt till prispolicyn, utgör ännu mindre aktörer på återförsäljarmarknaden. De påstådda avtalen har som mest haft en effekt motsvarande 0,2 procent på återförsäljarmarknaden, dvs. Home Onlines och Hemgallerians gemensamma marknadsandel. Varken Tapwell, Home Online eller Hemgallerian har den marknadsmakt som krävs för att begränsa konkurrensen på mer än ett helt försumbart sätt.

Vidare har den påstådda överträdelsen pågått under en kortare tid. Det har inte varit fråga om en enda och fortlöpande överträdelse utan en eventuell överträdelse har ägt rum vid 14 separata tillfällen som inte har någon tidsmässig koppling till varandra.

Mot bakgrund av att den påstådda överträdelsen har begåtts före den 1 mars 2021 och även är att anse som ringa saknas skäl för påförande av konkurrensskadeavgift.

Konkurrensverket påstår att den påstådda konkurrensbegränsningen har omfattat försäljning över internet där begränsningar av priskonkurrensen potentiellt kan få mycket allvarliga konsekvenser för slutkonsumenter. Det förekommer emellertid en snålskjutsproblematik i branschen och slutkonsumentpriserna på internet och i fysisk butik har en samverkan. Det påstådda förfarandet har vidare lett till konkurrensfrämjande effekter på marknaden. Eftersom Konkurrensverket har begränsat sitt beslut till att avse enbart återförsäljarna Home Online och Hemgallerian, vilka har en mycket liten andel av återförsäljarmarknaden, kan därför inte heller ett stort antal konsumenter anses ha påverkats.

Det saknas stöd för att Tapwell skulle vara en betydande aktör eftersom Konkurrensverket inte har företagit något egen utredning till stöd för detta.

För det fall det påstådda förfarandet har utgjort en konkurrensrättslig överträdelse har det förelegat förmildrande omständigheter. Som förmildrande omständighet kan uppenbara fall av oaktsamhet beaktas. Tapwell har endast haft intresse av och insikt i att deras produkter marknadsförs på ett korrekt sätt gentemot slutkonsument samt den långsiktiga relationen med återförsäljarna.

Eftersom det rör sig om en straffliknande åtgärd som staten vidtar mot ett enskilt rättssubjekt måste sanktionsavgiften, enligt allmänna rättsprinciper, vara proportionerlig. Sett till den påstådda överträdelsens omfattning är sanktionsavgiften inte proportionerlig. Konkurrensverket har inte heller tagit hänsyn till de konkurrensfrämjande effekter som Tapwell menar föreligger. Mot bakgrund av detta är konkurrensskadeavgiften inte proportionerlig och bör därför jämkas eller sättas ned till noll kr.

Konkurrensverket

Konkurrensverket har vidhållit det som anförs i beslutet och i Patent- och marknadsdomstolen anfört i huvudsak följande.

Avtalskriteriet

Av Konkurrensverkets utredning framgår att Tapwell har implementerat en prispolicy som förmedlats till återförsäljarna Home Online och Hemgallerian vilka sedermera samtyckt till prispolicyn. Det övergripande syftet med prispolicyn har varit att hålla en stabil prisnivå på Tapwells produkter på internet över tid och att undvika ett priskrig. Förfarandet som sådant har emellertid inte varit begränsat till endast Home Online och Hemgallerian.

Prispolicyn har upprätthållits genom att Tapwell uppmanat återförsäljare att höja sina priser när Tapwell sett att priser avvikit från prispolicyn. Detta har visats genom den kommunikation mellan Tapwell och återförsäljarna som förekommer i ärendet och hur återförsäljarna därefter har agerat på uppmaningar från Tapwell. Övervakning av följsamheten till prispolicyn har från Tapwells sida skett genom att Tapwell har erhållit eller upprättat Excel-filer med sammanställningar över återförsäljarnas priser, genom Prisjaksbevakning och kontroll av återförsäljarnas hemsidor samt genom direkta och indirekta uppmaningar från Tapwell till återförsäljarna att justera priserna. Vidare har framkommit att återförsäljare övervakat varandra och rapporterat avvikelser från prispolicyn till Tapwell.

Genom Excel-filerna har Tapwell sammanställt återförsäljarnas priser och noterat avvikelser mellan nettopriser och Tapwells rekommenderade priser minus tio procent. Avsikten har varit att identifiera felaktiga slutkundspriser och inte enbart felaktiga bruttopriser. Informationen har sedermera använts vid kontakt med återförsäljare som en form av uppmaning att justera priserna.

Förekomsten av prispolicyn har kunnat utläsas genom intern korrespondensen mellan anställda på Tapwell samt mellan Tapwell och återförsäljare. Av korrespondensen framgår tydligt att prisbilden på internet varit i fokus och att Tapwell även tagit direkta kontakter med återförsäljare angående slutkundspriser. Vidare framgår att det har funnits en prispölsamhet bland återförsäljarna och att återförsäljare har justerat sina priser efter uppmaning från Tapwell vilket även visar att det funnits ett samtycke till prispolicyn.

Tapwell har övervakat och uppmanat återförsäljare att följa prispolicyn genom bevakning av prisförändringar hos Prisjakt och återförsäljarnas hemsidor. Därefter har Tapwell vidarebefordrat Prisjaktslänkar samt påpekat att återförsäljarna har ”fel bruttopris” och haft frågor om kampanjer.

Återförsäljare har vidare övervakat varandra och rapporterat avvikelser till Tapwell. Av kommunikationen mellan Tapwell och återförsäljarna framgår att prispolicyn varit väl etablerad hos återförsäljarna. Det har kommit till uttryck genom att ”alla ska ha samma priser”, att det finns ”rätt” och ”felaktiga” priser samt genom att återförsäljare förväntar sig att Tapwell agerar på information om prisavvikelser hos andra återförsäljare. Detta motbevisar även Tapwells påstående om att det är fråga om ”gnäll” för att få högre rabatter eller kampanjstöd.

Konkurrensverket konstaterar även att det av korrespondensen framgår att det har förekommit muntliga kontakter mellan Tapwell och återförsäljarna. Att det förekommit många tomma mejl tyder på att mycket kommunikation skett per telefon.

Konkurrensverket har analyserat återförsäljarnas följsamhet till prispolicyn utifrån Prisjaktionsdata och Tapwells prislista. Av analysen framgår en prispölsamhet om i genomsnitt 80 procent men med avvikelser vid t.ex. Black Week. Av analysen framgår att återförsäljarna i hög utsträckning har följt prispolicyn. Analysen visar även hur t.ex. en återförsäljares, Velltras, prispölsamhet kan påverka andra återförsäljares följsamhet till prispolicyn.

Konkurrensbegränsningskriteriet

Genom Konkurrensverkets utredning framgår att förfarandet utgör en syftesöverträdelse. Syftet med förfarandet har varit att styra vilka lägsta priser som Home Online respektive Hemgallerian får marknadsföra och sälja Tapwell-produkter för över internet. Avsikten har varit att prispolicyn ska tillämpas mot samtliga eller i vart fall ett stort antal av återförsäljarna.

När det gäller avtalens innehåll och ändamål framgår av Tapwells egna uppgifter att bolagets strategi varit att befinna sig i ett mittensegment på marknaden.

Avtalen ingår i den kategori av avtal vars skadliga verkan är allmänt vedertagen och är lätt att identifiera. Avtalen är av sådan art att de vid första påseende är har till syfte att begränsa konkurrensen. Med andra ord har avtalen ett konkurrensbegränsande syfte.

Bedömningen av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget ska begränsas till vad som är absolut nödvändigt. Konkurrensverket har dock gjort en mer omfattande prövning än så. Efter det att Konkurrensverket meddelat sitt beslut har EU-domstolen förtydligat vad som ska beaktas vid prövningen av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget och konstaterat att konkurrensfrämjande effekter inte ska vara en del av prövningen, utan beaktas endast inom ramen för prövningen av undantag. Konkurrensverket har emellertid även behandlat dessa omständigheter. Konkurrensverket kan dock konstatera att det inte finns något som vänder bedömningen vid första påseendet att förfarandet utgör en syftesöverträdelse.

Tapwell har gjort gällande att det finns en snålskjutsproblematik på marknaden som ska beaktas vid prövningen av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget. I den första av de av Tapwell åberopade marknadsundersökningarna framgår dock att priset anses vara den näst viktigaste faktorn vid köp av vattenblandare och/eller kranar hos konsumenterna. Undersökningen visar att endast 17 procent av respondenterna har angett information och service från personal i butik som en viktig faktor och endast 10 procent har uppgett rekommendation från en expert som en viktig faktor vid sådana köp. Av den andra marknadsundersökningen framgår att ett genomgående tema bland konsumenterna är att de jämför priset bland olika återförsäljare, inklusive de återförsäljare som finns på internet, och att återförsäljarna ges möjlighet att matcha andra återförsäljares priser.

Relevant marknad

Eftersom det varit fråga om en syftesöverträdelse har det i det aktuella ärendet varit tillräckligt för Konkurrensverket att endast göra en summarisk marknadsavgränsning. Marknadsavgränsningen kan vara av relevans för frågan om märkbarhet och huruvida

samhandeln märkbart har påverkats. Det har inte varit nödvändigt att definiera marknaden nedströms bl.a. eftersom återförsäljarna Home Online och Hemgallerian inte omfattas av förbudsbeslutet.

Den relevanta produktmarknaden är försäljning av vattenblandare och sanitetsarmaturer avsedda för kök och badrum till återförsäljare och grossister. Bedömningen har således gjorts med utgångspunkten i produkter som omfattas av förfarandet vilket har avsett samtliga Tapwell-produkter som utgörs av vattenblandare och sanitetsarmaturer. Konkurrensverket har inte funnit skäl att göra någon segmentering på produktkategorier eller pris. Däremot innefattas inte projektkunder i den relevanta marknaden.

Den relevanta geografiska marknaden är Sverige. Bedömningen har gjorts med utgångspunkt i de produkter som omfattas av förfarandet och utifrån konkurrenstryck från utlandet samt köparnas preferenser.

Märkbarhet och samhandelskriteriet

Det är tillräckligt att avtalen bedöms få en indirekt och potentiell påverkan på handeln mellan medlemsstaterna för att samhandelskriteriet ska vara uppfyllt. Därutöver är det fråga om vertikal prisstyrning av internetbaserad försäljning och avtalen omfattar hela Sverige. Tapwells produkter har vidare importerats från tillverkare i Italien och det är fråga om produkter som lätt kan hanteras och transporteras mellan medlemsstaterna utan att förstöras. Avtalen kan vidare anses påverka handeln mellan medlemsstater på ett märkbart sätt eftersom förfarandets karaktär har till resultat att förstärka avskärmningen av nationell marknader. Avsikten har vidare varit att samtliga eller stora delar av återförsäljarkollektivet ska omfattas. Dessutom har prispolicyn haft en hög prispölsamhet och överträdelsen har pågått under flera år. Samhandelskriteriet är mot denna bakgrund uppfyllt.

Vid en en syftesöverträdelse är utrymmet för att förfarandet inte ska anses märkbart påverka konkurrensen mycket begränsat. Under alla förhållanden har förfarandet märkbart påverkat konkurrensen med hänsyn till Tapwells marknadsandelar, att förfarandet har avsett slutkundspriser på internet av Tapwells hela produktutbud, att avsikten varit att samtliga eller stora delar av återförsäljarkollektivet skulle omfattas av prispolicyn samt att förfarandet pågått i flera år och avsett hela Sverige. Vidare konstateras att prisstyrning av en återförsäljare även påverkar andra återförsäljare att justera sina priser samt att priserna på internet även påverkar priserna i butik.

Undantag

Tapwell har bevisbördan för att undantag föreligger. Varken den snålskjutsproblematik eller den risk för varumärkeserosion som Tapwell påstår föreligger är sådan att förutsättningar för undantag föreligger. Tapwell har inte visat att prispolicyn medför effektivitetsvinster. Under alla förhållanden har inte konsumenterna kompenserats för de prisökningar som blir följden av Tapwells prisstyrning. Det framgår dessutom av Tapwells egen marknadsundersökning att konsumenter värdesätter pris högre än förköpsservice. Tapwell har inte heller visat att det inte finns mindre konkurrensbegränsande alternativ för att uppnå de påstådda effektivitetsvinsterna.

Varaktighet

Starpunkten respektive slutpunkten för avtalet mellan Tapwell och Home Online har fastställts utifrån kommunikation mellan Tapwell och Home Online samt prispöjlsamheten hos Home Online. Starpunkten respektive slutpunkten för avtalet mellan Tapwell och Hemgallerian har fastställts utifrån kommunikation mellan Tapwell och Hemgallerian. Förfarandet utgör en enda fortlöpande överträdelse. Av utredningen framgår att det har funnits en samlad plan mellan Tapwell, Home Online och Hemgallerian om att hålla en stabil prisnivå på Tapwells produkter som säljs över internet samt att undvika en generell prisnedgång på marknaden. Det har vidare varit fråga om samma involverade personer.

Konkurrensskadeavgift

Överträdelsen har begåtts uppsåtligen eller i vart fall av oaktsamhet och det har inte varit fråga om en ringa överträdelse. Utgångspunkten vid fastställande av konkurrensskadeavgift är att avgiften ska vara så ingripande att den verkar avskräckande. Vid bestämmandet av sanktionsvärdet har Konkurrensverket beaktat överträdelsens allvarlighet och varaktighet. Det finns varken förmildrande eller försvårande omständigheter som bör beaktas och avgiften överstiger inte tio procent av Tapwells omsättning året som föregick Konkurrensverkets beslut. Det saknas därmed skäl att sänka konkurrensskadeavgiften.

UTREDNINGEN

Enligt 27 § första stycket lagen (1996:242) om domstolsärenden ska domstolens beslut grundas på det som handlingarna innehåller och det som i övrigt har förekommit i ärendet. Patent- och marknadsdomstolen har hållit sammanträde i ärendet. Vid detta har parterna lagt fram den skriftliga bevisning som de särskilt önskat att domstolen ska uppmärksamma.

På Tapwells begäran har hållits vittnesförhör med [REDACTED] (tidigare [REDACTED] och numera [REDACTED] på Tapwell), [REDACTED] (tidigare säljare på Tapwell), [REDACTED] (säljare på Tapwell), [REDACTED] (säljare på Tapwell), [REDACTED] ([REDACTED] Home Online), [REDACTED] (tidigare säljare och numera [REDACTED] på Tapwell), [REDACTED] ([REDACTED] Hemgallerian), [REDACTED] (tidigare [REDACTED] och numera [REDACTED] på Bygghemma), [REDACTED] ([REDACTED] Kakelpalatzet), [REDACTED] ([REDACTED] Monterra och [REDACTED] Frej Jonsson), [REDACTED] ([REDACTED] Badrumsspecialisten), [REDACTED] ([REDACTED] på Bad & Värme), [REDACTED] ([REDACTED] på Comfort), samt [REDACTED] ([REDACTED] Kakelgallerian). Vidare har hållits partssakkunnigförhör med [REDACTED] ([REDACTED] RBB Economics).

På Konkurrensverkets begäran har hållits vittnesförhör med [REDACTED] ([REDACTED] Hemmatema) samt [REDACTED] ([REDACTED] på Velltra).

SKÄLEN FÖR BESLUTET

Allmänna rättsliga utgångspunkter

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 2 kap. 1 § första stycket konkurrenslagen är avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt förbjudna. Av bestämmelsens andra stycke första punkten följer att detta särskilt gäller sådana avtal som innebär att inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs. Med avtal likställs enligt 1 kap. 6 § konkurrenslagen samordnade förfaranden. Avtal som är konkurrensbegränsande kan undantas från förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen om de kumulativa villkoren för undantag i 2 kap. 2 § är uppfyllda.

Om ett avtal eller ett samordnat förfarande kan påverka handeln mellan EU:s medlemsstater ska även artikel 101 i Fördraget om den Europeiska unionens funktions-sätt (EUF-fördraget) tillämpas (se artikel 3 rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpningen av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget [förordning 1/2003]). Enligt artikel 101.1 EUF-fördraget är avtal mellan företag och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna och har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den inre marknaden förbjudna. Av artikel 101.3 EUF-fördraget följer att förbudet får förklaras icke tillämpligt om vissa villkor är uppfyllda.

2 kap. 1 och 2 §§ konkurrenslagen är utformade med artikel 101 EUF-fördraget som förebild. Eftersom konkurrenslagens bestämmelser om konkurrensbegränsande samarbeten har anpassats efter motsvarande bestämmelser i EUF-fördraget bör

bestämmelserna tolkas på ett enhetligt sätt (se bl.a. EU-domstolens dom den 26 november 2015 i mål C-345/14 *Maxima Latvija*, EU:C:2015:784, p. 12 och där gjorda hänvisningar).

Av 3 kap. 5 § konkurrenslagen följer att Konkurrensverket får besluta att ett företag som uppsåtligen eller av oaktsamhet överträtt bestämmelserna i 2 kap. 1 § konkurrenslagen eller artikel 101 EUF-fördraget ska betala konkurrensskadeavgift.

Bevisbörda och beviskrav

Enligt artikel 2 förordning 1/2003 åvilar bevisbördan den part som gör gällande att artikel 101.1 EUF-fördraget har överträtts. Av denna bestämmelse följer även att det företag som åberopar att undantagsbestämmelsen i artikel 101.3 EUF-fördraget är tillämplig har bevisbördan för att villkoren i den punkten är uppfyllda. Motsvarande gäller enligt nationell rätt.

Beträffande vilket beviskrav som ska tillämpas gäller nationell rätt. Även om konkurrensskadeavgift är en sanktion av straffrättslig karaktär bör beviskravet vara det som tillämpas i tvistemål i allmänhet, dvs. styrkt eller visat (jfr MD 2015:4 p. 25 med vidare hänvisningar och MD 2013:5 p. 165). Ett sådant beviskrav strider inte mot oskuldspresumtionen men medför inte heller att det blir i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av EU-rätten, varför det är förenligt med effektivitetsprincipen. Beviskravet är vidare detsamma vid prövningen enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101 EUF-fördraget varför det också är förenligt med likvärdighetshetsprincipen. (Se vidare t.ex. EU-domstolens domar den 21 januari 2016 i mål C-74/14 *Eturas*, EU:C:2016:42 och den 29 juni 2023 i mål C-211/22 *Super Bock*, EU:C:2023:529, p. 55.)

Domstolens beslut ska, som nämnts, enligt 27 § första stycket lagen om domstolsärenden grundas på det som handlingarna innehåller och det som i övrigt förekommit i ärendet. Som utgångspunkt anser dock domstolen att uppgifter som enbart framgår ur

tjänsteanteckningar, vittnesintyg eller utskrifter från förhör under Konkurrensverkets utredning har ett lägre bevisvärde än uppgifter som har lämnats i förhör vid sammanträdet och där motparten har fått möjlighet att hålla motförhör (jfr den allmänna processrättsliga principen om användning av det bästa bevismedlet). Enligt domstolen gör sig dessa hänsyn särskilt gällande beträffande Konkurrensverkets bevisning eftersom verket har beslutat om en sanktion av straffrättslig karaktär mot Tapwell (jfr rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna).

Ramen för prövningen m.m.

Konkurrensverket har, som nämnts, beslutat att Tapwell ska betala 16 900 000 kr i konkurrensskadeavgift eftersom bolaget i strid med 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101 EUF-fördraget under en viss period, genom avtal eller samordnade förfaranden som utgör en enda och fortlöpande överträdelse, har begränsat återförsäljarna Home Onlines och Hemgallerians möjligheter att bestämma sitt försäljningspris på så sätt att återförsäljarna inte fick sälja Tapwells produkter online till ett pris som understeg Tapwells vid var tid gällande rekommenderade priser minus tio procent. Beslutet riktar sig endast mot Tapwell.

Patent- och marknadsdomstolen följer i detta beslut dispositionen i det överklagade beslutet. Redan inledningsvis kan dock nämnas att domstolen delar Konkurrensverkets bedömning att det påstådda förfarandet har kunnat påverka handeln mellan medlemsstater på ett sådant sätt att även artikel 101 EUF-fördraget är tillämplig i ärendet (jfr artikel 3.1 förordning 1/2003). För att inte tynga texten i beslutet hänvisar domstolen i det följande, beroende på sammanhang, till antingen 2 kap. 1 och 2 §§ konkurrenslagen eller artikel 101 EUF-fördraget trots att båda bestämmelserna tillämpas.

Företagskriteriet

Tapwell har inte ifrågasatt att bolaget och de i ärendet aktuella återförsäljarna är juridiska personer som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur och att de därmed utgör företag i den mening som avses i 1 kap. 5 § konkurrenslagen. Tapwell har dock inte vitsordat att Home Online Se AB och Kakelkompaniet Import och Försäljning i Stockholm AB respektive Hem Gallerian AB och Badrumsgruppen i Alvik AB i konkurrensrättslig mening har utgjort samma ekonomiska enheter.

Patent- och marknadsdomstolen ansluter sig till de rättsliga utgångspunkterna i Konkurrensverkets beslut (se p. 91–93). Domstolen delar vidare Konkurrensverkets bedömning att det mellan dels Home Online Se AB och Kakelkompaniet Import och Försäljning i Stockholm AB, dels Hem Gallerian AB och Badrumsgruppen i Alvik AB funnits sådana ekonomiska, organisatoriska och juridiska band att de inte självständigt kunnat bestämma sitt agerande på marknaden (se p. 94–98). Home Online Se AB och Kakelkompaniet Import och Försäljning i Stockholm AB respektive Hem Gallerian AB och Badrumsgruppen i Alvik AB får därför anses utgöra ekonomiska enheter. Denna slutsats vinner ytterligare stöd av [REDACTED] och [REDACTED] uppgifter i förhör under sammanträdet om hur verksamheten i de respektive företagen har bedrivits.

Avtalskriteriet

Den av Konkurrensverket påstådda prispolicyn har inneburit att återförsäljarna vid försäljning online inte fått sätta lägre pris än tio procent under Tapwells vid var tid rekommenderade konsumentpris, dvs. ett fast lägstapris. Både Home Online och Hemgallerian har bedrivit försäljning både i fysisk butik och online på homeonline.se och vvsonline.nu respektive hemgallerian.se.

Tapwell har bestritt att bolaget har ingått något avtal eller samordnat förfarande om fastställande av minimipriser vid försäljning online med Home Online, Hemgallerian

eller några andra återförsäljare. Tapwell har bl.a. anfört följande. Bolagets meddelanden till återförsäljarna avser att dessa har angett fel bruttopriser eller fel produktinformation på sina hemsidor samt att Tapwell har velat säkerställa att återförsäljarna inte felaktigt tror att de ska få kampanjstöd. Eftersom en majoritet av Tapwells återförsäljare använder drop-shipment vid försäljning av Tapwells produkter sker återförsäljarens inköp från Tapwell först efter det att konsumenten har beställt produkten från återförsäljaren och om återförsäljarens bruttopris är fel kan dennes marginal bli för låg. Tapwell har ett intresse av att återförsäljarna har tillräckligt höga marginaler för att verksamheten ska gå runt. Återförsäljarnas meddelanden till Tapwell med synpunkter på konkurrerande företags priser och rabatter är exempel på ”gnäll” för att de själva vill få bättre villkor. Tapwell vill hålla sig väl med sina återförsäljare och svarar därför ibland trevligt eller neutralt på sådant ”gnäll”, men har ibland inte svarat alls. När det gäller de Excel-filer med förteckningar av Tapwells produkter inklusive priser m.m. som Konkurrensverket har lagt fram så har flertalet av dessa skickats från företag inom Bygghemma-konglomeratet till Tapwell för att förhandla sig till bättre priser. Konkurrensverkets analys av prispölsamheten på marknaden är missvisande bl.a. eftersom verket felaktigt utgår från att alla priser som är högre än rekommenderat pris minus tio procent är följsamma. Det finns dessutom flera meddelanden där Tapwell framhållit att återförsäljarna är fria att ta vilka priser de vill. Samtliga företrädare för Tapwell och de återförsäljare som hörts på begäran av Tapwell har förnekat att det funnits någon prispolicy. Det är vidare inte någon av de personer som hörts i ärendet som påstått att Tapwell på något sätt försökt använda påtryckningar eller incitament för att få återförsäljarna att följa Tapwells rekommenderade priser. Att priserna till viss del varit följsamma kan i stället bero på att det dominerande Bygghemma-konglomeratet med dess prisrobotar styr prispölsamheten på internet, att återförsäljarna behöver en bruttomarginal om minst 25–30 procent för att verksamheten ska gå runt vilket ger ett konsumentpris omkring den påstådda prispölsamheten samt att tio procent är en rimlig och lättträknad rabattnivå som återförsäljarnas säljare normalt får lämna. Slutligen är det en brist att Konkurrensverket inte har åberopat förhör med någon av Tapwells 384 återförsäljare utan endast hänfört sig till indiciebevisning.

Konkurrensverket har i allt väsentligt vidhållit det som anförs i beslutet samt bemött Tapwells invändningar mot verkets ekonomiska analyser.

Patent- och marknadsdomstolen ansluter sig i huvudsak till de rättsliga utgångspunkterna i Konkurrensverkets beslut (se p. 104–121). För att det ska föreligga ett avtal mellan Tapwell och Home Online respektive Hemgallerian krävs alltså att Konkurrensverket ska visa att det funnits en gemensam partsvilja att inte sälja Tapwells produkter online till ett lägre pris än det rekommenderade priset minus tio procent. Det är däremot inte nödvändigt att visa att Tapwell har använt tvång eller utövat påtryckningar mot återförsäljarna eller erbjudit dem någon form av incitament för att följa prispolicyn. (Se t.ex. *Super Bock* p. 53.)

Parterna är ense om att Tapwell under den i ärendet aktuella perioden har haft tre olika prislistor med rekommenderade konsumentpriser (2018, 2019 och 2021). När det gäller Tapwells prissättning mot återförsäljarna har dessa generellt fått 38 procents rabatt på det rekommenderade konsumentpriset vid sina inköp, med undantag för återförsäljare som inte haft någon utställning av Tapwellprodukter i fysisk butik vilka har fått 30 procents rabatt. Återförsäljare som har köpt större volymer för att ha produkter på lager har kunnat få upp till 50 procents rabatt. I samband med två veckor långa kampanjperioder på våren respektive på hösten har Tapwells säljare kunnat ge återförsäljare ytterligare tio procents rabatt på inköpspriset, dvs. totalt 44,2 procents rabatt.

Som domstolen redovisat ovan har som utgångspunkt uppgifter som lämnas i förhör i domstolen högre bevisvärde än uppgifter som lämnats i samtal, vid möten eller i förhör under Konkurrensverkets utredning. Samtidigt beaktar domstolen att de vittnen som hörts i ärendet i olika utsträckning får antas ha ett intresse av utgången. De uppgifter som förhörspersonerna lämnat får därför i varierande grad bedömas med viss försiktighet. När det däremot gäller skriftlig bevisning i form av e-postmeddelanden och sms som skickats före det att Konkurrensverket inledde sin utredning så anser domstolen att dessa typiskt sett har ett högt bevisvärde.

Konkurrensverket har i det överklagade beslutet utförligt redogjort för bl.a. kommunikation per e-post och sms internt på Tapwell samt mellan å ena sidan företrädare för Tapwell och å andra sidan företrädare för Home Online, Hemgallerian och andra återförsäljare av Tapwells produkter. Enligt Patent- och marknadsdomstolen ger den av Konkurrensverket åberopade kommunikationen mycket tydligt stöd för att å ena sidan Tapwell och å andra sidan Home Online och Hemgallerian har tillämpat den påstådda prispolicyn samt att Tapwell även velat tillämpa prispolicyn generellt bland återförsäljarna. Tapwell har både internt och i kommunikation med sina återförsäljare uttryckligen angett att bolaget vill ha högst tio procents rabatt online.

Tapwell har påpekat att stora delar av kommunikationen som Konkurrensverket har åberopat avser andra återförsäljare än Home Online och Hemgallerian samt att vissa meddelanden avser tiden före eller efter den påstådda överträdelseperioden. Enligt domstolen finns dock inte något hinder mot att beakta även sådana meddelanden eftersom de kan ge stöd för att Tapwell samt Home Online och Hemgallerian har haft ett avtal om prispolicyn under den påstådda överträdelseperioden.

Utredningen ger också tydligt stöd för att Tapwell genom bl.a. prisjämförelsesajter har övervakat återförsäljarnas, inklusive Home Onlines och Hemgallerians, priser och kontaktat dem när priserna avvikit från prispolicyn. Tapwell har vid sådana kontakter exempelvis påtalat att återförsäljarna har fel bruttopris eller fel konsumentpris. Tapwell har också frågat om återförsäljarna har kampanj på Tapwells produkter och i samband med detta, eller separat, skickat länkar med återförsäljarens pris på Tapwells produkter från prisjämförelsesajter. Dessa meddelanden kan enligt domstolen inte ha någon annan rimlig förklaring än att de avser att återförsäljarens priser avviker från prispolicyn. Tapwell har också till Home Online skickat en lista över produkter där bolaget angett nettopriser för dessa vilket följts av att Home Online höjt priserna för de flesta produkterna.

Både Home Online och Hemgallerian har i ett flertal fall höjt sina priser till tio procent under rekommenderat pris kort efter påpekanden från Tapwell. Home Online och

Hemgallerian har vid flera tillfällen dessutom återkopplat till Tapwell att priserna har ändrats. Det har vidare förekommit att båda företagen har frågat Tapwell om de får erbjuda vissa rabatter. Dessa omständigheter talar starkt för att det funnits en gemensam partsvilja att följa prispolicyn. Dessutom har många av Tapwells återförsäljare, inklusive Home Online och Hemgallerian, rapporterat till Tapwell när deras konkurrenter har haft lägre priser än enligt prispolicyn – eller ”fel” priser – och förväntat sig att Tapwell ska åtgärda detta. Det har då förekommit att Tapwell kontaktat den återförsäljare som avvikit från prispolicyn och sedan rapporterat tillbaka till den anmälade återförsäljaren att saken har åtgärdats. Även om många av de meddelanden Konkurrensverket åberopat inte rör Home Online och Hemgallerian så ger utredningen alltså tydligt stöd för att Tapwell har haft en sådan prispolicy som Konkurrensverket påstår. Det som Tapwell anfört om att företaget vill hålla sig väl med återförsäljarna och därför ofta har svarat trevligt eller neutralt ändrar inte den bedömningen.

Som Tapwell har påpekat finns också exempel på att återförsäljarna, inklusive Home Online och Hemgallerian, inte har höjt sina priser efter att ha blivit kontaktade av Tapwell. Det finns vidare flera exempel på att Tapwell i kontakter med återförsäljarna angett att de i och för sig är fria att sätta vilka priser de vill. Det har dessutom förekommit att återförsäljare, inklusive Home Online och Hemgallerian, i samband med att de informerat Tapwell om att deras konkurrenter har för låga priser har angett att de själva kan komma att sänka sina priser om inte Tapwell förmår konkurrenterna att återgå till följa prispolicyn. Enligt domstolen kan dock avtalskriteriet vara uppfyllt även om Home Online och Hemgallerian inte alltid har valt att följa prispolicyn (se EU-domstolens dom den 10 februari 2011 i mål C-260/09 P *Activision Blizzard*, EU:C:2011:62, p. 82 där EU-domstolen framhåller att en återförsäljare kan ha intresse av att komma överens med en tillverkare för att begränsa parallellhandeln men samtidigt i hemlighet ägna sig åt försäljning i strid med det aktuella avtalet för att använda det till sin egen vinning).

Återförsäljarna som hörts i ärendet har berättat att de haft olika metoder för att sätta sina priser online. Många av dem har laddat upp Tapwells rekommenderade priser från en datorfil och i sina affärssystem automatiskt lagt på fasta rabatter eller använt prisrobotar för att följa eller ligga precis under konkurrenternas priser ner till en viss lägstanivå. Andra återförsäljare har matat in priserna manuellt och sedan bevakat marknaden så att deras priser varit konkurrenskraftiga. [REDACTED] från Home Online har berättat att han manuellt bevakade och följde konkurrenternas priser på ett 20-tal viktiga produkter och i övrigt satte tio procents rabatt. [REDACTED] har uppgett att Hemgallerian som utgångspunkt satte tio procents rabatt på Tapwells rekommenderade priser.

Tapwells företrädare och de återförsäljare som hörts på begäran av Tapwell har samstämmigt berättat att det inte funnits någon prispolicy. De har lämnat olika alternativa förklaringar till de meddelanden som de skickat eller tagit emot. Dessa förklaringar har i huvudsak gått ut på att Tapwells meddelanden till återförsäljarna handlar om att hjälpa dem ange rätt information om, eller bruttopris för, produkterna på deras hemsidor samt att återförsäljarnas meddelanden till Tapwell handlar om att de ”gnäller” för att få högre rabatter eller kampanjstöd.

Beträffande vissa sms och e-postmeddelanden har Tapwells förhörspersoner lämnat förklaringar som inte framstår som orimliga. Det finns exempelvis meddelanden som skulle kunna avse att Tapwell påpekar att viss produktinformation blivit fel på en återförsäljares hemsida eller att en återförsäljare inte uppdaterat bruttopriserna enligt Tapwells senaste prislista.

Den helt övervägande delen av de sms och e-postmeddelanden som Konkurrensverket lagt fram måste dock förstås som att de avser Tapwells prispolicy. Det har inte framkommit något rimligt skäl till varför Tapwell skulle lägga tid och resurser på att övervaka sina hundratals återförsäljares sortiment för att se till att de anger rätt bruttopriser. Exempelvis har [REDACTED] berättat att Velltra över huvud taget inte visar

bruttopriser på hemsidan och [REDACTED] från Home Online har förklarat att det är nettopriset och inte bruttopriset som är viktigt.

Enligt domstolen framstår mot denna bakgrund de förklaringar som lämnats av Tapwells företrädare och återförsäljare i förhör i mycket hög utsträckning som efterhandskonstruktioner. Det är exempelvis inte någon av de återförsäljare som hörts i ärendet som kunnat lämna en trovärdig förklaring till att de i samband med att de ”gnällt” inte har begärt att Tapwell ska ge dem extra rabatter eller kampanjstöd utan i stället enbart påpekat att deras konkurrenter har för låga priser eller för höga rabatter online. Återförsäljarna, inklusive Home Online och Hemgallerian, har dessutom i flera sådana kontakter med Tapwell direkt eller indirekt hänvisat till att deras konkurrenter inte följer Tapwells prispolicy och det framgår tydligt att återförsäljarna förväntar sig att Tapwell ska ingripa mot konkurrenternas prissättning. De återförsäljare som hörts i ärendet har inte heller på ett trovärdigt sätt kunnat förklara varför de i vissa fall bett Tapwell om tillstånd att få erbjuda vissa rabatter eller priser online.

Därutöver har Konkurrensverkets vittnen [REDACTED] från Hemmatema och [REDACTED] från Velltra berättat att [REDACTED] från Tapwell kontaktat dem per telefon för att få dem att följa prispolicyn och bl.a. använt som argument att det var bra för dem med högre priser. Tapwell har pekat på att [REDACTED] och [REDACTED] uppgifter vid sammanträdet inte fullt ut är konsekventa med vad de berättat i sina ursprungliga anmälningar till Konkurrensverket samt att dessa anmälningar gjordes i anslutning till att Tapwell skickade varningsbrev till Hemmatema och Velltra om olovligt nyttjande av Tapwells upphovsrättsligt skyddade material. Domstolen anser, trots Tapwells invändningar, att [REDACTED] och [REDACTED] uppgifter ger visst stöd för att Tapwell tillämpat den påstådda prispolicyn. Detta gäller särskilt eftersom det finns meddelanden mellan [REDACTED] från Home Online och [REDACTED] från Tapwell där [REDACTED] klagar på att Hemmatema har för höga rabatter och [REDACTED] svarar att han ska fixa det nästa vecka.

Konkurrensverket har dessutom lagt fram flera Excel-filer som Tapwell antingen har upprättat eller erhållit från återförsäljare inom Bygghemma-konglomeratet och bearbetat. Dessa filer innehåller sammanställningar över Tapwells återförsäljare och olika produkter med jämförelser mellan återförsäljarnas nettopriser och Tapwells rekommenderade priser minus tio procent. [REDACTED] från Bygghemma har berättat att han med hjälp av Prisjakt upprättat och skickat vissa sådana Excel-filer till Tapwell för att förhandla ned inköpspriset från Tapwell. I en Excel-fil finns dock en kolumn där priset anges vara rätt om det följer prispolicyn, en kolumn som anger rabatt i procent och en kolumn där det anges om priset är lägre än enligt prispolicyn. Denna Excel-fil har mejlats internt på Tapwell med information om att det går att se vilka produkter hos respektive återförsäljare som har ”lägre pris än det ska vara”. Sammanfattningsvis anser domstolen att även Excel-filerna ger stöd för att Tapwell har kartlagt återförsäljarnas nettopriser och jämfört dem med Tapwells rekommenderade priser minus tio procent.

Konkurrensverket har slutligen analyserat prispölsamheten på marknaden. Enligt analyserna har prispölsamheten på marknaden varit mycket hög, i genomsnitt omkring 80 procent. Även Home Online och Hemgallerian har haft hög prispölsamhet, omkring 70 respektive 80 procent, under den påstådda överträdelseperioden med tydliga nedgångar i samband med kampanjperioden Black Week och när Tapwell införde en ny prislista. Tapwell har påtalat vissa brister i Konkurrensverkets analys. En sådan brist, som domstolen håller med om, är att Konkurrensverket har räknat alla priser som är högre än prispolicyn som följsamma trots att en återförsäljare som disciplineras av prispolicyn rimligen borde sätta ett pris på eller strax över prispolicyn. En förklaring till den förhållandevis höga prispölsamheten kan vidare antas vara att många återförsäljare av praktiska skäl följer Tapwells rekommenderade priser. Tapwell har gjort en egen analys av prispölsamheten där enbart priser mellan en och tio procent under rekommenderat pris räknas som följsamma. Även enligt Tapwells analys är dock prispölsamheten förhållandevis hög, omkring 58 procent för samtliga återförsäljare och omkring 60 respektive 70 procent för Home Online och Hemgallerian. Under alla

förhållanden anser domstolen att parternas analyser av prisföljsamheten på marknaden generellt inte får någon avgörande betydelse för om avtalskriteriet är uppfyllt.

Sammanfattningsvis anser domstolen att utredningen i ärendet tydligt visar att å ena sidan Tapwell och å andra sidan Home Online och Hemgallerian har ingått avtal om att de båda återförsäljarna inte ska lämna högre rabatter än tio procent under Tapwells vid var tid rekommenderade konsumentpris vid försäljning online. Domstolen delar vidare Konkurrensverkets bedömning att det har funnits en övergripande plan för prisstyrningen och att det är fråga om ett enda fortlöpande avtal under hela den påstådda överträdelseperioden (se p. 464–470).

Konkurrensbegränsning

Rättsliga utgångspunkter

Konkurrensverket har i det överklagade beslutet bedömt att Tapwells avtal med Home Online och Hemgallerian har ett konkurrensbegränsande syfte. Konkurrensverket har därför inte prövat om avtalen har ett konkurrensbegränsande resultat.

EU-domstolen har i ett stort antal avgöranden gjort olika uttalanden om hur prövningen av om ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte eller resultat bör göras. En viktig utgångspunkt är att förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete inte är avsett att enbart skydda t.ex. konsumenternas direkta intressen, utan det ska skydda marknadsstruktur och därmed konkurrensen som sådan (se EU-domstolens dom den 19 mars 2015 i mål C-286/13 P *Dole*, EU:C:2015:184, p. 125). Enbart det förhållandet att ett avtal mellan företag begränsar handlingsfriheten för en eller flera av parterna är inte tillräckligt för att det ska omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete (se t.ex. EU-domstolens dom den 19 februari 2002 i mål C-309/99 *Wouters*, EU:C:2002:98, p. 97). Även om partsavsikten inte är av avgörande betydelse för att fastställa ett avtals konkurrensbegränsande syfte, föreligger inte något hinder mot att

beakta denna (se EU-domstolens dom den 6 oktober 2009 i mål C-501/06 P *GlaxoSmithKlein*, EU:C:2009:610, p. 58).

När det gäller frågan om hur bedömningen av om ett avtal har till syfte att begränsa konkurrensen ska göras har EU-domstolens stora avdelning i dom den 21 december 2023 i mål C-333/21 *Superleague*, EU:C:2023:1011, sammanfattat rättsläget enligt följande. För att det ska föreligga en konkurrensbegränsning genom syfte krävs att det är fråga om en typ av samordning mellan företag som är så pass skadlig för konkurrensen att det kan anses att någon bedömning av dess effekter inte behöver göras. Begreppet konkurrensbegränsande syfte ska tolkas restriktivt men utgör samtidigt inte något undantag i förhållande till begreppet konkurrensbegränsande resultat. För att avgöra om ett avtal mellan företag till sin natur är så pass skadligt för konkurrensen att det ska anses utgöra en konkurrensbegränsning genom syfte är det nödvändigt att undersöka innehållet i avtalet i fråga, det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket avtalet ingår och de mål som eftersträvas med avtalet. Vid bedömningen av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget ska hänsyn tas till de berörda produkternas eller tjänsternas art och de faktiska förhållanden som kännetecknar strukturen och funktionen hos den eller de berörda sektorerna eller marknaderna. Däremot är det inte på något sätt nödvändigt att undersöka, och än mindre visa, effekterna av beteendet på konkurrensen oavsett om de är faktiska eller potentiella, negativa eller positiva. Det ska vidare fastställas vilka objektiva mål beteendet syftar till att uppnå i konkurrenshänseende. Att de inblandade företagen har agerat utan att ha för avsikt att begränsa konkurrensen eller att de har eftersträvat vissa legitima mål är dock inte avgörande för bedömningen. Slutligen ska det vid beaktande av de nu nämnda omständigheterna framgå vad som är de exakta skälen till varför ett beteende är så skadligt för konkurrensen att det ska anses ha till syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen. (Se *Superleague* p. 161–168 med vidare hänvisningar; se även t.ex. EU-domstolens dom den 4 oktober 2024 i mål C-650/22 *BZ*, EU:C:2024:824, p. 126–133). I svensk praxis har Patent- och marknadsöverdomstolen i flera avgöranden anfört att utrymmet för att fastställa att ett avtal innebär

en konkurrensbegränsning genom syfte är snävt (se Patent- och marknadsöverdomstolens domar den 13 februari 2018 i mål PMT 761-17, den 29 november 2017 i mål PMT 7498-16 och den 28 april 2017 i mål PMT 7497-16).

När det gäller vertikala avtal om fastställande av minimipriser har EU-domstolen i *Super Bock* klargjort att bedömningen av om ett avtal om vertikal prisstyrning utgör en syftesöverträdelse ska göras med beaktande av samma faktorer som nämnts i föregående stycke (se. p. 35 och 43; jfr äldre praxis som kunde uppfattas som att avtal om fastställande av minimipriser alltid omfattades av förbudet i artikel 101.1 EUF-fördraget, se t.ex. EU-domstolens dom den 3 juli 1985 i mål 243/83 *Binon*, EU:C:1985:284, p. 44). EU-domstolen har i *Super Bock* vidare framhållit att vertikala avtal generellt till sin art ofta är mindre skadliga för konkurrensen än horisontella avtal, men att även vertikala avtal under vissa omständigheter kan uppvisa en särskilt hög konkurrensbegränsande potential. Vid den helhetsbedömning som ska göras ska även beaktas att vertikala avtal om fastställande av minimipriser kan omfattas av kategorin ”särskilt allvarliga begränsningar” i artikel 4 a i kommissionens förordning (EU) 2022/720 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden (det vertikala gruppundantaget; se även motsvarande bestämmelse i tidigare gällande förordningar nr 330/2010 och nr 2790/1999). Begreppet ”särskilt allvarliga begränsningar” behöver dock inte nödvändigtvis sammanfalla med begreppet ”konkurrensbegränsande syfte” och en nationell domstol kan inte nöja sig med att enbart konstatera att vertikala avtal om fastställande av minimipriser under alla omständigheter utgör eller presumeras utgöra syftesöverträdelser. (Se *Super Bock* p. 33, 38, 41 och 42.)

Om avtalsparterna påstår att ett avtal har konkurrensfrämjande effekter har EU-domstolen i bl.a. *Super Bock* anfört att de ska beaktas som omständigheter som ingår i avtalets sammanhang. Om sådana konkurrensfrämjande effekter är styrkta, relevanta och specifika för det berörda avtalet måste de dessutom vara tillräckligt betydande så att de ger upphov till rimligt tvivel om avtalet är tillräckligt skadligt för konkurrensen (*Super Bock* p. 36; se även EU-domstolens domar den 30 januari 2020 i mål C-307/18

Generics, EU:C:2020:52, p. 103–107, och den 12 januari 2023 i mål C-883/19 P *HSBC*, EU:C:2022:384, p. 139–141). I det sistnämnda avgörandet anförde EU-domstolen att tribunalen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när tribunalen slagit fast att det med undantag för s.k. accessoriska begränsningar endast är i samband med en bedömning av undantaget i artikel 101.3 EUF-fördraget som eventuella konkurrensfrämjande effekter kan beaktas. Samtidigt har EU-domstolen i andra avgöranden framhållit att när det gäller konkurrensbegränsningar genom syfte saknas det anledning att undersöka, och än mindre styrka, resultaten av detta beteende på konkurrensen samt att det inte är nödvändigt eller ens relevant att pröva eventuella positiva eller åtminstone tvetydiga effekter på konkurrensen för att avgöra om de kan kvalificeras som konkurrensbegränsande genom syfte (se från nyare praxis t.ex. EU-domstolens domar den 21 december 2023 i mål C-124/21 P *ISU*, EU:C:2023:1012, p. 106, den 27 juni 2024 i mål C-176/19 P *Servier*, EU:C:2024:549, p. 73 och 145, den 29 juli 2024 i mål C-298/22 *Banco BPN*, EU:C:2024:638, p. 46, och *Superleague* p. 166).

Beträffande konkurrensbegränsande resultat har EU-domstolen i *Superleague* anført att begreppet omfattar varje beteende som inte kan anses ha ett konkurrensbegränsande syfte, under förutsättning att det visas att beteendet faktiskt eller potentiellt har till resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen, och detta på ett märkbart sätt. För detta ändamål är det nödvändigt att undersöka konkurrenssituationen mot bakgrund av de faktiska förhållanden under vilka konkurrens skulle uppstå om avtalet i fråga inte fanns genom att definiera den eller de marknader på vilka detta beteende kan ha verkningar och därefter beskriva dessa verkningar, oavsett om de är verkliga eller potentiella. Denna prövning innebär i sig att samtliga relevanta omständigheter ska beaktas. (*Superleague* p. 169 och 170.) EU-domstolen har vidare i ett avgörande vid prövningen av om ett vertikalt avtal hade ett konkurrensbegränsande resultat anført att en konkurrensbegränsning mellan återförsäljare av samma märke (inommärkeskonkurrens) i princip endast är problematisk när den effektiva konkurrensen mellan olika varumärken på den relevanta marknaden försvagas (mellanmärkeskonkurrens) (EU-domstolens dom den 18 november 2021 i mål C-306/20 *Visma*, EU:C:2021:935,

p. 78; se även de vertikala riktlinjerna p. 21). Det aktuella avtalet avsåg att en återförsäljare under vissa förutsättningar kunde få förtur att genomföra en affär med en slutkonsument.

När det gäller beaktandet av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget vid prövningen av konkurrensbegränsande syfte har EU-domstolen anfört att detta syftar till att ”säkerställa att ingen särskild omständighet avseende avtalet [...] i fråga kan kullkasta presumtionen att den form av samordning som tillämpas är skadlig för konkurrensen” (*Banco BPN* p. 48). Beträffande vissa typer av särskilt allvarliga överträdelser av konkurrensreglerna, t.ex. uppdelning av marknader, anses bedömningen av det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket förfarandet ingår kunna begränsas till vad som visar sig vara absolut nödvändigt för att dra slutsatsen att det rör sig om en konkurrensbegränsning genom syfte (se EU-domstolens dom den 20 januari 2016 i mål C-373/14 P *Toshiba*, EU:C:2016:26, p. 28-29). Beträffande andra typer av avtal där det inte finns någon tidigare beslutspraxis kan det däremot krävas en detaljerad analys (se *Servier* p. 144 och EU-domstolens dom den 25 mars 2021 i mål C-591/16 P *Lundbeck*, EU:C:2021:243, p. 130–131). Tribunalen har vidare framhållit att även om det vid tolkningen av sammanhanget kring ett avtal ska tas hänsyn till strukturen och de faktiska villkoren på den eller de relevanta marknaderna, är det inte nödvändigt att exakt definiera dessa marknader om det omtvistade avtalet i sig har ett konkurrensbegränsande syfte (se tribunalens dom den 28 juni 2016 i mål T-216/13 *Telefónica*, EU:T:2016:369, p. 213–215 med vidare hänvisningar; se även Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i unionens konkurrenslagstiftning, (C/2024/1645), p. 8 och 9 c) (kommissionens tillkännagivande om relevant marknad).

För fullständighetens skull kan nämnas att även sådana avtal som i och för sig kan anses ha till syfte att begränsa konkurrensen under vissa förutsättningar kan vara förenliga med artikel 101.1 EUF-fördraget, exempelvis om de syftar till ett legitimt resultat (se t.ex. beträffande selektiva distributionssystem EU-domstolens domar den 6 december 2017 i mål C-230/16 *Coty*, EU:C:2017:941, p. 23–24 och den 13 oktober

2011 i mål C-439/09 *Pierre Fabre*, EU:C:2011:649, p. 39–41 och beträffande franchiseavtal den 28 januari 1986 i mål C-161/84 *Pronuptia*, EU:C:1986:41, p. 27). Vidare gäller att om en viss transaktion eller en viss verksamhet inte omfattas av det principiella förbudet i artikel 101.1 EUF-fördraget p.g.a. dess neutrala karaktär eller positiva effekt på konkurrensen, omfattas en begränsning av det affärsmässiga oberoendet för en eller flera av deltagarna i denna transaktion eller verksamhet inte heller av det principiella förbudet när begränsningen är objektivt nödvändig (accessorisk) för genomförandet av transaktionen eller verksamheten och står i proportion till transaktionens eller verksamhetens syfte (EU-domstolens domar den 23 januari 2018 i mål C-179/16 *Hoffman La-Roche*, EU:C:2018:25, p. 69–71 med vidare hänvisningar och den 19 september 2024 i mål C-264/23 *Booking*, EU:C:2024:764, p. 51–53).

EU-domstolen har framhållit att en avvägning mellan ett avtals konkurrensfrämjande och konkurrensbegränsande effekter enbart får göras inom de klara gränserna för artikel 101.3 EUF-fördraget (se *Booking* p. 55 och tribunalens dom den 18 september 2001 i mål T-112/99 *Métropole télévision*, EU:T:2001:215, p. 74–77). EU-domstolen har också anfört att en invändning om att ett en viss konkurrensbegränsande avtalsklausul syftar till att bekämpa snålskjuts och är nödvändig för att säkerställa effektivitetsvinster eller för att säkerställa att huvudtransaktionen blir kommersiellt framgångsrik endast kan beaktas inom ramen för tillämpningen av artikel 101.3 EUF-fördraget (se t.ex. *Booking* p. 73; se även t.ex. EU-domstolens dom den 11 september 2014 i mål C-382/12 P *MasterCard*, EU:C:2014:2201, p. 181).

Mot ovan angiven bakgrund konstaterar Patent- och marknadsdomstolen att EU-domstolens praxis beträffande i vilket skede av prövningen och på vilket sätt påstådda konkurrensfrämjande effekter ska beaktas framstår som något motsägelsefull. Sammanfattningsvis kan under vissa förutsättningar konkurrensbegränsande avtal helt falla utanför tillämpningsområdet för artikel 101 EUF-fördraget, exempelvis för att de sedda i sitt ekonomiska och rättsliga sammanhang eftersträvar vissa legitima mål av allmänintresse eller är nödvändiga för genomförandet av en viss transaktion eller

verksamhet. När det gäller prövningen av om ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte ska hänsyn tas till det ekonomiska och rättsliga sammanhanget men det ska inte göras någon prövning av avtalets faktiska påverkan på konkurrensen. Patent- och marknadsdomstolen uppfattar vidare rättsläget som att det enligt nyare praxis från EU-domstolen lämpligen i ett första steg bör prövas om avtalet, sett till dess innehåll och ändamål, objektivt sett som utgångspunkt kan antas ha ett konkurrensbegränsande syfte. Om så är fallet ska det i ett andra steg prövas om det i avtalets ekonomiska och rättsliga sammanhang finns sådana omständigheter som kullkastar utgångspunkten att avtalet är skadligt för konkurrensen (*Banco BPN* p. 48; se även generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-228/18 *Budapest Bank*, EU:C:2019:678, p. 41–43).

Frågor om avgränsning av relevant marknad, marknadsandelar och förekomsten av mellanmärkeskonkurrens får främst betydelse vid en bedömning av konkurrensbegränsande resultat, märkbarhet och påverkan på handeln mellan medlemsstater (se även MD 2012:16 p. 134). Sådana faktorer bör dock även vid bedömningen av konkurrensbegränsande syfte åtminstone i viss utsträckning kunna beaktas som en del av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget (se *Banco BPN* p. 58–59 och Ibáñez Colomo, Restrictions by object under Article 101(1) TFEU: From dark art to administrable framework, *Yearbook of European Law*, 2024, s. 24 f.).

Om de berörda företagen gör gällande att ett avtal har konkurrensfrämjande effekter anser Patent- och marknadsdomstolen att även detta i någon mån bör kunna beaktas som en del av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget. De konkurrensfrämjande effekterna måste då vara styrkta, relevanta och specifika för det aktuella avtalet samt tillräckligt betydande för att ge upphov till rimligt tvivel om att avtalet är tillräckligt skadligt för konkurrensen (se t.ex. *Super Bock* p. 36 och *Generics* p. 107 samt Carlsson & Bergman, *Konkurrenslagen En kommentar*, JUNO Version 3, kommentaren till 2 kap. 1 §, avsnitt 2.2.6; jfr dock t.ex. *Servier* p. 145 och *Superleague* p. 166 enligt vilka prövningen av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget *inte* ska innefatta en bedömning av effekterna av beteendet på konkurrensen oavsett om de är faktiska eller

potentiella, negativa eller positiva samt *Booking p. 73* enligt vilken snålskjutsproblematik endast kan prövas inom ramen för artikel 101.3 EUF-fördraget). EU-domstolen har understrukit vikten av att hålla isär prövningen av ett avtals konkurrensbegränsande syfte eller konkurrensbegränsande resultat (se t.ex. EU-domstolen dom den 27 juni 2024 i mål C-151/19 P *KRKA*, EU:C:2024:546, p. 60–62 med vidare hänvisningar). Mot den bakgrund som angivits ovan blir dock skillnaden mellan prövningen av konkurrensbegränsande syfte och konkurrensbegränsande resultat genom potentiella effekter närmast hur ingående prövningen görs (se generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-298/22 *Banco BPN*, EU:C:2023:738, p. 47, generaladvokatens förslag till avgörande i *Budapest Bank*, p. 44 och Ibáñez Colomo, *Restrictions by object under Article 101(1) TFEU: From dark art to administrable framework*, s. 32).

Som redan nämnts framgår direkt av ordalydelsen i 2 kap. 1 § konkurrenslagen att förbudet mot konkurrensbegränsande samarbeten särskilt gäller sådana avtal som innebär att inköps- eller försäljningspriser direkt eller indirekt fastställs. Frågan om vertikala avtal om fastställande av minimipriser typiskt sett är konkurrensbegränsande och under vilka förutsättningar begränsningen av inommärkeskonkurrensen kan vägas upp av effektivitetsvinster är föremål för diskussion i den juridiska och ekonomiska litteraturen (se t.ex. Niels m.fl. *Economics for Competition Lawyers*, 3:e uppl., 2023, s. 443–445, Rey & Vergé, *The Economics of Vertical Restraints* i *Handbook of Antitrust Economics*, 2008, Gippini-Fournier, *Resale Price Maintenance in the EU: in statu quo ante bellum?*, *International Antitrust Law & Policy*, 2009, Wijckmans, *Vertical agreements and EU competition law: a survey covering 2023–2024*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2024, och Bergqvist, *Vertical Distribution Agreements: What Should Be Considered a Restriction by Object?*, *European Competition and Regulatory Law Review*, 2023).

I USA omfattas avtal om fastställande av minimipriser sedan ett avgörande av Högsta domstolen 2007 inte längre av *per se*-förbudet utan av den s.k. rule of reason där konkurrensbegränsande och konkurrensfrämjande effekter vägs mot varandra (se

Leegin, (2007) US Supreme Court, 06-480). En viktig skillnad mellan EU:s och USA:s konkurrensrätt är dock att det i amerikansk konkurrensrätt inte finns någon motsvarighet till undantagsbestämmelsen i artikel 101.3 EUF-fördraget utan antingen är en viss typ av avtal *per se* förbjudna eller så prövas de enligt rule of reason.

Inom EU anses avtal om fastställande av minimipriser i allmänhet vara syftesöverträdelser (se t.ex. Whish & Bailey, Competition Law, 11:e uppl., 2024, s. 139, Jones & Sufrin, EU Competition Law, 8:e uppl., 2023, s. 245 och 781, Bellamy & Child, European Union Law of Competition, 8:e uppl., 2018, s. 508, Faull & Nikpay, The EU Law of Competition, 3:e uppl., 2014, s. 1392 och Karlsson & Osen Bergqvist, Konkurrensrätt En handbok, 6:e uppl., 2022, s. 390; se även kommissionens Riktlinjer om vertikala begränsningar (2022/C 248/01) (de vertikala riktlinjerna) p. 179 och 195 med vidare hänvisningar). Som redan nämnts utgör avtal om fastställande av minimipriser också särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar i det vertikala gruppundantaget. Många av de potentiellt konkurrensfrämjande effekterna av vertikal prisstyrning som diskuteras i litteraturen är sådana som kommissionen som utgångspunkt beaktar inom ramen för prövning av om undantag enligt artikel 101.3 EUF-fördraget ska beviljas i enskilda fall (se de vertikala riktlinjerna p. 197).

En uppfattning i litteraturen är att EU-domstolen i *Super Bock* har höjt kraven för när en vertikal prisstyrning ska anses utgöra en syftesöverträdelse (se t.ex. Wey m.fl., EU Resale Price Maintenance: An overview of EU and national case law, www.concurrences.com 2025-01-24, och Maes m.fl., Brewing Control: the Case of Super Bock, European Competition and Regulatory Law Review, 2023). En tolkning som gjorts är vidare att *Super Bock* medför att det närmast ska göras någon slags effektanalys inom ramen för bedömningen av om ett avtal om vertikal prisstyrning har ett konkurrensbegränsande syfte där hänsyn ska tas till bl.a. företagets marknadsandelar och förekomsten av mellanmärkeskonkurrens (se Ibáñez Colomo, Resale price maintenance in EU competition law: understanding the significance of Super Bock, World Competition Law and Economics Review, 2024, avsnitt 3.6). EU-domstolen har visserligen, som nämnts ovan, i *Visma* vid prövningen av om ett visst vertikalt avtal

hade ett konkurrensbegränsande resultat anført att en konkurrensbegränsning mellan återförsäljare av samma märke i princip endast är problematisk när den effektiva konkurrensen mellan olika varumärken på den relevanta marknaden försvagas (se p. 78). Patent- och marknadsdomstolen noterar dock att EU-domstolen i *Super Bock*, som avser konkurrensbegränsning genom syfte, enbart hänvisar till de avsnitt i *Visma* som också avser konkurrensbegränsning genom syfte och alltså inte till det nyss nämnda uttalandet som avsåg konkurrensbegränsning genom resultat och där det ska göras en mer ingående prövning.

Patent- och marknadsdomstolen uppfattar mot denna bakgrund det som att EU-domstolen i *Super Bock* klargjort att prövningen av om ett avtal om fastställande av minimipriser har ett konkurrensbegränsande syfte på sedvanligt sätt ska göras med beaktande av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget. Detta har varit EU-domstolens fasta praxis beträffande syftesöverträdelser sedan i vart fall domen den 11 september 2014 i mål C-67/13 P *CB*, EU:C:2014:2204, medan viss äldre praxis kunde uppfattas som om att avtal om fastställande av minimipriser alltid omfattades av förbudet i artikel 101.1 EUF-fördraget (se t.ex. *Binon* p. 44).

Som Konkurrensverket har framhållit har avtal om fastställande av minimipriser bedömts utgöra syftesöverträdelser enligt kommissionens fasta beslutspraxis (se t.ex. kommissionens beslut den 24 juli 2018 i ärende AT.40469 – *Denon & Marantz*, den 24 juli 2018 i ärende AT.40465 – *Asus*, den 24 juli 2018 i ärende AT.40182 – *Pioneer*, den 24 juli 2018 i ärende AT.40181 – *Philips* och den 17 december 2018 i ärende AT.40428 – *Guess*). I de nationella domstolsavgöranden om vertikal prisstyrning som Patent- och marknadsdomstolen känner till som har avgjorts i EU efter *Super Bock* har domstolarna också funnit att det har varit fråga om syftesöverträdelser (se dels Tribunal da Relação de Lisboa dom den 12 september 2023 i det portugisiska *Super Bock*-målet, dels Rechtbank Rotterdams dom den 13 november 2023 i mål mellan *Samsung* och den nederländska konkurrensmyndigheten). *Tapwell* har särskilt pekat på två ärenden som avsåg avtal om fastställande av minimipriser där Konkurrensverket valt att inte prioritera fortsatt utredning (se beslut den 1 juni 2018 i ärende dnr

339/2015 *Ifö Sanitär AB* och den 30 oktober 2014 i ärende dnr 559/2013 *13:e Protein Import AB*). I det senare beslutet anförde Konkurrensverket att med hänsyn till bl.a. tillverkarens låga marknadsandel (under tre procent) och att både tillverkningsledet och återförsäljarledet föreföll vara fragmenterade var sannolikheten för någon mer betydande skada på konkurrensen och konsumenterna inte tillräckligt stor för att prioritera fortsatt utredning.

Domstolens bedömning

I det aktuella ärendet visar utredningen att Tapwell och de båda konkurrerande återförsäljarna Home Online och Hemgallerian har avtalat om att vid försäljning online ha ett minimipris om Tapwells rekommenderade konsumentpris minus tio procent. Utredningen ger vidare tydligt stöd för att Tapwells avsikt varit att prispolicyn skulle tillämpas generellt bland återförsäljarna.

Tapwell har, som nämnts ovan, bl.a. invänt att syftet med bolagets kommunikation med återförsäljarna om priser har handlat om att hjälpa återförsäljarna ha tillräckligt höga marginaler, att tillse att återförsäljarna inte sätter låga kampanjpriser i den felaktiga tron att de ska få kampanjstöd från Tapwell samt att hjälpa återförsäljarna hålla korrekta och uppdaterade bruttopriser. Tapwell har också framhållit att bolaget inte har något intresse av att hålla uppe återförsäljarnas priser eftersom bolagets intäkter inte påverkas av vilket pris återförsäljarna tar och att Tapwell snarare gynnas av priskonkurrens på återförsäljarmarknaden eftersom lägre priser medför högre efterfrågan på bolagets produkter.

Som redan nämnts är det förhållandet att Tapwells prispolicy delvis kan ha eftersträvat vissa legitima mål inte avgörande för frågan om förfarandet utgör en syftesöverträdelse (se *Superleague* p. 167). Det framgår av utredningen att Tapwell vill undvika priskrig på bolagets produkter och att Tapwells säljare i kontakter med återförsäljare har framhållit att Tapwell har koll på prisbilden på internet och liknande. Enligt domstolen framstår detta som ett argument Tapwell använder för att förmå återförsäljare att

prioritera och satsa på bolagets produkter, eftersom återförsäljarna vill sälja produkter med så hög marginal som möjligt. Även om domstolen delar uppfattningen att lägre priser på kort sikt medför högre efterfrågan och därmed högre intäkter för Tapwell, så förefaller det rimligt att om återförsäljarna kan begränsa priskonkurrensen på Tapwells produkter och därmed få högre marginaler på dessa, så ökar möjligheterna för Tapwell att hålla uppe sina priser mot återförsäljarna och därmed i vart fall bibehålla sin marginal. Denna slutsats är vidare väl förenlig med Tapwells påståenden om att återförsäljarna kontinuerligt ”gnäller” för att få högre rabatter och kampanjstöd.

Även om Tapwells påståenden skulle anses medföra att bolaget också haft vissa legitima mål med prispolicyn är detta, som nämnts, inte avgörande för prövningen av avtalets objektiva syfte. Patent- och marknadsdomstolen delar i stället Konkurrensverkets bedömning i det överklagade beslutet att avtalens innehåll och ändamål har bestått i att styra vilka lägsta priser återförsäljarna Home Online och Hemgallerian har fått ta för Tapwellprodukter vid försäljning online. Det framgår också av de analyser av prisföljsamheten som Konkurrensverket gjort att en enskild återförsäljares prissättning online kan få genomslag på priserna på Tapwells produkter på hela marknaden inklusive i fysiska butiker samt att Home Online och Hemgallerian faktiskt också i många fall följt Tapwells uppmaningar att höja sina priser. Vidare ger kommunikationen mellan Tapwell och återförsäljarna tydligt stöd för att pris är ett viktigt konkurrensmedel på marknaden och att när en återförsäljare har lägre pris än enligt prispolicyn online tappar andra försäljning. Även Tapwells egen marknadsundersökning om vilka faktorer konsumenterna anser vara viktigast vid köp av vattenblandare eller kranar ger tydligt stöd att pris är ett viktigt konkurrensmedel. I undersökningen har respondenterna rankat ”bra pris” som den näst viktigaste faktorn efter ”hög kvalitet”. Det framgår vidare av e-postkorrespondens och SMS både att Tapwell har övervakat att återförsäljarna följt prispolicyn och att återförsäljare – inklusive Home Online och Hemgallerian – har övervakat varandras och andra återförsäljares priser samt meddelat Tapwell om någon av dem tagit lägre priser än enligt prispolicyn. Ett uttryckligt syfte från Tapwell med prispolicyn har också varit att förhindra ett

priskrig på bolagets produkter och avsikten har varit att tillämpa prispolicyn även bland övriga återförsäljare på marknaden.

Sammanfattningsvis har alltså avtalen mellan Tapwell och de konkurrerande återförsäljarna Home Online och Hemgallerian objektivt sett haft som syfte att hindra återförsäljarna från att konkurrera med pris – som är ett viktigt konkurrensmedel – vid försäljning av Tapwells produkter. Detta har också varit Tapwells syfte med prispolicyn. Enligt Patent- och marknadsdomstolen är dessa förhållanden tillräckliga för att det som utgångspunkt, och i enlighet med kommissionens fasta praxis, ska anses vara fråga om avtal av sådan art som är ägnat att begränsa konkurrensen, dvs. en syftesöverträdelse.

Som domstolen anført ovan blir då nästa steg att pröva om det ekonomiska och rättsliga sammanhanget är sådant att den bedömningen ändras (se *Banco BPN* p. 48). Konkurrensverket har även i denna del bevisbördan, men i den del Tapwell har anført att avtalet medför konkurrensfrämjande effekter ankommer det på bolaget att styrka att dessa är relevanta och specifika för det berörda avtalet samt att de är tillräckligt betydande för att ge upphov till rimligt tvivel om avtalet är tillräckligt skadligt för konkurrensen för att utgöra en syftesöverträdelse (se *Super Bock* p. 36 med vidare hänvisning).

Som framgår i följande avsnitt anser domstolen att Konkurrensverkets marknadsavgränsning i leverantörsledet kan godtas. Det har vidare inte funnits något hinder mot att Konkurrensverket i hög utsträckning har baserat sin utredning om konkurrensförhållandena på Tapwells egna uppgifter och uppskattningar av marknadsandelar m.m. Domstolen utgår därför från att Tapwell under den i ärendet aktuella perioden, 2018–2021, har haft en marknadsandel mätt i värde mellan 9,5 och 14,4 procent och mätt i antal sålda blandare mellan 11 och 14 procent. Tapwell har dessutom enligt sin egen uppskattning mätt i omsättning för blandare varit den näst största aktören på marknaden efter den klart största aktören FM Mattson Group. Slutligen har Tapwell uppgett att bolaget i praktiken är ensamt i mellanprissegmentet.

Tapwell har framhållit att det är en brist i Konkurrensverkets utredning av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget att verket inte har gjort ens en summarisk avgränsning av återförsäljarmarknaden. Domstolen håller i och för sig med om att i ett ärende om vertikala avtal om fastställande av minimipriser är förhållandena på båda de berörda marknaderna av intresse. Även om Konkurrensverkets beslut endast riktar sig mot Tapwell förefaller det därför naturligt att göra i vart fall en summarisk marknadsavgränsning även nedströms. Det är dock fråga om en syftesöverträdelse genom ett sådant avtal som särskilt omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbeten i artikel 101.1 a) EUF-fördraget och i en sådan situation har tribunalen ansett att en marknadsavgränsning inte behöver vara nödvändig (*Telefónica* p. 213–215). Enligt domstolen är det därför tillräckligt att Konkurrensverket lägger fram så mycket utredning om strukturen och de faktiska villkoren på de båda marknaderna att domstolen kan bedöma om det aktuella avtalet utgör en konkurrensbegränsning genom syfte och om det kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. Domstolen anser att Konkurrensverket i det överklagade beslutet har lagt fram tillräcklig sådan utredning om förhållandena på både leverantörs- och återförsäljarmarknaden (jfr EU-domstolens domar den 11 juli 2013 i mål C-439/11 P *Ziegler*, EU:C:2013:513, p. 71–73 och i mål C-440/11 P *Stichting*, EU:C:2013:514, p. 102–103 om vilken utredning som krävs i fråga om samhandelskriteriet är uppfyllt).

I ärendet har Tapwell uppgett att bolaget har 384 återförsäljare. Tapwell har under Konkurrensverkets utredning angett värdet och andelen av bolagets försäljning till Home Online och Hemgallerian under 2018–2021. Av uppgifterna framgår att Home Online under den aktuella perioden av Tapwell har köpt produkter för mellan ca 1,3 och 3,1 mkr vilket ger en andel om mellan ca 1,2 och 1,8 procent. Hemgallerian har under den aktuella perioden av Tapwell köpt produkter för mellan ca 1,3 och 2,5 mkr vilket ger en andel om mellan ca 0,9 och 1,8 procent. Tapwell har vidare särskilt pekat på att Home Onlines och Hemgallerians försäljning av Tapwells produkter från deras respektive hemsidor, dvs. sådan försäljning online som omfattas av prispolicyn enligt Konkurrensverkets beslut, endast uppgår till ca 0,2 procent av den totala försäljningen

av vattenblandare och sanitetsarmaturer till slutkonsument i Sverige. Tapwell har också framhållit att företagen i Bygghemma-konglomeratet var helt dominerande bland återförsäljarna.

Patent- och marknadsdomstolen kan konstatera att Tapwell var en förhållandevis betydande aktör på leverantörsmarknaden men att Home Online och Hemgallerian endast var små aktörer i återförsäljarledet. Utredningen ger dock, som nämnts, tydligt stöd för att även en liten återförsäljares prissättning online kan få stor betydelse för priserna på Tapwells produkter på hela marknaden, både online och i fysisk butik. Detta beror dels på att återförsäljarna bevakar varandras priser manuellt, genom bevakningsmejl från prisjämförelsesajter eller med s.k. prisrobotar, dels på att konsumenterna jämför priser online innan de gör en beställning eller handlar i butik. Tapwell har i linje med detta bl.a. framhållit i e-postmeddelande till en återförsäljare att det riskerar att bli priskrig om denne har fel pris på en enstaka produkt.

Konkurrensverkets analyser av prispölsamheten på marknaden visar också att när en enskild återförsäljare höjer priserna online för att följa prispolicyn kan detta påverka prispölsamheten på marknaden i stort. Det förhållandet att Konkurrensverket inte ens summariskt definierat en relevant marknad nedströms och att Home Online och Hemgallerian endast var små aktörer i återförsäljarledet ändrar mot denna bakgrund inte domstolens bedömning att Tapwells avtal om prispolicyn med Home Online och Hemgallerian som utgångspunkt utgör en syftesöverträdelse.

När det gäller Tapwells invändning om att en eventuell prispolicy medför konkurrensfrämjande effekter genom att skydda varumärket och motverka snålskjutsproblem har Patent- och marknadsdomstolen tolkat EU-domstolens praxis som att invändningarna i någon mån bör kunna beaktas inom ramen för det ekonomiska och rättsliga sammanhanget. Även om viss praxis, som nämnts ovan, i stället talar för att konkurrensfrämjande effekter enbart kan prövas inom ramen för undantagsbestämmelsen anser Patent- och marknadsdomstolen det rimligt att välja den tolkning som är mest förmånlig för Tapwell. Det finns inte heller något som hindrar Tapwell från att i första hand påstå att det inte finns någon prispolicy och i andra hand påstå att om det ändå finns en prispolicy så har den vissa konkurrensfrämjande effekter. Enligt domstolen

påverkar det dock i någon mån trovärdigheten av Tapwells företrädares påståenden om de konkurrensfrämjande effekterna att de alla har berättat att det inte finns någon prispolicy.

Tapwells invändning om att fastställande av minimipriser är nödvändigt för att skydda varumärket framstår i och för sig som teoretiskt rimlig (jfr de vertikala riktlinjerna p. 197 c) om sådana effektivitetsvinster som kan medföra att ett avtal om fastställande av minimipriser omfattas av undantaget i artikel 101.3 EUF-fördraget). Tapwell har också framhållit att bolagets affärsidé är att sälja produkter i ett mellanprissegment, dvs. över lågprissegmentet men under lyxsegmentet, varför priserna inte får bli för låga. Tapwell har dock inte närmare konkretiserat hur avtalet med Home Online och Hemgallerian om minimipriser vid försäljning online skulle bidra till att skydda Tapwells varumärke. Enligt EU-domstolens praxis är vidare utrymmet för att tillåta konkurrensbegränsningar mellan leverantörer och återförsäljare för att skydda varumärket för sådana produkter som inte är lyx- eller prestigevaror förhållandevis begränsat (se t.ex. *Coty* p. 25–27 och 35 samt *Pierre Fabre* p. 46–47). När det gäller frågan om den påstådda konkurrensfrämjande effekten är specifik för det berörda avtalet har Tapwell inte heller angett några skäl till varför bolaget inte i stället för att begränsa priskonkurrensen exempelvis skulle kunna höja priserna generellt. Domstolen anser mot denna bakgrund inte att de av Tapwell påstådda konkurrensfrämjande effekterna är styrkta, relevanta och specifika för det berörda avtalet och de är i vart fall inte tillräckligt betydande för att ge upphov till rimligt tvivel om avtalet är tillräckligt skadligt för konkurrensen (jfr *Super Bock* p. 36). Tapwells invändning i denna del ändrar därmed inte bedömningen att det är fråga om en syftesöverträdelse (jfr *Banco BPN* p. 48).

När det gäller Tapwells invändning om att fastställande av minimipriser vid försäljning online är nödvändigt för att motverka snålskjutsproblematik gör domstolen följande bedömning. Även denna invändning framstår som teoretiskt rimlig och i linje med sådana effektivitetsvinster som enligt de vertikala riktlinjer kan medföra att ett avtal om fastställande av minimipriser omfattas av undantaget i artikel 101.3 EUF-fördraget (se p. 197 d)). De flesta av Tapwells återförsäljare som hörts i målet, bl.a. [REDACTED]

från Home Online och [REDACTED] från Hemgallerian, har också berättat att det förekommer att kunder utnyttjar förköpsservicen i fysiska butiker och sedan antingen beställer produkter online eller begär att få rabatt med hänvisning till lägre priser online.

Tapwell har vidare lagt fram två marknadsundersökningar som avser dels förekomsten av snålskjutsproblematik enligt 63 återförsäljare av Tapwells produkter, dels vilka tre faktorer konsumenter anser vara viktigast vid köp av vattenblandare eller kranar.

När det gäller den upplevda snålskjutsproblematiken hos utvalda återförsäljare har 90 procent av respondenterna angett att de har upplevt att kunder besökt deras affär för att få information kring eller titta på produkter och sedan använt informationen för att köpa produkterna online. Av de som svarat ja på frågan har 11 procent angett att så sker varje dag, 32 procent angett att så sker ett par gånger i veckan och 39 procent angett att så sker ett par gånger i månaden. Marknadsundersökningen ger alltså klart stöd för att det finns en snålskjutsproblematik på marknaden. Det är dock en brist att det inte framgår av undersökningen i vilken utsträckning resultatet avser Tapwells produkter. Även utredningen i övrigt tar främst sikte på snålskjutsproblematik i allmänhet. Det är inte heller klarlagt i vilken utsträckning det finns återförsäljare som enbart säljer Tapwells produkter online och i vilken utsträckning konsumenter köper Tapwells produkter hos sådana återförsäljare. Domstolen noterar vidare att både Home Online och Hemgallerian själva har valt att sälja Tapwells produkter både online och i fysisk butik (jfr de vertikala riktlinjerna p. 197 d) som förutsätter att kunden använder förköpsservice hos en återförsäljare och sedan köper produkten hos en annan återförsäljare som inte erbjuder sådana tjänster).

Beträffande undersökningen av vilka tre faktorer konsumenter anser vara viktigast vid köp av vattenblandare eller kranar framgår att de 411 respondenterna angett hög kvalitet (59 procent), bra pris (53 procent), snygg design (43 procent) och känt varumärke (39 procent). Andelen av respondenterna som uppgav att en av de viktigaste faktorerna var att kunna få kunskap, information och service från butikspersonal var

17 procent och att produkten rekommenderades till konsumenten av en expert var 10 procent. Eftersom respondenterna alltså i mycket högre utsträckning ansåg att bra pris var viktigt jämfört med att kunna få information och service i butik talar undersökningen närmast mot att prispolicyn medför beaktansvärda effektivitetsvinster genom att motverka snålskjutsproblematik.

Sammanfattningsvis anser domstolen att det i och för sig är utrett att det finns ett snålskjutsproblem på marknaden. Det har dock varken framkommit i vilken utsträckning snålskjutsproblematiken gäller Tapwells produkter eller i vilken utsträckning prispolicyn är ägnad att motverka problematiken. När det gäller frågan om den påstådda konkurrensfrämjande effekten är specifik för det berörda avtalet har Tapwell inte angett några skäl till varför bolaget inte i stället för att begränsa pris-konkurrensen exempelvis skulle kunna antingen ytterligare anpassa sin prissättning så att de återförsäljare som erbjuder förköpsservice i fysisk butik får högre rabatter än de som säljer online eller utnyttja möjligheten att ha differentierade priser beroende på om återförsäljaren ska sälja varorna online eller i fysisk butik (jfr. vertikala riktlinjerna p. 209). Under alla förhållanden är den av Tapwell påstådda konkurrensfrämjande effekten inte tillräckligt betydande för att ge upphov till rimligt tvivel om att avtalet om prispolicyn är tillräckligt skadligt för konkurrensen (jfr *Super Bock* p. 36). I sammanhanget noterar domstolen att liknande snålskjutsproblematik kan förekomma på de flesta marknader där produkter säljs både i fysiska butiker och online, och att det inte har lagts fram något stöd för att just fastställande av minimipriser skulle vara ett effektivt sätt att komma tillrätta med problemet i det aktuella ärendet.

Vid en samlad bedömning anser domstolen således att det inte har framkommit något om det ekonomiska och rättsliga sammanhanget, med hänsyn tagen till de berörda produkternas eller tjänsternas art och de faktiska förhållanden som kännetecknar strukturen och funktionen hos den eller de berörda sektorerna eller marknaderna, som ändrar bedömningen att Tapwells avtal med Home Online och Hemgallerian om fastställande av minimipriser vid försäljning online har ett konkurrensbegränsande

syfte. Domstolen återkommer till prövningen av om förutsättningarna för undantag i 2 kap. 2 § konkurrenslagen är uppfyllda.

Relevant marknad

Som framgår ovan kan det vara tillräckligt att göra en förhållandevis summarisk marknadsavgränsning i ärenden som avser avtal med konkurrensbegränsande syfte. I förevarande fall har Konkurrensverket enbart avgränsat den marknad som Tapwell är verksamt på. Domstolen har ändå bedömt att den utredning Konkurrensverket lagt fram om strukturen och de faktiska villkoren på de båda marknaderna är tillräcklig för att prispolycyn ska anses utgöra en konkurrensbegränsning genom syfte.

Konkurrensverket har avgränsat den relevanta marknaden i leverantörsledet till försäljning av vattenblandare och sanitetsarmaturer – avsedda för kök och badrum – till återförsäljare samt grossister i Sverige. Tapwell har inte invänt mot avgränsningen av den relevanta produktmarknaden men har anfört att den relevanta geografiska marknaden är större än Sverige. Tapwell har särskilt pekat på att det förekommer utländska produkter i Sverige och att Konkurrensverkets avgränsning främst bygger på uppgifter från Tapwell och inte på någon egentlig utredning.

Patent- och marknadsdomstolen delar dock Konkurrensverkets bedömning att de uppgifter som talar för en nationell geografisk marknad väger tyngre än de som talar för en bredare marknad (se p. 584–595). Domstolen ser inte heller något hinder mot att i huvudsak basera marknadsavgränsningen på de uppgifter Tapwell lämnat till Konkurrensverket under utredningen.

Domstolen delar alltså Konkurrensverkets bedömning att den relevanta marknaden som Tapwell är verksamt på utgörs av marknaden för försäljning av blandare och sanitetsarmaturer – avsedda för kök och badrum – till återförsäljare samt grossister i Sverige.

Samhandel

För att det s.k. samhandelskriteriet ska vara uppfyllt krävs enligt fast praxis att ett förfarande med tillräcklig grad av sannolikhet, på grundval av en rad objektiva rättsliga eller faktiska omständigheter, måste kunna förutses direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt inverka på handelsflödet mellan medlemsstater, på ett sådant sätt att det kan förmodas komma att hindra förverkligandet av en inre marknad mellan medlemsstaterna. Denna inverkan får inte vara obetydlig. Bedömningen av huruvida handeln mellan medlemsstaterna märkbart påverkats ska ske utifrån en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter i ärendet. (Se bl.a. *Ziegler* p. 92–95; se även kommissionens Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget (2004/C 101/07).

Tapwell har anfört att samhandelskriteriet inte är uppfyllt med anledning av främst följande omständigheter. Konkurrensverket har inte gjort en korrekt marknadsavgränsning uppströms och inte gjort någon marknadsavgränsning alls nedströms. Vidare har Konkurrensverket varken utrett Tapwells och dess konkurrenters eller återförsäljarnas marknadsandelar utan enbart förlitat sig på Tapwells egna uppskattningar. Konkurrensverket har inte visat att den påstådda överträdelsen omfattar samtliga återförsäljare eller att den har pågått under hela den period Konkurrensverket påstår. Även det förhållandet att det förekommer vissa svenska branschstandarder på marknaden bidrar till att handeln mellan medlemsstater inte kan påverkas. Slutligen saknas det stöd för att prisföljsamheten på marknaden varit hög.

Patent- och marknadsdomstolen delar Konkurrensverkets bedömning att det med en tillräcklig grad av sannolikhet kan förutses att avtalen direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, kan påverka handeln mellan medlemsstaterna (se p. 598–612). Domstolen beaktar särskilt att Tapwell enligt sina egna uppskattningar har haft en marknadsandel mätt i värde om mellan 9,5 och 14,4 procent och är den näst största leverantören av blandare och sanitetsarmaturer i Sverige, att den aktuella överträdelsen avser Home Onlines och Hemgallerians priser online i hela Sverige, att överträdelsen pågått under

mer än två år samt att Tapwell importerar sina blandare och sanitetsarmaturer från Italien. Samhandelskriteriet är alltså uppfyllt vilket innebär att även artikel 101 EUF-fördraget ska tillämpas i ärendet.

Märkbarhet

Tapwell har anfört att den påstådda överträdelsen under alla förhållanden inte utgör en märkbar konkurrensbegränsning. Tapwell har i huvudsak anfört att Konkurrensverket inte har gjort en korrekt marknadsavgränsning uppströms och inte gjort någon marknadsavgränsning alls nedströms samt att verket varken utrett Tapwells och dess konkurrenters eller återförsäljarnas marknadsandelar utan enbart förlitat sig på Tapwells egna uppskattningar. Den påstådda överträdelsen avser endast 0,2 procent av den totala försäljningen av vattenblandare och sanitetsarmaturer till slutkonsument i Sverige vilket är en helt obetydlig andel. Slutligen saknas det stöd för att prisföljsamheten på marknaden varit hög.

Som Konkurrensverket har anfört följer av EU-domstolens praxis att avtal som både har ett konkurrensbegränsande syfte och kan påverka handeln mellan medlemsstater alltid utgör märkbara konkurrensbegränsningar (EU-domstolens dom den 13 december 2012 i mål C-226/11 *Expedia Inc.*, EU:C:2012:795, p. 37; se även generaladvokatens förslag till avgörande, EU:C:2012:544, p. 54–57). Redan av det skälet är det alltså fråga om en märkbar konkurrensbegränsning. Under alla förhållanden är det fråga om en syftesöverträdelse som har omfattat försäljning online i hela Sverige och pågått under mer än två år. Vidare har Tapwell haft en marknadsandel i värde om mellan 9,5 och 14,4 procent på leverantörsmarknaden under den relevanta perioden. Även dessa omständigheter medför, som Konkurrensverket har konstaterat, att märkbarhetskriteriet är uppfyllt.

Undantag

Av 2 kap. 2 § konkurrenslagen följer att ett förbud enligt 2 kap. 1 § inte gäller för ett avtal som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande (effektivitetsvinster) och samtidigt tillförsäkrar konsumenterna en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås (konsumentnytta) under förutsättning att avtalet bara ålägger de berörda företagen begränsningar som är nödvändiga för att uppnå nämnda effektivitetsvinster och inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga. Motsvarande bestämmelse om undantag finns i artikel 101.3 EUF-fördraget.

Inom ramen för den prövning som ska göras enligt undantagsbestämmelserna ska alltså göras en avvägning mellan konkurrensbegränsande och konkurrensfrämjande konsekvenser av ett förfarande. Som nämnts ovan har Tapwell bevisbördan för att en undantagssituation föreligger. EU-domstolen har uttryckt detta som att den som åberopar undantagsbestämmelsen genom övertygande argument och bevisning måste styrka att villkoren för att beviljas undantag är uppfyllda (se EU-domstolens dom den 7 februari 2013 i mål C-68/12 *Slovenská sporitel'ňa*, EU:C:2013:71, p. 32).

Konkurrensverket har i beslutet funnit att det inte finns förutsättningar för undantag.

Tapwell har i Patent- och marknadsdomstolen utvecklat varför det finns förutsättningar för undantag och i huvudsak anfört följande. Det påstådda förfarandet ger återförsäljare med fysisk butik incitament att investera i förköpsservice av Tapwellprodukter eftersom det minskar möjligheterna för återförsäljare med onlineförsäljning att åka snålskjuts på sådan förköpsservice. Dessutom medför den påstådda prisstyrningen att Tapwells varumärke skyddas från erodering. Vidare bidrar det påstådda förfarandet till att konkurrensen mellan återförsäljarna förbättras genom att rikta in sig på fler faktorer än pris. Om förfarandet skulle leda till högre pris så kompenseras konsumenterna genom att få fortsatt tillgång till den förköpsservice de efterfrågar. Detta framgår bl.a.

av Tapwells marknadsundersökningar. Det finns inte några mindre ingripande åtgärder för att hantera snålskjutsproblematiken eller risken att Tapwells varumärke eroderas. Tapwells produkter är inte tillräckligt avancerade eller komplicerade för att motivera ett exklusivt eller selektivt distributionssystem. Tapwell investerar redan i utställningar i butik och utbildning av återförsäljare och ger dessutom lägre rabatter till återförsäljare som inte har någon typ av utställning i fysisk butik. Det finns alltså inte något mindre konkurrensbegränsande förfarande som uppnår samma mål. Slutligen råder mycket hög konkurrens både bland leverantörer och återförsäljare av vattenblandare och sanitetsarmaturer och det påstådda förfarandet kan inte sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av produkterna.

Konkurrensverket har vidhållit att de kumulativa förutsättningarna för undantag inte är uppfyllda.

Patent- och marknadsdomstolen har under avsnittet ”Konkurrensbegränsning” vid sin bedömning av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget i viss utsträckning prövat Tapwells invändningar. Redan bedömningen i den delen talar starkt mot att de kumulativa villkoren för undantag är uppfyllda. När det gäller effektivitetsvinster har domstolen då konstaterat att Tapwells marknadsundersökningar och de uppgifter som lämnats av flertalet av Tapwells förhörspersoner ger stöd för att det i viss utsträckning förekommer att kunder tar del av förköpservice i butik och sedan antingen köper produkter online eller begär att få ett rabatterat pris i butik med hänvisning till lägre priser online. Det finns alltså en viss snålskjutsproblematik. Det har dock inte visats hur omfattande problemet är.

Tapwells utredning om snålskjutsproblematik tar genomgående sikte på problemet i allmänhet och inte specifikt för Tapwells produkter. Vidare saknas utredning om i vilken utsträckning det finns återförsäljare som enbart säljer Tapwells produkter online och i vilken utsträckning konsumenter köper Tapwells produkter hos sådana återförsäljare (jfr de vertikala riktlinjerna p. 197 (d)). Exempelvis har både Home Online och Hemgallerian valt att sälja Tapwells produkter både i fysisk butik och online. När det

gäller påstådd varumärkesredoring har Tapwell inte lagt fram någon utredning som visar hur avtalet med Home Online och Hemgallerian om minimipriser vid försäljning online bidrar till att skydda Tapwells varumärke.

Mot denna bakgrund anser domstolen att Tapwell inte visat att avtalet om fastställande av minimipriser medför tillräckliga effektivitetsvinster för att kompensera för den försämrade priskonkurrensen mellan Tapwells återförsäljare. Redan av detta skäl saknas förutsättningar för undantag. Domstolen prövar ändå översiktligt även villkoren om konsumentvinst och nödvändighet.

Beträffande kravet att en skäligen andel av effektivitetsvinsterna ska komma konsumenterna till del har domstolen redan konstaterat att enligt Tapwells egen marknadsundersökning anser de flesta konsumenter att bra pris är en klart viktigare faktor än möjligheten till förköpsservice. Det finns inte heller någon annan utredning som ger stöd för att konsumenter skulle värdera förköpsservice eller ett starkt varumärke lika högt som bra priser på Tapwells produkter. Villkoret för undantag är därmed inte uppfyllt.

När det gäller frågan om det finns mindre ingripande åtgärder anser domstolen, som redan nämnts, att det t.ex. borde ha varit möjligt för Tapwell att dels anpassa sina priser generellt så att återförsäljarna håller en nivå som Tapwell anser är tillräckligt hög för att inte varumärket eroderas, dels ytterligare anpassa sin prissättning så att de återförsäljare som erbjuder förköpsservice i fysisk butik får högre rabatter än de som säljer online eller att generellt ta olika priser för produkter som säljs online respektive i fysisk butik (jfr. vertikala riktlinjerna p. 209).

Med den bedömning domstolen gjort av de första tre villkoren saknas anledning att ta ställning till om det fjärde villkoret om att konkurrensen inte får sättas ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga.

Sammanfattningsvis delar Patent- och marknadsdomstolen Konkurrensverkets slutsats att Tapwell inte har visat att förutsättningarna för att bevilja undantag är uppfyllda.

Varaktighet

Patent- och marknadsdomstolen delar, som redan nämnts, Konkurrensverkets bedömning att det är fråga om en enda fortlöpande överträdelse som har pågått under perioden den 31 oktober 2018 till den 15 februari 2021 (se p. 645–655).

Konkurrensskadeavgift

Uppsåt/oaktsamhet

Enligt 3 kap. 5 § första stycket 1 konkurrenslagen får Konkurrensverket besluta att ett företag ska betala konkurrensskadeavgift, om företaget eller någon som handlar på dess vägnar uppsåtligen eller av oaktsamhet har överträtt förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § konkurrenslagen eller artikel 101 EUF-fördraget. Enligt skäl 42 i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1 av den 11 december 2018 om att ge medlemsstaternas konkurrensmyndigheter befogenhet att mer effektivt kontrollera efterlevnaden av konkurrensreglerna och om att säkerställa en väl fungerande inre marknad bör begreppen uppsåt och oaktsamhet tolkas utifrån EU-domstolens praxis om tillämpningen av artiklarna 101 och 102 EUF-fördraget och inte utifrån begreppen uppsåt och oaktsamhet i förfaranden som genomförs av rättsliga myndigheter i samband med brottmål. För att kravet på uppsåt ska anses föreligga i konkurrensrättslig mening har det i svensk och EU-rättslig praxis ansetts tillräckligt att företaget – eller någon som handlar på dess vägnar – inte kan ha varit omedvetet om att det påtalade förfarandet begränsade konkurrensen (se bl.a. MD 2013:5 p. 284 och MD 2009:11 samt EU-domstolens dom den 11 juli 1989 i mål C-246/86 *Belasco*, EU:C:1989:301, p. 41; se även t.ex. Carlsson och Bergman, *Konkurrenslagen En kommentar*, JUNO Version 3, kommentaren till 3 kap. 5 §, avsnitt 4).

Enligt Patent- och marknadsdomstolen måste de företrädare för Tapwell som kommunicerat prispolicyn och övervakat återförsäljarnas prissättning ha varit medvetna om att upprätthållandet av minimipriser begränsade konkurrensen. Överträdelsen har alltså, som Konkurrensverket funnit, begåtts uppsåtligen.

Ringa överträdelse

Patent- och marknadsdomstolen delar Konkurrensverkets bedömning att det inte är fråga om en ringa överträdelse (se p. 669–675).

Avgiftens storlek

Hur konkurrensskadeavgiften ska bestämmas regleras i 3 kap. 6–11 §§ konkurrens- lagen. Den metod som anges i dessa paragrafer för att bestämma avgiften syftar till att underlätta för parterna och domstolarna att identifiera överträdelser som är särskilt skadliga från konkurrenssynpunkt och som förtjänar avhållande och avskräckande avgifter (se prop. 2007/08:135 s. 254 f.; se även Patent- och marknadsöverdomstolens dom den 6 oktober 2022 i mål PMT 13071-21).

Utgångspunkten vid bestämmandet av konkurrensskadeavgiftens storlek är att avgiften ska vara så ingripande att företag inte överträder förbudsreglerna. Konkurrenslagens regler om fastställande av konkurrensskadeavgift gör det därför möjligt att besluta om avhållande och avskräckande avgifter för överträdelser som är särskilt skadliga från konkurrenssynpunkt. (Se prop. 2007/08:135 s. 119 f.)

De svenska bestämmelserna om hur konkurrensskadeavgiften ska bestämmas är anpassade till EU-rätten. I förarbetena anges också att kommissionens riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning 1/2003 och den praxis de ger upphov till kan tjäna som vägledning (se prop. 2007/08:135 s. 118 f. och s. 126).

Konkurrensverket redogör i sitt Ställningstagande 2021:1 Metod för fastställande av konkurrensskadeavgiftens storlek för hur verket tolkar och tillämpar reglerna om konkurrensskadeavgift när myndigheten beslutar om sådan avgift. Enligt Patent- och marknadsdomstolen är Konkurrensverkets metod i linje med relevanta bestämmelser i konkurrenslagen och EU-rätten varför den i ärendet kan fungera som utgångspunkt vid fastställandet av avgiftens storlek. Det första steget enligt Konkurrensverkets metod är att fastställa ett sanktionsvärde baserat på Tapwells omsättning på den relevanta marknaden under det sista kompletta räkenskapsåret som företaget deltog i överträdelsen och med beaktande av överträdelsens allvar och varaktighet.

Tapwells omsättning på den relevanta marknaden uppgick 2020 till 135 233 739 kr och det har inte framkommit något som talar för att detta år inte skulle vara representativt för Tapwells försäljning på den relevanta marknaden. Patent- och marknadsdomstolen delar Konkurrensverkets bedömning att det är fråga om en förhållandevis allvarlig överträdelse. Ett sanktionsvärde som motsvarar fem procent av Tapwells omsättning på den relevanta marknaden framstår som väl avvägt och i linje med kommissionens praxis för liknande överträdelser (se kommissionens beslut den 24 juli 2018 i ärende AT.40465 Asus, den 24 juli 2018 i ärende AT.40182 Pioneer, den 24 juli 2018 i ärende AT.40181 Philips och den 17 december 2018 i ärende AT.40428 Guess). Domstolen anser vidare, i likhet med Konkurrensverket, att överträdelsen varaktighet bör beaktas på ett sådant sätt att sanktionsvärdet multipliceras med 2,5. Sanktionsvärdet uppgår därmed, avrundat nedåt, till 16 900 000 kr ($135\,233\,739 \times 0,05 \times 2,5 = 16\,904\,217$).

Det har inte framkommit att det finns några försvårande eller förmildrande omständigheter och domstolen anser även i övrigt att en konkurrensskadeavgift enligt det ovan angivna sanktionsvärdet är en väl avvägd och proportionerlig påföljd för den aktuella överträdelsen.

Tapwellkoncernens omsättning 2022, dvs. det år som föregick beslutet, uppgick till 785 958 847 kr. Den av Konkurrensverket beslutade konkurrensskadeavgiften överstiger inte tio procent av det beloppet.

Mot denna bakgrund saknas alltså skäl att sätta ned eller jämka konkurrensavgiften.

Tapwells överklagande och yrkande om ersättning för rättegångskostnad ska därför avslås.

Sekretess

Bestämmelsen i 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) bör fortsatt vara tillämplig på uppgifter som har lagts fram under sammanträdet bakom stängda dörrar i den mån uppgifterna inte har tagits in i denna dom.

Sammanfattning

Patent- och marknadsdomstolen har, i likhet med Konkurrensverket, funnit att Tapwell genom avtal om s.k. vertikal prisstyrning med återförsäljarna Home Online och Hemgallerian har begränsat deras möjligheter att bestämma sitt försäljningspris genom att återförsäljarna inte fick sälja Tapwells produkter online till ett pris som understeg Tapwells vid var tid gällande rekommenderade priser minus tio procent. Avtalen har haft till syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt och de har kunnat påverka handeln mellan EU:s medlemsstater. Det har funnits en övergripande plan för prisstyrningen från Tapwells sida och det har varit fråga om en enda och fortlöpande överträdelse som pågått under perioden den 31 oktober 2018 till den 15 februari 2021. Det har inte framkommit att prisstyrningen uppvägs av några konkurrensfrämjande effekter varför avtalen inte ska undantas från förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101.1 EUF-fördraget. Domstolen har vidare bedömt att den av Konkurrensverket beslutade konkurrensskadeavgiften om 16 900 000 kr är väl avvägd och

proportionerlig. Tapwells överklagande ska därför avslås och Konkurrensverkets beslut ska stå fast.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (PMD-13)

Ett överklagande, ställt till Patent- och marknadsöverdomstolen, ska ha inkommit till Patent- och marknadsdomstolen senast den 11 april 2025. Prövningstillstånd krävs.

Daniel Severinsson

Ylva Aversten

Anders Stenlund

Johan Stennek

I avgörandet har deltagit rådmännen Daniel Severinsson, ordförande och referent, och Ylva Aversten samt de ekonomiska experterna civilekonomen Anders Stenlund och professor Johan Stennek (skiljaktig, se nästa sida)

Skiljaktig mening

Johan Stennek är skiljaktig beträffande frågan om prispolicyn utgör en syftesöverträdelse och anför följande.

Ekonomiska utgångspunkter

Syftet med konkurrenslagen är att skydda konkurrensen till förmån för konsumenterna.

Konkurrens är dock ett mångfacetterat begrepp. Företagen konkurrerar med olika medel, bland annat pris, kvalitet och service. Ingen ekonomisk forskning pekar på att något av dessa medel är viktigare än något annat; det handlar snarare om avvägningar. Konsumenter är villiga att betala mer för högre kvalitet och bättre service, vilket kräver högre priser för att täcka kostnaderna. Dessutom skiljer sig konsumenter åt i sina preferenser mellan pris och kvalitet.

Ett vertikalt avtal om ett lägsta konsumentpris begränsar priskonkurrensen mellan återförsäljarna. Samtidigt kan samma avtal ge återförsäljarna bättre möjligheter att konkurrera med den service man erbjuder konsumenterna.

Orsaken är den så kallade snålskjutsproblematiken: vissa konsumenter informerar sig i fysiska butiker men köper sedan billigare online. Följden kan bli att de fysiska butikerna inte kan tillhandahålla den service som konsumenterna i och för sig efterfrågar, men samtidigt kan undvika att betala för.

Patrick Rey och Thibaud Vergé sammanfattar forskningsläget med följande ord: *”The first lesson that can be drawn from this analysis is that no simple conclusion can be derived on whether any type of vertical restraint is pro- or anti-competitive. Both price (e.g. resale price maintenance) and non-price (e.g. exclusive dealing or territories) may either increase or decrease economic welfare: what really matters is not the*

restraints used but the context in which it is used and the goal that it is supposed to achieve.”¹

Min slutsats är att det inte finns någon anledning a priori att anta att vertikal prisstyrning har huvudsakligen konkurrensfrämjande eller konkurrensbegränsande verkningar. För att skydda konkurrensen, till förmån för konsumenterna, måste konkurrensvårdande myndigheter således beakta hur vertikal prisstyrning påverkar både priser och service och väga samman dessa faktorer utifrån konsumenternas värderingar.

Rättsliga utgångspunkter

Konkurrenslagen förbjuder avtal som har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen. Ett avtal anses ha ett konkurrensbegränsande syfte om det inte finns någon annan hållbar förklaring.

Med andra ord är vertikal prisstyrning en syftesöverträdelse endast i de fall det är mer eller mindre uppenbart att den begränsar konkurrensen i sitt sammanhang. Så vore fallet på en marknad där priset är enda konkurrensmedel, eller där service är av uppenbart underordnad betydelse.

Även om prisstyrning inte är en syftesöverträdelse kan det fortfarande bryta mot konkurrensreglerna. Men då krävs en djupare analys för att fastställa avtalets effekter på konkurrensen. Analysen kan då fortsatt vara av mer ekonomisk-teoretisk karaktär för att fastställa avtalets potentiella effekter, eller av mer empirisk karaktär för att fastställa de faktiska effekterna.

Skillnaden mellan syfte och potentiell effekt är att ett syfte kan fastställas genom en mer summarisk analys. Eftersom det inte finns någon annan hållbar förklaring för

¹ Patrick Rey, and Thibaud Vergé, “Economics of Vertical Restraints”, in Handbook of Antitrust Economics, Paolo Buccirossi (ed.), The MIT Press, chapter 9, April 2008, pp. 353–390. Uppsatsen finns tillgänglig online: https://www.learlab.com/conference2005/documents/rey_verge.pdf.

avtalet än att begränsa konkurrensen, krävs till exempel inte någon fördjupad marknadsavgränsning eller fördjupad analys av mellanmärkeskonkurrens.

Enligt praxis ska dock begreppet syftesöverträdelse tolkas restriktivt.

Vid bedömning av syftesöverträdelse ska man beakta avtalets lydelse, de mål som eftersträvas, samt avtalets ekonomiska och juridiska sammanhang. Med ekonomiskt sammanhang avses produkternas egenskaper och de relevanta marknadernas funktionssätt.

Ska konkurrensfrämjande verkningar beaktas vid fastställande av syfte?

Den kanske mest avgörande frågan är när ett avtals konkurrensfrämjande verkningar, till exempel i form av en hårdare servicekonkurrens, ska beaktas. Ska de beaktas som en del av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget, när man avgör om avtalet begränsar konkurrensen? Eller ska de beaktas först vid en prövning av undantag? Svaret avgör vem som har bevisbördan.

Enligt EU-domstolens dom i *Super Bock* (paragraferna 34-36) ska avtalets konkurrensfrämjande verkningar beaktas redan i första ledet. ”När parterna i avtalet gör gällande att avtalet har konkurrensfrämjande effekter, ska dessa effekter beaktas som omständigheter som ingår i avtalets sammanhang.”

Domstolen anger även hur detta ska gå till: ”Om det antas att dessa konkurrensbefrämjande effekter är styrkta, relevanta och specifika för det berörda avtalet måste de dessutom vara tillräckligt betydande så att de ger upphov till rimligt tvivel om avtalet är tillräckligt skadligt för konkurrensen”.

EU-domstolens avgörande i *Superleague* kan eventuellt tolkas i motsatt riktning. Rörande avtalets sammanhang skriver man (paragraf 166): “Däremot är det inte på något sätt nödvändigt att undersöka, och än mindre styrka, effekterna av detta

beteende på konkurrensen, oavsett om de är faktiska eller potentiella och negativa eller positiva”.

Eftersom domstolen anger att *inga effekter* ska beaktas vid prövningen av om avtalet är en syftesöverträdelse, oavsett om effekterna är negativa eller positiva, uppfattar jag skrivningen som en påminnelse om distinktionen mellan syfte och effekt.² Denna distinktion avser huvudsakligen en skillnad i beviskrav. Denna påminnelse är motiverad eftersom domstolen i *Super Bock* (paragraferna 34-36) använder ordet effekt, trots att ordet syfte hade överensstämt bättre med domstolens normala språkbruk.

Domstolen skriver i *Superleague* vidare (paragraf 167): ”*Vad därefter gäller de mål som eftersträvas med det aktuella beteendet, ska det fastställas vilka objektiva mål detta beteende syftar till att uppnå i konkurrenshänseende. Den omständigheten att de inblandade företagen har agerat utan att ha någon subjektiv avsikt att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen och den omständigheten att de har eftersträvat att uppnå vissa legitima mål är däremot inte avgörande*”.

Detta uppfattar jag som en påminnelse om skillnaden mellan så kallade ”objektiva mål” och ”subjektiva avsikter” och att denna skillnad inte bara har betydelse för skador på konkurrensen utan även för främjande av konkurrensen.

Min slutsats är att både konkurrensfrämjande och konkurrensskadliga verkningar ska beaktas vid fastställande av ett avtals syfte, och att beviskraven för båda är lägre än för effekter. Det överensstämmer enligt min uppfattning väl med de ekonomiska utgångspunkter som jag redogjorde för ovan.

² Se även Pablo Ibáñez Colomo “Restrictions by object under Article 101(1) TFEU: From dark art to administrable framework”. Yearbook of European Law, 2024, 00, 1–37, särskilt sista stycket på sidan 34.

Är vertikal prisstyrning en särskilt allvarlig överträdelse och därmed alltid en syftesöverträdelse?

Enligt domen i *Super Bock* (paragraferna 38–42) kan vertikal prisstyrning ingå i kategorin ”särskilt allvarliga begränsningar” vilket har vikt för huruvida avtal inkluderas i gruppundantag. Enligt domstolen innebär detta dock inte att vertikal prisstyrning med nödvändighet är en syftesöverträdelse.

Även konkurrenslagens förbud mot konkurrensbegränsande avtal pekar särskilt ut avtal som fastställer priser. Såvitt jag förstår ska detta förstås som att dylika avtal kan vara särskilt allvarliga överträdelser, vilket i så fall har betydelse vid fastställande av en konkurrensskadeavgift. Såvitt jag kan förstå följer det däremot inte att vertikal prisstyrning med nödvändighet är en syftesöverträdelse.

Sambandet är snarast det omvända: om en vertikal prisstyrning i ett visst fall utgör en överträdelse, och särskilt om det inte finns någon annan hållbar förklaring för avtalet än att begränsa konkurrensen, vilket innebär att den är en syftesöverträdelse, så förefaller det rimligt att överträdelserna betraktas som särskilt allvarliga.

Förhållandena i ärendet

Begränsning av konkurrensen

Tapwell menar att det inte förekommit någon vertikal prisstyrning. Företaget menar både att de inte har möjlighet att styra återförsäljarnas priser, och att det inte heller ligger i deras intresse att höja återförsäljarnas priser mot konsumenterna.

Den första frågan är om Tapwell har ett intresse av att styra återförsäljarnas priser.

Om en prisstyrning endast skulle begränsa konkurrensen mellan återförsäljarna så skulle det inte ligga i Tapwells intresse att ingå ett sådant avtal. Ett avtal som ökar

återförsäljarnas konsumentpriser, utan justering av deras inköpspriser, leder till minskad försäljning för Tapwell utan några högre marginaler. Detta påstående ligger i linje med den ekonomiska forskningen.

Konkurrensverket invänder att de högre konsumentpriserna ger Tapwell möjlighet att öka sina priser mot återförsäljarna. Detta påstående saknar såvitt jag vet stöd i den ekonomiska forskningen. En dylik effekt hade kunnat uppstå om prisstyrningen även hade satt ett tak för återförsäljarnas priser. Då hade Tapwell kunnat öka sina priser mot återförsäljarna, utan risk för att detta hade lett till ytterligare för Tapwell oönskade prisökningar mot slutkunderna. Med ett dylikt avtal hade dock Tapwell och dess återförsäljare även kunnat eliminera problem med så kallad dubbel marginalisering. Det hade i sin tur möjligen kunnat innebära lägre konsumentpriser.

Den andra frågan är om Tapwell har möjlighet att styra återförsäljarnas priser.

Tapwell menar att Bygghemma är avgörande för konsumentpriserna. Bygghemma svarar för en stor del av försäljningen på nätet. Man har omfattande marknadsföring och ligger ofta som första alternativ på Prisjakt och andra prisjämförelsesiter. Bygghemma har prisrobotar som effektivt övervakar konkurrenternas priser och som snabbt matchar lägre priser.

Det förefaller sannolikt att Bygghemma har ett stort inflytande på såväl konsumentpriser som inköpspriser. Det betyder inte nödvändigtvis att Bygghemma klarar av att disciplinera sina mindre konkurrenter på nätet att hålla samma konsumentpriser. Även om de mindre konkurrenterna eventuellt har högre inköpspriser till följd av sin mindre storlek kan de ändå ha ett intresse av att konkurrera med ett lägre konsumentpris. De har mindre att förlora på att sänka sina marginaler eftersom de har lägre försäljning i utgångsläget, och de har mer att vinna eftersom de har fler potentiella tillkommande kunder. Bygghemmas prisrobotar synes inte helt eliminera dessa incitament, vilket ger ett utrymme för vertikal prisstyrning från Tapwells sida.

Min slutsats är att Tapwell har viss möjlighet att påverka de mindre återförsäljarnas priser på nätet, men att företaget sannolikt inte har ett intresse av att öka återförsäljarnas priser för så vitt det inte finns något ytterligare motiv för prisstyrningen än att begränsa konkurrensen mellan återförsäljarna.

Främjande av konkurrensen

Tapwell lyfter fram tre andra motiv för sitt beteende. Företaget menar vidare att, om detta beteende ska betraktas som ett avtal om vertikal prisstyrning, så främjar detta avtal konkurrensen.

För det första menar Tapwell att deras uppmaningar till återförsäljarna rörande dessas priser syftar till att hjälpa återförsäljarna att verkligen hålla de marginaler som de själva önskar.

De små återförsäljarna uppdaterar priserna manuellt och eftersom de säljer ett väldigt stort antal produkter är det lätt att det blir fel ibland. Eftersom marginalerna i branschen är pressade kan denna hjälp rädda dem från förlust och möjliggöra deras fortsatta överlevnad. Att deras överlevnad stått på spel visas av att vissa försvunnit från marknaden på senare tid.

Ett avtal som minskar priskonkurrensen kan dock inte försvaras med att det skyddar ineffektiva konkurrenter från utslagning.

För det andra menar Tapwell att konsumentpriserna är en viktig del av deras varumärke.

Min tolkning är att priser kan ge konsumenterna information om produkternas kvalitet. Tapwell befinner sig i ett mellansegment och konkurrerar därmed även med företag som säljer varor med lägre kvalitet till lägre priser. Ett sätt att förmå kunderna att uppmärksamma att deras produkter har högre kvalitet är att förmedla en tydlig prisbild på högre nivå. Vinsten skulle kunna vara att kunderna kan göra mer välinformerade val

och att Tapwell bibehåller sin möjlighet att erbjuda en typ av produkter som annars skulle kunna ha svårt att konkurrera på marknaden.

Tapwell har dock inte presenterat något stöd för att dylika konkurrensfrämjande verkningar är av betydelse i detta fall.

För det tredje menar Tapwell att priserna på nätet inte bör bli för låga i relation till de priser som de fysiska butikerna kan ta ut. Orsaken är den så kallade snålskjutsproblematiken. Flera återförsäljare uppger att snålskjuts är ett problem.

Att Tapwell tar snålskjutsproblemet på allvar indikeras av att den vertikala prisstyrningen kan betraktas som en del av en mer omfattande strategi från Tapwells sida. Denna strategi säkerställer att återförsäljarna kan lämna lämplig service till konsumenterna. För det första lämnar Tapwell större rabatter till fysiska butiker än till dem online. För det andra tar Tapwell på sig kostnader för att informera och utbilda återförsäljarna. För det tredje tar Tapwell på sig kostnader för att bygga upp utställningar och så kallade shops-in-shops i återförsäljarnas butiker.

Dock kan Tapwells arbete med utställningar och information till återförsäljarna inte enbart ses som en bot mot snålskjutsproblemet. Det måste även ses som en medel för att förmå återförsäljarna att prioritera Tapwell produkter över konkurrenternas. Dessa båda faktorerers relativa betydelse är oklar.

Det har även framkommit i målet att många konsumenter torde ha ett behov av information och service. I värsta fall kan felaktiga installationer av blandare orsaka vattenskador. I andra fall kan konsumenter behöva tillkalla rörmokare flera gånger, vilket torde ge upphov till en kostnad som är betydande sett i relation till priset på en blandare.

Vissa undersökningar tyder på att konsumenterna bryr sig mer om pris än service när de väljer blandare. Man måste dock hålla i minnet att konsumenter som överväger att

köpa Tapwells produkter sannolikt lägger större vikt vid kvalitet och service än konsumentkollektivet i sin helhet.

Sammantaget finns det ett visst stöd för att snålskjuts är ett problem som skulle kunna mildras av en vertikal prisstyrning.

Min bedömning

Tapwell har enligt min uppfattning inte visat vad som skulle krävas för ett undantag. Företaget har inte visat hur stora dessa eventuella konkurrensfrämjande effekter är, vare sig i absolut mening eller i relation till de konkurrensbegränsande verkningarna. Tapwell har inte visat att vertikal prisstyrning är nödvändig för att åstadkomma dessa eventuella konkurrensfrämjande effekter. Tapwell har inte visat att eventuella vinster kommer konsumenterna till del i sådan utsträckning att de överväger prisökningarna.

För att kunna väga de eventuella konkurrensfrämjande verkningarna mot de högre priserna krävs även en bedömning av utrymmet för prisökningar. Detta kräver en bedömning av bland annat styrkan i mellan-märkeskonkurrensen. Tillräcklig information för en sådan bedömning saknas.

Men det är heller inte nödvändigt för Tapwell att visa att avtalet ska undantas från förbudet. För att avtalet inte ska vara en syftesöverträdelse räcker det för Tapwell att påvisa att det finns andra hållbara förklaringar för avtalet än att begränsa konkurrensen.

Enligt *Super Bock* är det tillräckligt att de konkurrensbefrämjande verkningarna är styrkta, relevanta och specifika för det berörda avtalet, samt att de är tillräckligt betydande så att de ger upphov till rimligt tvivel om avtalet är tillräckligt skadligt för konkurrensen.

För Tapwells del menar jag att avtalets mildrande av snålskjutsproblemet är styrkt och relevant.

För att dessa eventuella vinster ska betraktas som specifika för avtalet krävs att det saknas mindre konkurrensbegränsande alternativ. Ett möjligt alternativ skulle kunna vara selektiv distribution. Det är dock sannolikt en väldigt riskfylld metod för ett företag i mellansegmentet, särskilt med tanke på Bygghemmas starka ställning på nätet. Ett annat alternativ skulle kunna vara att öka skillnaden i rabatter mellan återförsäljare på nätet och de som driver fysisk butik. Det skulle sannolikt vara svårt både på grund av möjligheterna till arbitrage och på grund av Bygghemmas starka ställning. En tredje möjlighet är att återförsäljarna själva arbetar mer aktivt för att behålla kunderna i fysiska butiker genom att erbjuda rittjänster för hela kök och badrum. En sådan åtgärd riktar sig dock endast till den del av konsumenterna som just planerar större renoveringar, inte de som bara byter en blandare.

Har vinsterna visats vara tillräckligt betydande? Frågan har inte ett uppenbart svar. Min slutgiltiga bedömning baseras på följande slutsatser som motiverats ovan.

För det första finns det inte någon anledning a priori att anta att vertikal prisstyrning har huvudsakligen konkurrensfrämjande eller konkurrensbegränsande verkningar.

För det andra har Tapwell presenterat ett visst stöd för att snålskjuts är ett problem som skulle kunna mildras av en vertikal prisstyrning. Tapwell har sannolikt dessutom inte något intresse av att öka återförsäljarnas priser, för så vitt det inte finns något ytterligare motiv för prisstyrningen än att begränsa konkurrensen mellan återförsäljarna. Den konkurrensfrämjande verkningen torde vidare, åtminstone för företagets egna intressen, vara av större betydelse än den konkurrensbegränsande.

För det tredje påminner domstolen i *Superleague* om att åtskillnad ska göras mellan syfte och effekt även avseende konkurrensfrämjande verkningar, så som att mildra snålskjutsproblem. Skillnaden avser beviskrav. Det måste innebära att beviskravet är

betydligt lägre än det som gäller vid prövning av potentiella effekter eller vid prövning av undantag. Härtill kommer att begreppet syftesöverträdelse ska tolkas restriktivt.

Min slutsats är att Tapwell har lyckats skapa ett sådant rimligt tvivel om att avtalet är skadligt för konkurrensen så att det inte kan betraktas om en syftesöverträdelse.

Överröstad i frågan om prispolicyn utgör en syftesöverträdelse är jag i övrigt ense med majoriteten.