

KVALITETSKONTROLL VED DISTRIBUTJON AV MERKEVARER



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 655
Leveringsfrist: 25. november 2009

Til sammen 17 924 ord

25.11.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>OPPGAVENS TEMA OG PROBLEMSTILLINGER</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av problemstilling og situasjon	1
1.2	Nærmere om kvalitetskontroll og eneretten til merket	3
1.3	Avgrensning av emnet	4
1.4	Terminologi	5
1.5	Den videre fremstilling	7
<u>2</u>	<u>RELEVANTE RETTSKILDESPØRSMÅL – EF/EØS-RETTENS BETYDNING</u>	<u>8</u>
2.1	Varemerkerettens kilder	8
2.2	Konkurranserettens kilder	8
<u>3</u>	<u>VAREMERKETS ROLLE I DISTRIBUSJONSAVTALEN</u>	<u>12</u>
3.1	Innledning – behovet for kvalitetskontroll	12
3.2	Varemerkets funksjon og bortfall av eneretten	12
3.2.1	Kort om merkevarer og varemerker	14
3.3	Varemerkets funksjon og lisens i distribusjonsavtalen	15
3.3.1	Lisensavtalen – hensyn og behov	16
3.3.2	Situasjoner og lisenstyper	17
3.4	Konsumsjonsprinsippet – hvor langt går eneretten?	19
3.5	Kvalitetskontroll gjennom distribusjonsavtalen	22
3.5.1	Kvalitetsforhandlere	22
3.5.2	Leverandørinvesteringer og forhandlerinvesteringer	23

3.5.3	Prisstandard	23
<u>4</u>	<u>SAMMENFATNING OG DEN VIDERE FREMSTILLING</u>	<u>24</u>
<u>5</u>	<u>KONKURRANSELOVEN § 10 – OVERORDNEDE SPØRSMÅL</u>	<u>25</u>
5.1	Konkurranserettens rolle i samfunnet – formål og hensyn	25
5.2	Vilkårene i konkurranseloven § 10	27
<u>6</u>	<u>VERTIKALE AVTALER MED KONKURRANSEBEGRENSENDE FORMÅL</u>	<u>33</u>
6.1	Prisrestriksjoner	33
6.2	Markedsdeling – eksportforbud	35
<u>7</u>	<u>SELEKTIV DISTRIBUTJON</u>	<u>37</u>
7.1	Selektiv distribusjon som kvalitetskontroll	37
7.2	Selektiv distribusjon under konkurranseloven § 10	38
7.2.1	Utenfor Metro-doktrinen – Kvantitativ selektiv distribusjon	40
<u>8</u>	<u>ENEFORHANDLING</u>	<u>45</u>
8.1	Eneforhandling som kvalitetskontroll	45
8.2	Eneforhandling under konkurranseloven § 10	46
<u>9</u>	<u>EKSKLUSIVT KJØP OG KONKURRANSEKLAUSULER</u>	<u>55</u>
9.1	Eksklusivt kjøp og konkurranseklausuler som kvalitetskontroll	55
9.2	Kort om koblingsklausuler	56
9.3	Konkurranseklausuler under konkurranseloven § 10	57

<u>10 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER OM VAREMERKERETT OG KONKURRANSERETT</u>	<u>63</u>
<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>65</u>
<u>BØKER</u>	<u>65</u>
<u>KAPITLER I BØKER</u>	<u>67</u>
<u>ARTIKLER</u>	<u>68</u>
<u>LOVER, FORSKRIFTER OG FORARBEIDER</u>	<u>70</u>
<u>DOMSREGISTER</u>	<u>71</u>
<u>FORORDNINGER, DIREKTIVER, KUNNGJØRINGER OG RETNINGSLINJER</u>	<u>73</u>
<u>NETTDOKUMENTER</u>	<u>75</u>
<u>ØVRIGE KILDER</u>	<u>76</u>

1 Oppgavens tema og problemstillinger

1.1 Presentasjon av problemstilling og situasjon

Når innehaver av et varemerke skal sette en vare på markedet gjennom en ekstern distributør, inngås det en distribusjonsavtale som gir distributøren rett til å bruke merket (lisens). Lisensiering av varemerkerett medfører en risiko for at innehaver kan miste retten til merket ved at lovbestemte betingelser for bruk ikke overholdes. Dette medfører et behov for å føre kontroll med lisenstakeren. Kontroll med lisenstakers bruk kan også være nødvendig for å sikre merkets kvalitet og dets kvalitetsrenommé gjennom distribusjonsskjeden. Dette danner grunnlaget for oppgavens problemstilling som er: ”Hvilke grenser setter konkurranseloven § 10 for en kontraktmessig kvalitetskontroll¹ av merkevaren gjennom distribusjonsskjeden”. Jeg skal forklare situasjonen nærmere.

Et varemerke er typisk et merke eller et symbol som påføres en vare for å indikere hvor denne kommer fra, hvem dennes kilde er og hvilken kvalitet som kan forventes.

”Merkevare” er en betegnelse for visse tilleggsverdier forbrukerne knytter til denne varen.² Videre er det helt grunnleggende for varemerkeretten og de immaterielle rettighetene for øvrig, at de først og fremst innebærer en eksklusiv rett for innehaveren; en rett til å ekskludere andre.³ Varemerkeretten gir innehaveren en *enerett* til å disponere over merket, herunder gi andre rett til å bruke det. Situasjonen for denne fremstillingen er der varemerkeinnhaver A gjennom en distribusjonsavtale med en ekstern aktør B (distributør), gir lisens til bruk av varemerket i den videre omsetning og markedsføring av en ferdig

¹ Begrepet ”kvalitetskontroll” stammer fra det tidligere vilkåret for gyldig lisens, se kapittel 1.2. Her anvendes kvalitetskontroll i en noe videre betydning; som et virkemiddel for å sikre merkevarens kvalitet gjennom distribusjonsskjeden.

² Stene (2009) s.86, se også kapittel 3.2.1.

³ Pate (2005) i Saferstein (2007) s.37 og varemerkeloven § 1 jf. § 4

produsert merkevare. Distributøren står da for den videre formidlingen av varene ut på markedet.

Etter varemerkeloven⁴ § 25 kan varemerke innehaver miste retten⁵ til merket, og vil derfor ha et behov for å sikre at varemerket opprettholder den kvalitetsstandard og den identitet som gir grunnlaget for eneretten. Selve bortfallet av enerett er ikke fokus for kvalitetskontroll i denne fremstillingen, men varemerkets funksjoner gjenspeiles i det renommé som er opparbeidet for merkevaren, og det er disse funksjonene som er grunnlaget for den kvalitetskontroll som er temaet her. Jeg skal redegjøre for disse funksjonene i kapittel 1.2. Kvalitetskontrollen strekker seg utover det rettslige aspektet og inn i de kommersielle interesser varemerke innehaver har i å opprettholde varemerkets renommé.

De ulike former for kontraktmessig kvalitetskontroll har gjerne for som klausuler som i større eller mindre grad begrenser distributørens handlefrihet, eksempelvis hvor og til hvem varen kan selges videre. Slike begrensninger kan være uforenelige med konkurransereglene ved at konkurransen i det relevante marked begrenses som følge av avtalen (kvalitetskontrollen). Begrensningene kan medføre adgangsbarrierer som avskjærer markedet for andre aktører, redusert konkurranse mellom ulike merker (intermerkekonkurranse), eksempelvis ved forbud mot å selge konkurrerende varer, samt innenfor samme merke (intra-merkekonkurranse) eksempelvis tildeling av eksklusive rettigheter. Det kan også oppstå hindringer for integrasjonen av utenlandske aktører på det nasjonale markedet, noe som er uforenlig med EØS-avtalens mål om fri flyt av varer og tjenester og fri konkurranse. Jeg skal derfor se på hvilke virkninger ulike former for kvalitetskontroll kan ha, for så å vurdere hvilke grenser som følger av konkurranseloven § 10. I denne vurderingen må de varemerkerettslige hensyn til enerett og kvalitet avveies mot de konkurranserettslige hensyn til økonomisk effektivitet.

⁴ Lov nr.4.1961

⁵ Se kapittel 3

1.2 Nærmere om kvalitetskontroll og eneretten til merket

Varemerkeinnhaverens eksklusive rett fremgår av varemerkeloven § 1 som bestemmer at det ved registrering⁶ etter loven kan oppnås en ”enerett”⁷ til bruk av merket som ”særlig kjennetegn”, samt lovens § 4 første ledd som forbyr andre å bruke det samme merket i næringsvirksomhet⁸. Denne funksjonen skal stimulere til skapende innsatser, og eneretten innebærer at den som sår også skal få høste.⁹ En slik enerett er felles for de immaterielle rettighetene og kan i seg selv være konkurransefremmende. I ”særlig kjennetegn” ligger videre et uttrykk for varemerkets andre funksjon, som skal verne forbrukerne; varemerket skal angi merkevarens *opprinnelse* og skal fungere som en *garanti* for tilknytningen til varemerkeinnhavers virksomhet og en bestemt kvalitet. Varemerket fungerer da som et bindeledd mellom innehaver og hans kundekrets¹⁰, som fører til at det bestemte merket *individualiseres* fra andre merker.¹¹ Denne funksjonen gjelder for varemerkerettighetene spesielt og skiller den fra de øvrige immaterialrettighetene.

Gjennom distribusjonskjeden individualiseres også selve merkevaren som en følge varemerket.¹² Varemerkeloven § 13 krever videre at varemerket må ha karakter av ”særmerke” som er egnet til å skille varen fra andres, noe som innebærer at en slik distinktiv evne er en forutsetning for retten til merket. Som vi skal se i kapittel 3 er det gjerne den nevnte individualiseringsfunksjonen som ligger til grunn for den kvalitetsstandard som er knyttet til varemerket i forbindelse med merkevarer.

⁶ Enerett til merket ved innarbeiding etter § 2 behandles ikke nærmere. Se om varemerkerettens positive og negative side i Lassen (2003) s.241 flg.

⁷ Begrensinger i eneretten følger av §§ 4-9 og § 15.

⁸ Privat bruk kan altså ikke angripes av merkeinnhaver, se Koktvedgaard (2005) s.405

⁹ *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (2009) s.304-305

¹⁰ Koktvedgaard (2005) s.351

¹¹ Manshaus (2009) note 4, se også Sak C-206/01 *Arsenal v Reed*

¹² Se kapittel 3

I et historisk perspektiv, og særlig i tidligere engelsk og amerikansk rett, var ”kvalitetskontroll” av lisenstakernes bruk en forutsetning for gyldigheten av selve varemerkelisensen.¹³ Merkets garantifunksjon som identifikasjon av én enkelt kilde, kan vanskelig opprettholdes der varene produseres av lisenstakere. Etter hvert ble lisensiering godkjent under forutsetning av at varemerke innehaver, altså kilden, førte tilstrekkelig kontroll med lisenstakerne, slik at det kunne påvises en sammenheng mellom varen og kilden i omsetningskjeden. I dag er problemet løst ved at også lisenstaker kan anses som ansvarlig for varens opprinnelse, og lisensiering er uttrykkelig legalisert i varemerkeloven og det tilsvarende EU-direktivet. EF-domstolen har i denne forbindelse uttalt at varemerket skal:

”... utgjøre en garanti for, at alle varer eller tjenesteydelser, der er forsynet med det, er blevet fremstillet under kontrol af én bestemt virksomhed, der er ansvarlig for deres kvalitet”.¹⁴

Aktuelt i dag er derfor hvordan varemerke innehaver kan sikre og fremme varemerkets kvalitetsegenskaper gjennom distribusjonsavtalen, og hvordan de varemerkerettslige hensyn kan begrunne ulike kontraktsklausuler.

1.3 Avgrensning av emnet

Jeg vil ikke gå nærmere inn på registrering eller innarbeiding av varemerker, eller andre former for utnyttelse enn ved distribusjon. Angrep mot rettsstridig bruk av varemerket behandles heller ikke. Det forutsettes at avtalen er avtalerettslig gyldig og konkurranserettslig ugyldighet behandles ikke særskilt. Særlige problemstillinger vedrørende produksjonslisenser behandles ikke da det er ferdigproduserte varer som distribueres.

¹³ Wilkoff (2005) s.30

¹⁴ Se blant annet Sak C-59/08 *Copad v Christian Dior Couture* med henvisninger til tidligere praksis.

Dersom en avtalepart innehar en dominerende stilling på markedet og misbruker denne, kan avtalen også stride mot konkurranseloven § 11. Denne bestemmelsen har imidlertid et annet virkeområde, nemlig aktørenes ensidige handlinger i markedet, og vil ikke behandles her. Det avgrenses også mot de særlige former for distribusjon som franchising og agentavtaler da disse ikke er like aktuelle som virkemiddel for kvalitetskontroll ved merkevaredistribusjon.

Konkurranseretten er videre et rettsområde hvor politikk og økonomi spiller en stor rolle. Samfunnsøkonomiske betraktninger har stor betydning i forbindelse med aktørenes stilling i markedet, og hvorvidt deres handlefrihet begrenses. Økonomiske vurderinger vil likevel ikke behandles inngående, kun i det omfang som er nødvendig for fremstillingen.

Fremstillingen tar ikke sikte på å være uttømmende når det gjelder hvilke virkemidler varemerkeinnhaver kan bruke til å sikre varemerkets kvalitet, da disse kan være uttallige i form av ulike kombinasjoner. Eksemplene er ment å være illustrerende og vurderingstemaene vil ha overføringsverdi til andre aktuelle virkemidler. Fremstillingen her er derfor konsentrert rundt utvalgte distribusjonsformer som er egnet som kvalitetskontroll og som kan være problematiske i forhold til konkurranseretten. Fremstillingen kan også ha overføringsverdi ved konkurranserettslige vurderinger i forbindelse med andre immaterielle rettigheter.

1.4 Terminologi

Et *varemerke* er definert i varemerkeloven § 1 som et ”særlig kjennetegn for en virksomhets varer eller tjenester”, og dette merket kan bestå av ”alle slags tegn” som er ”egnet til å skille” en virksomhets varer eller tjenester fra andres, jf. også § 13. Det må kunne gjengis grafisk, og omfatter etter tredje ledd også merker for tjenesteytelser. Merket kan altså bestå av ord, tall, bokstaver eller figurer, men kan til en viss grad også omfatte farger, lyder og dufter.¹⁵ Hoveddelen av de alminnelige varemerkene er såkalte

¹⁵ Se blant annet sak C-49/02 *Heidelberger* samt Rønning (2004)

”produsentmerker”¹⁶, som produsentene eller lisenstakere påsetter ulike varer. Et eksempel er *DIOR*, som også er et kjent merkevarenavn. For en mer inngående fremstilling av definisjonens avgrensninger og den generelle varemerkeretten henvises leseren til den øvrige litteratur.¹⁷

Vertikale avtaler er avtaler inngått mellom parter på ulike trinn av distribusjons- eller omsetningskjeden. Det er dette som er tilfellet her. *Horisontale avtaler* er avtaler inngått mellom konkurrenter på samme trinn i omsetningskjeden. *Distribusjon* kan videre defineres på ulike måter. En distribusjonsavtale er definert i Principles of European Law som:

”a contract under which one party (the supplier) agrees to supply the other party (the distributor) with products on a continuing basis and the distributor agrees to purchase them and to sell them on the distributor’s behalf”.¹⁸

Distribusjonssystemets oppgave er å bringe produktet fra leverandøren, ut på markedet og frem til forbrukerne/sluttbrukerne. Her anvendes begrepet om all handelsaktivitet mellom produsenter og konsumenter som omfatter vare- eller tjenstedistribusjon.¹⁹

Varemerkeinnhaver er også produsent og leverandør av varen. Leverandør A representerer første ledd i distribusjonssystemet. *Distributøren* skal videreformidle varen til sluttbrukerne, eventuelt gjennom ulike *detaljister*. De vertikale restriksjonene som jeg skal se nærmere på kan enten pålegges leverandør A, distributør B eller detaljist C. For å lette fremstillingen vil jeg referere til både distributør og detaljist som ”forhandler” eller ”kjøper”. Distribusjonssystemene er ofte mer komplisert, for eksempel i form av flere distributører i ulike land. Jeg forholder meg til leverandøren og én distributør, som representerer ”avtalepartene” i denne fremstillingen.²⁰

¹⁶ *Grunnlæggende Immaterialret* (2004)s.161

¹⁷ Se blant annet Lassen (2003) s.17 flg., og Stene (2009) s.95 flg.

¹⁸ Lunde (2005)s.2

¹⁹ Som også Lunde (2007)s.26

²⁰ Se nærmere om forholdet i Lunde (2007)s.3

Forbrukerne har en noe forskjellig betydning for det varemerkerettslige og det konkurranserettslige. I utgangspunktet er forbrukeren alminnelig opplyst sluttbruker som ikke er i næringsvirksomhet. For konkurransedelen er forbrukerne enhver direkte eller indirekte bruker av produktet, også etterspørrere som driver næring. Dette omfatter dermed distributører, detaljister og de endelige forbrukerne.²¹

1.5 Den videre fremstilling

I det følgende vil jeg ta opp visse rettskildespørsmål som er relevante for de materielle problemstillingene. I kapittel 3 skal jeg se nærmere på varemerkets rolle i distribusjonsavtalen og ved lisensiering av varemerket, hvor langt eneretten strekker seg og hvordan kvalitetskontroll kan inntas i kontrakten. I kapittel 5 presenteres forbudet i konkurranseloven § 10, og i kapitlene 6-9 vil jeg gå nærmere inn på grensen som følger av § 10 i forhold til ulike distribusjonsformer som er egnet til kvalitetskontroll. Vi skal se at en stor del av de vertikale restriksjonene uttrykkelig er unntatt fra forbudet i § 10, mens andre restriksjoner er som forbudt eller må underlegges en konkret vurdering. Ved behandlingen av konkurransereglene vil jeg se nærmere på hvordan de varemerkerettslige hensyn ivaretas under konkurranseretten.

²¹ Slik også de vertikale retningslinjene, se kapittel 2.2

2 Relevante rettskildespørsmål – EF/EØS-rettens betydning

2.1 Varemerkerettens kilder

Lov om varemerker, heretter *varemerkeloven*, av 3. mars 1961 nr. 4²² bygger på Varemerkedirektivet av 21. desember 1988²³ og varemerkeforordning 40/94.²⁴ Hensynet til rettsenhet tilsier at den norske varemerkeloven må tolkes i samsvar med direktivets ordlyd og EF/EØS-praksis knyttet til dette.²⁵ For denne fremstillingen vil dette ha mindre rettskildemessig betydning da problemområdene i større grad er knyttet til konkurranseretten og dens rettskilder. Ved de konkurranserettslige vurderingene vil det være de varemerkerettslige *hensyn*, fremfor rettsreglene, som spiller inn. Der det er aktuelt å fastlegge varemerkerettslige bestemmelsers innhold vil praksis fra EF/EØS-retten være relevant. Dette vil være aktuelt ved fastleggelsen av kvalitetsbegrepet i kapittel 3.2. og av konsumpsjonsprinsippet i kapittel 3.4.

Det er fremmet et forslag til ny varemerkelov i Ot.prp nr. 98 (2008-2009), hvor EØS-regional konsumpsjon foreslås lovfestet i samsvar med varemerkedirektivet artikkel 7. Det er lite som tyder på at denne bestemmelsen ikke vil bli vedtatt som den er foreslått.²⁶ Der det vil ha betydning for fremstillingen vil jeg kommentere forholdet til det fremsatte forslaget.

2.2 Konkurranserettens kilder

Det rettslige utgangspunktet for de konkurranserettslige problemstillingene er ”Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger”, heretter *konkurranseloven*, av 5. mars 2004 nr. 12 § 10. Innholdsmessig tilsvarer bestemmelsen EØS-avtalen²⁷ artikkel 53 som videre svarer til EF-traktaten²⁸ artikkel 81. Da de tre

²² Endret ved lov 22. desember 1995 nr. 82

²³ Rdir/89/104/EØF, endret ved EØS-avtalen 2. mai 1992

²⁴ Gjennomført i norsk rett ved endringslov 27. november 1992 nr. 113, i kraft 1.1.1994.

²⁵ Se uttalelser i blant annet Rt. 2006.1473

²⁶ Samtale med lovrådgiver Magnus Hauge Greaker, 22245387, september 2009.

²⁷ Avtale om det Europeiske Økonomiske Samarbeidesområde. Hoveddelen gjennomført i norsk rett ved EØS-loven av 7. november 1992 nr. 109. Reglene for foretak er supplert av protokoll 21-24, Vedlegg XIV og ODA-avtalen (Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan (ESA) og en domstol).

bestemmelsene tilsvarer hverandre vil jeg henvide til § 10 i den videre fremstillingen, med mindre annet følger av sammenhengen. For vertikale avtaler er det også gitt en forskrift om gruppefritak i medhold av § 10 fjerde ledd, som også svarer til rettsakter fra EF/EØS.²⁹ Spørsmålet her er hvilken relevans og vekt EØS- og EF-rettslige kilder har ved tolkningen av konkurranseloven § 10 og gruppefritaket for vertikale avtaler.

EF/EØS-retten krever ikke at nasjonale konkurranseregler skal samsvare med EØS-avtalens konkurranseregler, slik at det ved tolkning av § 10 ikke er påkrevet å legge EØS-rettens homogenitetsmålsetning³⁰ til grunn.³¹ Gjennom Forordning 1/2003³² artikkel 3, gjennomført i *EØS-konkurranseloven*³³ § 7, er nasjonale myndigheter likevel forpliktet til å anvende EØS-avtalen artikkel 53 ved anvendelsen av § 10. Dette betyr at selv om den nasjonale bestemmelsen ikke får anvendelse i den konkrete sak, skal nasjonale myndigheter undersøke om forholdet likevel rammes av artikkel 53.

Konkurranseloven regulerer alle ”vilkår, avtaler og handlinger som foretas, har virkning eller er egnet til å ha virkning” i Norge, jf. lovens § 5, mens *EØS-konkurranseloven* regulerer avtaler som kan *påvirke samhandelen mellom EØS-statene*. EØS-avtalens artikkel 53 inneholder et vilkår om at *samhandelen* mellom medlemsstatene må påvirkes merkbart, men et tilsvarende vilkår følger ikke av den norske bestemmelsen. Samhandelsvilkåret er knyttet til EF/EØS-rettens markedsintegrasjonshensyn; alle foretak innenfor Fellesskapet skal ha mulighet til å konkurrere på lik linje med nasjonale foretak uten hinder av adgangsbarrierer til det relevante markedet³⁴. Dette hensynet gir uttrykk for fellesskapsrettens grunntanke om et indre marked med fri konkurranse over landegrensene,

²⁸ Traktat om opprettelse av det europeiske Fellesskap

²⁹ FOR 2004-08-17-1196, gjennomfører Kommissjonens forordning nr.2790/1999, inntatt i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr.18/2000, heretter ”Gruppefritaket”.

³⁰ EØS-avtalen artikkel 1 jf fortalen punkt 15.

³¹ Se Graver(2004)s.343

³² Rådsforordning 1/2003 av 16.desember 2002

³³ Lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. av 5.mars 2004 nr.11

³⁴ Det relevante markedet er det markedet varene konkurrerer på, se kapittel 5.

noe som ikke gjør seg gjeldende i de nasjonale konkurransemarkeder. I det praktiske liv vil en begrensning i konkurransen på det nasjonale markedet hindre andre aktører fra Fellesskapet adgang, og dermed få betydning for EØS-konkurransemarkedet. I vårt tilfelle kan distribusjonsavtalen føre til at dette markedet deles ved at det gis eksklusive rettigheter til distributører i de ulike statene.³⁵ EØS-avtalen artikkel 53, og dens fellesskapsrettslige kilder, legger med dette føringer på anvendelsen av den nasjonale bestemmelsen, selv om den norske stat ikke er forpliktet til å gi § 10 et identisk innhold.³⁶

Det følger videre av konkurranselovens forarbeider at de materielle reglene, herunder § 10, søkes å være harmonisert med EØS-avtalen,³⁷ og at praksis fra EF-domstolen, EFTA-domstolen, Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan vil være relevant ved tolkningen av § 10.³⁸ Disse uttalelsene må ha stor rettskildemessig vekt. EØS-avtalens artikkel 6 kan være et utgangspunkt for relevansen av EF-domstolens praksis, selv om den gjelder praksis fra før avtalen ble signert.³⁹ Høyesterett har også understreket at EF-domstolens praksis generelt sett anses som en tungtveiende og sentral rettskilde ved tolkningen av EØS-avtalens bestemmelser.⁴⁰ I dommen LH-2008-144454 viste Lagmannsretten til forarbeidene og påpekte at praksis knyttet til de tilsvarende bestemmelsene i artikkel 53 og 81 vil veie tungt ved fastsettelsen av omfanget av § 10. Det er derfor klart at praksis knyttet til disse vil ha stor rettskildemessig tyngde ved anvendelsen av § 10.

Det er som nevnt vedtatt en forskrift om gruppeunntak for vertikale avtaler, som gjennomfører tilsvarende forordninger fra fellesskapsretten. Denne forskriften er praktisk viktig da mange vertikale avtaler kan unntas fra forbudsbestemmelsen etter denne. For

³⁵ Se kapittel 5

³⁶ Graver (2004)s.343. Det nærmere forhold mellom bestemmelsene og samordningsspørsmål behandles ikke her.

³⁷ Ot.prp.nr.6(2003-2004)s.68

³⁸ i.c.

³⁹ Rognstad (2001)s.445

⁴⁰ Se bl.a. Rt.2000.1811

tolkningen av forskriftens innhold må det som er sagt ovenfor om EF-domstolens praksis ha tilsvarende betydning. Kommisjonen har også utarbeidet retningslinjer for anvendelsen av tredje ledd. For denne fremstillingen vil det være retningslinjer for anvendelsen av § 10 tredje ledd,⁴¹ og for anvendelsen av tredje ledd på vertikale avtaler,⁴² som har størst relevans. Disse er utgangspunktet ”mykjuss” og er ikke en del av fellesskapsrettens rettskilder etter EF-traktaten artikkel 249. De er utarbeidet for at foretakene selv skal kunne vurdere om avtalen er i strid med forbudsbestemmelsen, men de bygger på praksis fra EF-domstolen og Kommisjonen selv. Dette, samt et begrenset utvalg av tyngre rettskilder, kan forsterke deres rettskildemessige vekt.⁴³ Retningslinjene har en veiledende funksjon ved tolkningen av § 10 og gruppefritaket for vertikale avtaler, men kan ha sterk påvirkningskraft for Kommisjonen, ESA og nasjonale konkurransemyndigheter.⁴⁴ De vil derfor anvendes i denne fremstilling som en veiledende kilde ved anvendelsen av § 10. De er likevel ikke bindende for EF-domstolen. Det følger uttrykkelig av retningslinjene at de ikke griper inn i den tolkning EF-domstolen måtte anlegge med hensyn til anvendelsen av bestemmelsen.⁴⁵

Det følger av det som nå er sagt at rettskildene, og da særlig praksis fra EØS og EF-retten må tillegges stor vekt ved anvendelsen av den norske bestemmelsen i § 10. Da det foreligger mest praksis på området fra EF-domstolen vil dens praksis være en sentral kilde for å fastlegge innholdet i konkurranseloven § 10 og de grenser den setter for varemerkeinnhavers kvalitetskontroll.

⁴¹ Kommisjonens meddelelse 27.4.2004 C-101/08, og tilsvarende kunngjøring ESA i 2007/EØS/42/01, heretter retningslinjene for tredje ledd

⁴² Kommisjonens meddelelse 13.10.2000 C-291/01 og kunngjøring fra ESA i 2002/EØS/26/03, heretter vertikale retningslinjer

⁴³ Lunde (2007)s.11

⁴⁴ i.c.

⁴⁵ Vertikale retningslinjer (4) samt uttalelser i sak 74/69 *Hauptzollamt v Waren-Import-Gesellschaft*. avsnitt

3 Varemerkets rolle i distribusjonsavtalen

3.1 Innledning – behovet for kvalitetskontroll

I dette kapittel skal behovet for kvalitetskontroll avklares. Jeg skal se nærmere på de varemerkerettslige hensyn som ligger bak kvalitetskontrollen på bakgrunn av de grunnleggende funksjoner som skal opprettholdes, og de problemer som oppstår ved lisensiering. I kapittel 3.4 anvendes varemerkets funksjoner som en begrunnelse for ulike virkemidler som kan være aktuelle som kvalitetskontroll. Varemerkets egenskaper vil reflekteres i de ulike avtaleklausulene, som har til formål å ivareta varemerkets funksjon ved å opprettholde merkets *identitet* og *kvalitet*. De enkelte klausulene behandles i kapitlene 6 til 9.

3.2 Varemerkets funksjon og bortfall av eneretten

Eneretten til varemerket forutsetter at dette kan *individualisere* den merkede varen fra andre substituerbare varer, og dermed fungere som en garanti for varens *kilde* og den *kvalitet* som er knyttet til denne. Spørsmålet her er hva som ligger i begrepet ”kvalitet” og hvordan varemerkets funksjoner ligger til grunn for kvalitetskontroll i distribusjonsavtalen.

Det ble fastslått i *Dior Couture*-dommen⁴⁶ at kvaliteten til prestisjetunge varer ikke utelukkende gjengis av deres materielle egenskaper, men også av deres fremtoning og det prestisjetunge særpreg (”image”) som gir dem en luksuriøs utstråling.⁴⁷ EF-domstolen uttalte videre at:

”Den luksusopplevelse, der hidrører fra prestigebetonede varer, som er produkter af højeste kvalitet, er nemlig helt afgjørende for, at forbrugerne adskiller dem fra andre lignende varer. En forringelse af denne luksusopplevelse kan derfor være til skade for selve disse varers kvalitet.”⁴⁸

⁴⁶ Sak C-59/08 *Copad v Christian Dior Couture*

⁴⁷ premiss 24

⁴⁸ Premiss 25 og 26

Dette er en viktig uttalelse i forhold til de kontraktsklausuler som skal sikre varemerkets kvalitet, da kvalitetsomdømmet- og/eller luksusopplevelsen, anses som en del av den individualiseringsfunksjon som ligger i varemerkets egenskaper.

Etter varemerkeloven § 25 annet ledd kan eneretten falle bort dersom merket har ”mistet sin karakter av særmerke [degenerasjon], eller det er blitt villedende, stridende mot offentlig orden eller egnet til å vekke forargelse”. Varemerkeinnhaver har derfor et berettiget behov for å sikre at varemerkets særegenhet og kvalitetsstandarden det signaliserer opprettholdes gjennom distribusjonskjeden. Det er en forutsetning for eneretten at forbrukerne skal, uten fare for forveksling, kunne skille varer med denne bestemte opprinnelsen fra varer med annen opprinnelse.⁴⁹ Slik forvekslingsfare med andre varemerker oppstår der merkene er like og der varene er like, se varemerkeloven § 6. Er vareslagslikheten stor kreves mindre kjennetegnslighet, og vice versa.⁵⁰ Dette beror på graden av kjennetegnets særegenhet, og hvor sterkt merket er.⁵¹ Et eksempel er *COSMICA* som var registrert for blant annet kosmetikk, og *COSMEA* som søkte registrering for blant annet bomull for hygieniske formål. Registrering ble nektet grunnet vareslagslikhet.⁵²

Det er denne individualiserende evnen som gir merket den særegenhet som skal opprettholdes, slik at retten til merket ikke faller bort fordi det er blitt villedende⁵³ eller degenerert.⁵⁴ At merket degenereres betyr at det alminneliggjøres og blir til et bransjesymbol eller en varebetegnelse.⁵⁵ Varemerket skiller ikke lenger den bestemte varen

⁴⁹ Manshaus (2009) note 70

⁵⁰ Ibid note 21

⁵¹ Hvor sterkt merket er, beror på dets distinktive evne og særegenhet. Dette har også en parallell til ”merkevare”-betegnelsen, se kapittel 3.2.1

⁵² Rt.1998.1988

⁵³ særlig med tanke på varens art, beskaffenhet eller geografisk beliggenhet, jf Ot.prp nr.98(2008-2009)s.68

⁵⁴ Dette er imidlertid ingen ubetinget slettelser grunn, jf varemerkedirektivet art 12,2,a. Se nærmere om dette i Lassen (2003)s.176. Det er foreslått endringer som skal gjennomføre direktivets artikkel 12, se Ot.prp nr.98 (2008-2009)s.67-68

⁵⁵ Lassen (2003)s.106 flg.

fra andres; det har mistet sin ”karakter av særmerke”⁵⁶. Dette kan skje som følge av bruken av merket i markedsføring og distribusjon, og er tilfellet for det som vi i dag referer til som primus, termos og dynamitt. Det er derfor nødvendig for varemerke innehaver å regulere den videre bruken av varemerket i distribusjonsavtalen slik at dets distinktivitet opprettholdes. *LEGO* har klart å beholde sitt varemerke som følge av strenge regler for bruken ved markedsføringen av produktene.⁵⁷

Som *Dior Couture*-dommen fastslår er kvalitetsrenommé og prestisje omfattet av den ”kvalitet” som er en del av varemerkets individualiseringsfunksjon. I forbindelse med kvalitetskontroll i distribusjonsavtalen vil det være hensynet til det kvalitetsrenommé og luksusimage og de kvalitetsforventninger som er opparbeidet for varemerket, som vil være i fokus. Der varemerket er knyttet til ”kvalitetsprodukter” vil forbrukerne ha en forventning som det er nødvendig å opprettholde, for eksempel ved å begrense hvilke utsalgssteder varen skal selges i. Kvalitetskontroll i avtalen vil være et virkemiddel for å sikre at varemerkets egenskaper og renommé opprettholdes, uten at det nødvendigvis er faren for å miste eneretten som er i fokus. Det kvalitetsrenommé varemerket har er særlig av betydning for karakteristikken ”merkevare”.

3.2.1 Kort om merkevarer og varemerker

Et ”varemerke” som definert i kapittel 1.4. er et juridisk begrep som definerer et merke eller et symbol som settes på et produkt. ”Merkevare” er en betegnelse for visse tilleggsverdier forbrukerne knytter til produktet,⁵⁸ altså noe mer enn selve varemerket; det er knyttet til forbrukernes oppfatning av varen.⁵⁹ Ved at forbrukerne gjenkjenner varen gjennom navn, symboler og de egenskaper som skiller varen fra konkurrentenes varer, er

⁵⁶ Varemerkeloven § 25

⁵⁷ Se <http://no.wikipedia.org/wiki/LEGO>, med linker til LEGOs rettslige prosesser for å hindre produktforvirringer.

⁵⁸ Stene (2009)s.86

⁵⁹ Forbrukernes oppfatning av luksusvarer er nå en del av individualiseringsfunksjonen, og dette skillet er muligens blitt noe utvisket for disse varer som en konsekvens av *Dior Coutur*-dommen.

det altså en sammenheng⁶⁰ mellom de assosiasjoner som oppstår når forbrukeren eksponeres for et varemerke og karakteristikken ”merkevare”. Restall og Gordon fremstilte det slik:

“Brands [merkevarer] are not found in the factory or in the studio, the sales channels or the supermarket shelves – not even on the television screen.

You only find them in the minds of the consumers”

- Restall and Gordon, 1984 -

Idet merket har opparbeidet seg et renommé på markedet vil dette også gi forbrukeren en viss kvalitetsforventning til varene. Merkevarer kan på denne måte ha en sterkere tiltrekningsevne enn det selve produktet og varemerket i seg selv har. Typisk for sterke merkevarer er den luksusassosiasjon forbrukerne får ved varemerket, som videre er forbundet med høy kvalitet. Det er viktig at denne assosiasjonen opprettholdes ved at forbrukernes forventninger tilfredstilles gjennom den videre distribusjonen av varen. Da distributøren er ansvarlig for formidlingen av varene, er det nødvendig for varemerkeinnhaver å ha en viss kontroll over varen frem til forbrukerne. At varen beholder sitt luksussærpreg, og dermed sitt kvalitetsrenommé, avhenger av at forbrukerne fortsetter å ha de assosiasjoner de har til varemerket som identifiserer varen. Dette ble også anerkjent i *Dior Couture*-dommen. Varemerkeinnhaver vil derfor ha en kommersiell interesse i å opprettholde det renommé som er opparbeidet, og som tidligere påpekt er det ikke nødvendigvis det rettslige behovet i å hindre at retten til varemerket går tapt som er i fokus. De virkemidler som kan anvendes gjennom kontrakten behandles i 3.4.

3.3 Varemerkets funksjon og lisens i distribusjonsavtalen

Som nevnt innledningsvis kan lisensieringen av varemerket medføre visse ulemper i form av at retten kan gå tapt, eller at merkets renommé kan skades. Det skal mye til før eneretten går tapt, men det er dette som er utgangspunktet for kvalitetskontrollen. Jeg skal se

⁶⁰ Patentstyret (2004)

nærmere på selve lisensforholdet og de særlige problemer som i prinsippet kan oppstå. Problemstillingen er hvilken betydning lisenser har for varemerkeinnhavers behov for kvalitetskontroll.

3.3.1 Lisensavtalen – hensyn og behov

Det følger av varemerkeinnhavers enerett til merket at andre i sin næringsvirksomhet er avskåret fra å utnytte det. I norsk rett gjelder prinsippet om avtalefrihet, som tilsier at en kan inngå avtaler med hvem man vil om hva man vil, med mindre det følger begrensninger i norsk lov eller ærbarhet.⁶¹ Varemerkeloven § 34 lovfester⁶² retten til å gi en annen ”rett til å bruke varemerket i næring”, for ”enten en del av, eller alle, de varer merket er vernet for”, og i hele eller deler av Norge (lisens). Lisensiering av varemerkeretten er således en del av retten til merket, og innebærer at varemerkeinnhaver sier fra seg eneretten og samtykker til en annens bruk. Begrunnelsen for en lisensavtale er gjerne varemerkeinnhavers ønske om å realisere merkets verdi på annet vis enn ved egen anvendelse.⁶³ Kanskje har han ikke ressurser nok til å utnytte det lønnsomt selv, han ønsker å tildele lisenser for andre områder enn det eller de han selv utnytter, eller det kan være drevet av et ønske om å komme inn på nye markeder.⁶⁴ Et eksempel fra Norge er Terje Formoes varemerke *KAPTEIN SABELTANN* som er registrert for hele klasse 30⁶⁵, dvs blant annet for is og brød. Rettigheter er så lisensiert til Bakers og Hennig Olsen Is med rett til å produsere og selge henholdsvis brød og is under dette varemerket.⁶⁶ Jeg skal se nærmere på lisens til bruk av varemerket ved videresalg og markedsføring av en ferdig produsert vare, og hvilke problemer dette kan medføre.

⁶¹ Woxholt (2006)s.27

⁶² Se kapittel 1.2. for det historiske perspektivet

⁶³ Reimers (2009)s.698

⁶⁴ Ibid s.698 og s.701

⁶⁵ se om klasseinndelingene i Lassen (2003) s.148 flg. og

<http://www.patentstyret.no/no/Varemerke/Varefortegnelse/>

⁶⁶ Reimers (2009)s.702

3.3.2 Situasjoner og lisenstyper

Det er hovedsakelig fire situasjoner hvor varemerkisenser benyttes.⁶⁷ 1) Ved etablering av agentforhold, hvor en agent handler på vegne av varemerkeinnhaver ved distribusjonen av varene.⁶⁸ 2) I tilknytning til patentlisensavtaler kan det bestemmes at en patentert vare skal selges under et bestemt varemerke.⁶⁹ 3) Varemerkisens vil også være en del av et franchisesystem, eller andre distribusjonssystemer som her. Franchising er et forretningskonsept som gir lisenstaker rett til å utnytte hele konseptet, og er derfor ikke konsentrert om distribusjon av merkevarer.⁷⁰ 4) Siste gruppen er ”Trade Mark Merchandising”, som innebærer at velkjente merker med stor egenverdi anvendes for andre varer enn de vanligvis forbindes med. Det er selve merket som er gjenstand for omsetning. Det kan for eksempel gis lisens til produksjon og videre anvendelse av merket på andre varer, slik som i *KAPTEIN SABELTANN*- eksempelet.⁷¹ De merkede varer vil i dette tilfellet være merkevarer, men skiller seg fra situasjonen her ved at det er lisenstaker som står for produksjonen og den videre omsetningen av varene.

Videre kan avtalelisensene deles inn i tre kategorier⁷² og typen lisens angis nærmere i avtalen. Den Når det gis en *eksklusiv* lisens er det kun lisenstaker som kan utnytte merket, og varemerkeinnhaver er avskåret fra egen utnyttelse med mindre lisensen er begrenset til ett område og innehaver forbeholder visse områder for seg selv eller andre.⁷³ Distributørens rettigheter begrenses gjerne ved at de får ansvaret for distribusjon og markedsføring innenfor ett område hver, med forbud om å handle i de andres områder. Dette er en form for kvalitetskontroll som behandles i kapittel 8. En *enelicens* gir

⁶⁷ Stene (2009)s.189

⁶⁸ Dette innebærer at agenten ikke er selvstendig og uavhengig, og avtalen vil ikke omfattes av forbudet i konkurranseloven § 10. Se kapittel 5.

⁶⁹ Dette skiller seg fra distribusjonsavtalen i vårt tilfelle, da lisenstaker her ikke står for produksjonen.

⁷⁰ Stene (2009)s.189. Fremstillingen er derfor avgrenset mot franchise

⁷¹ Se Levin (1990)s.221 flg.

⁷² Reimers (2009)s.698

⁷³ *Ibids.*709

lisenstaker enerett til å utnytte rettighetene, eventuelt innenfor det avgrensede området, men merkeinnhaver er ikke avskåret fra utnyttelsen selv.⁷⁴ Ved en *enkel* lisens får lisenstaker rett til utnyttelse av merket, men ingen enerett. Dette er den formen som legges til grunn i norsk rett dersom avtalen er uklar og ikke gir holdepunkter for annet.⁷⁵ En distribusjonsavtale som ikke inneholder noen særlige rettigheter for distributøren vil inneholde en enkel lisens til utnyttelsen av varemerket for varen, og distributøren er således utsatt for konkurranse fra andre.

Det stilles i utgangspunktet ingen krav til utformingen av lisensavtalen, slik at lisenser kan gis muntlig eller ligge implisitt i distribusjonsavtalen. For selve distribusjonen av varene kreves det ikke et lisensforhold mellom A og B, derfor er det ikke alltid nødvendig med en selvstendig utformet varemerkeliens i tillegg til det som sies om rettighetene til varemerket og distributørens plikter i selve distribusjonsavtalen.⁷⁶ Det vil ofte være praktisk med en separat lisensavtale der lisensen for eksempel skal registreres for et bestemt område. Det øvrige innholdet i avtalen kan således forbli mellom partene, og distribusjonsavtalen kan nøye seg med å vise til den supplerende lisensen. Et eksempel på en slik klausul fra Richard Christous kapittel om varemerkeliens ser slik ut:

”The Principal hereby grants the Licensee an [exclusive] [non-exclusive] licence to [make and have and/or] distribute and sell the Products in the Territory during the continuance of this Agreement [using for this purpose [the patents] [and] [the KnowHow]], under the Trade Mark which shall be licensed to the Licensee pursuant to a formal trade mark license to be executed between the parties on the same date as this agreement.”⁷⁷

Da det ikke kreves eksplisitt lisens til selve distribusjonen er dette en konsekvens av ”konsumsjonsprinsippet” som innebærer at varemerket anses som konsumert i det øyeblikket A setter varen i omsetning på markedet.⁷⁸ Dette reiser særlige spørsmål hva

⁷⁴ Reimers (2009)s.708

⁷⁵ *ibid* s.709

⁷⁶ Christou (2008)s.685 flg.

⁷⁷ *Ibid* s.686

⁷⁸ Rognstad (2008)s.275

angår grensene som deretter følger for Bs, og hans etterfølgeres, videre anvendelse av varemerket, blant annet i markedsføringen av varen. Dette er et problemområde i seg selv som ikke kan behandles i dybden her, men jeg skal se på konsekvensene det har for avgrensningen av varemerkeinnhavers enerett.

3.4 Konsumpsjonsprinsippet – hvor langt går eneretten?

Det varemerkerettslige konsumpsjonsprinsippet innebærer at eneretten til varemerket ikke gjelder lenger enn til den første omsetningen av den merkede varen, med den følge at varen kan omsettes videre og importeres av andre enn varemerkeinnhaver eller hans lisenstakere.⁷⁹ Denne videre omsetningen vil ikke innebære en krenkelse av varemerkeretten, og varemerkeinnhaver kan derfor ikke påberope varemerkeretten for å hindre dette.⁸⁰ Dette betyr at innehaver mister muligheten for å kontrollere disse varene, som er merket med varemerket, i den videre omsetning på markedet.⁸¹

Varemerkeloven inneholder per dags dato ingen bestemmelse som uttrykkelig regulerer konsumpsjon, men tradisjonelt har det vært internasjonal eller global konsumpsjon for varemerker i norsk rett.⁸² Det følger av varemerkedirektivets artikkel 7 at innehaver ikke kan forby bruken av merket for varer som er brakt i omsetning på *EØS-markedet*. Etter uttalelser fra både EF-domstolen og EFTA-domstolen er direktivets artikkel 7 nå tolket slik at den forbyr internasjonal konsumpsjon, og at det er EØS-regional konsumpsjon som gjelder.⁸³

⁷⁹ Lassen (2003)s.417

⁸⁰ Rognstad (2008)s.275

⁸¹ Innehaver beholder i utgangspunktet eneretten til å fremstille nye varer og påføre varemerket på varen, se Lassen (2003)s.418

⁸² Se Ot.prp.nr.72(1991-1992)s.55

⁸³ Se blant annet sak C-173/98 *Sebago*

Prinsippet ble i utgangspunktet utledet av EØS-avtalens artikkel 11 jf. 13 om kvantitative importrestriksjoner og hensynet til fri flyt av varer på det åpne marked.⁸⁴ Det er nå foreslått en ny bestemmelse i varemerkeloven som lovfester EØS-regional konsumpsjon i tråd med direktivets artikkel 7. Forslaget ble fremlagt Stortinget til behandling i oktober 2009, og blir mest sannsynlig⁸⁵ vedtatt som den er foreslått⁸⁶. Prinsippet er lovfestet for patentrettigheter i patentloven⁸⁷ § 3 tredje ledd nr.2.

EØS-regional konsumpsjon betyr at varemerkeinnhaver i kraft av eneretten kan motsette seg import til Norge av varer som er brakt på markedet *utenfor* EØS-området. Videre kan varemerkeretten påberopes dersom varen er satt i omsetning uten hans samtykke⁸⁸ innenfor EØS, da dette vil innebære en krenkelse av varemerkeretten.⁸⁹ Unntaksvis kan merkehaver også motsette seg import og fortsatt omsetning av varen dersom det foreligger rimelig grunn til dette, for eksempel hvis varemerkets renommé svekkes.⁹⁰ Det foreligger omfattende praksis på markedet for legemidler. EF-domstolen har blant annet uttalt at merkehaver kan motsette seg ompakning av de parallellimporterte varene med mindre dette er nødvendig for markedsadgangen til parallellimportøren.⁹¹ For de typiske merkevarenes tilfelle fastslo EF-domstolen i *Dior Couture*-dommen at konsumpsjon ikke finner sted dersom lisenstaker bryter en avtaleklausul som tilsvarer en av de som er oppramset i direktivets artikkel 8 nr.2. Lisenstakers omsetning av varene anses da å være foretatt ”uten varemerkeinnhavers samtykke”.⁹² Varemerkeinnhaver kan uansett motsette seg den videre markedsføring dersom det godtgjøres at varemerkets renommé vil nedsettes.⁹³ Dette vil blant annet bero på det kvalitetsomdømme og den ”aura av luksus”⁹⁴ som varemerkets

⁸⁴ Lassen(2003)s.417

⁸⁵ Se kapittel 2.1.

⁸⁶ Se Ot.prp.nr.98 (2008-2009)s.16 flg., og s.44 flg.

⁸⁷ lov av 15.12.1967 nr.9

⁸⁸ Varemerkedirektivet artikkel 7 nr.1

⁸⁹ Varemerkeloven § 37 flg. jf § 4.

⁹⁰ Varemerkedirektivet artikkel 7 nr.2

⁹¹ jf blant annet sak C 143/00 *Boehringer Ingelheim* og C 379/97 *Pharmacia & Upjohn v Paranova*

⁹² *Dior Couture*-dommen premiss 51 og konklusjon

⁹³ Premiss 59 og konklusjon

⁹⁴ Premiss 24 og 25.

kvalitet er forbundet med. Ved å sette grenser for konsumpsjonsprinsippet ivaretas hensynet til merkets kvalitet og identitet.

Ved parallellimport får importøren også rett til å anvende merket i sin markedsføring av varen, forutsatt at det ikke skader merkets omdømme⁹⁵ eller det gis et inntrykk av at det foreligger en kommersiell forbindelse⁹⁶ mellom dem. Dette reiser igjen grensespørsmål mellom varemerkeinnhavers enerett og parallellimportørens spillerom som følge av konsumpsjonen.⁹⁷

Konsumpsjonsprinsippet setter på denne måte grensene for varemerkeinnhavers enerett, og fungerer som et rettslig hinder for leverandørens muligheter til å ha full kontroll over omsetningen av merkevaren. Varemerkeinnhaver kan gjennom kvalitetskontrollen forsøke å begrense konsekvensene av prinsippet ved å begrense distribusjonen og distributørens handlefrihet.⁹⁸ Varemerkeinnhaver kan ha interesse i å begrense parallellimporten da dette medfører en bruk av varemerket som ikke kan kontrolleres av ham direkte, samtidig som parallellimportøren blir en konkurrerende aktør på markedet. Eneretten avgrenses på bakgrunn av EF/EØS-rettens grunntanke om et åpent marked med fri varebevegelse, med den konsekvens at forsøk på å begrense dets virkninger kan få betydning for konkurransemarkedet. Det er derfor likhetstrekk mellom konsumpsjonsprinsippet som avgrensning av eneretten og konkurransereglene som begrenser mulighetene for kontraktsmessig kvalitetskontroll i kraft av eneretten. De er begge basert på grunntanken om fri flyt av både varer og konkurranse innenfor EØS. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 6.⁹⁹

⁹⁵ jf sak C-337/95 *Parfums Christian Dior v Evora*

⁹⁶ jf sak C-63/97 *BMW v Ronald Karel Deenik*

⁹⁷ Se Stenvik (2003)s.427 flg. Problemstillingen forfølges ikke her.

⁹⁸ Se kapittel 3.4 og 6-9

⁹⁹ Se om problemstillingene i blant annet Lassen(2003) s.417 flg., Rognstad (2008) s.275 flg., Ot.prp.nr.98 (2008-2009)s.16 flg. og Levin (1990)s.105 flg.

3.5 Kvalitetskontroll gjennom distribusjonsavtalen

Varemerkets kvalitet og dens individualiseringsfunksjon ligger etter dette til grunn for kvalitetskontroll ved distribusjon av varen. Jeg skal her se på noen virkemidler varemerkeinnhaver kan anvende for å sikre disse egenskapene i distribusjonsavtalen. En annen betegnelse kunne vært *kvalitetssikring* av varemerket.

Først og fremst er kvalitetskontroll knyttet til kontroll med produksjonen ved å få tilsendt vareprøver, eller ved fysisk inspeksjon (der det er gitt produksjonslisens)¹⁰⁰. Et krav til minstekvalitet er som oftest nødvendig i den forbindelse, og er ikke konkurransestriddig så lenge de objektivt sett kan forsvares.¹⁰¹ Generelt sett er det snakk om avtaleklausuler som regulerer lisenstakers etterfølgende atferd og bruk av merket, så som produksjonsvilkår og reklamerestriksjoner. Kvalitetskontroll i denne fremstillingen tar sikte på kontraktsklausuler som har til formål å sikre varemerkets funksjon og renommé ved å regulere distributørens atferd på andre måter enn de klausuler som går på den fysiske kontrollen.

3.5.1 Kvalitetsforhandlere

For å sikre merkets kvalitetsstandard, kan distribusjonsavtalen inneholde kriterier for hvem som skal tillates å distribuere varen videre. Slike utvelgelseskriterier kan sørge for at personalet innehar den kompetanse som er nødvendig for å yte tilstrekkelig service, at salgslokalene er skikket til å opprettholde den kvalitetsstandard som varemerket assosieres med samt krav til den fysiske lokaliseringen. Det er for eksempel ikke ønskelig at varen skal selges i en bod på et omreisende tivoli da dette vil kunne skade merkets renommé. Ved at varen distribueres gjennom de forhandlere som har omdømme for å føre kvalitetsvarer kan dette sikre at varemerkets kvalitet opprettholdes eller fremmes. Slik ensartethet i kvalitetsstandarden kan også oppnås ved en klausul om eksklusiv rett over distribusjonen i et bestemt område. For å sikre kvaliteten ved at distributører og forhandlere skal ha en viss

¹⁰⁰ Det er tidligere avgrenset mot produksjonslisenser

¹⁰¹ Wilkoff (2005)s.344

kompetanse kan det også være aktuelt å fordele de ulike kundegruppene etter kompetansefeltet. På denne måten kan varemerkeinnhaver sikre at merket presenteres på en optimal måte ovenfor den enkelte kundegruppe. Dette behandles i kapittel 7 og 8.

3.5.2 Leverandørinvesteringer og forhandlerinvesteringer

Ønsket om å opprettholde merkets renommé og ønsket kvalitet er svært viktig for de større og anerkjente merkevarene. Derfor kan det være aktuelt å investere i salgslokalene eller lignende for å fremme sitt eget merke, og opprettholde eller fremme den kvalitetsforventning forbrukerne har. For å kompensere for disse investeringene kan det inntas en klausul i kontrakten som pålegger forhandlerne kun å føre leverandør As merke for de aktuelle varer, eventuelt avta en større del av sitt behov hos leverandøren og forby salg av konkurrerende varer. Dette behandles i kapittel 9.

Alternativt kan forhandlerne pålegges investeringsforpliktelser i utformingen av salgslokaler, for eksempel vel skilting, for å fremme varemerket. Kompensasjon vil her være nødvendig for forhandleren og dette kan inntas i avtalen som en eksklusiv rett som forhandler for et bestemt område. Dette behandles i kapittel 8.

3.5.3 Prisstandard

For mange varer har pris og kvalitet en nær sammenheng, og forbrukernes forventninger svinger gjerne med prisen. Dersom prisen er høy forventes en høyere kvalitetsstandard enn for substituerbare varer med merkbart lavere pris. Varemerkeinnhaver kan av hensyn til sitt gode kvalitetsomdømme ha behov for at et visst prisnivå opprettholdes for varen. Fastsettelse av distributørens videresalgspriser kan være aktuelt. Ved at det stilles kriterier til forhandlerne og deres kompetanse, og at varen selges gjennom kvalitetsforhandlere kan også et bestemt prisnivå sikres, i alle fall til en viss grad. Det kan kanskje være ønskelig at varen ikke havner på ”salg”, og vilkår for markedsføringen kan bidra til dette.

4 Sammenfatning og den videre fremstilling

Som jeg nå har redegjort for ligger det i varemerkets individualiseringsfunksjon en kvalitetsforventning som skiller merkevaren fra andre merkevarer. Varemerke innehaver kan ha en viss kontroll over denne kvalitetsfunksjonen ved å anvende visse virkemidler gjennom distribusjonsavtalen. Ved å foreta investeringer eller sette krav til forhandlerne av varen og deres salgslokaler kan varemerkets identitet og kvalitet sikres og de grunnleggende funksjonene opprettholdes. De klausulene som inntas i distribusjonsavtalen for å sikre dette kan videre påvirke konkurransen i markedet, både positivt og negativt. Konkurransen kan begrenses ved at andre distributører og/eller detaljister ikke får adgang til varen, at antallet forhandlere på markedet begrenses, eller at de konsentrerer sitt innkjøp hos én leverandør. Resultatet kan være at konkurransen ikke lenger er like effektiv, forbrukernes valgmuligheter innsnevres og prisene kan øke. Forbudet i konkurranseloven § 10 søker å forhindre dette ved å forby avtaler eller samordnet praksis som har konkurransebegrensende formål eller virkninger.

Jeg skal i det følgende se nærmere på dette ved å vurdere hvilke grenser § 10 setter for varemerke innehavers adgang til slik kvalitetskontroll. I kapittel 5 skal jeg først plassere konkurranserettens rolle i samfunnet og de hensyn som ligger til grunn for forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, før jeg kort presenterer de overordnede spørsmål vedrørende tolkningen av § 10. Deretter skal jeg se på avtaler med konkurransebegrensende formål i kapittel 6 før jeg foretar en konkurranserettslig analyse av noen utvalgte distribusjonsformer/klausuler som er egnet som kvalitetskontroll i kapitlene 7 til 10. Utvalget er basert på de former som synes mest egnet til å sikre varemerkets kvalitet, men tar ikke sikte på å være uttømmende. Vurderingen er basert på en analyse av hvordan det varemerkerettslige kvalitetshensynet ivaretas under konkurranseloven § 10.

5 Konkurranseloven § 10 – overordnede spørsmål

5.1 Konkurranserettens rolle i samfunnet – formål og hensyn¹⁰²

Samfunnsøkonomisk effektivitet er en viktig målsetning som søker å oppnå maksimal verdi ut av det som produseres.¹⁰³ En *effektiv ressursbruk* innebærer at ressursene til enhver tid utnyttes optimalt ved at godene plasseres der de gjør mest nytte for seg (statisk effektivitet), og at det hele tiden skjer en utvikling som kan effektivisere utnyttelsen av de begrensede ressurser som finnes, først og fremst utvikling i kunnskap som for eksempel bedrer produksjonsmetodene eller produktene (dynamisk effektivitet).¹⁰⁴ Markedsaktørene må også tilpasse seg markedet for å oppnå de beste løsninger og ved å innrette seg slik at produksjonskostnader, distribusjonskostnader og utviklingskostnader minimaliseres (produksjonseffektivitet).¹⁰⁵ Videre har EU/EØS-retten har et mål om et åpent marked med fri flyt av varer og tjenester og fri konkurranse.¹⁰⁶

Konkurranse er et virkemiddel for å oppnå målsetningen om samfunnsøkonomisk effektivitet. De vertikale retningslinjene påpeker¹⁰⁷ at det viktigste formålet i EU-konkurranseretten er å beskytte konkurransen, fordi dette fremmer forbrukervelferden og skaper en effektiv ressursallokering. Konkurranserettens oppgave er å beskytte konkurransen, for eksempel der det er få aktører på markedet eller det er inngått avtaler mellom to eller flere aktører som rokker ved markedets egne krefter.¹⁰⁸ Konkurransereglene begrenser markedsaktørenes handlefrihet, med formål om å oppnå en effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser, se konkurranseloven § 1. I målsetningen om

¹⁰² Det avgrenses mot en bred vurdering av konkurranserettens formål på et nasjonalt og i et EU/EØS-rettslig perspektiv. Se bl.a. *Norsk Konkurranserett bind I* (heretter *Norsk Konkurranserett*) del II og Kolstad (1998) s.43 flg.

¹⁰³ *Norsk Konkurranserett* s.50

¹⁰⁴ *ibid* s.51

¹⁰⁵ i.c

¹⁰⁶ EØS-avtalen artikkel 1

¹⁰⁷ vertikale retningslinjer (7)

¹⁰⁸ Skogly (2000)s.19

effektiv konkurranse kan det trekkes frem to elementer som er viktig for vertikale avtaler.¹⁰⁹ En effektiv konkurranse forutsetter en konkurranse mellom leverandører av tilnærmet like produkter, men av ulike merker (inter-merkekonkurranse), og konkurranse mellom forhandlere som selger det samme merket (intra-merkekonkurranse). Generelt anses en reduksjon i inter-merkekonkurransen å være mer skadelig enn en reduksjon i intra-merkekonkurransen.¹¹⁰ Dette har betydning for vurderingen under § 10.

Perfekt konkurranse forutsetter én aktør ikke kan påvirke prisen, og at det ikke finnes hindringer for etablering på markedet.¹¹¹ Dersom konkurransen på et marked begrenses får dette også betydning for aktørenes adgang til markedet og vice versa. Et viktig hensyn i EU/EØS-konkurranseretten er hensynet til *markedsintegrasjon*¹¹², som har stor betydning ved vurderingen av en avtale under EF-traktaten artikkel 81 og EØS-avtalen artikkel 53. Dersom aktører, nye eller eksisterende, ikke kan etablere seg på et nytt marked, innebærer dette at markedet styres av de aktører som allerede er aktive der. Uten konkurranse fra andre og/eller nye aktører vil dette markedet slutte å fungere på en samfunnsøkonomisk effektiv måte. Konsekvensene er lav utvikling av produktene, økende priser og begrenset utvalg for forbrukerne. I et fullkomment marked med perfekt konkurranse, fastsettes priser ved tilbud og etterspørsel og vil ikke kunne presses av de større markedsaktørene. Den som tar høyere pris får ikke solgt og den som tar lavere pris får ikke dekket etterspørselen. Det er derfor, som et utgangspunkt, først når det foreligger en viss markedsstyrke hos en aktør de vertikale avtalene vil skape konkurransemessige problemer.¹¹³ Perfekt konkurranse er vanskelig, eller tilnærmet umulig å oppnå, og EF-domstolen har uttalt at vilkåret i § 10 første ledd om at konkurransen ikke må begrenses forutsetter:

”... en effektiv konkurrence paa markedet (workable competition), hvilket vil sige, at der skal vaere saa meget konkurrence, at traktatens grundlaeggende krav overholdes, og at traktatens maal, navnlig

¹⁰⁹ Stormoen (2003)s.214

¹¹⁰ Vertikale retningslinjer (119)2)

¹¹¹ *Norsk Konkurranserett* s.61

¹¹² Se kapittel 2 om dette hensynet i forhold til nasjonal lovgivning

¹¹³ Vertikale retningslinjer (6)

dannelsen av et enhedsmarked med hjemmemarkedslignende forhold, oppfylles; dette ... [indebaerer] ikke at karakteren af og intensiteten i konkurransen aldrig kan variere alt efter de paagaeldende produkter eller tjenester og den oekonomiske struktur paa de paagældende markedsomraader ...¹¹⁴

I konkurranseloven § 1 annet ledd er hensynet til ”forbrukernes interesser” fremhevet som et særlig hensyn ved anvendelsen av konkurransereglene. Konkurranspolitikken og konkurranseretten er ikke et forbrukervern, men ved virksom konkurranse får forbrukerne valgfrihet og mulighet til å påvirke tilbudet av varer og tjenester.¹¹⁵ Konkurranse kan dermed bidra til å fremme forbrukerpolitiske mål, og derfor er det en sammenheng mellom disse. Hva som ligger i forbrukerbegrepet er ikke nærmere definert, og spørsmålet er om det siktes til sluttbrukerne eller alle etterspørrere, slik som definert i kapittel 1.4. I § 10 (3) og EØS-avtalen artikkel 53 (3) tolkes forbrukerbegrepet slik at det omfatter alle etterspørrere, noe som også samsvarer med den økonomiske forståelsen av begrepet.¹¹⁶ Begrepet bør derfor tillegges den samme betydningen i § 1 og henviser til etterspørrernes interesser i lave priser og de fordeler konkurransen gir alle på markedet.^{117 118}

5.2 Vilkårene i konkurranseloven § 10

Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid omfatter både horisontale og vertikale avtaler. Det er vertikale avtaler som behandles her, og at de er omfattet av forbudet ble fastslått av EF-domstolen i 1966 i saken *Consten and Grundig*¹¹⁹. Jeg skal her se kort på § 10 som et grunnlag for en nærmere analyse i de følgende kapitler.

Selve forbudet i § 10 følger av første ledd som bestemmer at:

¹¹⁴ Sak C-26/76 *Metro mot Kommisjonen*, premiss 20

¹¹⁵ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s.33

¹¹⁶ Se Kolstad (2005)s.16 flg. for tolkningen av annet ledd

¹¹⁷ *ibid* s.18

¹¹⁸ For en nærmere drøftelse av formålsparagrafen vises det til *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (heretter *Konkurranseloven m/kommentarer*) (2009) s.25 flg.

¹¹⁹ Forende saker 56/64 og 58/64 *Consten & Grundig v Kommisjonen*

”Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har *til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen*, [min uth.] er forbudt...”

Et ulovlig samarbeid forutsetter to uavhengige foretak.¹²⁰ Dette kommer kun på spissen der distribusjonen skjer innenfor et så integrert samarbeid at det må anses som én økonomisk enhet, og behandles ikke nærmere her.¹²¹ EF-domstolen har også innfortolket et vilkår om at konkurransen må påvirkes ”merkbar”¹²². I forbindelse med dette vilkåret har Kommisjonen og ESA utgitt en bagatellkunngjøring¹²³ der foretak med markedsandel inntil 15 % av det relevante marked faller utenfor forbudet.¹²⁴ Jeg skal se nærmere på konkurransebegrensningsvilkåret (uthevet) og de øvrige vilkår forutsettes oppfylt for den videre drøftelsen.¹²⁵

EØS-avtalens artikkel 53 og EFT artikkel 81 inneholder et tilleggsvilkår om at samhandelen mellom medlemsstatene må påvirkes merkbar. Dette vilkåret henger sammen med markedsintegrasjonshensynet da samhandelen kan påvirkes dersom markedsintegrasjonen begrenses. Jeg vil ikke gå nærmere inn på dette vilkåret.¹²⁶

Konkurransebegrensningsvurderingen må foretas med referanse til et nærmere definert marked og dets avgrensning og karakteristika. Det skilles mellom det relevante produktmarkedet og det geografiske markedet¹²⁷. Det relevante produktmarkedet omfatter hvilke produkter som er like eller som anses som substituerbare¹²⁸ for forbrukerne, og som dermed konkurrerer på det samme markedet. Den geografiske avgrensningen tar

¹²⁰ Begrepet defineres i § 2.

¹²¹ Agentavtaler faller også utenfor, se vertikale retningslinjer (12) flg. om spørsmål vedrørende uegentlige agentavtaler.

¹²² Sak 56/65 *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm*

¹²³ EFT [2001] C-368/13 og ESAs tilsvarende kunngjøring i 2003/EØS/15/11

¹²⁴ Avsnitt 7. Etter avsnitt 8 gjelder en terskel på 30 % av det relevante markedet i tilfellet av kumulative nettverk.

¹²⁵ Se nærmere om dette i *Norsk Konkurranserett* s. 226 flg.

¹²⁶ Se kapittel 2.2.

¹²⁷ EFT [1997] C-372/5 og ESAs tilsvarende kunngjøring i 98/EØS/28/01

¹²⁸ Sak 6/72 *Continental Can v Kommisjonen*

utgangspunkt i utsalgsstedene som er omfattet av reguleringen og disse utsettes for en betydelig og varig prisøkning. Testen er om etterspørerne henvender seg til andre utsalgssteder som selger det relevante produktet. Det geografiske området utstrekkes til å omfatte alle disse utsalgssteder, helt til etterspørerne ikke lenger har valgmuligheter.¹²⁹ Det relevante marked trekker på denne måte rammen for analysen.¹³⁰

Ved vurderingen av konkurransebegrensningskriteriet må det skilles mellom konkurransebegrensende formål og virkning. Spørsmålet er om avtalen griper inn i markedsmekanismen på en slik måte at konkurransen begrenses,¹³¹ og det er virkningene for markedet som skal vurderes, ikke virkningene inter partes. Det må først vurderes om avtalen har konkurransebegrensende formål, (kapittel 6), og dersom den ikke har det er neste skritt virkningsvurderingen. I virkningskriteriet er det virkningene for både den faktiske og den potensielle konkurranse som skal vurderes.¹³² Det er ikke tilstrekkelig at partenes handlefrihet begrenses, men den potensielle konkurransen må påvirkes slik at det med en rimelig grad av sannsynlighet kan ventes negative virkninger for pris, produksjon, innovasjon, variasjon i utbud eller produktkvalitet.¹³³ Dette er temaet for kapitlene 7, 8 og 9.

Faller avtalen innenfor forbudet i første ledd er det mulighet for unntak etter tredje ledd dersom avtalen har positive effektivitetsgevinster som veier opp for de negative. Vurderingen av om § 10 er overtrådt er altså todelt mellom første og tredje ledd. Bevisbyrden er noe forskjellig; i første ledd er det den som hevder ulovlighet som må bevise dette, mens det i tredje ledd er den som hevder at vilkårene for fritak er oppfylt som

¹²⁹ Se nærmere om dette i *Norsk Konkurranserett* s.269

¹³⁰ Se nærmere om det relevante marked i *Norsk Konkurranserett* s.267-270 og Whish (2009) s.25 flg.

¹³¹ *Norsk Konkurranserett* s.256

¹³² Sak C-7/95 *P John Deere mot Kommisjonen*, premiss 77.

¹³³ Retningslinjer for tredje ledd 24.

har bevisbyrden for det.¹³⁴ Det er fire vilkår som må være oppfylt for at en avtale kan unntas etter tredje ledd, to er positive og to er negative. Unntak gis for avtaler som;

- 1) bidrar til produksjons- eller distribusjonsforbedringer, eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utviklingen;
- 2) sikrer forbrukerne en rimelig andel av fordelene;
og som ikke;
- 3) pålegger restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå fordelene
- 4) gir foretakene muligheten til å utelukke konkurransen for en vesentlig del av avtalevarene.

I medhold av fjerde ledd er gruppefritaket for vertikale avtaler vedtatt. Disse anses generelt sett å ha effektivitetsgevinster som oppfyller vilkårene i tredje ledd. Jeg skal se nærmere på slike effektivitetsgevinster ved vurderingen av de enkelte distribusjonsformene. Avtalen kan ikke unntas hvis leverandøren har en markedsandel over 30 %, og avtalen må ikke være inngått mellom konkurrenter. Varemerkisensen kan etter § 2 ikke utgjøre hovedformålet med avtalen og den må være knyttet til salg, anvendelse og videresalg av varen. I vårt tilfelle er det nettopp formidlingen av merkevaren som er hovedformålet, og varemerkisensen vil være en nødvendig tilleggskomponent i avtalen.¹³⁵

For eksklusive leveringsavtaler gjelder i dag markedsandelsterskelen for kjøper. For å forhindre sterk kjøpermakt, er det foreslått at terskelen skal gjelde både kjøper og selger i det reviderte gruppefritaket. Nåværende gruppefritak utløper den 1. juni 2010.

Avtalen kan ikke unntas etter gruppefritaket hvis avtalen inneholder alvorlige konkurransebegrensninger som tilsvarende et konkurransebegrensende formål. Slike hardcore-klausuler er definert i gruppefritaket § 4 og er av en slik art at de sjelden oppfyller vilkårene i tredje ledd. En slik klausul medfører at avtalen faller utenfor gruppefritaket, uansett markedsandel. I § 5 gis det anvisning på visse klausuler som faller utenfor

¹³⁴ Forordning 1/2003 artikkel 2

¹³⁵ Se kapittel 3

gruppefritaket, men dette får ikke virkning for hele avtalen. I praksis foretas først en vurdering om avtalen faller inn under gruppefritaket, og deretter om vilkårene i tredje ledd er oppfylt hvis den faller utenfor.¹³⁶

Det foreligger mye teori og praksis vedrørende tolkningen av henholdsvis første og tredje ledd og hva som skal vurderes hvor. Spørsmålet er om eventuelle effektivitetsgevinster kan være aktuelle allerede i første ledd. Grensen er på langt nær klar, men det følger av sammenhengen mellom første og tredje ledd at de positive virkninger ikke skal komme inn i vurderingen før konkurransebegrensende virkninger er fastslått etter første ledd. Dette har også støtte i uttalelser fra EF-domstolen.¹³⁷ Dersom begrensningene er nødvendige for å nå et legitimt hovedformål kan de falle utenfor forbudet i første ledd.¹³⁸ Slike aksessoriske begrensninger kommer jeg tilbake til senere i kapittel 6, 7 og 8.

Konsekvensen av at avtalen ikke kan unntas etter tredje ledd, er at den så langt den strider mot § 10,¹³⁹ anses ugyldig etter annet ledd. Spørsmålet om delvis ugyldighet vil bero på om den del som strider mot § 10 kan skilles fra de øvrige deler av kontrakten.¹⁴⁰ Foretakene har selv ansvaret og risikoen for om avtalen er lovlig eller ikke.¹⁴¹ Er en avtale i strid med § 10 kan Konkurransetilsynet pålegge foretakene å bringe avtalen til opphør, og/eller ilegge et overtredelsesgebyr. Dette følger av konkurranseloven §§ 12 og 29. Videre kan § 10 håndheves privat, ved at norske domstoler kan anvende § 10 ved private erstatningssøksmål.¹⁴²

¹³⁶ En vurdering etter tredje ledd kan i praksis være lite hensiktsmessig. Avtalen bør utformes innenfor gruppefritaket, da det er fare for ugyldighet etter annet ledd hvis den faller utenfor.

¹³⁷ Sak T-112/99 *Métropole Télévision m.fl v Kommisjonen* premiss 76. Problemstillingen forfølges ikke her.

¹³⁸ Whish (2009) s.124 flg., og *Norsk Konkurranserett* s.265-266 med henvisning til *Métropole*-saken, samt s.272-273 og 278 flg.

¹³⁹ Prinsippet om delvis ugyldighet følger av NOU 2003:12 s.213 og Rt.1997.1859

¹⁴⁰ Se sak E-3/97 *Jan og Kristian Jæger AS mot Opel Norge AS*, premiss 77

¹⁴¹ Tidligere måtte foretakene søke Kommisjonen om individuelt fritak.

¹⁴² Se mer om håndhevsreglene i *Norsk konkurranserett bind II Prosess og sanksjoner*

Første skritt ved vurderingen etter § 10 er å avgjøre om avtalen har konkurransebegrensende formål. Det er sikker praksis¹⁴³ at avtaler med konkurransebegrensende formål presumeres å ha en konkurransebegrensende virkning, slik at en egen virkningsvurdering ikke er nødvendig. For de vertikale avtalene er det to former som etter sin art er ansett å ha et konkurransebegrensende formål¹⁴⁴: direkte eller indirekte eksportforbud og fastsettelse av bindende faste eller minimums- videresalgspriser. Jeg skal først se nærmere på disse.

¹⁴³ Sak 56/65 *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm* som senere er bekreftet i en rekke saker.

¹⁴⁴ Se oversikt i Whish (2009) s.120

6 Vertikale avtaler med konkurransebegrensende formål

6.1 Prisrestriksjoner

Høy kvalitet assosieres ofte med høyere pris og dersom varemerke innehaver ønsker at varen skal falle innenfor en bestemt priskategori kan det være ønskelig å innta en klausul om dette. På denne måten kan varemerke innehaver, til en viss grad, kontrollere kundegruppen og sørge for at varemerkets kvalitetsrenommé opprettholdes. Visse prisrestriksjoner er imidlertid forbudt etter første ledd fordi de etter sin art har et konkurransebegrensende formål. Spørsmålet her hvor grensen går for kvalitetskontroll gjennom prisrestriksjoner.

Henvisningen til et konkurransebegrensende formål i første ledd er et objektivt kriterium. Det er ikke partenes subjektive formål som skal vurderes, men avtalens objektive formål og innhold vurdert i den økonomiske konteksten den skal virke i.¹⁴⁵ Det er de alvorligste konkurransebegrensninger som faller inn under formålsalternativet.¹⁴⁶ I *European Night Services*¹⁴⁷ uttalte Førsteinstansretten at:

”... [for] aftale, som indebærer åpenlyse konkurrencebegrensninger, som f.eks *prisaftaler*[min uth.], *deling af markedet*[min uth.] eller afsetningskontrol ... er det nemlig kun i henhold til traktatens 85 stk.3 [nå 81.3] at sådane begrænsninger kan afvejes i forhold til de påståede konkurrencefremmende virkninger med henblik på at fritage aftalen fra forbudet i samme artikels stk.1.”¹⁴⁸

Prisavtaler er også listet opp som eksempel på konkurransebegrensninger i § 10 første ledd litra a), men det er ikke alle prisklausuler som uten videre vil være forbudt. Det er kun de prisklausuler som *fastsetter* forhandlerens videresalgpris, det følger også av ordlyden i litra a).¹⁴⁹ Dette betyr at fastsettelsen av en bestemt videresalgpris eller en minimumspris vil binde forhandleren på en slik måte at priskonkurransen innenfor dette merket reduseres,

¹⁴⁵ Se blant annet sak C-551/03 *General Motors v Kommisjonen*

¹⁴⁶ *Norsk Konkurranserett* s.271

¹⁴⁷ Forende saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94 *European Night Services m.fl v Kommisjonen*

¹⁴⁸ *Ibid* premiss 163

¹⁴⁹ Se *Konkurranseloven m/ kommentarer* s.136

noe som videre påvirker inter-merkepriskonkurransen. Avtalen kan i prinsippet unntas etter tredje ledd,¹⁵⁰ men slike klausuler har sjelden positive virkninger for konkurransen og oppfyller derfor sjelden vilkårene for unntak.¹⁵¹ Slike alvorlige konkurransebegrensninger er derfor svartelistet i gruppefritaket § 4.

Gruppefritaket § 4 a) peker på at leverandørens behov for å sette veiledende- og maksimumspriser likevel skal ivaretas. Slike klausuler vil ikke legge samme bånd på forhandleren. Maksimumspriser kan ha positive virkninger ved at de kan hindre markedsrett for den lokale forhandleren,¹⁵² og veiledende priser hindrer ikke forhandleren i å sette lavere priser. Priskonkurransen kan opprettholdes, og disse to prisklausulene har derfor ikke et konkurransebegrensende formål. Dette forutsetter at leverandøren ikke bruker andre tiltak eller pressmidler for å påvirke forhandleren. Forhandlerens valgmulighet må være reell. Dette følger også av ordlyden i gruppefritaket § 4.

Overstiges markedsandelsterskelen er det fare for at bruken av veiledende- og maksimums videresalgspriser kan føre til ensartet anvendelse av dette prisnivået, fordi en større del av forhandlerne fokuserer på dette.¹⁵³ Det kan også være fare for samordning på leverandørnivå. Avtalen kan derfor ha konkurransebegrensende virkninger etter første ledd, men dette vil bero på en konkret vurdering av avtalen i dens markeds kontekst.

Varemerkeinnhaver kan altså ikke fastsette en bestemt eller minimums videresalgpris for varen, men kan, i stor grad, gi veiledende priser og fastsette maksimumspris. Det er også mulig å anvende andre virkemidler for å påvirke merkevarens prisklasse, blant annet ved å stille krav til forhandlerne, dette behandles i kapittel 7 og 8.

¹⁵⁰ Se også sak T/17/93 *Matra Hachette v Kommisjonen*

¹⁵¹ Retningslinjer for tredje ledd 46, med henvisning til rettspraksis. Se også temaark om § 10 tredje ledd utarbeidet av konkurransetilsynet, tilgjengelig på deres nettsider:

<http://www.konkurransetilsynet.no/no/Konkurranseregler/Konkurranseregler/>

¹⁵² *Konkurranseloven m/kommentarer* s.136

¹⁵³ Vertikale retningslinjer (227)

6.2 Markedsdeling – eksportforbud

European Night Services nevner også avtaler som vil dele markedet. Dette vil typisk være restriksjoner i forhandlerens videresalgsområder. I forbindelse med de distribusjonsformer jeg skal se på i de følgende kapitler kan noen klausuler ha slike virkninger på markedet. Her skal jeg si noe kort om slike klausuler, og jeg vil fortløpende peke på disse i de neste kapitler.

Begrensninger i parallellhandelen har sjelden positive virkninger, og I *BASF*¹⁵⁴ fastslo Førsteinstansretten at et forbud mot videresalg eller eksport trolig vil dele markedene og påvirke handelen mellom medlemsstatene, og avtalen ble ansett å ha et formål som var forbudt etter første ledd. Markedsdelingsavtaler er også nevnt som eksempel i § 10 første ledd litra c). En avtale som direkte eller indirekte hindrer eksport og parallellhandelen i det indre marked vil ikke bare begrense konkurransen merkbart, men strider også med EØS-rettens grunnleggende mål om fri flyt av varer og tjenester og fri konkurranse.¹⁵⁵ Slike avtaler har derfor etter sin art et konkurransebegrensende formål, oppfyller sjelden vilkårene for unntak og er svartelistet i gruppefritaket § 4. Spørsmålet er så om det finnes noen unntak.

Det er noen saker, blant annet på immaterialrettens område, hvor EF-domstolen har funnet at avtaler med klausuler som nevnt ikke har hatt et konkurransebegrensende formål. I saken *Erauw-Jacquery*¹⁵⁶ fant retten at et eksportforbud ikke var i strid med første ledd der avtalen hindret lisenstaker i å eksportere såfrø som var beskyttet av innehaverens immaterielle rettigheter. Eksportforbudet ble ansett som et egnet og nødvendig virkemiddel for å beskytte innehaver mot manipulasjon av såfrøene ved å forhindre at andre enn lisenstakerne produserte de. Med andre ord; rettigheten ville gå tapt dersom innehaver ikke kunne kontrollere kvaliteten på frøene. Dommen antyder at det i særlige tilfeller kan foreligge omstendigheter som gjør at avtalen tjener et aktverdig formål foruten det å

¹⁵⁴ T-175/95 *BASF v Kommisjonen*

¹⁵⁵ *Norsk Konkurranserett* s.272

¹⁵⁶ Sak 27/87 *Erauw-Jacquery v La Hesbignonne Société Coopérative*

begrense konkurransen.¹⁵⁷ Det finnes også lignende saker under virkningsvurderingen, se kapittel 7 og 8. Det kan stilles spørsmål ved om EF-domstolen og Kommisjonen i disse sakene har åpnet for en bredere vurdering under første ledd enn det som kan utledes av ordlyden. Til dette har EF-domstolen uttrykkelig uttalt at disse avtaler ikke er ansett å være konkurransebegrensende overhode, og en avveining av positive og negative virkninger skal kun foretas etter tredje ledd.¹⁵⁸

I saken *GlaxoSmithKline*¹⁵⁹ fant Førsteinstansretten at et indirekte eksportforbud pålagt spanske distributører ikke hadde konkurransebegrensende formål selv om avtalen begrenset parallellhandelen. Avgjørelsen gjaldt ikke slike nødvendige tilknytninger, og vekket oppmerksomhet i juridisk litteratur.¹⁶⁰ Spørsmålet var om formålskriteriet ikke lenger er like strengt. Førsteinstansrettens begrunnelse ble avvist av EF-domstolen i ankesaken¹⁶¹ og EF-domstolen uttalte at hverken ordlyden i første ledd eller rettspraksis kan underbygge en forståelse om at konstatering av konkurransebegrensende formål avhenger av at den endelige forbruker fratras fordeler av en effektiv konkurranse.¹⁶² EF-domstolens avgjørelse understreker den strenge vurderingen slike klausuler skal underlegges.

Jeg har nå pekt på to typer av klausuler som er forbudt etter § 10, da de etter sin art har et konkurransebegrensende formål og trolig ikke oppfyller vilkårene for unntak. I de følgende kapitler skal jeg vurdere noen utvalgte distribusjonsformer under konkurranseloven § 10. Her er det først og fremst avtalens virkninger som er i fokus, men noen klausuler kan ha negative virkninger for blant annet parallellhandelen og dermed ha et konkurransebegrensende formål som omtalt her. Jeg vil peke på disse fortløpende.

¹⁵⁷ *Norsk Konkurranserett* s.274. Aksessoriske begrensninger trenger ikke nødvendigvis ha konkurransebegrensende formål, de kan også ha konkurransebegrensende virkninger.

¹⁵⁸ Se uttalelser i blant annet *Métropole*-saken og diskusjonen i Whish (2009)s.119 flg. og *Norsk Konkurranserett* s. 286-287

¹⁵⁹ Sak T-168/01 *GlaxoSmithKline v Kommisjonen*

¹⁶⁰ Se blant annet Whish (2009)s.121

¹⁶¹ Sak C-501/06 P *GlaxoSmithKline m.fl v Kommisjonen*

¹⁶² Premiss (62)-(63)

7 Selektiv distribusjon

7.1 Selektiv distribusjon som kvalitetskontroll

Selektiv distribusjon defineres i gruppefritaket § 1d) som et ”distribusjonssystem der leverandøren forplikter seg til å selge avtalevarer eller -tjenester, direkte eller indirekte, bare til distributører som er utvalgt etter bestemte kriterier, og der disse distributørene forplikter seg til ikke å selge slike varer eller tjenester til distributører som ikke er godkjent”. De forhandlere som ikke oppfyller vilkårene får derfor ikke muligheten til å distribuere varen.¹⁶³ Spørsmålet er hvordan et slikt system kan sikre varemerkets kvalitet.

Valget av et slikt system er vanlig for merkevarer.¹⁶⁴ På denne måte kan det stilles krav til lokalenes beskaffenhet og beliggenhet samt krav om særlig kompetanse og servicefunksjoner hos forhandleren. Et eksempel er *VILLEROY & BOCH* som kun selger bordservice hos spesialforhandlere eller forhandlere med spesialavdeling.¹⁶⁵ Dette kan videre bidra til å opprettholde merkets standard.¹⁶⁶ Dersom varen selges av en forhandler som for eksempel ikke kan yte nødvendig service ved reklamasjonskrav ville dette kunne skade merkets renommé, for eksempel for data- og TV forhandlere. Ved at leverandøren kan begrense utsalgsstedene kan han også, til en viss grad, kontrollere kundekretsen, noe som igjen kan bidra til å opprettholde det renommé som er opparbeidet for merket. Dette kan også være tilfellet der varene føres av forhandlere som er kjent for å føre ”kvalitetsvarer”. Selges varen utelukkende gjennom disse forhandlerne opprettholdes varemerkets kvalitetsomdømme.

Disse forhandlerne kan samtidig operere på et prisnivå som kan sikre en viss prisstandard på markedet. I *Dior Couture*-dommen anerkjente EF-domstolen det selektive

¹⁶³ Mæstad (1991) s.6 hevder at dette er en leveringsnektelse. Dette blir noe upresist idet det ikke foreligger noen nektelse da det er opp til forhandlerne selv å oppfylle kriteriene.

¹⁶⁴ Whish (2009) s.630

¹⁶⁵ EFT 1985 *Villeroy & Boch*

¹⁶⁶ Skogly (2000) s.244

distribusjonssystemet som en viktig og legitim mekanisme for å beskytte integriteten og prestisjen av varens ”image”. I saken var lisenstakers videresalg begrenset da varen blant annet ikke kunne selges til rabattforhandlere uten samtykke fra varemerkeinnhaver. Slik kunne Dior-varemerkets prestisjerenommé opprettholdes.

Saken gjaldt spørsmålet om varemerkeretten var konsumert ved lisenstakers salg utenfor det selektive distribusjonssystemet, eller om varemerkeinnhaver kunne påberope varemerkerettighetene for å hindre den videre omsetning og markedsføring av varen. Se kapittel 3.4.

En vertikal begrensning i form av selektiv distribusjon kan også sikre leverandøren en ensartethet og en kvalitetsstandard som vil bidra til å bygge opp merkets renommé ytterligere, og dermed øke varens tiltrekningskraft hos forbrukerne. Denne tiltrekningskraften er med på å opprettholde varemerkets distinktive evne, som skal opprettholdes gjennom avtalen. Et system som dette vil neppe være nyttig for varer som ikke bærer preg av høy kvalitet og som ikke har opparbeidet et slikt renommé.

7.2 Selektiv distribusjon under konkurranseloven § 10

Selektiv distribusjon er kategorisert som ”begrenset distribusjon” i de vertikale retningslinjene fordi systemet virker utestengende på de uautoriserte forhandlerne, og kan sette barrierer for deres markedsadgang. Systemet begrenser antallet forhandlere samt de autoriserte forhandlernes adgang til videresalg. På den annen side viser blant annet Dior-dommen at systemet er viktig for å ivareta merkevarenes interesser. Markedsaktørens handlefrihet er en forutsetning for konkurransen, og dersom avtalen griper inn i partenes, etterspørernes eller konkurrentenes handlefrihet kan dette medføre at konkurransen begrenses.¹⁶⁷ Det er likevel ingen presumsjon for at begrenset handlefrihet er konkurranseskadelig.¹⁶⁸ Spørsmålet er så når konkurranseloven § 10 setter grensen for kvalitetskontroll ved selektiv distribusjon.

¹⁶⁷ *Norsk Konkurranserett* s.256-257

¹⁶⁸ *Se Norsk konkurranserett bind I* s.277

For selektive distribusjonssystemer har EF-domstolen fastslått at disse ikke er konkurransebegrensende dersom de oppfyller vilkårene i Metro-doktrinen. I *Metro I*¹⁶⁹ fastsatte retten at dersom utvelgelsen skjer på grunnlag av *objektive kvalitetskriterier* vil avtalen ikke ha konkurransebegrensende virkninger i strid med første ledd, forutsatt at kriteriene fastsettes likt for alle og *uten diskriminering*. Kriteriene kan heller ikke gå lenger enn det som er *nødvendig* (proporsjonalt) *ut fra varens beskaffenhet*.¹⁷⁰

Saken gjaldt en TV-produsents krav til forhandlernettene der krav til salgspersonalets tekniske og faglige ekspertise og salgslokalenes innretning ble godtatt. Sak ble anlagt av Metro, som ikke ble godkjent. Metro anførte at kriteriene ville utelukke selvbetjeningshandelen fra systemet.

Varen må altså være av en type som nødvendiggjør et slikt system, og systemet kan ses som en nødvendig begrensning tilknyttet et legitimt hovedformål, som faller utenfor første ledd.¹⁷¹ Etter praksis fra Kommisjonen og domstolene kan det oppstilles tre grupper av slike varer.¹⁷² Første gruppe er teknisk kompliserte varer som krever spesialisert personell, herunder biler, visse typer av elektronisk utstyr, datamaskiner og klokker.¹⁷³ Aviser er også anført som en egen gruppe grunnet den spesielle distribusjonsformen.¹⁷⁴ Den siste gruppen er merkevarer hvor opprettholdelsen av et ”luksusimage” er viktig som konkurransefaktor.¹⁷⁵ Sistnevnte ble slått fast i blant annet *Lancôme v Etos*¹⁷⁶. For gruppen av tekniske varer er biler nevnt som eksempel. Bilindustrien er også preget av merkevarer og kvalitetsomdømme samtidig som forhandlerkunnskap og service er svært viktig. For denne sektoren var det tidligere problemer med at avtalene inneholdt sterke begrensninger, og det er derfor gitt et eget gruppefritak for denne sektoren.¹⁷⁷

¹⁶⁹ Sak 26/76 *Metro v Kommisjonen*

¹⁷⁰ premiss 20 og 21

¹⁷¹ *Norsk Konkurranserett* s.278, se også kapittel 6 og 8

¹⁷² Inndelingen er ikke uttømmende, det kan være andre varetyper som oppfyller vilkåret.

¹⁷³ Se Whish (2009)s.631 for omfattende henvisninger til praksis.

¹⁷⁴ Se blant annet sak 126/80 *Maria Slonia v Giorgio Poidamani*

¹⁷⁵ Whish (2009)s.631

¹⁷⁶ Sak 99/79 *Lancôme SA v Etos BV*

¹⁷⁷ FOR-2004-08-17-1197. Da dette er en særlig avgrenset sektor vil det ikke behandles særskilt.

I *Metro*-dommen ble det også påpekt at bestrebelsen etter å opprettholde et bestemt prisnivå, som i forbrukernes interesser sikrer at salgskanalen fortsatt består ved siden av andre salgsformer med ulike konkurransepolitikker, kan være et legitimt formål utenfor første ledd, og kan uansett fritas etter tredje ledd.¹⁷⁸ De selektive distribusjonssystemene kan ved sin utvelgelsesprosess medføre en reduksjon i priskonkurransen slik at høye priser opprettholdes. Dette kan oppveies ved en effektiv kvalitetskonkurranse.¹⁷⁹ Dommen viser at selektiv distribusjon er ”reservert” for merkevarer som har en viss teknisk kompleksitet eller som har et kvalitetsrenommé som det er nødvendig å opprettholde. Her kommer det varemerkerettslige kvalitetshensynet frem som et moment for at slike kvalitative systemer ikke bør være forbudt etter konkurranseretten.

Dersom avtalen oppfyller *Metro*-kriteriene er den ikke konkurransebegrensende etter § 10 første ledd, og er derfor gyldig. Det er først når utvelgelsen blir mer kvantitativ, eller kvalitativ utenfor *Metro*-kriteriene, at avtalen anses å ha konkurransebegrensende virkninger etter første ledd.¹⁸⁰ Avtalen må da unntas etter tredje ledd eller gruppefritaket, jeg skal se nærmere på dette.

7.2.1 Utenfor *Metro*-doktrinen – Kvantitativ selektiv distribusjon

Kvantitative systemer inneholder kriterier som mer direkte begrenser forhandlerne, som for eksempel krav til maksimumssalg eller direkte fastsettelse av antall forhandlere.¹⁸¹ Disse kan også begrunnes i varemerkets kvalitetshensyn men her må avtalens positive virkninger for kvalitetskonkurransen avveies mot de negative virkningene under tredje ledd. Dersom avtalen oppfyller vilkårene i gruppefritaket presumeres den å oppfylle vilkårene i tredje

¹⁷⁸ Premiss 21

¹⁷⁹ Premiss 20-21

¹⁸⁰ Vertikale retningslinjer (185)-(186)

¹⁸¹ Vertikale retningslinjer (185)

ledd og er derfor gyldig. Jeg skal her trekke grensen for kvalitetskontrollen ved selektiv distribusjon og spørsmålet er hva som er tillatt utenfor Metro-doktrinen.

Et selektivt distribusjonssystem medfører at det er færre forhandlere som fører varen, noe som begrenser intra-merkekonkurransen og kan medføre at de autoriserte forhandlerne får markedsrett over varen. Dersom flere leverandører på markedet begrenser sin forhandlerkrets, for eksempel til ”kvalitetsforhandlere”, kan dette føre til en samordning på de ulike nivåene. Dette kan videre få konsekvenser for priskonkurransen for denne type varer da prisreduksjoner gjerne utelukkes.¹⁸² Merkevarer som produkt kan ha betydning for avgrensningen av det relevante markedet som avtalen skal vurderes i, da de kanskje ikke er like substituerbare med andre varer. Dette kan ha konsekvenser for inter-merkekonkurransen dersom det ikke finnes mange konkurrerende merker. En begrensning i intra-merkekonkurransen anses ikke som konkurransebegrensende før inter-merkekonkurransen også begrenses.¹⁸³ Dette betyr at avtalen må vurderes i den økonomiske markeds kontekst den skal virke i,¹⁸⁴ og at leverandørens og konkurrentenes markedsstilling vil ha betydning for når inter-merkekonkurransen begrenses.

Dersom selektiv distribusjon kombineres med andre avtaleformer, for eksempel eksklusivitet i ett område, kan virkningene i det relevante marked forsterkes ved at adgangsbarrierene for andre aktører øker i de eksklusive områdene.¹⁸⁵ Markedet for øvrig har også stor betydning. I hvilken grad konkurransen begrenses vil også avhenge av om det er flere parallelle nett av selektiv distribusjon, og om det fortsatt er inter-merkekonkurranse på markedet til tross for avtalen og varens art. Det skal foretas en sammenligning av situasjonene med og uten avtalen.¹⁸⁶ Er det flere leverandører som benytter seg av selektive

¹⁸² Stormoen (2003)s.215

¹⁸³ Vertikale retningslinjer (119)2

¹⁸⁴ Sak 23/67 *Brasserie de Haecht mot Wilkin-Janssen* og *Metro-dommen*

¹⁸⁵ Forende saker C-215/96 og C-216/96 *Carlo Bagnasco mot BNP*

¹⁸⁶ Se blant annet sak C-7/95 P *John Deere*

nettverk kan markedet stivne ved at andre, mer effektive distribusjonsformer utelukkes.¹⁸⁷ Likevel kan det fortsatt være tilstrekkelig inter-merkekonkurranse i det relevante markedet. Dersom tre leverandører av hvert sitt parfymemerke anvender et selektivt system med tilnærmet like utvelgelseskriterier, vil konkurransen mellom disse merkene fortsatt være opprettholdt hos de utvalgte forhandlerne. Slike kumulative virkninger kan medføre at også de rent kvalitative avtalene er konkurransebegrensende etter første ledd, dersom flere parallelle nett medfører en begrensning i inter-merkekonkurranse.¹⁸⁸

Selektive distribusjonsavtaler kan ha positive virkninger som kan veie opp for den reduserte intra-merkekonkurranse. Derfor er de unntatt etter gruppefritaket på nærmere angitte vilkår. Ved at distributørene gjennom utvelgelseskriteriene er spesialiserte kan distribusjonsavtalen ha kvalitative effektivitetsgevinster¹⁸⁹ ved at merkets kvalitet sikres gjennom distribusjonskjeden. Ved at det skapes et godt merkeomdømme og en sterkere tiltrekningskraft hos forbrukerne, kan en slik vertikal begrensning ha effektivitetsvirkninger for konkurransen ved at kvalitetskonkurranse øker mellom de ulike merkene.¹⁹⁰ Metro-dommen viser også at kvalitetskonkurranse også er et viktig konkurranseparameter som kan veie opp for redusert priskonkurranse. Når varens art krever et slikt system kan en redusert intra-merkekonkurranse fremme kvalitetskonkurranse med andre merker. Er ikke nødvendighetskriteriet oppfylt vil slike effektivitetsgevinster sannsynligvis ikke oppstå.¹⁹¹ Selektive distribusjonsavtaler faller innenfor gruppefritaket uansett om varens art nødvendiggjør systemet, men i slike tilfeller kan det være nødvendig å trekke gruppefritaket tilbake etter § 7.

¹⁸⁷ Stormoen (2003) s.215

¹⁸⁸ Se *Metro*-dommen

¹⁸⁹ Retningslinjer for tredje ledd (72)

¹⁹⁰ Vertikale retningslinjer (116) 8)

¹⁹¹ Vertikale retningslinjer (186)

De nærmere vilkår for gruppefritak er leverandørens markedsandelsterskel på 30 %, og at avtalen ikke inneholder svartelistede klausuler som opplistet i § 4¹⁹². I praksis kan det også være tryggere å vurdere de rent kvalitative avtalene under gruppefritaket, istedenfor å vurdere om Metro-kriteriene er oppfylt. Svartelisten i § 4 viser til klausuler som ikke aksepteres i et selektivt distribusjonssystem og som medfører at hele avtalen faller utenfor gruppefritaket. Faller avtalen utenfor av en slik grunn vil disse klausulene mest sannsynlig heller ikke oppfylle vilkårene i tredje ledd. Prisrestriksjoner er svartelistet i § 4 a) og jeg viser til fremstillingen i kapittel 6. Veiledende priser kan anvendes og være et nyttig virkemiddel gjennom distribusjonssystemet. I § 5 forbys klausuler som hindrer medlemmene i å føre bestemte konkurrenters merker, såkalt kollektiv boikott av andre merker. Dette medfører kun at den nevnte klausulen faller utenfor gruppefritaket, og resten av avtalen kan unntas.

Begrensninger i område eller kundegruppe for kjøpers videresalg er forbudt etter § 4b). Unntak gjelder for begrensninger i salg til sluttbruker på grossistnivå. Dette innebærer at distributører på grossistnivå kan avskjæres fra å selge direkte til sluttbrukere, også innenfor et selektivt distribusjonssystem. Videre følger det at varemerkeinnhaver kan forby videresalg til distributører som ikke oppfyller utvelgelseskriteriene (uautoriserte forhandlere). Dette kan begrunnes i det selektive systemet; varene som distribueres er av en type som nødvendiggjør kvalitetsfremmende tiltak, for eksempel spesialkompetanse hos forhandlerne eller kvalitetsfremmende utforming av utsalgsstedene. Dersom distributøren kan selge til uautoriserte forhandlere som ikke fyller disse kravene vil ikke systemet opprettholde sin funksjon, som blant annet er å sikre varemerkets kvalitetsomdømme. EF-domstolen anerkjente også det selektive systemet som en sikkerhet for kvalitetsvarer når det gjaldt rekkevidden av konsumpsjonsprinsippet i *Dior Couture*-dommen. I et selektivt system kan det altså fastsettes begrensninger i videresalget for å sikre de kvalitetsfremmende funksjoner det har gjennom utvelgelsessystemet.

¹⁹² Som omtalt i kapittel 5.1

Varemerkeinnhaver kan ikke fastsette begrensninger i en detaljists aktive eller passive videresalg til *sluttbrukere*. Dette følger av § 4c), og må sammenholdes med litra b) hvor det er tillatt å begrense forhandlere på grossistnivå.¹⁹³ I dette ligger også et forbud mot å begrense internett- og/eller postordresalg da dette som hovedregel anses som passivt salg.¹⁹⁴ Objektivt begrunnede begrensninger faller uansett utenfor etter Metro-doktrinen, også når det gjelder internettsalg.¹⁹⁵ Slike begrensninger i et allerede selektivt system kan medføre hindringer i parallellhandelen som etter sin art har et konkurransebegrensende formål, se kapittel 6. Det samme gjelder begrensninger i kryssleveranser mellom distributører, også på ulike omsetningstrinn, som er svartelistet i litra d). Dersom de autoriserte forhandlerne i tillegg forpliktet til å kjøpe varene fra bestemte distributører innenfor systemet vil markedet deles mellom disse. Dette kan lette samordning mellom disse samtidig som intra-merkekonkurransen begrenses. Befinner forhandlerne seg i ulike stater vil en slik begrensning også innebære et indirekte eksportforbud, som omtalt i kapittel 6. Slike begrensninger i parallellhandelen er derfor ikke tillatt etter gruppefritaket, og de oppfyller sjelden vilkårene for unntak i tredje ledd.

De svartelistede klausulene gir stort sett uttrykk for grensen for kvalitetskontroll gjennom et selektivt distribusjonssystem. Hensynet til varemerkets kvalitet ivaretas i stor grad gjennom Metro-doktrinen så langt det anses nødvendig ut fra merkevarens egenskaper. En redusert intra-merkekonkurranse gjennom et selektivt system kan fremme kvalitetskonkurransen med andre merker. I tillegg kan andre kvantitative kriterier godtas innenfor gruppefritaket. De begrensninger som følger av konkurranseretten griper inn i partenes avtalefrihet og varemerkeinnhavers kvalitetskontroll, for å sikre en effektiv utnyttelse av de fordeler som er knyttet til varemerkeretten. Grensen trekkes der forhandlerne videresalg begrenses i en slik grad at parallellhandelen hindres, da vil ikke systemet lenger medføre effektivitetsgevinster som kan veie opp for den markedsdelende effekten.

¹⁹³ Se *Konkurranseloven m/kommentarer* s.267

¹⁹⁴ Se vertikale retningslinjer (53) og kapittel 8.

¹⁹⁵ Forslag til nye retningslinjer (57)

8 Eneforhandling

8.1 Eneforhandling som kvalitetskontroll

Ved eneforhandling gis distributøren enerett til videresalg av merkevaren innenfor et avgrenset område. Distributøren kan også få enerett til en bestemt kundegruppe, men dette er betegnet som ”eksklusiv kundetildeling”¹⁹⁶. Leverandøren forplikter seg til ikke å selge varen til andre forhandlere i samme område, men er i utgangspunktet ikke avskåret fra å selv selge varene direkte til forbruker. Der leverandøren selv er avskåret fra slikt salg vil dette være en eksklusiv eneforhandleravtale,¹⁹⁷ og det er dette som forutsettes i det følgende. I et eneforhandlertilfelle inneholder avtalen ofte et forbud mot å selge inn i andre distributørers eksklusive områder. Det er gjerne slike tilleggs klausuler som gjør eneforhandleravtalen konkurranseskadelig. Spørsmålet her er hvordan en slik distribusjonsform kan være kvalitetsfremmende.

Ved eksklusiv kundetildeling kan leverandøren sikre at distributøren, som for eksempel har fått tildelt sykehus som sin kundegruppe, spesialisere seg og har den nødvendige kunnskap for å fremme og levere merkevaren til denne kundegruppen. På denne måten kan merkevarens kvalitetsrenommé opprettholdes på den måte som egner seg best innenfor de ulike kundekretser. Slik kan også varemerkets identitet fremmes ytterligere. Jeg vil ikke behandle denne formen eksplisitt her.

Eneforhandling kan først og fremst synes å ivareta *forhandlerne*s interesser, og ikke varemerkeinnhavers. Fra varemerkeinnhavers side kan dette være et effektivt middel for å fremme eget varemerke, enten når merkevaren skal lanseres på et nytt marked, eller dersom en helt ny vare skal introduseres. Ved å pålegge forhandlerne å foreta kvalitetsfremmende investeringer, eksempelvis i utformingen av salgslokalene, kan tildelingen av et eksklusivt område være kompensasjon for dette.

Som jeg tidligere har nevnt er det en viss kvalitetsforventning knyttet til en merkevare. Det kan derfor være ønskelig for varemerkeinnhaver at produktet selges gjennom velkjente ”kvalitetsforhandlerne” i området. Det er de samme forhold som ligger til grunn her, som

¹⁹⁶ Vertikale retningslinjer (178)

¹⁹⁷ Skogly (2000)s.252

bak utvelgelsen i et selektivt distribusjonssystem. Bli varen gjort tilgjengelig hos alle forhandlerne i området, herunder lavprisforhandlere, er risikoen at de kvalitetsførende forhandlerne ikke vil føre denne varen. Dette kan igjen skade det kvalitetsomdømme som er knyttet til merket, samtidig som målgruppen ikke lenger er like tilgjengelig. Et eksempel på eneforhandling er den norske møbel- og interiørkjeden *SKEIDAR*, som er eneforhandler i Norge av den danske merkevaren *BO-CONCEPT*.¹⁹⁸ Ved å anvende en norsk distributør som har opparbeidet et visst renommé blant forbrukerne, vil assosiasjonene til denne merkevaren knyttes sammen med de kvalitetsforventninger som er opparbeidet for de varer *SKEIDAR* fører. Videre kan det også knyttes investeringsforpliktelser til distributørens markedsføring av varene, og til de omgivelser merkevaren skal selges i. På denne måten kan varemerkeinnhaver sikre at varen presenteres i omgivelser som kan underbygge forbrukernes kvalitetsassosiasjoner.

Ved at eneforhandleren fører en viss prisstandard sikres også dette gjennom valget av forhandler.¹⁹⁹ Ved eneforhandling kan varemerkeinnhaver også sikre seg forhandlerens geografiske beliggenhet, for eksempel ved å velge forhandler som holder til i et kvalitetsfremmende strøk fremfor et område preget av lavprisforhandlere. Eneforhandlingsformen er altså et nyttig virkemiddel for å sikre kvalitetsforhandlere, kvalitetsfremmende investeringer og til en viss grad et visst prisnivå for varen.

8.2 Eneforhandling under konkurranseloven § 10

Virkningene av eneforhandling kan i stor grad være de samme som ved selektiv distribusjon. På samme måte medfører en begrensning i forhandlerantall her en begrenset intra-merkekonkurranse, som videre kan føre til samordning i de ulike distribusjonsleddene. Eneforhandling kan også føre til at markedet deles mellom forhandlerne, særlig hvis det også er begrensninger i mulighetene for videresalg. På den annen side kan eneforhandlingsformen også være et viktig virkemiddel for

¹⁹⁸ <http://www.skeidar.no/omskeidar>

¹⁹⁹ Se kapittel 3.5.3. om sammenhengen mellom kvalitet og pris

varemerkeinnhaver ved lanseringen av et nytt produkt, eventuelt på et nytt marked. Spørsmålet er hvor grensen går for kvalitetskontroll ved eneforhandling.

I saken *Société Technique Minière* fant EF-domstolen at eksklusiv områdetildeling ikke uten videre er i strid med artikkel 81 første ledd, og stiller spørsmålet om den enkelte eneforhandlingsavtale fremstår som *nødvendig* for å trenge inn på nye markeder. Eneforhandling blir på denne måten et virkemiddel som er tilknyttet hovedformålet som er å distribuere varen. Som nevnt i kapittel 6 kan visse *aksessoriske* eller *tilknyttede* konkurransebegrensninger²⁰⁰ falle utenfor første ledd. Dette gjelder begrensninger i alminnelige kommersielle avtaler, for eksempel distribusjonsavtaler, der den aksessoriske begrensningen har et legitimt økonomisk formål.²⁰¹ For eneforhandling kan dette være en effektiv distribusjon av varen. Konkurransebegrensningen må ha en direkte forbindelse med, og være nødvendig for, gjennomførelsen av en ikke-konkurransebegrensende hovedtransaksjon (distribusjonen), og stå i et *rimelig forhold* til denne.²⁰² Det kan trekkes en parallell til nødvendighetskriteriet og proporsjonalitetskravet som Metro-doktrinen fastsetter for selektive distribusjonsavtaler.²⁰³ For de selektive systemene er grensen klarere trukket opp etter Metro-doktrinen. I begge tilfeller er avtalen lovlig allerede etter første ledd, og dette må ikke forveksles med de positive virkninger som kan gi grunnlag for fritak etter tredje ledd.²⁰⁴

²⁰⁰ Retningslinjer for tredje ledd 28-31, *Métropole*-saken premiss 104 flg., og Whish (2009) s.124 flg. (commercial ancillarity)

²⁰¹ Retningslinjer for tredje ledd 31. Begrepet anvendes også i forbindelse med fusjoner, og *Norsk Konkurranserett* s. 278 flg. bruker ”tilknyttede nødvendige begrensninger”. Teorien om aksessoriske begrensninger er kritisert av Lungard (2994)s.415

²⁰² Se *Métropole*-saken og *Konkurrenseretten i EU* (2005) s.109-110

²⁰³ Kapittel 7.2.

²⁰⁴ Retningslinjer for tredje ledd (28) flg.

Saken i *Société Technique Minière* gjaldt en ren eneforhandlingsavtale²⁰⁵ som ikke inneholdt begrensninger for videresalg, eksport, parallellhandel eller påla forhandleren å forby andre å selge inn i eneforhandlerområdet. Kort tid senere ble det fastslått i *Consten & Grundig*²⁰⁶ at en eksklusiv varemerkelisens ikke kan utnyttes for å hindre parallellimport.²⁰⁷ De to sakene viser ytterpunktene for vurderingene. I den første saken ivaretas kvalitetshensynet der eksklusivitet kan være et virkemiddel for å fremme varens renommé når den skal inn på nye markeder. I *Consten & Grundig* trekkes det en grense for dette samspillet; dersom avtalen innebærer en hindring for parallellimporten, og dermed har et konkurransebegrensende formål, er de konkurranserettslige virkninger så alvorlige at det ikke lenger vil være samfunnsnyttig å få denne varen på markedet. Slike alvorlige begrensninger kan ikke sies å være *nødvendige* for å trenge inn på nye markeder. Det finnes likevel noen saker hvor slike begrensninger også er godtatt, se kapittel 6. Jeg skal se nærmere på vurderingen som må foretas.

En begrenset intra-merkekonkurranse er som tidligere fastslått ikke konkurranseskadelig med mindre inter-merkekonkurransen begrenses. Der eneforhandling er nødvendig for å komme inn på nye markeder, skal det mye til for at inter-merkekonkurransen i det relevante markedet svekkes med det første. Eneforhandling er da et virkemiddel for å gjøre varen konkurransedyktig på markedet. Med utgangspunkt i at eneforhandling som kvalitetskontroll kan begrense intra-merkekonkurransen, er spørsmålet når den er i strid med § 10. For å avgjøre om en avtale er konkurransebegrensende må det foretas en konkret vurdering av avtaleforholdet, og EF-domstolen har fastslått at avtalen må vurderes i sin rettslige og økonomiske kontekst.²⁰⁸ Leverandørens markedsposisjon samt konkurrentenes posisjon og deres konkurransepotensial er av betydning for vurderingen.²⁰⁹

²⁰⁵ Eneforhandleravtaler er ikke ansett å ha et konkurransebegrensende formål, jf sak *Société Technique Minière*

²⁰⁶ Saker 56/64 og 58/64 *Consten & Grundig v Kommisjonen*

²⁰⁷ Se også kapittel 6 om *BASF v Kommisjonen*

²⁰⁸ Se *Société Technique Minière* og sak E-7/01 *Hegelstad v HydroTexaco*

²⁰⁹ Se Whish (2009)s.629 og vertikale retningslinjer (163)

Videre kan en begrenset konkurranse i ett omsetningsledd veies opp av konkurranse i neste omsetningsledd.

En begrenset intra-merkekonkurranse vil øke med leverandørens markedsposisjon, og inter-merkekonkurransen vil begrenses dersom det er få konkurrenter uten sterke markedsposisjoner. Overstiges gruppefritakets markedsandelsterskel vil det være fare for en betydelig reduksjon av intra-merkekonkurransen.²¹⁰ Sterke konkurrenter kan veie opp for dette ved at inter-merkekonkurransen er sterk, men deres distribusjonsnett vil også ha betydning for vurderingen. Dersom flere leverandører anvender samme eneforhandler innenfor et område fordi denne er kjent for å føre kvalitetsvarer, er det fare for samordning mellom leverandørene. Videre kan konkurransen mellom disse merkene reduseres vesentlig²¹¹. Videre har det betydning om markedet er under utvikling eller om det er mettet. I et dynamisk marked er etterspørselen gjerne økende og markedsposisjonene stadig skiftende.²¹² Sterke konkurrenter medfører altså at inter-merkekonkurransen ivaretas.

En begrensning av intra-merkekonkurransen i grossistleddet kan oppveies av en tilfredsstillende konkurranse i detaljistleddet. Er det tilstrekkelig antall detaljister som fører varen i området vil intra-merkekonkurransen være opprettholdt. En begrenset intra-merkekonkurransenkonkurranse er derfor mer skadelig på detaljnivået. Er eneforhandleren på detaljistnivå tildelt et større område vil intra-merkekonkurransen reduseres i dette området, og dermed begrenses forbrukernes valgmuligheter i forhold til pris og service.²¹³ Foreligger det sterk nok konkurranse med andre substituerbare varer hos forhandleren eller innenfor det eksklusive området, kan priskonkurransen være opprettholdt til fordel for forbrukerne. Avtalen trenger ikke ha konkurransebegrensende virkninger²¹⁴ da de fortsatt

²¹⁰ Vertikale retningslinjer (163)

²¹¹ Vertikale retningslinjer (164). Dette kan medføre at unntak etter gruppefritaket trekkes tilbake etter § 10 fjerde ledd.

²¹² Lunde (2005)s.137

²¹³ Vertikale retningslinjer (169)

²¹⁴ Whish (2009)s.629

kan velge mellom ulike merker og priser innenfor varekategorien. Er antallet konkurrenter også begrenset er det fare for at denne inter-merkekonkurransen ikke er tilfredsstillende, og det vil være fare for samordning i de ulike distribusjonsleddene.²¹⁵ På detaljnivå kan en større områdetildeling medføre en konkurransebegrensning dersom det er et begrenset antall konkurrenter i området, og inter-merkekonkurransen reduseres som en følge av dette.

Der varemerke innehaver ønsker å komme inn på et nytt geografisk område kan det være nødvendig å sette visse krav til førstegangsinvesteringer, i tråd med den ”policy” og de standarder som føres i forhold til denne merkevaren i de allerede innarbeidede områder. Slike investeringer kan fremme konkurransen på kvalitet med andre merker. En begrensning i intra-merkekonkurransen i form av eneforhandling kan derfor være et viktig virkemiddel for å øke kvalitetskonkurransen med andre substituerbare varer. Ved at forhandleren alene får ansvaret for dette spesifikke området kan han tjene inn igjen merkostnadene ved at det ikke er noen umiddelbar konkurranse med andre distributører og deres detaljforhandlere i området.²¹⁶

Fra et forhandlersynspunkt er eneforhandling også en nødvendig kompensasjon for egne investeringer ved at andre forhandlere i området forhindres fra å nyte godt av hans egen salgsmotiverende innsats, særlig når varen er relativt ny på det aktuelle markedet. Dette gratispassasjerproblemet kan på sikt skade konkurransen for eksempel ved at markedsføringsaktiviteter og opplæringsinvesteringer begrenses.²¹⁷ Problemet oppstår gjerne der kvalitetsforhandlere investerer for å fremme merkevaren og andre forhandlere uten samme renommé kan selge varen og dermed tjene på kvalitetsforhandlernes investeringer. Dette kan frata kvalitetsforhandlerne deres incentiv til å opparbeide seg et slikt renommé noe som igjen vil påvirke varemerke innehavers mulighet til å benytte seg av en slik kvalitetsfremmende distribusjonskanal. Dette kan ha negative virkninger for kvalitetskonkurransen i markedet. Eneforhandling er derfor et viktig virkemiddel for

²¹⁵ Vertikale retningslinjer (164)

²¹⁶ *ibid* (116)2)

²¹⁷ Lunde (2005)s.107

varemerkeinnhaver samtidig som det er nyttig for samfunnet ved at den kan bidra til å sikre inter-merke kvalitetskonkurransen.

Grensen for kvalitetskontrollen trekkes av konkurransereglene der konkurransen med andre merker svekkes, når dette vil få konsekvenser for forbrukernes utvalg av merker og pris. Har varemerkeinnhaver en markedsandel under gruppefritaket terskel på 30 % er de nevnte hensyn ivare tatt ved at avtalen kan unntas etter gruppefritaket. Rene eneforhandlingsavtaler er ikke svartelistet i gruppefritaket § 4 og faller heller ikke utenfor etter § 5. Jeg skal nå se på noen kombinasjonsformer som kan være problematiske i forhold til gruppefritaket.

Eneforhandleravtaler kombineres ofte med et forbud mot å selge inn i områder som er tildelt andre slik at systemet skal fungere effektivt og den eksklusive retten faktisk skal være eksklusiv. Dette kan være nødvendig for å sikre eneforhandlerens investeringer som nevnt ovenfor. Et slikt forbud mot videresalg kan medføre begrensninger i parallellhandelen, og i så tilfelle vil avtalen mest sannsynlig være i strid med § 10.²¹⁸ Gir varemerkeinnhaver distributørene eksklusiv rett i hvert sitt europeiske land, med forbud mot å drive salg inn i de andres område, medfører dette en inndeling av markedet etter landegrenser som ikke er forenelig med EF-rettens mål om fri konkurranse og fri flyt av varer i det indre marked. Medfører avtalen en absolutt områdebeskyttelse for distributørene kan dette hindre parallellhandelen, noe som kan oppfattes som et indirekte eksportforbud i § 10 første ledds forstand.²¹⁹ I *Consten & Grundig* var eneforhandleravtalen kombinert med en eksklusiv varemerkelisens som gav Consten rett til å registrere varemerket i eget navn i Frankrike samt beskyttelse mot all parallellimport til Frankrike. Avtalen ble derfor ansett å være forbudt etter artikkel 81.

Det følger av praksis, blant annet i *BASF*, at begrensninger i aktivt salg ikke nødvendigvis har så alvorlige virkninger såfremt *passivt* salg ikke begrenses. Gruppefritaket skiller også

²¹⁸ Se kapittel 6

²¹⁹ Se Whish (2009)s.626

mellom aktivt og passivt salg. Et forbud pålagt eneforhandleren mot å drive *aktivt* salg i andres eksklusive områder er tillatt, såfremt ikke eneforhandlerens kunders salg begrenses. De vertikale retningslinjene definerer *aktivt* salg som aktiv henvendelse til kunder i form av post eller besøk, samt opprettelse av lager eller distribusjonskanal i et annet eksklusivt område.²²⁰ Dette er viktig for å ivareta eneforhandlingsformen som kvalitetskontroll, fordi eksklusiviteten er en forutsetning for at eneforhandleren skal bidra til å fremme varemerket ved sine investeringer. Ved å hindre at andre driver aktivt salg i det eksklusive området kan forhandleren foreta sine kvalitetsfremmende investeringer uten at andre forhandlere skal dra nytte av dette. Dette fremmer igjen kvalitetskonkurransen med andre merker. En begrensning i forhandlerens aktive videresalg er derfor ikke problematisk.

Et forbud mot *passivt* salg i andres eneforhandlerområder er mer alvorlig. Slike forbud omfattes av svartelisten i gruppefritaket § 4b), og medfører at avtalen faller utenfor gruppefritaket. Passivt salg omfatter svar på uoppfordrede henvendelser fra kunder og levering av varer til disse. Under passivt salg faller også generell reklame og salgsfremstøt som er en rimelig fremgangsmåte for å nå frem til andre kunder, for eksempel de utenfor tildelte områder. Dette inkluderer også internett-markedsføring som ikke er oppsøkende for bestemte områder eller kundegrupper.²²¹ En slik begrensning vil medføre et absolutt områdevern med et konkurransebegrensende formål etter første ledd. En begrensning i aktivt og passivt salg kan bidra til å hindre parallellimport av varen. Det relevante markedet vil deles mellom forhandlerne, og det vil ikke være noen intra-merkekonkurranse i de enkelte områder og forhandlerne kan styre prisen. En slik markedsdeling er i strid med første ledd, og kan sjelden oppfylle vilkårene for unntak i tredje ledd, se kapittel 6. Grensen mellom forbud i aktivt og passivt salg trekker på denne måten en ramme for varemerkeinnhavers kvalitetskontroll gjennom eksklusiv områdetildeling.

Eneforhandling kan også kombineres med et selektivt distribusjonssystem såfremt det ikke forligger noen begrensninger i forhandlerens videresalg. Overstiger leverandørens

²²⁰ Vertikale retningslinjer (50)

²²¹ i.c

markedsandel 30 % vil en slik kombinasjon mest sannsynlig være i strid med første ledd, selv om det ikke er noen begrensninger i aktivt salg. I følge de vertikale retningslinjene er det kun i ekstraordinære tilfeller en slik kombinasjon da kan godtas.²²² Det må likevel foretas en konkret vurdering av effektivitetsgevinstene i det enkelte tilfellet, og unntak kan være aktuelt der det er nødvendig for å beskytte betydelige investeringer foretatt av de anerkjente forhandlerne.²²³ En begrensning i *aktivt* salg til sluttbruker og begrensninger i kryssleveranser vil medføre alvorlige konkurransebegrensninger, og kan ikke unntas etter gruppefritaket, jf § 4c) og d).²²⁴ Grensene vil trekkes på samme måte som for selektive distribusjonsavtaler som redegjort for i kapittel 7.

Kombineres eneforhandling med en plikt for kjøper til å avta hele sitt behov for denne merkevaren hos en bestemt distributør (eksklusivt kjøp),²²⁵ vil markedet deles mellom disse distributørene og deres forhandlere. Dette kan også være nyttig for å tjene inn igjen de investerte midler og hindre at forhandlerne handler med parallellimportører. I tillegg kan det også pålegges et forbud mot å selge konkurrerende produkter innenfor varekategorien (konkurransesklausul)²²⁶ for å hindre et gratispassasjerproblem med konkurrerende varer. En slik kombinasjon kan også medføre effektivitetsgevinster ved at eneforhandleren konsentrerer seg om distribusjonen og markedsføringen av denne merkevaren alene. Dette kan på den annen side medføre at inter-merkekonkurransen begrenses i tillegg til intra-merkekonkurransen i det eksklusive området. Pålegges et slikt forbud i detaljistleddet vil det ikke være konkurranse med andre merker hos denne forhandleren. Konsekvensene for inter-merkekonkurransen i markedet vil avhenge av hvor mange konkurrerende forhandlere det er i området og hvor sterke konkurrenter de er. En konkurranseklausul med varighet under 5 år kan unntas etter gruppefritaket § 5. En begrenset varighet er ikke ansett å ha

²²² Se vertikale retningslinjer (195)

²²³ i.c.

²²⁴ Se kapittel 7

²²⁵ Se kapittel 9

²²⁶ Se kapittel 9

merkbar betydning, såfremt leverandøren ikke har en markedsandel over 30 %.²²⁷ Behovet for å sikre kvalitetsfremmende investeringer ivaretas så langt det er nødvendig for å ivareta varemerkeinnhavers økonomiske interesser.²²⁸

Eneforhandling er altså et effektivt virkemiddel for å fremme varemerkets kvalitetsrenommé ved å gi forhandlerne eksklusiv rett til distribusjonen forutsatt at disse investerer i kvalitetsfremmende tiltak. Slike tiltak anses også som positive for konkurransen ved at nye produkter kan trenge inn på markedet. Samtidig kan kvalitetskonkurransen mellom ulike merker øke ved at eneforhandleren konsentrerer seg om dette ene området, eventuelt kombinert med et forbud mot å føre konkurrerende varer. Konkurransereglene trekker grensen for kvalitetskontrollen der parallellhandelen hindres og markedet deles i form av begrensninger i aktivt og passivt videresalg eller ved fastsettelsen av bindende faste- og minste videresalgspriser. Slike begrensninger er svært konkurranseskadelige og anses ikke som nødvendige for å sikre merket dets kvalitetsomdømme, med mindre begrensningen i særlige tilfeller er nødvendig for oppfyllelsen av legitimt hovedformål.²²⁹

²²⁷ Se kapittel 9 om varigheten og nettverkseffekten for konkurranseklausuler

²²⁸ Se kapittel 9

²²⁹ Se ovenfor samt *Erauw-Jackery*

9 Eksklusivt kjøp og konkurranseklausuler

9.1 Eksklusivt kjøp og konkurranseklausuler som kvalitetskontroll

En *eksklusiv kjøpsavtale* pålegger kjøperen å dekke hele sitt samlede behov for merkevaren direkte fra leverandøren, eller en bestemt distributør.²³⁰ Dette kan være et godt virkemiddel der distributøren foretar investeringer i salgslokalene ved at detaljisten forpliktes til å kjøpe merkevaren fra denne distributøren og ikke andre. En mildere form er å pålegge kjøp av et lavere minimumskvantum av merkevaren (mengdeforpliktelse). Dette innebærer i utgangspunktet ikke et forbud mot å føre konkurrerende varer. En *konkurranseklausul* innebærer et slikt forbud og er ofte kombinert med en eksklusiv kjøpsavtale. Gruppefritaket § 1 b) definerer en konkurranseklausul som et forbud pålagt kjøper mot å fremstille, kjøpe, selge eller videreselge varer som er i konkurranse med leverandørens varer. Dette gjelder også en forpliktelse som pålegger kjøper å avta mer enn 80 % av det totale behov for merkevaren eller andre substituerbare varer (hele *varekategorien*), i løpet av året hos leverandøren eller en bestemt distributør. Konkurranseklausuler forbyr altså forhandleren å føre varer som er i inter-merkekonkurranse med avtalevaren og leverandøren sikrer seg en enerett til å levere varetypen til denne forhandleren. Jeg skal se nærmere på hvordan dette kan være et virkemiddel for varemerkeinnhavers kvalitetssikring.

Norsk konkurranserett bind 1 anvender begrepet ”eksklusiv kjøpsplikt” også ”konkurranseklausuler”. Jeg vil i det følgende ha eksklusive kjøpsavtaler *kombinert* med en konkurranseklausul for øyet, med konkurranseklausulens utestengende virkning i fokus.

Konkurranseklausuler kan være et effektivt virkemiddel der varemerkeinnhaver selv eller distributøren investerer i salgslokaler eller andre salgsmåttøst for å fremme merkevarens kvalitetsrenommé. For eksempel ved skilting som fremhever varemerket, interiør som assosieres med varemerket eller som kan fremme forbrukernes kvalitetsopplevelse med merket. I eneforhandlertilfellet ble eksklusivitet gitt som kompensasjon for kjøpers investeringer (begrensning i leverandørens handlefrihet), mens det her pålegges en kjøpsplikt som kompensasjon for leverandørens investeringer (begrensning i kjøpers

²³⁰ Vertikale retningslinjer (113)

handlefrihet). Som nevnt i kapittel 8 kan konkurranseklausuler være nyttig i kombinasjon med områdetildeling. Hvis distributøren på grossistnivå investerer i salgsfremmende tiltak i forbindelse med utsalgsstedene i sitt område, kan dette kompenseres ved at detaljistene pålegges å dekke sitt behov innenfor varekategorien hos denne distributøren. Dette sikrer distributørens investeringer og hindrer at andre merker nyter godt av hans investeringer. Slike investeringer kan være aktuelt ved å skaffe spesialutstyr for personalet eller særlig opplæring for å yte den nødvendige service, enten i forbindelse med salget eller etter. På denne måte kan forbrukernes inntrykk av merkevaren opprettholdes, kanskje som noe mer innenfor denne varekategorien. Konkurranseklausuler, og da særlig i kombinasjon med eneforhandling, kan også være kvalitetsfremmende ved at distributøren kun konsentrerer seg om dette merket.²³¹ Denne fordel vil ikke oppnås ved en eksklusiv kjøpsplikt uten konkurranseklausul.

Mengdeforpliktelser kan også pålegges *leverandøren*, også som eksklusiv leveringsforpliktelse. Dette er definert i gruppeunntakets § 1c) som forpliktelser som pålegger leverandøren å kun levere avtalevaren til én kjøper i Norge (i Direktivet innenfor "Fællesskabet"). Denne formen er ikke best egnet som kvalitetskontroll og vil ikke behandles nærmere her.

Eksklusive kjøpsavtaler kan altså være et virkemiddel for å sikre kvalitetsfremmende investeringer og ved at forhandleren konsentrerer seg om dette merket. En særlig form for kvalitetskontroll er der to varer kobles sammen gjennom distribusjonsavtalen. Et slikt koblingsalg kan fungere som en konkurranseklausul. Jeg skal si noe kort om dette.

9.2 Kort om koblingsklausuler

Koblingsklausuler setter som vilkår for kjøp av merkevaren X (primærvare) at kjøper også må kjøpe en annen vare (sekundærvare) av leverandøren. Varemerkeinnhaver kan for eksempel sette som vilkår for salg av skateboard av merket *ELEMENT*, at distributøren også må kjøpe, og videreselge, klær av det samme merket. På denne måten kobles disse produktene sammen, og varemerkeinnhaver kan sikre at *ELEMENT*-klærne møter

²³¹ Se kapittel 8

forbrukeren sammen med skateboardene, som det allerede er opparbeidet et kvalitetsrenommé for. Bindingene kan fungere som en konkurranseklausul eller mengdeforpliktelse, men nå for det sekundære produktet.²³² Slike arrangementer kan begrunnes i varemerkets garantifunksjon; ved at dette merket settes på sekundærvaren garanterer det for at kilden er A, og fremkaller dermed assosiasjoner hos forbrukeren i forbindelse med merkets kvalitetsrenommé. Dette kan være nyttig der det skal lanseres en ny vare.²³³ Jeg vil ikke behandle disse koblingene særskilt, men vurderingene vil i stor grad være de samme dersom de fungerer som en konkurranseklausul.

9.3 Konkurranseklausuler under konkurranseloven § 10

Konkurranseklausuler er kategorisert under gruppen ”merkeeksklusivitet” i de vertikale retningslinjene.²³⁴ Slike klausuler begrenser forhandlernes handlefrihet i forhold til andre leverandører, og kan dermed skape adgangsbarrierer for disse ved at de hindres i å distribuere sine varer gjennom de forpliktete forhandlerne. Dette kan føre til at inter-merkekonkurransen begrenses, og da særlig hos den enkelte forhandler.²³⁵ Hvis flere aktører opererer med slike klausuler risikeres en samordning på leverandørnivå,²³⁶ og på denne måten kan markedet deles mellom leverandørene og hindre markedsintegrasjonen. Mengdeforpliktelser kan ha de samme virkninger dersom minstekvantumet som pålegges er relativt høyt, men markedsavskjermingen er gjerne mindre,²³⁷ og det kan fortsatt være tilstrekkelig inter-merkekonkurranse. Som jeg har påpekt kan konkurranseklausuler også være et effektivt virkemiddel for å fremme merkevarens kvalitetsegenskaper, noe som videre kan skjerpe kvalitetskonkurransen i det relevante markedet. Spørsmålet her er hvor grensen for kvalitetskontroll går ved anvendelsen av konkurranseklausuler.

²³² Vertikale retningslinjer (215) jf. (106)

²³³ Se Korah (2002)s.111

²³⁴ Vertikale retningslinjer (106)

²³⁵ *ibid* (107)

²³⁶ *ibid* (138)

²³⁷ *Ibid* (119)4)

Konkurransesklausuler er ikke ansett å ha konkurransebegrensende formål i § 10 første ledds forstand. Dette ble påpekt av EF-domstolen blant annet i *Delimitis*²³⁸ og av EFTA-domstolen i *Hegelstad*-dommen²³⁹, før avtalens virkninger ble vurdert. Det er noe uklart hva EFTA-domstolen i denne saken anser som relevant i vurderingen etter første ledd,²⁴⁰ men de positive virkninger avtalen måtte ha skal i følge EF-domstolen ikke tillegges vekt før en eventuell avveining etter tredje ledd.²⁴¹

I saken *Neste Markkinointi*²⁴² fremhevet EF-domstolen at en konkurranseklausul på ett år kunne være nødvendig for å sikre leverandørens økonomiske interesser der denne hadde investert i bensinstasjonens utforming i form av blant annet skilting som fremhevet leverandørens varemerke. Det fremgår også av de vertikale retningslinjene at konkurranseklausuler med under ett års varighet, inngått av ikke-dominerende foretak, normalt ikke vil ha konkurranseskadelige virkninger.²⁴³ Ved å ivareta varemerkeinnhavers økonomiske interesser i å fremme eget merke kan også kvalitetskonkurransen mellom konkurrerende merker fremmes gjennom investeringene. Avtaler med en varighet inntil ett år går derfor klar av forbudet i første ledd.

Klausulens varighet er således av betydning for konkurransebegrensningsvurderingen. Spørsmålet er videre hvordan klausuler med varighet utover ett år skal vurderes. Konkurransesklausuler kan ha konkurranseskadelige virkninger ved at intermerkekonkurransen reduseres. Er varigheten likevel begrenset kan klausulen ofte oppfylle nødvendighetsvilkåret for unntak i tredje ledd. Konkurransesklausuler er gjerne en nødvendig kompensasjon for å sikre leverandørens investeringer og den kan dermed bidra til en mer effektiv distribusjon av varen ved at forhandleren konsentrerer seg om denne, og

²³⁸ Sak C-234/89 *Delimitis mot Henninger Bräu*

²³⁹ jf. også avgjørelse i *Brasserie de Haecht*

²⁴⁰ Se blant annet Kolstad (2003) og *Norsk konkurranserett* s. 460 flg.

²⁴¹ *Métropole*-saken premiss 76

²⁴² sak C-214/99 *Neste Markkinointi*

²⁴³ Vertikale retningslinjer (141)

ikke om konkurrerende varer.²⁴⁴ Slik kan den økonomiske balansen opprettholdes mellom avtalepartene, som videre kan være fordelaktig for forbrukerne i form av at prisene ikke trenger å øke for at leverandøren skal tjene inn sine investeringer. Samtidig vil investeringene som sikres bidra til å fremme kvalitetskonkurransen med andre merker, såfremt klausulen er begrenset i tid.

I gruppefritaket godtas konkurranseklausuler innenfor en femårsperiode, jf § 5²⁴⁵. Den fastsatte fristen vil som regel sørge for at leverandørens investerte midler kan tjenes inn igjen, og samtidig ivaretas den effektive ressursbruk som samfunnet ønsker.²⁴⁶ Det er foretatt en avveining mellom varemerkeinnhavers behov for å investere i kvalitetsfremmende tiltak, og samfunnets interesse i å opprettholde en effektiv konkurranse. Desto lenger varighet en konkurranseklausul har desto mer avskjærende vil den virke for konkurrentene.²⁴⁷ Konkurrenter på markedet kan fortsatt forhandle om innkjøpskvantum på et tidligere tidspunkt når de vet at klausulen kun varer i 5 år, og intermerkekonkurransen er tilstrekkelig ivaretatt. Dersom forpliktelsen stilltiende kan forlenges utover 5 år anses den å ha en ubestemt varighet. Begrensningen i § 5 gjelder også forpliktelser som indirekte kan anses som konkurranseklausuler, for eksempel klausuler som medfører en slik eksklusiv binding av kjøpers innkjøp uten at dette eksplisitt følger av avtalen.²⁴⁸ Har klausulen en varighet utover 5 år kan tidsperioden sannsynligvis beskjæres ved at regelen om delvis ugyldighet i annet ledd anvendes.²⁴⁹ En konkurranseklausul med varighet utover 5 år, må vurderes særskilt etter første og tredje ledd.

²⁴⁴ Retningslinjer for tredje ledd (80)

²⁴⁵ Tidsbegrensningen gjelder ikke mengdeforpliktelser, eller der kjøpers forretningslokaler eies eller leies av leverandøren.

²⁴⁶ Se *Norsk konkurranserett* s.457

²⁴⁷ Vertikale retningslinjer (141)

²⁴⁸ Se blant annet sak T-65/98 *Van den Bergh Foods* nedenfor

²⁴⁹ Se Rt.1997.1859 vedrørende forordning 1984/1999 som nå er erstattet av det vertikale gruppefritaket.

Utover en periode på fem år vil slike klausuler i sin alminnelighet ikke lenger være nødvendig for å sikre investeringene, og kan vanskeligere oppfylle nødvendighetsvilkåret i tredje ledd. Dersom den vil være nødvendig for å sikre de kvalitetsfremmende investeringene, må det med lenger varighet mer til for at dette skal oppveie de konkurransebegrensende virkningene.²⁵⁰ Ved en utestengning av andre leverandører kan heller ikke den kvalitetskonkurransen som investeringene bidrar til opprettholdes, når det ikke foreligger noen effektiv konkurranse med andre merker overhodet. I *Van den Bergh Foods*²⁵¹ var det inngått avtale mellom en iskremleverandør og dennes forhandler. Det forelå ingen direkte konkurranseklausul som forbød salg av andre leverandørers iskrem, men avtalen inneholdt et forbud mot å oppbevare andre iskremmerker i leverandørens fryseboks. I realiteten hadde de fleste forhandlerne kun plass til én fryseboks og hadde dermed ikke kapasitet til å selge andre merker. Konkurrerende merker ble derfor ekskludert fra en rekke utsalgssteder og leverandøren sikret seg eksklusiv distribusjon av egne varer. Her anerkjente Førsteinstansretten at avtaler med svært kort oppsigelsestid, ikke trenger å være konkurransebegrensende.²⁵² I det konkrete tilfellet var avtalens oppsigelsestid meget kort, men i realiteten ble avtalene gjennomsnittelig sagt opp hvert åttende år. Denne indirekte konkurranseklausulen ble derfor ansett å ha merkbare konkurransebegrensende virkninger som ikke oppfylte vilkårene for unntak i tredje ledd.

Tidsbegrensningen i gruppefritaket gjelder bare konkurranseklausulen og resten av avtalen kan derfor unntas etter gruppefritaket hvis de øvrige vilkår er oppfylt og den ikke kombineres med svartelistede klausuler. Avtalen kan ikke unntas hvis leverandøren overstiger markedsandelsterskelen, og må da vurderes etter første og tredje ledd. Jeg skal nå se nærmere på dette tilfellet.

Ved vurderingen av avtalens virkninger er leverandørens, konkurrentenes og kjøperens markedsstilling av sentral betydning. Hvis avtalen binder én distributør til leverandøren vil

²⁵⁰ Vertikale retningslinjer (141)

²⁵¹ sak T-65/98 *Van den Bergh Foods v Kommisjonen*

²⁵² premiss (105)

dette sjelden ha konkurransebegrensende virkninger, med mindre det medfører at store deler av markedet bindes opp. I *Brasserie da Haecht* påpekte generaladvokaten i sitt forslag at en eksklusiv kjøpsavtale eller én leverandørs nettverk, isolert sett ikke trenger å virke inn på konkurransen og at dette neppe kan være avgjørende for vurderingen. Det ble derfor lagt til grunn at avtalen må vurderes i sin økonomiske sammenheng og at det må tas hensyn til eksistensen av en rekke lignende avtaler leverandøren og andre leverandører har inngått med ”sine” distributører.²⁵³ En slik nettverkseffekt er blitt analysegrunnlaget for eksklusive kjøpsavtaler under § 10 første ledd.²⁵⁴ I *Delimitis* uttalte retten at det først er nødvendig å vurdere om adgangen til markedet er begrenset og deretter om avtalen bidrar til dette. Besvares dette positivt er avtalen forbudt etter første ledd.²⁵⁵

Vurderingen må ta utgangspunkt i leverandørens nettverk av lignende avtaler, antallet konkurrenter på markedet, om disse har lignende avtalenettverk og hvor stor markedsandel kjøperen(e) har. Dersom leverandørens nettverk, eventuelt den enkelte avtale, medfører at store deler av kjøpermarkedet bindes opp vil dette ha utestengende virkninger for andre leverandører og markedet avskjæres.²⁵⁶ Sannsynligheten for at markedet avskjæres vil øke med antallet liknende avtaler og kjøpernes markedsandeler. Det må ses hen til hvor stor del av markedet som utelukkes for konkurrentene, da dette vil være avgjørende for graden av inter-merkekonkurransen som er tilstede. Dersom inter-merkekonkurransen begrenses i detaljistleddet kan dette innebære betydelige adgangsbarrierer for konkurrenter som ønsker å etablere utsalgssteder for omsetning av egne varer. Hvor stor del av detaljmarkedet som bindes opp av leverandøren samt hvor stor del av markedet som er bundet opp i form av lignende avtalepraksis vil være det avgjørende. Dersom den bundne del av markedet er under 40 % vil en kumulativ markedsavskjerming være lite sannsynlig²⁵⁷ da en stor del av markedet fortsatt vil være åpent for konkurrentene og inter-merkekonkurransen ivaretatt.

²⁵³ *Norsk konkurranserett* s. 471

²⁵⁴ Se blant annet *Delimitis* og *Neste Markkinointi*

²⁵⁵ Se Whish s.124

²⁵⁶ Vertikale retningslinjer (145)

²⁵⁷ Vertikale retningslinjer (149)

Det er altså konkurranseklausulens varighet, sammen med nettverkseffekten av eksklusive kjøpsavtaler som er avgjørende for grensen etter § 10. Ved å foreta kvalitetsfremmende investeringer i utsalgsstedene kan varemerket fremmes samtidig som andre merker kan nyte godt av dette. Ved å pålegge detaljisten en konkurranseklausul forhindres dette gratispassasjerproblemet.²⁵⁸ Varemerkeinnhavers interesse i å fremme eget merke ivaretas i en tidsbegrenset periode som anses som nødvendig for å tjene inn igjen de kvalitetsfremmende investeringene. Utover dette settes grensen for denne form for kvalitetskontroll der nettverkseffekten av lignende avtaler medfører at markedet avskjæres for andre og inter-merkekonkurransen svekkes. Samfunnet vil ikke lenger ha nytte av konkurransebegrensningen da den ikke bidrar til effektiv konkurranse med andre merker.

²⁵⁸ Vertikale retningslinjer (116)1)

10 Avsluttende bemerkninger om varemerkerett og konkurranserett

Jeg har i de foregående kapitler vist hvordan hensynet til varemerket og merkevarens kvalitet og hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser møtes på konkurranserettens område. Hensynene må veies mot hverandre, og konkurranseretten tillater i stor grad at markedsaktørens handlefrihet begrenses for å fremme varemerkets kvalitet. I noen tilfeller er dette legitimt i den forstand at det ikke er konkurransebegrensende overhodet, og i andre tilfeller avveies effektivitetsfordeler mot de konkurransebegrensende virkningene. Ved denne avveiningen spiller hensynet til varemerkets kvalitet en annen rolle. Her er det ikke selve varemerket som ivaretas, men den konkurranserettslige fordelene ved at kvalitetskonkurransen i det relevante markedet fremmes. Dette innebærer at det varemerkerettslige aspektet som ligger til grunn for kvalitetskontrollen ivaretas såfremt konkurransen har nytte av det, men ikke lenger enn det. Sett fra et varemerkerettslig perspektiv kan det stilles spørsmål ved om dette er tilstrekkelig.

Eneretten til merket tilsier i utgangspunktet at innehaver kan sette de vilkår han måtte ønske for at distributørene skal få anvende det i den videre distribusjonen av merkevarer. Allerede ved konsumpsjonsprinsippet avgrenses varemerkeinnehavers enerett ved at den ikke lenger kan påberopes i den videre omsetningen av varen, for eksempel for å hindre parallellimport. Dette prinsippet griper ikke inn i varemerkeinnehavers kontraktsfrihet, men i eneretten som sådan. Dersom det ved kontrakten legges hindringer for parallellimporten får konkurranseloven § 10 anvendelse, og det er i stor grad samme type hensyn som ligger bak; det indre marked med fri flyt av varer og tjenester og fri konkurranse over landegrensene. Kanskje kan konsumpsjonsprinsippet og dets konsekvenser trekkes frem som argument for at det bør tillates visse begrensninger innefor konkurranserettens rammer.

For at konkurransemarkedet skal fungere på en effektiv måte, og for å oppnå de EØS-rettslige mål, må det også settes grenser for enerettens omfang. De to rettsområdene fungerer sammen så langt det er mulig for å skape en effektiv konkurranse. Eneretten stimulerer til skapende innsatser og dermed konkurranse. Gjennom sine investeringer for å

opparbeide et kvalitetsrenommé for sitt varemerke bidrar varemerke innehaver også til konkurransen i markedet ved at forbrukerne trekkes mot merkevarene. Denne etterspørselen fremmer igjen konkurransen. For å tilfredsstille etterspørselen kan det være nødvendig å anvende eksterne aktører for en mer effektiv distribusjon av varene, og til gjengjeld kan det settes vilkår for deres distribusjon for å ivareta kvalitetshensynet, som igjen fremmer kvalitetskonkurransen. Slik går hjulene rundt i et økonomisk effektivt marked der varemerke innehavers og samfunnets interesser må balanseres på en slik måte at det ikke stopper opp. Kvalitetskonkurransen ved distribusjon av merkevarer er nødvendig for å fremme konkurransen i det relevante markedet, men konkurranseloven § 10 trekker grensen der samfunnet ikke lenger vil ha nytte av denne kontrollen.

Litteraturliste

Bøker

Etter forfatter

Christou, Richard. *International Agency, Distribution and Licensing agreements* 5.utg. Sweet & Maxwell, London 2008.

Cornish, William, og David Llewelyn *Intellectual Property: patents, copyright, trade marks and allied rights*. 5. utgave Sweet & Maxwell, London, 2003

Jeremiah, Joanna R. *Merchandising intellectual property rights* John Wiley & Sons Ltd, Chichester, 1997

Koktvedgaard, Mogens. *Lærebog i immaterialret* 7.utgave revidert av Jens Schovsbo. København 2005.

Kolstad, Olav *Fra konkurransepolitikk til konkurranserett* Oslo, 1998

Korah, Valentine *Intellectual Property rights and the EC Competition rules* Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon 2006.

Korah, Valentine og Denis O'Sullivan *Distribution agreements under the EC competition rules* Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002.

Lassen, Birger Stuevold og Are Stenvik *Oversikt over norsk varemerkerett* 2. utgave, Oslo, 2003

Levin, Marianne *Noveller i vaumärkesrätt* Stockholm, 1990

Lunde, Tore *Distribusjonsavtaler i konkurranserettsleg perspektiv* Bergen, 2007

Mæstad, Ottar. *Vertikal kontroll, en litteraturstudie i teorien om vertikale bindinger mellom leverandør og videreforhandlere* SNF-prosjekt 231 i ”Markedsstruktur og konkurranse”. Bergen, 1991.

Olsen, Leif. *Distribusjonssystem for dagligvarer: Strukturelle hovedtrekk*. Prosjektrapport nr. 9 (1975) for Fondet for markeds- og distribusjonsforskning. Oslo, 1975

Schovsbo, Jens og Morten Rosenmeier, *Immaterialret* København, 2008

Skogly, Trond og Alf I. Kirkesæther *Konkurranserett* Oslo, 2000

Smith-Meyer, Sonja *Immaterielle rettigheter: patenter, mønstre, varemerker* 1996

Whish, Richard *Competition Law* 6th edition, Oxford University Press, Oxford, 2008.

Wilkoff, Neil J. og Daniel Burkitt *Trade Mark Licensing* 2.utgave Sweet and Maxwell, London 2005

Woxholt, Geir. *Avtalerett* 6.utgave Oslo, 2006

Etter verk

EØS-rett. Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad. 2. utgave, Oslo, 2003

Grundlæggende immaterialret. Bjørn Ryberg, Martin Kyst, Martin, Sick Nielsen, Peter Schønning og Knud Wallberg. 1.utgave, København, 2004.

Immaterialrätt och otilbörlig konkurrens. Ulf Bernitz, Gunnar Karnell, Lars Pehrson og Claes Sandgren. 11. utgave, Stockholm, 2009.

Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer Harald Evensen og Eivind Sæveraas (red.) Oslo, 2009

Konkurrenceretten i EU Andreas Christensen, Caroline Heide-Jørgensen, Simon Evers Hjelmberg, Jan Magne Langseth, Sune T. Poulsen, Charlotte Friis Bach Ryhl og Jens Schovsbo. 2. utgave, København 2005.

Norsk konkurranserett Olav Kolstad, Anders Ryssdal (Bind I), og Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng (Bind II). Oslo, 2007

Svensk Konkurrensrätt Leif Gustafsson, Jacob Westin, Clara Wrangel og Carl Bökwall. 2. utgave Stockholm 1998

Kapitler i bøker

Lassen, Birger Stuevold *Åndsretten* i Knophs oversikt over Norges rett, 12. utgave, Oslo 2004

Reimers, Felix og Ragnar Vik. *Avtaler om lisensiering av immaterielle rettigheter* i Immaterialrett og produktetterligning mv. etter markedsføringsloven. Oslo, 2009, kapittel 9.

Rognstad, Ole-Andreas *Konsumpsjonsprinsippet og konkurransereglene – konflikt eller harmoni?* I Aktuell immaterialrett, Oslo 2008, s. 275-288

Stene, Toril Melander *Kjennetegnsrett* i Immaterialrett og produktetterligning mv. etter markedsføringsloven. Oslo, 2009, kapittel 2.

Teigum, Siri, § 93. *Konkurransbegrensningsrett i Knophs oversikt over Norges rett*, 12.utgave, Oslo, 2004

Artikler

Batchelor, Bill og Melissa Healy *European Court of Justice gives brand owners new remedies against unauthorised resellers*, Case Analysis i E.C.L.R. [2009] nr.9 s. 470-471

Dethmers, Frances og Pier Posthuma de Boer *Ten Years on: Vertical agreements under article 81 E.C.L.R.* 2009 nr. 9 s.424-439

Granmar, Claes *Some Reflections upon Branding and Trade Marks* i Nordiskt Immaterieellt Rättsskydd 2/2006 s.103

Graver, Hans Petter *Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranse-loven § 11. Fagfelle-vurdert artikkel* i Lov og rett nr. 06, 2004 s 340-359

Graver, Hans Petter *Internasjonale konvensjoner som rettskilde* i Lov og rett nr. 08, 2003 s.468-489

Kolstad, Olav *Avtaler om eksklusiv kjøpsplikt og nettverkseffekt etter EØS-avtalens artikkel 53* i Lov og rett nr. 04-05, 2003

Kolstad, Olav *Konkurranseloven som virkemiddel til å fremme "forbrukernes interesser"* i Tidsskrift for rettsvitenskap 2005 s.1-94

Lugard, Paul og Leigh Hancher *Honey, I shrunk the article! A critical assesment of the Commision's notice on Article 81(3) of the EC Treaty* i E.C.L.R. 2004, 25(7) s.410-420

Pate, Hewitt R *Competition and Intellectual property in the US.: Licensing freedom and the limits of antitrust*. 2005 EU Competition Workshop. Som vedlegg i Harvey I. Safersteins artikkel ”Patent licensing and the antitrust laws” i Patents, Copyrights, Trademarks and Literary Property Course Handbook series, PLI order no. 12299, January 2007. Hentet fra Westlaw.com

Rognstad, Ole Andreas. *EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis som rettskilder ved tolkningen av EØS-avtalen* i Tidsskrift for rettsvitenskap 2001 s. 435

Rognstad, Ole Andreas. *Avtalelisenser* i Nordiskt Immaterielt Rättsskydd 2/2004 s.151

Stormoen, Trude. *Selektive distribusjonsavtaler og EF-traktaten artikkel 81 [1]* i TFF 2002-2 s. 207-250

Svensson, Jenny *Varumärkeslicenser och EG-rättens förbud mot konkurrensbegränsande avtal* i Nordiskt Immaterielt Rättsskydd 1/2003 s.20

Varemerkeinhavere rettigheter ved selektiv distribusjon, Senter for Europarett; Dejan Kubric, Lone Vel Midtbø og Karoline Wiermyhr, i Eurorett nr.8 2009

Lover, forskrifter og forarbeider

Norsk lov

- 1961 Lov om varemerker (varemerkeloven) av 3. mars 1961 nr. 4
- 1992 EØS-loven Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-loven) av. 27.november 1992 nr.109
- 2004 Lov om konkurransen mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12
- 2004 Lov om gjennomføring og kontroll med EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 11

Forskrifter

- 2004 Forskrift om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden av 17.august 2004 nr. 1196
- 2004 Forskrift om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden på motorvognsektoren av 17.august 2004 nr. 1197

Forarbeider

- Ot.prp.nr.72 Ot.prp.nr.72 (1991-1992) Om lov om lovvalg i forsikring, lov om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalens vedlegg V punkt 2 om fri bevegelse for arbeidstakere m.v innenfor EØS og lov om endringer i enkelte lover som følge av EØS-avtalen
- Ot.prp.nr.6 Ot.prp.nr.6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og B) Om lov

om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler
mv.(EØS-konkurranseloven)

Ot.prp.nr.98 Ot.prp.nr.98 (2008-2009) Om lov om beskyttelse av
varemerker(varemerkeloven)

Traktater

EØS-avtalen Avtale om det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde, 2. mai 1992

EF-traktaten Traktat om opprettelse av det Europeiske Fellesskap, 1957

Domsregister

Norsk Høyesterett

Rt.2006.1473

Rt.2000.1118

Rt.1998.1988

Rt.1997.1859

Norsk Lagmannsrett

LH-2008-144454

EF-domstolens avgjørelser

Forende saker 56/64 og 58/64 *Consten & Grundig mot Kommisjonen* saml. Sml. 1965-
1968 s.299

sak 56/65 *Soiété Technique Minière mot Maschinenbau Ulm* Sml. 1965-68 s.282

Sak 23/67 *Brasserie de Haecht mot Wilkin-Janssen* Sml. 1965-68 s.421

sak 74/69 *Hauptzollamt Bremen-Freihafen mot Waren-import-Gesellschaft Krohn &
CO.* Sml. 1970 s. 451

- Sak 6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. mot Kommisjonen* Sml. 1973 s.215
- Sak 26/76 *Metro mot Kommisjonen* Sml. 1977 s.1875
- Sak 99/79 *Lancôme SA etc mot Etos BV* Sml. 1980 s.2511
- sak 126/80 *Maria Slonia mot Giorgio Poidamani* Sml. 1981 s.1563
- Sak 27/87 *SPRL Lois Erauw-Jacquery mot Société Coopérative La Hesbignonne* Sml. 1988 s.1919
- Sak 234/89 *Delimitis mot Henninger Bräu* Sml. 1991 s. I-935
- Sak C-7/95 P *John Deere Ltd mot Kommisjonen* Sml.1998 s. I-3111
- Forende saker C-215/96 og C-216/96 *Carlo Bagnasco mot BNP* Saml. 1999 s. I-135
- Sak C-63/97 *BMW mot Ronald Karel Deenik* Sml. 1999 s. I-905
- Sak C-337/97 *Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV mot Evora BV* Sml. 1997 s. I-6013
- Sak C-379/97 *Pharmacia & Upjohn SA mot Paranova A/S* Sml. 1999 s. I-6927
- Sak C-173/98 *Sebago Inc.and Ancienne Maison Dubois et Fils SA* Sml. 1999 s. I-4103
- sak C-214/99 *Neste Markkinointi & Tötuuli Ky m.fl* sml 2001 s. I-11121
- Sak C-143/00 *Boehringer Ingelheim and others* Sml. 2002 s. I-3759
- Sak C-273/00 *Ralf Sieckmann mot Deutches Patent und Markenamt* Sml. 2002 s. I-11737
- Sak C-206/01 *Arsenal Football Club plc mot Matthew Reed* Sml. 2002 s. I-10273
- Sak C-49/02 *Heidelberger Bauchemie* Sml. 2004 s. I-6129
- Sak C-551/03 *General Motors mot Kommisjonen* Sml. 2006 s. I-3173
- Sak C-59/08 *Copad SA mot Christian Dior couture SA og Société industrielle lingerie (SIL)* Avsagt 23.4.2009
- Sak C-501/06 *GlaxoSmithKline m.fl mot Kommisjonen* avsagt 6.oktober 2009 av Domstolen i tredje avdeling

Førsteinstansretten

Sak T-112/99 *Métropole Télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, Franve Télécom og Télévision française 1 SA (TF1) mot Kommisjonen* Sml. 2001 s. II-2459

Forende saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94 *European Night Services m.fl. mot Kommisjonen* Sml. 1998 s. II-3141

T/17/93 *Matra Hachette mot Kommisjonen* Sml. 1994 s. II-595

T-175/95 *BASF v Kommisjonen* Sml 1999 s. II-1581

T-168/01 *GlaxoSmithKline mot Kommisjonen* Sml. 2006 s. II-2969

T-65/98 *Van den Bergh Foods Ltd mot Kommisjonen* Sml. 2003 s. II-4653

EFTA-domstolen

Sak E-3/97 *Jan og Kristian Jæger AS mot Opel Norge AS* REC 1998 s.1

Sak E-7/01 *Hegelstad v Hydro Texaco* REC 2002 s.114

Kommisjonsavgjørelser

EFT 1985, *Villeroy & Boch* L 376 s. 15

Forordninger, direktiver, kunngjøringer og retningslinjer

Rådsforordning 1/2003 Om gjennomføring av konkurransereglene i EF-traktatens artikkel 81 og 82, av 16.12.2002, EFT L 1/1 av 4.1.2003

Rdir 89/104/EØF Første Rådskdirektiv av 21.12.1988 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om varemerker (Varemerkedirektivet)

Kfo 2790/1999 EF Om anvendelse af EF-traktatens artikkel 81 stk.3 på vertikale aftaler om samordnet praksis, af 29.12.1999, EFT L 336

EFT [1997] C- 372/5 Kommisjonens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret

EFT [2001] C 368/13 Kommisjonens meddelelse ”om avtaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning i konkurrencen i henhold til artikkel 81 stk. 1, i traktaten om opprettelse ad Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler)”

98/EØS/28/01 Kunngjøring fra Eftas Overvåkningsorgan om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i det Europeisk Økonomiske Samarbeidsområde (vedtak 46/98/COL av 4.3.1998)

2003/EØS/15/11 Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avtaler av mindre betydning som ikke merkbart begrenser konkurransen i henhold til EØS-avtalens art. 53 nr.1 (de minimis)

2009/C 5365/2 Udkast til Kommisjonens Forordning nr. Om anvendelsen af EF-traktatens artikkel 81. stk. 3 på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis

Retningslinjer

2000/C 291/01 Kommisjonens meddelelse: Retningslinjer for vertikale begrensninger

2002/EØS/2603 Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan: Retningslinjer for vertikale begrensninger

2004/C 101/08 Kommisjonens meddelelse: Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikkel 81 stk.3

2007/EØS/42/01 Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan: retningslinjer for
anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53.3

Utkast til vertikale retningslinjer i tråd med vedtagelsen av ny forordning tilgjengelig på:
http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/index.html

Nettdokumenter

Manshaus, Halvor. *Kommentar til varemerkeloven* (Opprinnelig ved Peter Nitter) i Norsk lovkommentar nettversjon. [4. september 2009]

Kolstad, Olav. *Kommentar til Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)*. i Norsk lovkommentar nettversjon. [13.08.09]

Rønning, Debbie *Taste, smell and sounds – Future Trademarks?* Oslo, 2004.

http://www.patentstyret.no/no/Varemerke/Artikler_om_varemerker/Taste_smell_and_sounds/

Patentstyrets definisjon av merkevare (2004) på:

http://www.patentstyret.no/no/Ord_og_uttrykk/Merkevare/ [siteret 28.9.2009]

<http://www.patentstyret.no/no/Varemerke/Varefortegnelse/>

Temaark vedrørende konkurranse-loven § 10 på:

<http://www.konkurransetilsynet.no/no/Konkurranseregler/Konkurranseregler/>

Parallellimport og varemerker på

http://www.bedriftieu.no/templates/eic2/Page_Meta_____60651.aspx

Unntak fra fri konkurranse på

http://www.bedriftieu.no/templates/eic2/Page_Meta.aspx?id=60648

Typiske problemer for ulike avtaletyper på

http://www.bedriftieu.no/templates/eic2/Page_Meta.aspx?id=60646

Konkurransbegrensninger i lisensavtaler – forholdet til konkurranseloven hentet fra

www.rettsdata.no

<http://www.skeidar.no/omskeidar>

<http://no.wikipedia.org/wiki/LEGO>

Øvrige kilder

Samtale med lovrådgiver Magnus Hauge Greaker, 22245387, september 2009.

