

UiO : Det juridiske fakultet

Selektiv distribusjon, og forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid jf § 10 første ledd

Kandidatnummer: 660

Leveringsfrist: 26 november 2012 kl 12.00

Antall ord: 14395



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema og problemstillinger	1
1.2	Terminologi.....	3
1.2.1	Distribusjonsavtale	3
1.2.2	Vertikal avtale.....	4
1.3	Rettskilder	5
1.3.1	Konkurranseloven og relevant praksis	5
1.3.2	Gruppeunntaket for vertikale avtaler	6
1.3.3	Retningslinjene	7
1.4	Avgrensinger	8
2	KONKURRANSELOVEN § 10 FØRSTE LEDD	9
2.1	Innledning	9
2.2	Konkurransbegrensingskriteriet	11
2.3	Selektive distribusjonsavtaler som ikke anses konkurransebegrensende etter § 10 første ledd	15
2.3.1	Metro kriteriene	15
2.3.2	Produktets art	17
2.3.3	Kvalitative kriterier.....	22
2.3.4	Nødvendighet.....	24
2.3.5	Unntak ved nettverk av lignende avtaler	27
2.4	Selektive distribusjonsavtaler som er konkurransebegrensende etter § 10 første ledd.....	30
2.4.1	Innlending	30
2.4.2	Direkte kvantitative begrensinger	31
2.4.3	Indirekte kvantitative begrensinger	32
2.5	Konklusjon	36

3 GRUPPEUNNTAKET FOR VERTIKALE AVTALER	36
3.1 Innledning	36
3.2 Nærmere om utvelgelseskriteriene under gruppeunntaket	37
3.3 Gruppeunntakets anvendelsesområde	39
3.4 Gruppeunntakets markedsandelskrav	40
3.5 Alvorlige begrensinger.....	42
3.5.1 Innledning	42
3.5.2 Bindende videresalgspriser	43
3.5.3 Område- eller kunderestriksjoner	43
3.5.4 Begrensing av salg til sluttbrukere	46
3.5.5 Begrensinger i kryssleveranser mellom forhandlere	48
3.6 Konkurransesklausuler	49
3.7 Konklusjon	50
4 FRITAK UTENFOR GRUPPEUNNTAKET	51
4.1 Innledning	51
4.2 Effektivitetsfordeler ved selektive distribusjonsavtaler	54
4.3 Konklusjon	57
5 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	57
6. LITTERATURLISTE	

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstillinger

Oppgavens tema er hvordan selektive distribusjonsavtaler vurderes i forhold til forbudet mot konkurransebergrensende samarbeid i konkurranseloven § 10 første ledd.

Selektive distribusjonsavtaler er definert i gruppeunntaket for vertikale avtaler som:

”...et distribusjonssystem der leverandøren påtar seg å selge varene eller tjenestene som omfattes av avtalen, enten direkte eller indirekte, bare til forhandlere som er utvalgt på grunnlag av bestemte kriterier, og der disse forhandlerne påtar seg å ikke selge slike varer eller tjenester til forhandlere som ikke er godkjent innenfor det området som leverandøren har reservert for å drive dette systemet”¹

Selektiv distribusjon er dermed en begrenset distribusjonsform, der leverandøren forplikter seg til å bare selge til forhandlere han har valgt ut etter bestemte utvelgelseskriterier. Slike utvelgelseskriterier leverandøren kan oppstille ovenfor distributøren kan for eksempel være at distributøren må ha faglig kompetanse, samt kunne tilby veiledning ved kjøp.

Samtidig begrenser selektiv distribusjon distributørens videresalgsmuligheter. Ved at forhandlerne forplikter seg til å ikke selge varene til andre forhandlere som ikke er godkjent av leverandøren.² Konsekvensen av selektiv distribusjon er at ikke godkjente distributører blir avskåret fra å distribuere slike produkter. Formålet med å opprette et selektivt distribusjonssystem er å kontrollere hvem som kan distribuere varene med tanke på kvalitet og service, samtidig begrense videresalgsmulighetene slik at det ikke blir like stor konkurranse

¹ Forskrift om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden, forskrift nr 898 av 21 juni 2010 jf § 1 bokstav e

² Konkurrenceretten i EU(2009) s 377

på varene.³ Selektiv distribusjon benyttes særlig ved distribusjon av merkevarer for eksempel fjernsyn samt luksusprodukter som klokker, vesker og parfymer.⁴

Selektive distribusjonsavtaler kan ha mange positive effekter⁵, men samtidig ha negative virkninger⁶ som kan være problematiske i forhold til forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, jf § 10 første ledd. Selektiv distribusjon kan medføre begrensinger i intra-brand konkurransen, da ikke alle får mulighet til å distribuere varene.⁷ Konkurransen på den aktuelle varen blir svekket i forhold til hva som hadde vært tilfelle dersom man kunne distribuere varene fritt. Dermed må man vurdere om slike selektive distribusjonsavtaler er konkurransebegrensende etter § 10 første ledd.

Oppgaven vil redegjøre for når selektive distribusjonsavtaler som på grunn av restriksjoner, anser å *"hindre, innskrenke eller vri konkurransen"* etter konkurranseloven § 10 første ledd. Det har blitt dannet en del praksis på området for selektiv distribusjon. Praksisen som er utformet av kommisjonen samt EF domstolen sonderer mellom kvalitativ og kvantitativ selektiv distribusjon. Denne praksisen viser at kvalitative selektive distribusjoner som oppfyller visse vilkår ikke anses å være konkurransebegrensende etter § 10 første ledd. For at kvalitative selektive distribusjonsavtaler ikke skal omfattes av §10 første ledd, har det blitt oppstilt tre vilkår. Oppgaven vil nærmere behandle innholdet i disse vilkårene og hva som skal til for at de anses som oppfylt.

Kvantitative selektive distribusjonssystemer tilføyer flere utvelgelseskriterier enn de kvalitative. Slike kriterier begrenser distribusjonen og vil dermed være konkurransebegrensende

³ Korah (2002) s 85

⁴ Nærmere hvilke produkter det kan dannes et selektivt distribusjonssystem for i kap 2.3.2

⁵ nærmere om positive virkninger av selektiv distribusjon i kap. 4

⁶ nærmere om de negative virkningene av selektiv distribusjon i kap. 2.2

⁷ Nærmere om intra-brand konkurransen i kap 2.2

etter § 10 første ledd. Ett eksempel på slike kvantitative kriterier som har blitt ansett konkurransebegrensende etter § 10 første ledd er kriterier som begrenser hvor mange distributører som kan distribuere den aktuelle varen.

Det er først dersom den selektive distribusjonsavtalen anses konkurransebegrensende etter § 10 første ledd at det blir det nødvendig å vurdere om unntakene kan komme til anvendelse. Den selektive distribusjonsavtalen kan bli unntatt på bakgrunn av gruppeunntaket for vertikale avtaler. For at gruppeunntaket skal komme til anvendelse må visse vilkår være oppfylt.⁸ Det er først dersom gruppeunntaket ikke kommer til anvendelse at det blir nødvendig å vurdere om unntakene i § 10 tredje ledd er tilfredsstillende. Det må foretas en konkret vurdering av den selektive distribusjonsavtalen for å se om den har positive virkninger som oppveier de negative.⁹

Det tas sikte på å gi en oversikt over gjeldende regelverk for selektive distribusjonsavtaler, samt eksempler på hvordan domstolene har behandlet saker som omhandler selektiv distribusjon.

1.2 Terminologi

1.2.1 Distribusjonsavtale

I selektiv distribusjon vil det foreligge en distribusjonsavtale, og dermed krever dette begreper nærmere forklaring. Distribusjonsavtale vil foreligge der en leverandør ikke vil distribuere varene selv, men overlater det til andre som skal distribuere det for han.¹⁰ Mellom leverandøren og den han vil skal distribuere varene, kan det bli inngått en distribusjonsavtale der leveranseforholdet reguleres.¹¹ For eksempel kan avtalen inneholde bestemmelser

⁸ Nærmere om gruppeunntaket i kap.3

⁹ nærmere om unntaket i § 10 tredje ledd i kap 4

¹⁰ Kolstad (2007) 441

¹¹ Ic

om hvor distributøren kan selge varene og hvor mye han kan selge for. Denne distribusjonsavtalen vil da kunne påvirke konkurransen på grunn av de restriksjonene som har blitt oppstilt. Slike distribusjonsavtaler må da vurderes i forhold til forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i § 10 første ledd, for om de kan tillattes eller ikke.¹²

1.2.2 Vertikal avtale

Selektiv distribusjon er en av flere typer vertikale avtaler¹³. Vertikale avtaler er avtaler mellom virksomheter som befinner seg på forskjellige nivåer i omsetningen.¹⁴ Det blir i gruppeunntakets § 2 første ledd definert hva som regnes som en vertikal avtale:

”...avtaler og samordnet opptreden inngått mellom to eller flere foretak der hvert av dem, i henhold til avtalen, driver sin virksomhet innen ulike ledd i produksjons eller distribusjonskjeden, og som gjelder vilkårene for partenes kjøp, salg eller videresalg av varer eller tjenester...”

En vertikal avtale vil for eksempel oppstå der leverandøren ikke vil organisere distribusjonen selv, men ved å inngå avtaler med eksterne distributører.¹⁵ For eksempel mellom en leverandør og en distributør, slik som i selektive distribusjonsavtaler. I motsetning til vertikale avtaler har vi horisontale avtaler som er inngått på samme trinn eller nivå i omsetningskjeden. For at gruppeunntaket skal komme til anvendelse kreves det at det foreligger en ”vertikal avtale”, og gruppeunntaket fritar alle vertikale avtaler dersom vilkåret er oppfylt.¹⁶

¹² Ic.

¹³ eksempel på andre vertikale avtaler er eksklusiv distribusjon, agentavtaler, eneforhandlingsavtaler og franchising.

¹⁴ Gruppeunntakets § 2

¹⁵ Kolstad (2007) s 441

¹⁶ jf nærmere om kravet til vertikal avtaler under gruppeunntaket i kap 3

1.3 Rettskilder

1.3.1 Konkurranseloven og relevant praksis

Det rettslige utgangspunktet for oppgaven er forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i konkurranseloven § 10 første ledd (heretter forkortet krrl).¹⁷ Konkurranseloven er utformet etter samme modell som EU traktatens art 101 og EØS avtalens art 53¹⁸. Den skal tolkes i samsvar med disse regelverkene.¹⁹ Det følger av forarbeidene til konkurranseloven at § 10 skal tolkes i samsvar med EØS avtalens art 53:

*”...den norske konkurranselovgivning harmoniseres med EØS-avtalens konkurranse-regler for foretak. I likhet med utvalget legger departementet til grunn at EØS-avtalen artikkel 53 og 54 skal fungere som modell for konkurranseloven.”*²⁰

Samtidig skal EØS-avtalen tolkes i samsvar med EU- regelverket. Dermed blir også EU-traktaten art 101 relevant ved tolkningen av § 10.

Konkurranseloven § 10 står i samme stilling som annen norsk lov, og vil ved motstrid måtte vike for fellesskapsretten.²¹

Praksis fra EU domstolen²², EFTA domstolen, Kommisjonen og ESA som har blitt utformet på bakgrunn av EU og EØS reglene vil få betydning for tolkningen av konkurranselovens §10. Dette på bakgrunn av harmoniseringsbetraktninger,²³ som også uttrykt i forar-

¹⁷ Jf Lov 5.mars 2004 nr 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

¹⁸ EØS-loven, lov av 27 november 1992 nr 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) mv.

¹⁹ Kolstad (2007) s 31

²⁰ jf ot.prop. nr 6 (2003-2004) s68

²¹ Kolstad (2007) s 31

²² Praksis fra EF- domstolen vil fortsatt være relevant

²³ Lunde (2007) s 23

beidene.²⁴ Dette vil være tungtveiende kilder i oppgaven. Slik praksis som er utformet på området for selektiv distribusjon vil bli nærmere behandlet.

1.3.2 Gruppeunntaket for vertikale avtaler

En annen sentral kilde for behandlingen av selektive distribusjonsavtaler er gruppeunntaket for vertikale avtaler (heretter forkortet gruppeunntaket).²⁵ Dette gruppeunntaket har blitt gitt ved forskrift med hjemmel i § 10 fjerde ledd, som er tilnærmet lik gruppeunntaket for EU traktaten art 101 og EØS avtalen art 53.²⁶ Oppgaven vil heretter behandle forskriftenes bestemmelser.

Gruppeunntaket er et unntak fra hovedregelen om forbudet mot konkurransebegrensede avtaler i konkurranseloven § 10 første ledd.²⁷ Gruppeunntaket omfatter alle vertikale avtaler,²⁸ dette er stort sett avtaler som etter en erfaring oppfyller vilkårene i § 10 tredje ledd.²⁹ At et gruppeunntak har blitt til med et så bredt anvendelsesområde har sin bakgrunn i at vertikale avtaler generelt anses å medføre fordeler. Slike fordeler kan være økonomisk effektivitet, bedre koordinering og reduksjon av distribusjonsomkostninger.³⁰

For at gruppeunntaket skal komme til anvendelse oppstiller forskriften en del vilkår som må være oppfylt.³¹

²⁴ jf ot.prp nr 6(2003-2004) s 68

²⁵ Commissions Regulation 330/2010 of April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Function of the European Union to categories of vertical agreements and concerted parties, Official Journal L 102/1

²⁶ Forskrift 2010- 06-21 nr 898: Forskrift om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden

²⁷ Gruppeunntakets § 2

²⁸ Jones (2011) s 670 jf nærmere om vertikale avtaler i punkt 1.2.2.

²⁹ Whish (2012) s 651 jf Lunde (2007) s 10

³⁰ Konkurrenteretten i EU (2009) s 410

³¹ nærmere om vilkårene for at gruppeunntaket skal komme til anvendelse i kap.3

1.3.3 Retningslinjene

En annen sentral rettskilde for oppgaven er kommisjonens meddelelse om retningslinjer for anvendelse av TFEU artikkel 101 på vertikale restriksjoner (heretter forkortet ” retningslinjene”).³² Retningslinjene er av betydning for forståelsen av gruppeunntaket, men også for individuell vurdering der avtalen faller utenfor gruppeunntaket.³³ De har som formål å skape forutsigbarhet om hva som ligger i vilkårene og når de kommer til anvendelse. Dette blir uttrykt i retningslinjene:

*” By issuing these Guidelines the Commisjjon aims to help companies ti make their own assessment of vertical agreements under the EU competition rules”*³⁴

Retningslinjene er ikke nevnt i listen over rettskilder i fellesskapsretten, og blir betraktet som ”soft law”.³⁵ De er dermed ikke bindende for Retten i første instans og EU domstolen. Men de kan også få betydning ved tolkningen av de ulike bestemmelsene.³⁶ Retningslinjene vil være et verktøy for hvordan man skal utøve skjønn for vertikale restriksjoner.³⁷ Retningslinjene vil få større betydning dersom det ikke finnes andre rettskilder på området som behandles.³⁸På den andre siden vil retningslinjene bli oppfattet som bindene for kommisjonen på bakgrunn av at det var de som utformet disse.³⁹

³² Guidelines on Vertical Restraints, Official Journal 19.05.2010 c 130

³³ Korah (2002) s124

³⁴ Retningslinjene asvnitt 3

³⁵ Mendelsohn (2002) s 69 jf Lunde (2007) s 11

³⁶ Lunde (2007) s 11

³⁷ Wijckmans (2011) s 27

³⁸ Lunde 2007 s 25

³⁹ Lunde (2007) s 11

Det har blitt reist kritikk mot retningslinjene, dette på bakgrunn av at de angir kommisjonens konklusjoner uten å forklare bakgrunnen samt hvorfor de kommer til det aktuelle resultatet.⁴⁰

1.4 Avgrensinger

Det er i krrl § 10 først ledd oppstilt fire kumulative vilkår som må være oppfylt for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Videre i oppgaven vil konkurransebegrensingsvilkåret bli nærmere behandlet, med hensyn til selektiv distribusjon.⁴¹ De andre vilkårene i § 10 første ledd vil bli nevnt men ikke grundig behandlet, ved at de er generelle og reiser ikke særskilte spørsmål med tanke på selektive distribusjonsavtaler.

Under behandlingen av gruppeunntaket for vertikale avtaler i kap 3 vil vilkårene for at gruppeunntaket skal komme til anvendelse bli nærmere behandlet. Oppgaven vil stor grad ha fokus på de vilkårene og begrensingene som er aktuelle for selektiv distribusjon. De andre vil bli nevnt, men ikke grundig behandlet.

Oppgaven vil konsentrere seg om gruppeunntaket for vertikale avtaler. Dette til tross for at selektiv distribusjon også kan benyttes i bilbransjen. Her er det et eget gruppeunntak for motorvogn⁴², der reglene også er konsekvent strengere for slike avtaler. Gruppeunntaket for vertikale avtaler kommer ikke til anvendelse dersom det hører under virksomhetsområdet for et annet gruppeunntak⁴³. Nærmere om gruppeunntaket for motorvogn vil ikke bli behandlet i denne oppgaven.

⁴⁰ Korah(2002) s 124

⁴¹ jf nærmere behandling av konkurransebegrensingskriteriet i pkt 2.2

⁴² jf Forskrift om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden i motorvognsektoren, forskrift nr 1214 av 24. August 2010

⁴³ jf Gruppeunntakets § 2 nr 5

2 Konkurranseloven § 10 første ledd

2.1 Innledning

Konkurranseloven § 10 første ledd har en hovedregel om at ”*enhver avtale, samordnet opptreden eller beslutning truffet av sammenslutninger av foretak, som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen er forbudt*”. Dersom en avtale, samordnet opptreden eller beslutning truffet av sammenslutning av foretak som er strid med § 10 første ledd blir avtalen ugyldig, jf § 10 annet ledd⁴⁴

Formålet bak bestemmelsen er uttrykt i lovens § 1 der konkurranseloven skal:

*”fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser”*⁴⁵

Dette formålet går ut på at konkurransereguleringen skal bidra til at det foreligger konkurranse på markedet. Den økte konkurransen vil bidra til en mer effektiv bruk av samfunnets ressurser, ved at konkurranse kan bidra til lavere priser og bedre produkter. Forbrukerne vil sitte igjen med mer enn det de ville hatt dersom konkurransen var begrenset.⁴⁶

Det følger av denne bestemmelsen at det er fire kumulative vilkår som må være oppfylt for at § 10 første ledd skal komme til anvendelse.⁴⁷

Det første vilkåret er knyttet til formen for samarbeid. For at samarbeidet skal omfattes av § 10 første ledd må det foreligge en avtale, samordnet opptreden eller beslutning truffet av sammenslutninger av foretak. Avtalebegrepet har i EU retten har et mye videre anvendelsesområdet, enn hva som er tilfellet i nasjonal rett.⁴⁸ Hva som ligger i begrepet ”avtale” ble

⁴⁴ Konkurrenceretten i Eu (2009) s 68

⁴⁵ Krrl § 1 første ledd

⁴⁶ Kolstad (2007) s 92

⁴⁷ Whish (2012) s 82 jf Kolstad (2007) s 226

⁴⁸ Konkurrenceretten i Eu (2009) s 90

avgjort i *Chemiefarma-saken*⁴⁹. Domstolen kom frem til at partene måtte gi uttrykk for at de hadde en felles vilje til å koordinere atferden for at det skulle foreligge en ”avtale”. Muntlige, skriftlige, uttrykkelige og stilltiende avtaler vil omfattes av begrepet.⁵⁰

Formålet bak vilkåret er å sikre at ethvert samarbeid mellom foretak som krenker § 10 første ledd rammes.⁵¹ En selektiv distribusjonsavtale vil dermed være omfattet. Andre distribusjonsavtaler der vilkåret er oppfylt for er for eksempel franchiseavtaler og eneforhandleravtaler.

Det andre vilkåret i § 10 første ledd er at samarbeidet må skje mellom ”foretak”, eller ”sammenslutninger av foretak”. Dette angir hvem som er forbudets pliktsubjekter. EF-domstolen uttrykte i *Höfner og Elsner mot Macrotron- saken*⁵² en definisjon av ”foretak”, og denne definisjonen har blitt lagt til grunn i senere praksis:

”inden for konkurrenceretten omfatter begrebet virksomhed enhver enhed, som utøver økonomisk virksomhet, uanset denne enheds retslige status og dens finansieringsmåde”

Det tredje vilkåret § 10 første ledd er at det må foreligge en atferd som har ” *til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen*”. Dette konkurransebegrensvilkåret vil bli nærmere behandlet i neste avsnitt.⁵³

I tillegg har EF domstolen innfortolket et merkbaretsvilkår som også får betydning ved anvendelsen av § 10 første ledd. Dette vilkåret kom til uttrykk i *Société Technique Minière-saken*.⁵⁴ Vilkåret går ut på at markedsatferden merkbart må påvirke konkurransen eller

⁴⁹ Jf sak C- 41/69 *Chemiefarma* mot kommisjonen, sml 1970 s 107

⁵⁰ Konkurrenceretten i EU (2009) s 90

⁵¹ Konkurrenceretten i EU (2009) s 89

⁵² sak c-41/90, Klaus Höfner og Fritz Elsner mot Macrotron GmbH, sml 1991 s I- 1979

⁵³ Nærmere om konkurransebegrensvilkåret i pkt 2.2

⁵⁴ Sak 56/65, *Société Technique Minière* mot *Maschinenbau Ulm*, Saml. 1965-68 s 282 (ECR 1966 s 211)

samhandelen for at § 10 første ledd skal komme til anvendelse.⁵⁵ Selv om alle de nevnte vilkårene ovenfor er oppfylt, vil det ikke være brudd på § 10 første ledd dersom det ikke er en merkbar påvirkning av konkurransen.

Dersom vilkårene i § 10 første ledd er oppfylt vil den selektive distribusjonsavtalen være konkurransebegrensende, og forbudt. Til tross for dette kan avtalen i visse tilfeller kunne omfattes av gruppeunntaket for vertikale avtaler dersom vilkårene er oppfylt⁵⁶. Utenfor gruppeunntakets anvendelsesområde vil også den selektive distribusjonsavtalen unnlates dersom vilkårene i § 10 tredje ledd er tilfredsstillt.⁵⁷

Oppgaven vil gå nærmere inn på konkurransebegrensvilkåret.⁵⁸ Vi skal se nærmere på tilfeller der selektiv distribusjon ikke anses å være konkurransebegrensende etter § 10 første ledd⁵⁹, og vilkårene for dette. Deretter vil oppgaven redegjøre for tilfeller der selektiv distribusjon anses å falle inn under § 10 første ledd.⁶⁰

2.2 Konkurransbegrenskriteriet

Som nevnt ovenfor forbyr § 10 første ledd avtaler ”..som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen”.

Spørsmålet blir dermed om når en selektiv distribusjonsavtale er konkurransebegrensende.

⁵⁵ Kolstad (2007) s 288

⁵⁶ nærmere behandling av gruppeunntaket i kap. 3

⁵⁷ nærmere behandling av unntaket etter § 10 tredje ledd i kap. 4

⁵⁸ nærmere om konkurransebegrenskriteriet i pkt 2.2

⁵⁹ nærmere behandling av når selektiv distribusjon ikke anses konkurransebegrensende i pkt 2.3

⁶⁰ nærmere behandling av tilfeller når selektiv distribusjon anses konkurransebegrensende etter §10 første ledd i pkt 2.4

Det følger av § 10 bokstav a- e en liste med eksempler på konkurransebegrensende avtaler som vil være i strid med forbudet:

- a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,
- b) å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,
- c) å dele opp markeder eller forsyningskilder,
- d) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
- e) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggstyelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjensiden.

Listen er ikke utømmende, og det kan oppstå flere avtaler som vil kunne omfattes av bestemmelsen.

I *Société Technique Minière-saken*⁶¹ utrykte domstolen at ”formål og virkning” i konkurransebegrensvilkåret må leses separat. Det er bare nødvendig at en av alternativene er oppfylt for at avtalen skal anses konkurransebegrensende.⁶² Man må først vurdere om den selektive distribusjonsavtalen har et konkurransebegrensende formål, hvis ikke må man se på virkningen av selektiv distribusjon.

Det ble tidlig slått fast i *Consten and Grundig-saken*⁶³ at vertikale avtaler⁶⁴ kan være konkurransebegrensende. Det finnes ikke noen autorativ definisjon av begrepet ”konkurransebegrensning”, og hva det presist betyr har vært gjenstand i en del diskusjoner.⁶⁵

Et vurderingstema for om avtalen er konkurransebegrensende er om den begrenser handlings eller konkurransefriheten til markedsaktørene.⁶⁶

⁶¹ Sak 56/65, Société Technique Minière mot Maschinenbau

⁶² Whish (2012) s 118

⁶³ Forende saker 56/64 og 58/64 Consten og Grundig mod Kommissionen, Saml.1966 s 299

⁶⁴ jf definisjonen av vertikal avtale i kap 1

⁶⁵ Konkurrenceretten i EU (2009) s 117

Om selektiv distribusjon er konkurransebegrensende må avgjøres på bakgrunn av hvilke negative virkningene en slik avtale medfører.

I retningslinjene er det uttrykt nærmere hvilke negative virkninger selektiv distribusjon kan ha.⁶⁷ For det første kan ”intra-brand” konkurransen ved selektiv distribusjon bli påvirket negativt. Med ”intra-brand” konkurranse menes konkurranse innenfor identiske produkter mellom forskjellige forhandlere av samme produkt.⁶⁸ At det blir en reduksjon på hvor mange distributører som kan distribuere produktet medfører at konkurransen på dette aktuelle produktet blir svekket.⁶⁹

At intra-brand konkurransen blir påvirket negativt ved selektiv distribusjon kan også vises på priskonkurransen.⁷⁰ Priskonkurransen blir påvirket negativt ved at det i selektive distribusjonssystemer er begrensinger på antall distributører. Dette vil igjen medføre at det er færre som kan konkurrere om pris, og dermed kan prisen settes høyere for disse produktene enn ellers.⁷¹

Videre kan også selektiv distribusjon medføre at andre distribusjonsformer blir utelukket i markedet.⁷² Dette er særlig aktuelt der hvor det eksisterer flere selektive distribusjonssystemer som begrenser muligheten for annen distribusjon på det aktuelle markedet.⁷³ For ek-

⁶⁶ dette ble sagt i sak E 7/01 Haglestad mot Hydro Texaco jf Kolstad (2007) s 256

⁶⁷ Retningslinjene avsnitt 100

⁶⁸ Konkurrenceretten i Eu (2009) s 343

⁶⁹ Retningslinjene avsnitt 100

⁷⁰ l.c

⁷¹ EU konkurrenceretten (1998) s 394

⁷² Retningslinjene pkt 100

⁷³ Kumulativ effekt blir nærmere behandlet i pkt 2.3.5

sempel kan dette være tilfellet i markeder der det foreligger mange selektive distribusjonsavtaler om distribusjon av fjernsynsapparater. Da vil det være vanskelig å bruke andre distribusjonsformer for å kunne distribuere fjernsyn.

Selektiv distribusjon vil være forbudt der hvor konkurransen i markedet begrenses. Om selektiv distribusjon er konkurransebegrensende må tolkes ut fra økonomiske analyser av markedets funksjon. Dette kom til uttrykk i *Hegelstad mot Hydro Texaco-saken* der domstolen uttrykte at:

*”Hvorvidt en avtale begrenser konkurransen, og derfor er i strid med § 10, 1.ledd og art 53 (1) EØS, er et rettslig spørsmål som må vurderes på bakgrunn av økonomiske betraktninger”*⁷⁴

Det er EU- domstolen og EFTA domstolens tolkninger av hvordan man skal forstå konkurransebegrensingsvilkåret som er avgjørende der hvor økonomisk teori ikke svarer på de tolkningsspørsmål som reiser seg.⁷⁵

Før vi fikk et gruppeunntak for vertikale avtaler som omfattet selektiv distribusjon, var reglene og prinsippene om selektiv distribusjon utviklet gjennom praksis fra kommisjonen og EF domstolen.⁷⁶ EF domstolen og kommisjonen har på området for selektiv distribusjon uttrykt for når slike avtaler anses konkurransebegrensende etter § 10 første ledd og ikke.

I flere saker har både kommisjonen og domstolen godkjent at i visse situasjoner vil man kunne bruke selektiv distribusjon, uten at det blir brudd på konkurranselovens § 10 første

⁷⁴ Sak E-7/01, *Hegelstad mot Hydro Texaco*, REC 2002 s 310 premiss 27

⁷⁵ Kolstad (2007) s 256

⁷⁶ Wijckmans (2011) s 206

ledd.⁷⁷ I denne praksisen er det en avgjørende sontring mellom rene kvalitative selektive distribusjonssystemer og kvantitativ selektiv distribusjon.⁷⁸

Praksisen som er utformet⁷⁹ på området viser at kvalitative selektive distribusjonssystemer faller utenfor hovedregelen om forbudet om konkurransebegrensende samarbeid i § 10 første ledd. Dette gjelder dersom utvelgelsen av distributører skjer på grunnlag av objektive kvalitative kriterier og anvendes uten diskriminering.⁸⁰ Slike avtaler vil ikke regnes som konkurransebegrensende. Nærmere om vilkårene som må være oppfylt for at avtalen skal falle utenfor § 10 første ledd, og unntak fra dette vil bli behandlet nedenfor.⁸¹

Kvantitative restriksjoner der utvalgskriteriene går utover de kvalitative, og som direkte begrense antall forhandlere vil medføre brudd på § 10 første ledd.⁸² Disse har blitt ansett for å være konkurransebegrensende .

2.3 Selektive distribusjonsavtaler som ikke anses konkurransebegrensende etter § 10 første ledd

2.3.1 Metro kriteriene

Som nevnt ovenfor har kommisjonen utformet en praksis om at visse kvalitative selektive distribusjonsavtaler ikke anses konkurransebegrensende etter § 10 første ledd.⁸³

Spørsmålet blir således når selektive distribusjonsavtaler kan gå fri fra hovedregelen i § 10 første ledd.

⁷⁷ Regulating competition in the EU (2008) s 93

⁷⁸ Wijckmans (2011) s 206

⁷⁹ Sak 26/76 Metro, sak 21/80 L'Oréal , sak 107/82 AEG

⁸⁰ nærmere behandling av kvalitative kriterier i kap. 2.3

⁸¹ I.c

⁸² nærmere behandling av kvantitative kriterier i kap. 2.4

⁸³ nærmere om praksis som er utformet for selektiv distribusjon i kap. 2.2

Den sentrale dommen om selektive distribusjonssystemer er *Metro-saken* (Nr 1)⁸⁴. Det var i denne saken domstolen for første gang tok opp spørsmålet om selektive distribusjonssystemer kunne være lovlig:

*” on the view the Commission has justified in recognizing that selective distribution systems constituted, together with others, an aspect of competition which accords with Article 85(1), provided that resellers are chosen on the basis of objective criteria of a qualitative nature relating to the technical qualifications of the reseller and his staff and the suitability of his trading premises and that such conditions are laid down uniformly for all potential resellers and are not applied in a discriminatory fashion ”*⁸⁵

Dommen gjald en tysk produsent av fjernsynsapparater (SABA), som distribuerte sine varer gjennom et selektivt distribusjonssystem. SABA oppstilte en rekke utvelgelseskrav til sine distributører for at de skulle kunne distribuere disse produktene. Distributøren Metro fikk ikke adgang til dette selektive distribusjonskriteriet, på bakgrunn av at de ikke tilfredstilte utvelgelseskriteriene. Domstolen kom til at noen av utvelgelseskriteriene til SABA falt utenfor hovedregelen i §10 første ledd, mens andre ble ansett som konkurransebegrensende.⁸⁶ Kravene til salgspersonalets tekniske og faglige ekspertise samt salgslokalenes innretning, ble ikke ansett som konkurransebegrensende.⁸⁷

Domstolen nevner tre kriterier som må være oppfylt for at den selektive distribusjonsavtalen skal gå fri fra § 10 første ledd.

⁸⁴ Sak 26/76, Metro mot Kommisjonen I, Sml. 1975 s 1367

⁸⁵ *ibid.* Premiss 20

⁸⁶ jf hvilken restriksjoner som er konkurransebegrensende under i pkt 2.4.

⁸⁷ Sak 26/76 Metro 1

For det første stilles det et krav til produktets art, videre er det krav om at restriksjonene må være av objektiv kvalitativt art, og til slutt må ikke restriksjonene ikke gå ut over hva som er nødvendig. Nærmere om innholdet i disse vilkårene behandles nedenfor.⁸⁸

Denne dommen har blitt fulgt i en rekke saker om selektiv distribusjon. Kriteriene som er oppstilt i denne dommen for at selektive distribusjonskriterier skal kunne gå fri fra § 10 første ledd har fått navnet ”*Metro-doktrinen*”.⁸⁹

Til tross for at et selektivt distribusjonssystem oppfyller vilkårene som er nevnt i Metro-dommen, vil det i visse tilfeller allikevel falle inn under §10 første ledd.⁹⁰ Dette blir tilfellet der det eksisterer flere selektive distribusjonsavtaler på området som utestenger konkurransen på det aktuelle markedet.⁹¹

Videre skal vi se nærmere på hvert enkelt vilkår for at det skal foreligge en kvalitativ selektiv distribusjon som faller utenfor § 10 første ledd. Deretter nærmere om unntaket for tilfeller der det foreligger nettverk av selektive distribusjonsavtaler.

2.3.2 Produktets art

For at den selektive distribusjonsavtalen skal omfattes av *Metro-doktrinen*, og gå fri fra hovedregelen i § 10 første ledd stilles det krav til produktets art. Det kan ikke dannes et selektivt distribusjonssystem for hvilket som helst produkt.⁹²

Spørsmålet blir dermed for hvilke produkter det kan dannes et selektivt distribusjonssystem for.

⁸⁸ I.c jf nærmere om vilkårene i pkt 2.3.2-2.3.4

⁸⁹ sak 107/82 AEG, sak 31/80 Loreal, sak 86/82 Hasselblad

⁹⁰ Jones (2011)s 668

⁹¹ jf nærmere behandling av kumulativ effekt i pkt 2.3.5

⁹² Metro 26/76 jf EU Konkurrenceretten (1998) s 399

Det finnes ikke noen fasit på hva som kreves av produktet for at det skal nødvendiggjøre og rettferdiggjøre en selektiv distribusjon. Ved å gjennomgå rettspraksis og kommisjonens beslutningspraksis, kan man se at det iallfall er tre grupper av produkter som tilfredsstillere kravet.⁹³

En type produkt som kan tilfredsstillere kravet til produktets art, blir uttrykt i *Metro-saken*⁹⁴. Her var saksforholdet at leverandøren SABA ville danne et selektivt distribusjonssystem for fjernsynsapparater. Spørsmålet var om det kunne dannes et slikt selektivt distribusjonssystem for slike produkter. Domstolen kom til at det var mulig å danne et selektivt distribusjonssystem i: *"in the sector covering the production of high quality and technically advanced consumer durables"*⁹⁵

Ved å tillate selektiv distribusjon for slike varer reduseres konkurransen på pris. Konkurransen reduseres ved at det blir færre som distribuerer varene og prisene kan dermed settes høyere (ved at det ikke foreligger noe konkurranse). Metro-dommen nevner at slike varer kan rettferdiggjøre reduksjonen av konkurranse på pris, ved at man tilbyr service ved og etter kjøp.⁹⁶ Domstolen uttrykker dette slik:

"..However, although price competition is so important that it can never be eliminated, it does not constitute the only effective form of competition or that to which absolute priority must in all circumstances be accorded..."

Dommen viser at det kan dannes et selektivt distribusjonssystem for produkter av høy kvalitet og teknisk avanserte varer. Dette på bakgrunn av at produktets karakter rettferdiggjør anvendelsen ved at man har et behov for veiledning ved kjøp av slike produkter. For eksempel veiledning på hvordan fjernsyn skal brukes, installeres og monteres. Hvis det ikke

⁹³ EU konkurrenseretten (1998) s 399

⁹⁴ jf nærmere om saksforhold i pkt 2.3.1 jf sak 26/76 Metro

⁹⁵ ibid. premiss 20

⁹⁶ ibid. premiss 21

kunne tillattes et selektivt distribusjonssystem for slike produkter, ville dette medføre at forbrukerne ikke ville fått den veiledningen som er nødvendig for bruken av produktene.

Vi må videre se på når man kan si at det foreligger teknisk komplekse produkter som tillater et selektivt distribusjonssystem.

Det ble slått fast i Kodak saken at fotokamera tilfredsstiller kravet til teknisk kompleks vare, og er dermed berettiget til et selektivt distribusjonssystem.⁹⁷ Videre har det også blitt slått fast i en rekke dommer at biler⁹⁸ og klokker⁹⁹ oppfyller kravene til teknisk kompleksitet. På den andre siden har for eksempel tobakk ikke blitt ansett som en teknisk kompleks vare, som nødvendiggjør og rettfærdiggjør et selektivt distribusjonssystem.¹⁰⁰

Et tvilstilfelle er om sanitærutstyr er en teknisk kompleks vare. Problemet ble tatt opp i *Ideal – Standard*¹⁰¹ der kommisjonen stilte seg tvilende til om rørleggerprodukter var teknisk avanserte varer. Kommisjonen avgjorde ikke spørsmålet, da den selektive distribusjonsavtalen uansett inneholdt utvelgelseskriterier som var konkurransebegrensende.

I *Metro-saken* (nr 2)¹⁰² blir spørsmålet om et produkt kan miste sin tekniske kompleksitet tatt opp. Dersom det blir aktuelt, medfører dette at det ikke lenger kan dannes selektiv distribusjon for dette produktet. Dette kan skje dersom forbrukerne blir mer fortrolige med et

⁹⁷ sak 86/82, Hasselblad (GB) Limited mot kommisjonen, sml. 1983 s 833

⁹⁸ sak T 208/01 Volkswagen AG mod kommissionen, Sml. 2003 s II-5141

⁹⁹ sak C- 376/ 92 Cartier, sml 1994 s I-15

¹⁰⁰ sak 209/ 78 Van Ladewyck mot Kommissjonen

¹⁰¹ EFT 1985 L 20/38, Ideal standard

¹⁰² sak 75/84 Metro mot kommisjonen II, sml 1986 s 3021 jf nærmere om saksforholdet under pkt 2.3.5

enkelt produkt. For eksempel der hvor forbrukerne bruker og kjøper flere fjernsynsapparater, desto mindre teknisk komplisert vil det fremstå.

I dommen blir det argumentert for at fjernsyn ikke lenger er teknisk komplise fordi det ikke lenger er behov for rådgivning fra fagfolk.

Domstolen kom frem til i år 1986 at fargefjernsyn fortsatt var teknisk komplekse, og dermed kunne selektiv distribusjon fortsatt benyttes for slike varer.¹⁰³ Dommen viser at et produkt kan miste sin tekniske kompleksitet, og at etter hvert som tiden går kan avgjørelsen om hvorvidt fjernsyn er teknisk komplekst bli et annet. Vi ser i dag en utvikling der ikke bare elektroniske butikker som distribuerer fjernsyn, man kan også få kjøpt fjernsyn på matvarebutikker og lignende. Derfor kan dette medføre at selektiv distribusjon ikke kan rettferdiggjøre et slik salg av fjernsyn, for behovet for veiledning og service før og etter salg ikke lenger vil være til stede.

Den andre gruppen av produkter som det er fastslått at det kan dannes et selektivt distribusjonssystem for er luksusvarer.¹⁰⁴ Spørsmålet som reiser seg blir dermed hva som karakteriseres som en luksusvare.

En luksusvare er et produkt der hvor varemerket er av betydning. Dette forutsetter omgivelser og service ved distribusjon av slike produkter.¹⁰⁵ Hva som regnes som en luksusvare ble uttrykt i *Yves Saint Laurent-saken*.¹⁰⁶

“...Within the category of cosmetic products, luxury products, that is to say high quality articles sold at a relatively high price and marketed under a prestige brand name, constitute a specific market segment...”

Eksempler på luksusvarer er designervesker, parfymen, smykker osv.¹⁰⁷

¹⁰³ *ibid.* premiss 53-56

¹⁰⁴ EU konkurrenseretten(1998) s 400 jf sak T-19/92 YSL, sak 88/92 Givenchy

¹⁰⁵ Konkurrenseretten i Eu (2009) s 381

¹⁰⁶ Sak T 19/92 Galec mot Kommisjonen II, ECR 1996 II s 1851 premiss 1.

¹⁰⁷ Whish (2012) s 643

I *Yves Saint Laurent*¹⁰⁸ og *Givenchy*-sakene¹⁰⁹ var saksforholdet slik at leverandørene oppstilte en del utvelgelseskriterier for distributørene som ville distribuere Yves Saint Laurent og Givenchy.¹¹⁰ Et av spørsmålene var om det kunne dannes et selektivt distribusjonssystem for slike luksusvarer. Her ble selektiv distribusjon godtatt for luksusvarer på bakgrunn av ønske om å bevare ”prestisjeimage”, samt bevare deres ”aura av eksklusivitet”.¹¹¹ Dette systemet måtte være åpent for distributører som kunne presentere sine produkter på samme måte. Dommen viser at selektiv distribusjon kan dannes for merkevarer som er avhengig av det på bakgrunn av deres ”image”. Uten mulighet for selektiv distribusjon ville slike luksusmerker kanskje ikke eksistert på samme måte. Høykostutsalg ville ikke klart å ha de samme prisene som i et lavkostutsalg, og dette hadde ført til at merkene ikke hadde vært så luksuriøse lenger.

I *Villeroy & Boch*-saken¹¹² var spørsmålet om det kunne opprettes et selektivt distribusjonssystem for keramisk bordservice. Retten la vekt på produktenes preg av varig bruksgode med lang levetid. I denne dommen ble det slått fast at luksusbetont bordservice var å anse som en luksusvare.¹¹³ Dette til tross for at man ikke trengte spesialisert ansatt som ga veiledning om bruk av tallerken og kjøkkenutstyr.

Den tredje gruppen av produkter som selektivt distribusjonssystem er godtatt for er aviser. At det kunne dannes et selektivt distribusjonssystem for distribusjon av aviser ble avgjort i

¹⁰⁸ Sak 19/92, Yves Saint Laurent

¹⁰⁹ sak 88/92 Galec mot Kommisjonen i, ECR 1996 II s 1961

¹¹⁰ nærmere om utvelgelseskriteriene under pkt 2.4

¹¹¹ sak 19/92 Yves Saint Laurent premiss 110

¹¹² sak EFT 1985 L 356 s 15 Villeroy & Boch

¹¹³ *ibid.* premiss 22-28

Binon-saken.¹¹⁴ Det ble anført av parten flere momenter for at selektiv distribusjon for aviser skulle godtas. Det var for det første avisenes korte salgstidsrom som tilsa et selektiv distribusjonssystem. Videre måtte utgiverne også ta usolgte aviser tilbake, som påførte dem vesentlige omkostninger. Siste momentet var pressens sosiale og kulturelle betydning, ved at man måtte gjøre det mulig å tilby forbrukerne et representativt utvalg av eksisterende aviser og tidsskrifter.¹¹⁵ Domstolen kom til at det kunne dannes et selektivt distribusjonssystem for aviser, der leverandøren kunne sette visse krav til hvilke forhandlere som distribuerte avisene.¹¹⁶

En slik klassifisering som er nevnt ovenfor er ikke avgjørende for om det kan dannes et selektivt distribusjonssystem for et produkt.¹¹⁷ EU- domstolen¹¹⁸ har aldri gitt uttrykk for en slik klassifisering. Klassifiseringen brukes i juridisk teori som en systematisering av praksis for hvilke varer som det kan dannes et selektive distribusjonssystemet for.¹¹⁹ Det kan tenkes at det kan opprettes selektive distribusjonssystemer for andre varer hvis produktet er av en slik art at det etter en konkret vurdering blir nødvendig med bruk av selektiv distribusjon.¹²⁰

2.3.3 Kvalitative kriterier

Det neste kriteriet som må være oppfylt for at den selektive distribusjonen skal gå fri fra § 10 første ledd er at restriksjonene i den selektive distribusjonsavtalen må være av objektiv

¹¹⁴ Sak 243/83 Sa Binon & cie v SA agence, sml 1985 s 2015

¹¹⁵ *ibid.* premiss 27

¹¹⁶ Whish (2012) s 643

¹¹⁷ Korah (2002) s 89 jf Whish s 607

¹¹⁸ omfatter også avgjørelser fra før EF domstolen ble EU- domstolen

¹¹⁹ Whish (2012) s643

¹²⁰ Konkurrenceretten i EU (2009) s 381

kvalitativ art, og anvendes uten diskriminering.¹²¹ Spørsmålet blir da hva kravet til objektivitet og likebehandling går ut på.

Objektive kriterier må kunne fastlegges på forhånd og ikke være skjønnspregede.¹²² For eksempel kriteriet om kvalifiserte forhandlere. Leverandører vil som oftest ha en legitim grunn til å kun benytte kvalifiserte forhandlere. I Metro-saken blir det nevnt at typiske kvalitative restriksjoner er knyttet til videreforhandlerens og personales faglige dyktighet, samt salgslokalets sikkerhet.¹²³ I andre dommer har legitime objektive kvalitative utvelgelseskriterier vært innredning, butikkskilt og personalets bransjekunnskap.¹²⁴

At utvelgelseskriteriene ikke må være diskriminerende betyr at de må anvendes likt ovenfor forhandlerne.¹²⁵ Et eksempel på diskriminerende utvelgelseskriterier er at en distributør ikke får mulighet til å distribuere til tross for at alle vilkårene er oppfylt. Dersom utvelgelseskriteriene blir brukt på en diskriminerende måte vil det ikke være forenelig med Metro-doktrinen og dermed konkurransebegrensende etter § 10 første ledd.

Et annet eksempel på diskriminerende bruk av systemer finnes i *AEG- telefunken*. Her var saksforholdet at visse distributører hadde blitt nektet tilgang til det selektive distribusjonssystemet, selv om de oppfylte de kvalitative kravene. Domstolen kom til at det forelå en usaklig forskjellsbehandling.¹²⁶ Dommen viser at dersom det er slikt at distributører blir forskjellsbehandlet medfører dette at den selektive distribusjonsavtalen anses konkurransebegrensende.

¹²¹ sak 26/76 Metro jf saksforholdet i pkt 2.3.1

¹²² Konkurrenceretten i EU (2009) s 382

¹²³ Sak 26/76 Metro premiss 20 jf nærmere om saken i pkt 2.3.1

¹²⁴ sak 88/92 Givenchy jf sak 19/92 Yves Saint Laurent

¹²⁵ Konkurrenceretten i EU (2009) s 383

¹²⁶ Sak 107/82 AEG- telefunken mot kommisjonen sml. 1983 s 3151 premiss 39

2.3.4 Nødvendighet

Det siste kriteriet som må være oppfylt i Metro doktrinen for at en selektiv distribusjonsavtale skal gå fri fra forbudet om konkurransebegrensende samarbeid i § 10 første ledd, er at utvelgelseskriteriene til leverandøren ikke må gå ut over hva som er nødvendig.¹²⁷ Dette er et krav om proporsjonalitet mellom utvelgelseskriteriene leverandøren oppstiller og produktet som skal distribueres.¹²⁸

Spørsmålet blir dermed hva som skal til for at utvelgelseskriteriene anses nødvendige.

Proporsjonalitetskravet ble nærmere uttrykt i L'Oreal-saken¹²⁹ der det ble sagt:
” *...whether the characteristics of the product in question necessitate a selective distribution system in order to preserve its quality and ensure its proper use...*

Dette proporsjonalitetsprinsippet ble også nevnt i *Metro-saken*, der det ble sagt at det måtte være nødvendighetsforhold mellom produktet som skal distribueres i den selektive distribusjonen, og restriksjonen som leverandøren oppstiller. Hvis restriksjonene omfatter mer enn hva som anses nødvendig for å distribuere det aktuelle produktet, vil den selektive distribusjonsavtalen omfattes av artikkel jf 10 første ledd.¹³⁰

Domstolen kom i denne saken frem til at forhandlerens forpliktelser til å delta i oppbygging av salgsnett, tilfredsstillende minimumsomsetning og opprettholdelse av en viss lagerbeholdning gikk ut over hva som var nødvendig for å drive et selektivt distribusjonssystem.¹³¹

Dommen viser at der utvelgelseskriteriene omfatter mer enn hva som er nødvendig for at det selektive distribusjonssystemet skal fungere vil ikke kunne oppstilles. Dette kom doms-

¹²⁷ sak 26/76 Metro jf Whish (2012) s 643

¹²⁸ Whish (2012) s 644

¹²⁹ sak 31/80 Loreal mot De Nieuwe AMCK, sml 1980 s 3775

¹³⁰ sak 26/76 Metro jf saksforhold pkt 2.3.1

¹³¹ ibid. premiss 39 jf nærmere behandling under pkt 2.3.3

tolen til på bakgrunn av en konkret vurdering av avtalen og produktet som skulle distribueres. For selektiv distribusjon av fjernsyn er man ikke avhengig av å ha en viss lagerbeholdning eller minsteomsetning.

I *Vichy-saken*¹³², ble nødvendigheten av at det bare var apoteker som kunne distribuere Vichy sine kosmetiske produkter drøftet¹³³. Domstolen kom til at kravet om at det bare apoteker kunne distribuere varene gikk ut over hva som var nødvendig. Vichy kunne oppnådd slik kjøpsveiledning med mindre inngripende krav, ved å for eksempel ha farmasøyt på hvilket som helst annet salgssted som kunne gi veiledning¹³⁴. Det domstolen kom frem til får betydning for hvilke utvelgelseskriterier leverandøren kan oppstille. Saken har også overføringsverdi til andre saker der man må nå må vurdere om det finnes mindre inngripende restriksjoner. Dommen viser at utvelgelseskriteriet om veiledning ved kjøp var et nødvendig krav, også dette kan ha overføringsverdi til andre saker. Veiledning er nødvendig fordi det rettferdiggjør bruk av et slik system, der forbrukerne skal bli opplyst om hva som er i produktet og hvordan det skal brukes. For hvis ikke det hadde vært nødvendig kunne man kjøpt andre billigere kosmetiske produkter.

Et annen sak som også drøfter nødvendigheten av utvelgelseskriterier, er *Hasselblad-saken*¹³⁵. Her var spørsmålet om Camera Care, en distributør av fotografisk utstyr måtte etterkomme leverandørens krav om å ikke ha annonser og annen reklame offentliggjort før de ble sendt til leverandøren for godkjenning. Slike godkjenningskrav ville gi leverandøren mulighet til å sensurere kampanjer som kunne lede til priskrig. Dette ble uttrykt slik:

"to require a dealer to stop publishing announcements in the press, to cease other advertising activities and to refrain from repeating them is tantamount to a right of retroactive cen-

¹³² sak T 19/91 Vichy mot kommisjonen, sml 1992 s II- 415

¹³³ se nærmere behandling av saken under pkt 2.3.3

¹³⁴ sak 19/91 Vichy

¹³⁵ sak 86/82 Hasselblad

sorshop which enables the applicant to prohibit dealers who are particularly active in the field of competition and prices, and more particularly those who import otherwise than through Victor Hasselblad's sole distributors, from advertising their activities.” ¹³⁶

Domstolen kom frem til at et slikt krav om informasjon gikk ut over hva som var nødvendig¹³⁷. Dommen viser at utvelgelseskravet som ikke er knyttet til distribusjon av fotografisk utstyr og som omfatter mer enn dette ikke er å anse som nødvendig. Dommen har overføringsverdi til andre saker der hvor det stilles krav om begrensinger i offentliggjøring av reklame og annonse, der slike krav ikke vil kunne oppstilles og vil være konkurransebegrensende

I *AEG-saken*¹³⁸ var saksforholdet slik at leverandøren av teknologisk utstyr hadde et utvelgelseskriterium om at distributøren skulle operere med bestemte salgspriser, for å sikre en profittmargin. Domstolen kom frem til at et slikt krav om bestemte salgspriser ikke var nødvendig. Dommen viser at bestemte salgspriser ikke er nødvendig med hensyn til hva som skal distribueres. Distribusjon av teknologisk utstyr er ikke avhengig av bestemte salgspriser og profitt. Kravet om bestemte salgspriser ble ansett som et konkurransebegrensende krav etter § 10 første ledd.¹³⁹ Denne konklusjonen vil ha overføringsverdi til andre saker, som opererer med utvelgelseskriteriet om bestemte salgspriser, der dommen viser at dette ikke kan godkjennes.

De nevnte dommene¹⁴⁰ viser at kravet om proporsjonalitet i Metro doktrinen, henger nøye sammen med sontringen mellom kvantitative og kvalitative krav. I de tilfeller kravet går ut

¹³⁶ *ibid.* Premiss 43

¹³⁷ *ibid.* premiss 43

¹³⁸ Sak 107/82, AEG Telefunken

¹³⁹ I.c

¹⁴⁰ jf sak 107/82, sak 26/76, Sak 19/91 og sak 86/82

over hva som er nødvendig, kommer domstolen til at kravet karakteriseres som kvantitative utvelgelseskrav som anses konkurransebegrensende.¹⁴¹ Dette kommer domstolen frem til på bakgrunn av at ikke nødvendige krav utelukker antallet distributører, og dermed er det konkurransebegrensende. Dette vil bli nærmere behandlet nedenfor.¹⁴²

2.3.5 Unntak ved nettverk av lignende avtaler

Vi har ovenfor sett at dersom de tre vilkårene som ble oppstilt i *Metro-doktrinen* er oppfylt vil avtalen som utgangspunkt ikke falle inn under hovedregelen i § 10 første ledd¹⁴³. Doms-tolen har imidlertid tatt et forbehold hvor det eksisterer flere slike selektive distribusjonsav-taler som bidrar til at konkurransen svekkes, ved at det blir mindre rom for annen distribu-sjon.¹⁴⁴ Problemstillingen er dermed når selektive distribusjoner til tross for at vilkårene er oppfylt allikevel blir å anse som konkurransebegrensende.

I flere saker har rettspraksis gitt uttrykk for¹⁴⁵, at ved vurderingen av om selektiv distribu-sjon kan godtas, må ses i lys av den økonomiske kontekst. I *Metro-saken* (nr 1) utrykte kommisjonen at:

*”...the Commission must ensure that this structural rigidity is not reinforced, as might happen if there were an increase in the number of selective distribution networks for marketing the same product”*¹⁴⁶

En konsekvens av dette er at ved vurderingen av om en selektiv distribusjonsavtale kan godkjennes må gjøres på bakgrunn av eksistensen av andre selektive distribusjonsavtaler på området. Dette har blitt uttrykt i *Metro-saken* (nr2):

¹⁴¹ Konkurrenceretten i Eu (2009), s 383

¹⁴² se nærmere om kvantitative krav i pkt 2.4

¹⁴³ sak 26/76 Metro jf saksforholdet under pkt 2.3

¹⁴⁴ Sufirin (2011) s 673

¹⁴⁵ Sak 31/80 L’Oreal premiss 19 jf sak 26/76 Metro premiss 22

¹⁴⁶ sak 26/76 Metro premiss 22

“...simple' selective distribution systems are capable of constituting an aspect of competition compatible with Article 85 (1) of the Treaty, there may nevertheless be a restriction or elimination of competition where the existence of a certain number of such systems does not leave any room for other forms of distribution based on a different type of competition policy or results in a rigidity in price structure which is not counterbalanced by other aspects of competition between products of the same brand and by the existence of effective competition between different brands.”

I Metro-saken (nr 2)¹⁴⁷ var saksforholdet at leverandøren (SABA) ønsket en fornyelse av sitt fritak fra hovedregelen om konkurransebegrensende samarbeid. Et slik fritak måtte gis som beslutning av kommisjonen. Dette fritakssystemet der det bare var kommisjonen som kunne gi fritak, har blitt avskaffet i ettetid¹⁴⁸. (I dag er det automatisk fritak etter tredje ledd dersom vilkårene er oppfylt)

Distributøren (Metro) mente at markedsforholdene hadde forandret seg en del siden sist gang SABA fikk fritak. Det eksisterte langt flere selektive distribusjonssystemer som distribuerte elektronikk på dette tidspunktet. Metro mente at markedet da ble begrenset, ved at det var lite rom for andre måter å distribuere elektronikk på, dette var på bakgrunn av alle de selektive distribusjonsavtalene.

Domstolen nevnte i denne dommen at et selektivt distribusjonssystem kunne til tross for at vilkårene var oppfylt, falle inn under hovedregelen i § 10 første ledd. Dette kunne skje der hvor det foreligger et nettverk av selektive distribusjonssystemer som utelukker andre distribusjonsformer.

Domstolen kom til at markedsforholdene i den konkrete sak ikke enda tilsa at konkurransen var begrenset. Dommen viser at det avgjørende er hvor stor del av omsetningen som distri-

¹⁴⁷ Sak 75/84 Metro mot kommisjonen II, sml 1986 s 3021

¹⁴⁸ jf Rådsfororing nr 1/2003 jf oppgavens pkt 4

bueres med selektive distribusjonssystemer på markedet, er av betydning for om flere kvalitative selektive distribusjonsavtaler kan godtas.¹⁴⁹

Hvordan dette prinsippet om at økonomisk kontekst skal anvendes i praksis, er fortsatt ikke helt klart. Det foreligger fortsatt ingen tilfeller der domstolen har ansett et kvalitativt selektivt distribusjonssystem for konkurransebegrensende på bakgrunn av Metro-saken(nr 2)¹⁵⁰. Kanskje dette blir tilfellet en dag i fremtiden, da fjernsynsmarkedet blir så sterkt bundet at det nesten blir umulig å få distribuert dersom man ikke er med i et selektivt distribusjonssystem.

Hvor mye som må til for at markedet anses begrenset på grunn av eksisterende selektive distribusjonssystemer har blitt behandlet i retningslinjene for vertikale avtaler. Rettspraksis har ikke definert noen grense for hvor mye som må til for at markedet anses begrenset. Retningslinjene er som nevnt i innledningen¹⁵¹ ”soft law”, og er dermed ikke bindende for EU- domstolen.

Det følger av disse retningslinjene at dersom andelen av markedet til den aktuelle varen som dekkes av selektive distribusjonsavtaler er under 50 prosent, er det liten sannsynlighet at problemer med nettverk av selektiv distribusjon får betydning¹⁵².

Det vil heller ikke foreligge problemer med kumulative virkninger i markeder der hvor selektive distribusjonsavtaler dekker mer enn 50 prosent av distribusjonen, men i slike tilfeller uttrykker retningslinjene at :

” ..no problem is likely to arise where the market coverage ratio exceeds 50%, but the aggregate market share of the five largest suppliers is below 50 %”¹⁵³.

¹⁴⁹ sak 76/82 Metro 2 premiss 40-42

¹⁵⁰ Eu Konkurrenceretten (1998) s 406

¹⁵¹ jf nærmere om retningslinjene som rettskilde i kap 1

¹⁵² Retningslinjene, avsnitt 179

Dette betyr at et problem med kumulative virkninger først blir aktuelt der hvor markedsandel til de største leverandørene som distribuerer gjennom et selektivt distribusjonssystem er stor.

Videre sier retningslinjene at

” The stronger the position of the competitors not applying selective distribution, the less likely the foreclosure of the other distributors ”¹⁵⁴

2.4 Selektive distribusjonsavtaler som er konkurransebegrensende etter § 10 første ledd

2.4.1 Innledning

Ovenfor har vi sett på vilkårene for at den kvalitative selektive distribusjonsavtalen ikke anses konkurransebegrensende etter § 10 første ledd. Selektive distribusjonssystemer som ikke oppfyller vilkårene i Metro-doktrinen vil være konkurransebegrensende etter § 10 første ledd. Vurderingstemaet for kvantitative selektive distribusjonsavtaler er om disse kan fritas etter § 10 tredje ledd¹⁵⁵, og vil kunne omfattes av gruppeunntaket dersom vilkårene er tilfredsstillt. Vi skal se nærmere på ulike kvantitative selektive distribusjonssystemer som er konkurransebegrensende etter § 10 første ledd.

I mange selektive distribusjonsavtaler vil avtalen inneholde visse utvelgelseskriterier som ikke er rent kvalitative, og som ikke omfattes av Metro- doktrinen.¹⁵⁶

Kvantitative selektive distribusjonsavtaler er betegnelse på avtaler som inneholder ytterligere utvelgelseskriterier utover de kvalitative, og som direkte begrenser antall forhandle-

¹⁵³ I.c

¹⁵⁴ I.c

¹⁵⁵ Konkurrenceretten i Eu (2009) s 378

¹⁵⁶ jf nærmere om unntaket i § 10 tredje ledd i kap 4

re.¹⁵⁷ For eksempel at det bare kan opprettes ti forretninger i det gjeldende området. Slike restriksjoner faller i utgangspunktet under hovedregelen i § 10 første ledd, og vil kunne være konkurransebegrensende. At kvalitative kriterier er konkurransebegrensende ble utrykt i *Binon-saken*¹⁵⁸:

“It must be remembered that the application of a criterion of a quantitative nature causes a selective distribution system to infringe the prohibition contained in Article 85 (1)...”

Kvantitative begrensinger har blitt ansett som en meget konkurransebegrensende. Slike restriksjoner reduserer intra-brand konkurransen, og distributørene kan få nytte en posisjon hvor de har markedsrett for produktet.¹⁵⁹

Om utvelgelseskriteriene i et selektivt distribusjonssystem er kvantitative eller kvalitative er ikke alltid helt klart. Man må foreta en konkret vurdering i den konkrete sak. Sondringen er vanskelig, da mange kvalitative restriksjoner unngåelig leder til restriksjoner på antall distributører.¹⁶⁰ For eksempel krav til beliggenhet og befolkningstall. Det som skaper mest tvil er kommersielle forpliktelser, som krav om salgsfremmende tiltak¹⁶¹. Eksempler på dette er krav til minsteomsättning, krav til lagerbeholdning og krav til markedsføring. Disse utvelgelseskriteriene vil bli behandlet nedenfor.

2.4.2 Direkte kvantitative begrensinger

Visse utvelgelseskriterier er direkte kvantitative, ved at de direkte begrenser antall forhandlere som kan distribuere varer gjennom det selektive distribusjonssystemet.¹⁶²

¹⁵⁷ jf Eu konkurrenseretten (1998) s 396

¹⁵⁸ sak 243/83 Binon jf nærmere om saksforholdet i pkt 2.3.2

¹⁵⁹ se nærmere under pkt 2.3.3.-2.3.4

¹⁶⁰ Jones (2011) s 671

¹⁶¹ EU konkurrenseretten (1998) s 397

¹⁶² Korah (2002) s 90

I *Villeroy & Boch-saken*¹⁶³ var spørsmålet om leverandøren kunne kreve at detaljforhandlerne som distribuerte slike varer måtte ha en sentral beliggenhet. Domstolen kom til at dette var et kvantitativt krav, da dette automatisk utelukket forhandlere som ikke holdt til på et riktig sted. Dette betyr at kravet om beliggenhet er å anse som et kvantitativt krav som anses konkurransebegrensende etter § 10 første ledd.¹⁶⁴

I *Binon-saken*¹⁶⁵ var spørsmålet om leverandøren kunne stille et krav om minimum befolkningstall per salgssted for å delta i den selektive distribusjonen. Domstolen kom til at kravet til minimum befolkningstall var å anse som et kvantitativt krav som ikke kunne stilles i et selektivt distribusjonssystem. Kravet var kvantitativt da distributører som ikke holdt til der dette kravet om befolkningstall var tilfredsstillt, ble automatisk utestengt fra å kunne distribuere gjennom den selektive distribusjonsavtalen.

2.4.3 Indirekte kvantitative begrensinger

Visse utvelgelseskriterier kan også ha mer indirekte kvantitative begrensinger, enn de som har blitt behandlet ovenfor. Spørsmålet videre er hva som utgjør indirekte kvalitative begrensinger.

I *Metro-saken*¹⁶⁶ kom domstolen frem til at utvelgelseskriteriene om oppbygging og koordinering av salgsnett, tilfredsstillende minsteomsetning og opprettholdelse av et viss lagerbeholdning ikke kunne godkjennes.

Begrunnelsen var at selv om visse restriksjoner er kvalitative, vil de kunne ha mer indirekte kvantitative effekter. Ved at distributørene blir pålagt slike krav vil dette indirekte medføre

¹⁶³ sak L-376/15 Villeroy & Boch, se oppgavens pkt 2.3.2.

¹⁶⁴ *ibid.* premiss 24

¹⁶⁵ sak 243 /83 Binon, jf oppgavens pkt 2.3.2

¹⁶⁶ sak 26/76 Metro jf nærmere om saksforholdet i pkt 2.3.4

begrensinger i antallet bestående, og opprettelsen av nye, salgssteder fordi en del av leverandørene ikke vil eller kan oppfylle slike utvelgelseskriterier.¹⁶⁷

I *Vichy-saken*¹⁶⁸ kom domstolen frem til at utvelgelseskriteriet om at det bare var apotekene som kunne distribuere Vichy sine varer, var et kvalitativt krav, som medførte skjult kvantitativ begrensning av antall forhandlere. Dette var en kvantitativ begrensning ved at distributører som ikke var apoteker ble utelukket av å distribuere Vichy sine varer.¹⁶⁹

Videre ble utvelgelseskriterier i *Grundig-saken*, om å kjøpe et minimum antall varer fra en leverandør ansett for å være et kvantitativt krav. I *Metro-saken*¹⁷⁰ ble slike krav om kjøp av et minimum antall varer vurdert til å ikke være nødvendig på bakgrunn av hva som skulle distribueres, og dermed var dette et kvantitativt krav¹⁷¹. Slike krav utelukket distributører som ikke kunne oppfylle kravet.

Det samme var tilfellet i *L'Oreal saken*¹⁷². I denne saken var forholdet slik at L'Oreal hadde utvelgelseskriterier om at det bare var "Keratase –rådgivere" som kunne selge deres produkter. Slike krav hadde de på bakgrunn av at det det bare var de som var kvalifiserte nok, for å kunne veilede om den risiko forbrukerne av midlene utsettes for, samt oppdage problemer. Domstolen kom frem til at dette var konkurransebegrensende på bakgrunn av at L'Oreals utvelgelseskriterier som hevdes å være objektive, i virkeligheten var skjulte kvantitative kriterier. Dette kom domstolen frem til på bakgrunn av at det allerede var gitt forskrifter som beskytter forbrukerne. Slike krav ble ansett konkurransebegrensende ved at

¹⁶⁷ *ibid.*

¹⁶⁸ Sak 19/91 Vichy jf nærmere om saksforholdet i pkt 2.3.4

¹⁶⁹ Sak T -19/91 Vichy, premiss 67

¹⁷⁰ Sak 26/76 Metro

¹⁷¹ Se nærmere behandling under pkt 2.3.4 om nødvendighet.

¹⁷² Sak 31/80 Loreal premiss 16

systemet da utelukker distributører som i overensstemmelse med den nasjonale lovgivningen må anses som kvalifiserte.

Videre har også utvelgeskrav om å ha en bestemt minsteomsetning har blitt ansett for å ha indirekte kvantitative virkninger. Et eksempel på dette er Yves Saint Laurent-saken.¹⁷³ Yves Saint Laurent var en produsent av kosmetiske luksusprodukter, og hadde en del utvelgeskriterier for valget av sine distributører. Domstolen kom frem til at noen av utvelgeskriterier, som kravet til innredning og plassering av lokaler, ikke var konkurransebegrensende. På den andre siden kom domstolen frem til at et krav til en viss minsteomsetning var et kvantitativt krav. Dette var et indirekte kvantitativt krav som utelukket visse distributører som ikke klarte omsetningen selv om de andre kvalitative krav var oppfylt.

Et annet indirekte kvantitativt krav som medfører at distributører blir utelukket, og som anses konkurransebegrensende etter § 10 første ledd, er krav om å føre hele eller deler av produsentenes sortiment.¹⁷⁴ Kvantitativt krav vil også foreligge der man pålegges en å opprettholde en viss lagerbeholdning.¹⁷⁵ Slike utvelgeskrav er så omfattende, at det gir lite rom for mer enn en forhandler til å føre produktet.¹⁷⁶

På den andre siden kan også slike utvelgeskrav, som krav til en viss lagerbeholdning være kvalitative krav etter en konkret vurdering. Dette var tilfellet i Villeroy og Boch-saken¹⁷⁷. I denne saken var spørsmålet var om utvelgeskriteriet om å ha en viss lagerbeholdning kunne oppstilles. Kommisjonen kom frem til at utvelgeskravet ikke var konkurransebegrensende. Dette kom kommisjonen frem til på bakgrunn av konkrete omsten-

¹⁷³ Sak T 19/92, Yves Saint Laurent

¹⁷⁴ Sak 19/92 Yves Saint Laurent og Sak 31/80 Loreal

¹⁷⁵ Sak T 19/92 Yves Saint Laurent

¹⁷⁶ EU konkurrenserett (1998) s 397

¹⁷⁷ sak L- 376/15 Villeroy & Boch, jf oppgavens pkt 2.3.2

digheter i saken, ved at det forelå sterk konkurranse og dermed ikke noe merkbar påvirkning av konkurransen. Villeroy og Boch hadde også en lav markedsandel.¹⁷⁸ Saken viser at der intra- brand konkurransen er så stor vil utvelgelseskrav om en viss lagerbeholdning ikke være konkurransebegrensende etter § 10 første ledd.¹⁷⁹ Det domstolen kom frem til i denne saken her kan ikke overføres til andre saker, da en positiv virkning som oftest vurderes etter tredje ledd.¹⁸⁰ Domstolen kom likevel til det ikke var konkurransebegrensende på bakgrunn av den store intra-brand konkurransen.

Et siste tilfelle av et indirekte kvantitativt krav er markedsføringsplikt. Kravet går ut på at leverandører oppstiller utvelgelseskriterier om at distributørene må markedsføre de produktene de skal selge, for å kunne delta i det selektive distribusjonssystemet. Hva distributøren må markedsføre og omfanget av denne blir også nærmere regulert. Et eksempel på et slikt utvelgelseskrav som markedsføringsplikt er at distributøren må sende et visst antall reklamefilmer på TV i løpet av året.

I Metro-saken ble krav til markedsføring drøftet. Markedsføringskravet gikk i dette tilfellet ut på at Metro måtte delta i utviklingen av SABAS nettverk ved å markedsføre spesielle produkter. Retten kom frem til etter en konkret vurdering til at visse krav, som kravet til markedsføring, gikk ut over hva som var kvalitative krav.¹⁸¹ Retten nevnte at det ikke er grossistenes funksjon å markedsføre en spesiell produsents vare, men å forsyne detaljister med varer oppnådd etter en konkurranse mellom produsenter.¹⁸² Dette var begrunnet i at distributører som ikke kan eller vil oppfylle slik markedsføring blir utelukket fra salgssystemet, og indirekte begrenser antall forhandlere.

¹⁷⁸ sak L-376 /15 Villeroy & Boch premiss 20

¹⁷⁹ sak L-376 /15 Villeroy & Boch premiss 20

¹⁸⁰ sak 19/92 Yves Saint Laurent, Sak 31/80 L'Oreal

¹⁸¹ sak 26/76 Metro 1 premiss 39

¹⁸² ibid. premiss 40

2.5 Konklusjon

Kapitel 2 har vist når selektiv distribusjon ” *hindrer, innskrenker eller vrir konkurransen*” etter § 10 første ledd. Dette på bakgrunn av den praksis kommisjonen og domstolen har utformet på området for selektiv distribusjon.

Kvantitative selektive distribusjonssystemer som oppfyller vilkårene som er oppstilt i ”Metro-doktrinen” vil ikke anses konkurransebegrensende etter § 10 første ledd. Oppgaven har også vist hva som skal til for at vilkårene skal anses oppfylt. Det har også blitt forklart for hvilke produkter et selektivt distribusjonssystem kan rettferdiggjøres for.

Kapitel 2 har også slått fast de tilfeller der avtalen til tross for at vilkårene er oppfylt allikevel anses konkurransebegrensende.

Kapitel 2 har vist at dersom den selektive distribusjonsavtalen inneholder ytterligere utvelgelseskriterier enn de kvalitative anses avtalen konkurransebegrensende etter § 10. Der har vi også sett nærmere på hvilke utvelgelseskriterier som omfattes av § 10 første ledd.

Vi har sett det kan oppstå en del problemer ved bruk av Metro kriteriene, ved at de ikke er så lett å anvende disse i praksis. Spesielt har sontringen mellom kvantitative og kvalitative restriksjoner skapt problemer, der utvelgelseskriteriene i visse saker har blitt ansett for kvantitative og andre kvalitative.

3 Gruppeunntaket for vertikale avtaler

3.1 Innledning

Under dette kapitlet skal vi se nærmere på selektive distribusjonsavtaler som etter hovedregelen i § 10 første ledd anses konkurransebegrensende, men som i visse tilfeller er unntatt

dersom gruppeunntaket for vertikale avtaler kommer til anvendelse¹⁸³. Spørsmålet er dermed når konkurransebegrensende selektive distribusjonsavtaler er unntatt på bakgrunn av gruppeunntaket.

Gruppeunntakets § 2 oppstiller et generelt fritak for vertikale avtaler. Dette er et unntak fra hovedregelen i konkurranselovens § 10 første ledd. Dersom en selektiv distribusjonsavtale er konkurransestridig etter § 10 første ledd, vil de kunne omfattes av gruppeunntaket og dermed være lovlig til tross for konkurransebegrensningen.

Dersom gruppeunntaket for vertikale avtaler kommer til anvendelse, medfører dette at den konkurransebegrensende selektive distribusjonsavtalen slipper å vurderes konkret i forhold til unntaket i § 10 tredje ledd.

Videre skal vi se nærmere på utvelgelseskriteriene leverandøren kan oppstille under gruppeunntaket¹⁸⁴, deretter vil vilkårene i gruppeunntaket bli nærmer behandlet.¹⁸⁵

3.2 Nærmere om utvelgelseskriteriene under gruppeunntaket

Selektiv distribusjon er definert i gruppeunntakets § 1 bokstav e.¹⁸⁶ En av hovedelementene i definisjonen av selektiv distribusjon er at leverandøren skal velge distributører ut fra ”bestemte kriterier”. Vi skal i dette avsnittet se nærmere på kravet til ”bestemte kriterier”. Spørsmålet blir dermed hva som ligger i kravet, og om disse kriteriene stiller seg annerledes i forhold til kriterier leverandøren kan oppstille ovenfor distributøren der hvor gruppeunntaket ikke gjelder¹⁸⁷.

¹⁸³ Nærmere om gruppeunntaket som rettskilde i kap 1

¹⁸⁴ nærmere om utvelgelseskriteriene i pkt 3.2

¹⁸⁵ nærmere om gruppeunntakets anvendelsesområde i pkt 3.3

¹⁸⁶ nærmere om definisjon av selektiv distribusjon i kap 1

¹⁸⁷ hvilken utvelgelseskriterier leverandøren kan oppstille utenfor gruppeunntaket er nærmere behandlet i kap 2.

Ved at leverandøren kan velge forhandlere basert på ”bestemte kriterier” viser at det ikke er noe begrensinger på hva slags utvelgelseskriterier leverandøren kan oppstille. Det følger av ordlyden at leverandøren kan velge forhandlere ikke bare på bakgrunn av kvalitative kriterier, men også kvantitative, under gruppeunntaket. Han kan for eksempel sette maksimaltall på hvor mange forhandlere han vil operere med. Dette er dermed annerledes enn hva som er tilfellet der gruppeunntaket ikke gjelder¹⁸⁸, der det sondres mellom kvantitative og kvalitative selektive distribusjonsavtaler.¹⁸⁹ Der bare kvalitative utvelgelseskriterier lovlig kan oppstilles lovlig.

Utenfor gruppeunntaket må kvalitative utvelgelseskriterier være objektive og satt uten forskjellsbehandling¹⁹⁰. Ved at man innenfor gruppeunntaket også kan operere med kvantitative begrensinger, blir spørsmålet om man også for kvantitative utvelgelseskriterier må oppstille et krav om saklighet og likebehandling.

Dette spørsmålet ble nærmere behandlet i *Auto 24-saken*¹⁹¹. Dommen behandler spørsmål om selektiv distribusjon innenfor gruppeunntaket for bilbransjen. Dommen er av betydning for selektive distribusjonssystemer innenfor gruppeunntaket for vertikale avtaler da samme kriteriet er oppstilt der.¹⁹²

Her var saksforholdet at leverandøren Jaguar Land Rover hadde besluttet seg for å begrense antallet forhandlere i området Auto 24 holdt til. Noen år senere opprettet en annen autorisert Jaguar Land Rover forhandler et utsalg like ved området til Auto 24. Grunnen for dette var at gruppefritaksordningen var blitt endret og tillot alle forhandlere å åpne salgssteder

¹⁸⁸ jf oppgavens pkt 2

¹⁸⁹ jf Lunde (2007) s 91

¹⁹⁰ jf sak 26//76 Metro jf saksforholdet i oppgavens pkt 2.3.2

¹⁹¹ sak 158/11 Auto 24, EUT C 227 af 28.07.12 s 5-6

¹⁹² jf nærmere behandling av dommen nedenfor.

hvor som helst i EU. Auto 24 gikk til sak mot Jaguar Land Rover med påstand at det kvantitative utvelgelseskriterium om antallsbegrensing under gruppeunntaket måtte være saklig og anvendes uten forskjellsbehandling. Domstolen kom frem til at saklighet og likebehandling, ikke får betydning under gruppeunntaket der hvor man kan operere med kvantitative kriterier. Dommen viser at kravet om saklighet og likebehandling som oppstilles der utvelgelseskriteriene er kvalitative ikke kan kreves under gruppeunntaket dersom leverandøren skal bruke kvantitative utvelgelseskriterier.

Spørsmålet om det måtte oppstilles et krav om saklighet og likebehandling under kvantitative kriterier ble diskutert i DG COMP¹⁹³ da de forberedte gruppeunntaket i 2010. Resultatet ble nedfelt, og var at det ikke kan stilles noe krav om saklighet og likebehandling¹⁹⁴. Retningslinjene sier også at under gruppeunntaket kan man oppstille kvalitative kriterier ”*regardless of the nature of the selection criteria*”¹⁹⁵.

3.3 Gruppeunntakets anvendelsesområde

Som nevnt ovenfor er det en del vilkår som må være oppfylt for at gruppeunntaket skal kunne komme til anvendelse.

Det er for det første et krav om at det foreligger en vertikal avtale for at gruppeunntaket skal komme til anvendelse, jf § 2 første ledd. En vertikal avtale vil foreligge der partene er på ulike ledd i distribusjonsskjeden.¹⁹⁶ Det er partenes forhold i henhold til den selektive distribusjonsavtalen som er avgjørende¹⁹⁷.

¹⁹³ Directorate General Competition of the European Commission

¹⁹⁴ Wijckmans(2011) s 207

¹⁹⁵ Retningslinjene, pkt 176

¹⁹⁶ Nærmere om hva som ligger i vertikal avtale er nærmere behandlet i pkt 1.2

¹⁹⁷ Whish (2012) s 654 jf Evensen (2009)s 240

Videre er det et krav om at partene ikke må være faktiske eller potensielle konkurrenter jf § 2 fjerde ledd. Med dette menes det at partene ikke må stå i konkurranseforhold med hverandre. Ved å være konkurrenter står partene i en horisontal relasjon til hverandre i markedet, og ikke vertikalt slik gruppeunntaket forutsetter.¹⁹⁸ Dette forbudet er ikke absolutt, i visse tilfeller kan konkurrerende foretak bli omfattet av gruppeunntaket, men bare dersom vilkårene i jf § 2 fjerde ledd er oppfylt.

Det neste vilkåret er at leverandørens og kjøperens markedsandel ikke overstige 30 prosent, jf. art 3 første ledd¹⁹⁹. Videre er det i § 4 nevnt en del konkurransebegrensende avtalebestemmelser som ikke omfattes av gruppeunntaket.²⁰⁰ Dersom avtalen inneholder en slik begrensning vil hele avtalen falle utenfor gruppeunntaket, og vil igjen omfattes av hovedregelen § 10 første ledd.²⁰¹

Forskriftenes § 5 nevner videre også avtaleforpliktelser som medfører at gruppeunntaket ikke kommer til anvendelse²⁰².

I fortsettelsen vil oppgaven gå nærmere inn på noen av de sentrale vilkårene for at gruppeunntaket skal komme til anvendelse.

3.4 Gruppeunntakets markedsandelskrav

Som nevnt ovenfor oppstilles det i gruppeunntakets § 3 et markedsandelskrav for at gruppeunntaket skal kunne komme til anvendelse.

”Unntaket fastsatt i § 2 får anvendelse på det vilkår at leverandørens markedsandel ikke overstiger 30 % av det relevante marked der denne selger de varene eller tjenestene som

¹⁹⁸ Whish (2012) s 654 jf Kolstad (2007) s 445

¹⁹⁹ Nærmere om vilkåret under pkt 3.4

²⁰⁰ Nærmere behandling nedenfor under pkt 3.6

²⁰¹ Konkurrenceretten i EU (2009) s 412 jf nærmere behandling nedenfor

²⁰² jf nærmere behandling under pkt 3.6

omfattes av avtalen, og kjøperens markedsandel ikke overstiger 30 % av det relevante marked der denne kjøper de varene eller tjenestene som omfattes av avtalen.”

Det er et krav om at både leverandørens og kjøperens markedsandel ikke overstige 30 prosent. Denne grensen er satt på bakgrunn av at vertikale avtaler generelt anses å medføre en forbedring av distribusjonen dersom markedsandelen ikke er så stor.²⁰³ Det følger av gruppeunntakets § 6 hvordan markedsandelen skal beregnes.

Dersom leverandøren og distributøren har en markedsandel på under 30 prosent vil dette gi partene en større frihet og forutberegnelighet til å danne selektive distribusjonsavtaler. De trenger da ikke tenke på at visse kvantitative begrensinger ikke er lovlige²⁰⁴. Med forutsetning av at den selektive distribusjonsavtalen ikke inneholder alvorlige konkurransebegrensninger eller konkurranseklausuler.²⁰⁵

At man også skal ta hensyn til kjøperens markedsandel, er nytt i det nye gruppeunntaket.²⁰⁶ Kravet om at kjøperens markedsandel heller ikke må overstige 30 prosent ble innført på bakgrunn av at kommisjonen mente at dette var nødvendig for å forhindre potensiell konkurranse som kunne oppstå ved at distributørene fikk markedsrett.²⁰⁷ At man må også ta hensyn til kjøperens markedsandel kan medføre at forutberegneligheten om gruppeunntaket

²⁰³ Konkurrenceretten i EU (2009) s 420

²⁰⁴ jf behandling under 2.1

²⁰⁵ jf nærmere behandling pk 3.6-3.7

²⁰⁶ Jones (2011) s 685, konf. forskrift om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden av 17.08.2004 nr 1196. Her var det bare leverandørens markedsandel som var avgjørende for om gruppeunntaket kom til anvendelse. Kjøperens markedsandel fikk først betydning dersom avtalen inneholdt eksklusive leveringsforpliktelser.

²⁰⁷ I.c jf Wijckmans (2011) s 102

taket kommet til anvendelse blir svekket. Dette på bakgrunn av at man kan være usikker på hvor stor markedsandel kjøperen har.²⁰⁸

3.5 Alvorlige begrensinger

3.5.1 Innledning

Gruppeunntakets § 4 oppstiller en liste over begrensinger som leder til at gruppeunntaket ikke kommer til anvendelse.²⁰⁹ Dersom en selektiv distribusjonsavtale inneholder noen av de alvorlige begrensingene som er nedfelt i § 4, vil hele avtalen falle utenfor gruppeunntaket.²¹⁰ Det er en rekke alvorlige begrensinger i relasjon til vertikale avtaler, som kommisjonen og EU-domstolen nesten alltid kommer til er konkurransestriddig.²¹¹ Det vil også være lite sannsynlig at avtalen vil tilfredsstillе vilkårene i § 10 tredje ledd.²¹² På den andre siden vil det være mulig med individuelt unntak av den konkrete avtalen i helt spesielle tilfeller.²¹³ Det følger av retningslinjene at man kan legge frem bevis for at den konkrete avtalen omfattes av § 10 tredje ledd.²¹⁴

Slike alvorlige begrensinger som er nevnt i § 4 er knyttet til begrensinger på ”intra-brand” konkurransen, ved at de begrenser distributørens videresalgsmuligheter.²¹⁵

Videre vil slike alvorlige begrensinger i gruppeunntakets § 4 bli nærmere behandlet.

²⁰⁸ Jones(2011) s 686

²⁰⁹ Evensen (2009) s 242

²¹⁰ Retningslinjene pkt 46 -47 jf Konkurrenceretten i Eu(2009) s 426

²¹¹ Konkurrenceretten i EU(2009) s 426

²¹² Evensen (2009) s 242

²¹³ Jones (2011) s 687 se nærmere under pkt 4

²¹⁴ Retningslinjene pkt 47

²¹⁵ Konkurrenceretten i EU (2009) s 426

3.5.2 Bindende videresalgspriser

Det følger av gruppeunntakets § 4 bokstav a at det er forbudt å sette bindende videresalgsspriser. Dersom leverandøren krever at distributøren selger varene til en fast eller minstepris, faller den selektive distribusjonsavtalen utenfor gruppeunntaket. Retningslinjene nevner også flere eksempler på hva som regnes som bindende videresalgsspriser²¹⁶. Det følger av retningslinjene at bindende videresalgsspriser også kan oppnås mer indirekte, som advarsler, trusler, rabatter osv.²¹⁷ For eksempel ved at distributøren trues med å bli stengt ute fra det selektive distribusjonssystem med mindre visse priser overholdes.

3.5.3 Område- eller kunderestriksjoner

Det følger videre av gruppeunntakets § 4 bokstav b at det er forbudt:

”å begrense det området eller den kundegruppen der en kjøper som er part i avtalen, uten at det berører en begrensning som gjelder kjøpers etableringssted, kan selge varene eller tjenestene som omfattes av avtalen...”

Bestemmelsen forbyr både direkte og indirekte begrensninger i territorium og kundegruppe²¹⁸. For eksempel direkte salgforbud i et bestemt område, eller mer indirekte ved at leverandøren kutter ut fordeler for distributøren hvis distributøren gjennomfører slike salg. Inneholder en avtale slike begrensninger vil hele avtalen falle utenfor gruppeunntaket, da det er en alvorlig konkurransebegrensning.

Etter denne bestemmelsen ville selektiv distribusjon falle utenfor gruppeunntaket, da selveste definisjonen på selektiv distribusjon i § 1 bokstav e går ut på å begrense hvem godkjente distributører kan selge til:

²¹⁶ Retningslinjene pkt 48

²¹⁷ *ibid.* pkt 47

²¹⁸ Jones (2011) s 688

*”...der disse forhandlerne påtar seg å ikke selge slike varer eller tjenester til forhandlere som ikke er godkjent innenfor det området som leverandøren har reservert for å drive dette systemet”*²¹⁹

Begrensingene som er nevnt i § 4 bokstav b gjelder kun restriksjoner på kjøperens handlefrihet.²²⁰ Begrensninger pålagt leverandøren for eksempel begrensinger på hvem leverandøren kan selge til omfattes ikke av bestemmelsen.

Fra § 4 bokstav b er det et viktig unntak for selektiv distribusjon i tredje punkt, der det tillates at distributørene binder seg til ikke å videreselge til ikke-autoriserte forhandlere. Bestemmelsen i § 4 bokstav b (tredje punkt) må leses i sammenheng med definisjonen av selektiv distribusjon i § 1 bokstav e, der må påta seg å ikke selge varer eller tjenester til andre forhandlere dersom et selektivt distribusjonssystem skal foreligge. Dette unntaket i tredje punkt er dermed nødvendig for at selektive distribusjonsavtaler ikke skal anses konkurransebegrensende etter § 4 bokstav b og dermed falle utenfor gruppeunntaket.²²¹

Både definisjonen av selektiv distribusjon i § 1 bokstav e og § 4 bokstav b (tredje punkt) om at det tillates at distributørene binder seg til ikke å videreselge til ikke- autoriserte forhandlere, har et tillegg som begrenser deres anvendelsesområde. Det er bare mulig å begrense videresalg til ikke autoriserte forhandlere *”innenfor området leverandøren har reservert for å drive dette systemet”*.

Denne begrensingen medfører at unntaket i tredje punkt bare vil gjelde der den selektive distribusjon eksisterer. I områder der hvor selektiv distribusjon ikke eksisterer vil det ikke være mulig med begrensinger på hvem leverandøren kan selge varer og tjenester til, og vi

²¹⁹ jf definisjon av selektiv distribusjon § 1 bokstav e

²²⁰ Whish (2012) s 665 jf Evensen (2009) s 246

²²¹ Jones (2011) s 690

faller tilbake på hovedregelen i § 4 bokstav b, om at det er forbudt.²²² Slik begrensing vil da medføre at avtalen inneholder alvorlige begrensinger og faller utenfor gruppeunntaket jf § 4 bokstav b

Dette reiser spørsmål for hva som gjelder for områder der en leverandør har tenkt å operere med et selektivt distribusjonssystem, men ikke enda har valgt ut noen distributører. Dette kan være tilfellet der for eksempel en leverandør fortsatt leter etter aktuelle distributører som tilfredsstillende visse krav, men enda ikke har funnet de rette.²²³ I slike tilfeller er det uklart om et selektivt distribusjonssystem anses for å operere på det aktuelle området, og om man da faller utenfor gruppeunntaket.²²⁴

Ordlyden i § 4 bokstav b ” *reservert for å drive dette systemet*” kan forstås som at det bare er nødvendig at leverandøren har holdt av et aktuelt område, for å eventuelt starte et distribusjonssystem der. Det følger ikke av ordlyden at det må være et eksisterende selektivt distribusjonssystem på området for at unntaket i tredje punkt skal komme til anvendelse.

Dette bekreftes også i retningslinjene der det blir uttrykkelig nevnt at unntaket i § 4 bokstav b (tredje punkt) kommer til anvendelse selv om leverandøren ikke enda selger de avtalte produktene i området.²²⁵ Dermed vil det at en leverandør ikke enda har utnevnt noen distributører omfattes av ordlyden ” *reservert for å drive dette systemet*” og unntaket i tredje punkt vil komme til anvendelse.

²²² Wijckmans (2011) s 170

²²³ I.c

²²⁴ Wijckmans (2011) s 170

²²⁵ jf Retningslinjene pkt 55

Videre blir spørsmålet hva som gjelder der leverandøren selv distribuerer varene i området. Om man anser området også da å være ”reservert for å drive systemet” slik at den selektive distribusjonsavtalen omfattes av gruppeunntaket etter § 4 bokstav b (tredje punkt)

Definisjonen av selektive distribusjonssystemer i § 1e nevner ikke noe om situasjonen der selektiv distribusjon blir utvidet også til områder der hvor leverandøren distribuerer varene selv.²²⁶ Ordlyden ” reservert for å drive dette systemet” kan heller ikke oppfattes som at det stenger for at leverandøren kan distribuere sine varer selv.

Det er i teorien hevdet at slik direkte selektiv distribusjonssystem der leverandøren selv distribuerer varene i det aktuelle området, må regnes for å være en del av et selektiv distribusjonssystem, og dermed være omfattet av unntaket i art 4b (iii). Dersom det ikke skulle være mulig med slik direkte selektiv distribusjonssystem ville konsekvensene vært at leverandøren måtte tillatte at distributøren å selge til uautoriserte distributører i disse områdene for at avtalen skulle omfattes av gruppeunntaket og ikke være en alvorlig begrensning etter § 4 bokstav b.²²⁷

3.5.4 Begrensing av salg til sluttbrukere

I § 4 bokstav c er det en annen alvorlig begrensning som går ut på tilfeller der distributører i et selektivt distribusjonssystem pålegges begrensinger med hensyn til aktivt eller passivt salg til sluttbrukere. For eksempel at leverandøren pålegger distributøren til å ikke selge varene til visse forbrukere. Hvis avtalen inneholder en slik begrensning om at distributøren ikke kan selge til en sluttbruker, faller hele avtalen utenfor gruppeunntaket, fordi det vil ha sterk negativ virkning på konkurransen.²²⁸ Det følger av retningslinjene at ”sluttbrukere” sikter både til næringsdrivende og private forbrukere.²²⁹

²²⁶ Wijckmans (2011), s 170

²²⁷ I.c

²²⁸ jf gruppeunntakets § 4 bokstav c

²²⁹ Ibid. pkt 53

Aktiv salg er å forstå som aktiv henvendelse til individuelle kunder, for eksempel aktiv henvendelse med mail.²³⁰ Passivt salg er på den andre siden å besvare på en uoppfordret henvendelse fra individuelle kunder.²³¹ Bestemmelsen i § 4 bokstav c skiller ikke mellom disse formene, da begge former for salg omfattes av bestemmelsen.

Da Gruppeunntakets § 4 bokstav c forbyr begrensinger på distributørens adgang til aktivt og passivt salg til sluttbrukere, blir spørsmålet om en selektiv distribusjonsavtale som forbyr distributøren å distribuere varer via internett medfører brudd på § 4 bokstav c.

Det følger av retningslinjene at utgangspunktet er at distributører i et selektivt distribusjonssystem skal fritt kunne distribuere sine varer via internett.²³² ” *In principle, every distributor must be allowed to use the internet to sell products*”²³³ Slik distribusjon kan for eksempel skje ved at distributøren lager en internettside som han distribuerer gjennom, istedenfor butikk. Det følger videre av retningslinjene at den som opererer i det selektive distribusjonssystemet kan bli pålagt omfattende restriksjoner om krav med hensyn til personell, kvalifikasjoner, utstillingslokaler og rådgivning osv.²³⁴

Fra dette utgangspunktet om at distributører kan distribuere via internett er det flere unntak som blir nevnt i retningslinjene.²³⁵

For det første kan ikke distribusjon skje via internett dersom det leder til aktivt salg i andre distributørers eksklusive område eller kundegruppe.²³⁶

²³⁰ Retningslinjene pkt 51

²³¹ I.c

²³² Retningslinjene pkt 52

²³³ ic.

²³⁴ I.c jf oppgavens pkt 2.3.3

²³⁵ ibid. pkt 53-54

Videre vil ikke internett kunne benyttes dersom kvalitetsstandardene leverandøren oppstiller ikke kan oppfylles.²³⁷

Retningslinjene uttrykker også at distribusjon via internett kan forbys dersom det er objektivt grunnlag for dette. Hva som skal til for at det foreligger et objektivt grunnlag sier ikke retningslinjene noe om.²³⁸

Lokaliseringsklausuler er ikke nevnt i noen av hardcore restriksjonene, dermed kan man ha slike restriksjoner uten at den selektive distribusjonsavtalen faller utenfor gruppeunntaket. Hvor et selektivt distribusjonssystem skal operere er helt sentralt for systemet, og da er det naturlig at en leverandør skal kunne ha mulighet til å sette krav til lokaliseringssted og kontrollere at dette er oppfylt.²³⁹ Det samme vil gjelde der distributøren bruker internett. Leverandøren vil kunne for eksempel stille krav til bruk av spesielle internettdresser, hvordan internettdressen skal se ut osv.²⁴⁰ Bruk av internett stiller seg i samme situasjon som om hvis han hadde hatt egen utsalgsbutikk.²⁴¹

3.5.5 Begrensinger i kryssleveranser mellom forhandlere

Det følger av gruppeunntakets § 4 bokstav d at det er forbudt:

”å begrense kryssleveransene mellom forhandlere innenfor et selektivt distribusjonssystem, herunder mellom forhandlere som utøver virksomhet innen ulike omsetningsledd”

I dette ligger det at forhandlere skal ha fri adgang til å kjøpe varer fra andre distributører i det selektive distribusjonssystemet.²⁴² Formålet bak bestemmelsen er å gi autoriserte dis-

²³⁶ Retningslinjene pkt 53

²³⁷ *ibid.*, pkt 54

²³⁸ *ibid.*, pkt 51

²³⁹ Retningslinjene pkt 54 jf Lunde (2007), s 93

²⁴⁰ Retningslinjene pkt 54, jf Lunde(2007 s 93

²⁴¹ *ibid.*, pkt 54

²⁴² *Ibid.* s 94

tributører mulighet til å kjøpe fra hverandre, og begrense leverandørens muligheter for å operere med forskjellige priser i forskjellige områder.²⁴³ Dette medfører at selektive distribusjon ikke kan kombineres med eksklusivt kjøp, ved for eksempel å bare måtte kjøpe fra en leverandør.²⁴⁴

3.6 Konkurransesklausuler

Konkurransesklausuler i gruppeunntaket § 5 er avtaleforpliktelser som medfører at gruppeunntaket ikke gjelder for slike avtaler.²⁴⁵ Definisjonen av konkurransesklausul er nedfelt i gruppeunntaket § 1 bokstav d:

”enhver direkte eller indirekte forpliktelse som hindrer kjøperen i å produsere, kjøpe, selge eller videreselge varer eller tjenester som konkurrerer med de varene eller tjenestene som omfattes av avtalen, eller enhver direkte eller indirekte forpliktelse for kjøperen til å kjøpe fra leverandøren, eller fra et annet foretak utpekt av leverandøren, mer enn 80 % av kjøperens samlede innkjøp av de varene eller tjenestene som omfattes av avtalen samt substituerbare varer eller tjenester på det relevante marked, beregnet på grunnlag av verdien av eller, dersom det er standard praksis i bransjen, mengden av foretatte innkjøp det foregående kalenderår”

Hvis en vertikal avtale som for eksempel en selektiv distribusjonsavtale inneholder en slik avtaleforpliktelse vil ikke gruppeunntaket gjelde for den aktuelle klausulen.²⁴⁶ Denne avtaleforpliktelsen må da vurderes under § 10 første ledd, og om vilkårene i § 10 tredje ledd er oppfylt for bli unntatt. Det følger imidlertid av retningslinjene²⁴⁷ at gruppeunntaket fortset-

²⁴³ Konkurrenceretten i Eu (2009) s 406

²⁴⁴ Lunde (2007) s 94

²⁴⁵ Whish (2012) s 669

²⁴⁶ ic.

²⁴⁷ jf retningslinjene pkt 65

ter å gjelde på resten av avtalen.²⁴⁸ Konkurransesklausuler gjelder ikke særskilt for selektiv distribusjon.

Gruppeunntakets § 5 kommer til anvendelse i tilfeller der leverandører vil begrense/ hindre salg av konkurrerende varer i det selektive distribusjonssystemet. Dette er fordi slike konkurransesklausuler begrenser intra-brand konkurransen idet klausulene begrenser kjøperens muligheter til å kjøpe og selge konkurrentene varer.²⁴⁹

3.7 Konklusjon

Kap 3 har vist når en konkurransebegrensende selektiv distribusjonsavtale er unntatt på bakgrunn av gruppeunntaket. Gruppeunntaket har et bredt anvendelsesområdet og omfatter alle vertikale avtaler.

Videre har det blitt slått fast at under gruppeunntaket vil en sontring mellom kvalitative og kvantitative selektive distribusjoner ikke være av betydning, da begge former vil kunne få fritak. At de kvantitative utvelgelseskriteriene må være saklige og satt uten forskjellsbehandling kreves ikke når man opererer med slike kriterier under gruppeunntaket.

Kap 3 har nærmere redegjort for vilkårene for at gruppeunntaket skal komme til anvendelse. Oppgaven har vist at markedsandelskravet på 30 prosent nå må oppfylles både av leverandør og distributør. Videre har vi sett på noen av de alvorlige begrensingene i § 4 som medfører at gruppeunntaket ikke kommer til anvendelse på den selektive distribusjonsavtalen.

²⁴⁸ i motsetning til hva som gjelder ved brudd på gruppeunntakets § 4, der hele avtalen faller utenfor gruppeunntaket.

²⁴⁹ Konkurrenceretten i EU (2009) s 427

4 Fritak utenfor gruppeunntaket

4.1 Innledning

Som nevnt ovenfor blir en konkurransebegrensende selektiv distribusjonsavtale ugyldig ved brudd på § 10 første ledd. Selektiv distribusjon er som nevnt unntatt gjennom gruppeunntaket dersom vilkårene er oppfylt. Det kan være tilfeller der den selektive distribusjonsavtalen faller utenfor gruppeunntaket, ved at for eksempel markedsandelen på 30 prosent er overskredet. Dersom avtalen ikke faller inn under gruppeunntakets anvendelsesområdet, blir spørsmålet om vilkårene er oppfylt for å unnta den selektive distribusjonsavtalen etter § 10 tredje ledd. Dersom vilkårene i § 10 tredje ledd er oppfylt, vil den selektive distribusjonsavtalen likevel kunne være lovlig.

Konkurranseloven § 10 tredje ledd oppstiller fire kumulative vilkår som må være oppfylt for at en selektiv distribusjonsavtale skal bli unntatt. Vilråene er generelle og gjelder ikke særskilt for unntak for selektive distribusjonsavtaler, men da oppgavens tema er selektiv distribusjon vil slike avtaler brukes for å illustrere når vilråene er oppfylt.

Det første vilrået går ut på at avtalen må ”*bidra til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utviklingen*”. Det må foretas en konkret vurdering av den selektive distribusjonsavtalen. Man må se på om de positive virkningene av selektiv distribusjon²⁵⁰, og om de oppveier de negative etter en konkret vurdering.²⁵¹

I *Givenchy og Yves Saint Laurent-sakene*²⁵² ble det gitt fritak av kommisjonen²⁵³ etter § 10 tredje ledd for de konkurransebegrensende kvantitative kravene om minstekjøp, minste

²⁵⁰ jf nærmere behandling av de positive effektene under pkt 4.2.1

²⁵¹ Whish (2012) s 155

²⁵² sak 19/92 Yves Saint Laurent, sak 88/92 Givenchy, nærmere om saksforholdet i sakene er redegjort i kap 2.

lagerbeholdning og krav til markedsføring²⁵⁴. Her uttrykte kommisjonen hvordan vilkåret skulle forstås:

“The Commission accordingly considers that the contractual requirements falling within the scope of Article 85(1)...have the effect of ensuring that Yves Saint Laurent products are distributed only under conditions that can preserve the high quality image and exclusivity associated with the fact that they are luxury cosmetic products”

Kommisjonen ga fritak etter tredje ledd på bakgrunn av at de kvalitative kravene hadde visse positive effekter som veiet opp for de negative, ved at kravene gjorde det mulig og opprettholde luksuvarene.

Det neste vilkåret er at avtalen ”sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd”. Med dette menes det at det ikke bare er nødvendig at de positive virkningene oppveier de negative virkningene av avtalen, men forbrukerne må også få en ”rimelig andel av gevinstene”.²⁵⁵ For eksempel at forbrukerne får lavere priser på visse varer på grunn av omkostningsbesparelser. I *Yves Saint Laurent-saken* mente kommisjonen at dette vilkåret var oppfylt, og begrunnet det med at forbrukerne fikk fordeler ved bruk av et slikt selektivt distribusjonssystem fordi det bevarte varens eksklusive karakter som var motivet for kjøp av slike varer. Kommisjonen nevnte også videre andre fordeler ved bruk av et selektivt distribusjonssystem der forbrukerne fikk kvalitet, service og kundeveiledning, ved kjøp av produktene.²⁵⁶

Videre må ikke avtalen pålegge ”vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål”. Restriksjonene må være nødvendige for å oppnå de positi-

²⁵³ dommene gjaldt ble truffet på et tidspunkt der bare kommisjonen kunne gi fritak etter tredje ledd

²⁵⁴ nærmere om de kvantitative kravene i punkt 2.4

²⁵⁵ Whish(2012) s 163 jf Kolstad (2007) s 335

²⁵⁶ sak 19/92 Yves Saint Laurent premiss 27

ve virkninger en avtale kan ha. Det er den minst konkurransebegrensende restriksjonen som må velges.²⁵⁷ I *Metro I-saken* utalte kommisjonen at de konkurransebegrensende kravene var nødvendige for at man kunne oppnå en forbedring av fordelingen.²⁵⁸ Uten slike restriksjoner ville de positive effektene ikke vært mulig å oppnå.

Til slutt er kravet er at det ikke gjennom avtalen må gis ” *mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder*”. Med dette menes det at den selektive distribusjonsavtalen ikke må medføre at det konkurransen på den aktuelle varen blir utelukket. Retningslinjene forteller hvordan man skal gå frem for å se om en avtale vil utelukke konkurransen.²⁵⁹ Man må se på hvor svekket konkurransen er før avtalen ble inngått, og hvor mye avtalen vil svekke konkurransen for å avgjøre om avtalen utelukker konkurransen.²⁶⁰ Dersom konkurransen på for eksempel fjernsyn, før avtalen var ganske svekket. Da skal det lite til før den nye avtalen anser å utelukke konkurransen for en vesentlig del.²⁶¹

Dersom disse vilkårene er oppfylt vil den selektive distribusjonsavtalen medføre gevinster som oppveier de negativitet virkningene av redusert konkurranse, og vil føre til at hovedregelen om konkurransebegrensende samarbeid i § 10 første ledd ikke kommer til anvendelse på avtalen.²⁶²

Før ikrafttreddelsen av rådsforordningen 1/2003 var det bare kommisjonen som kunne gi individuelle unntak, men i dag gjelder unntaket automatisk der vilkårene er oppfylt.²⁶³

²⁵⁷ Whish (2012) s 162 jf Kolstad (2007). s 863

²⁵⁸ sak 26/76 Metro I, nærmere om saksforholdet i kap.2

²⁵⁹ Retningslinjene pkt 127

²⁶⁰ Whish (2012) s 165

²⁶¹ Retningslinjene pkt 127

²⁶² Evensen(2009) s 163

²⁶³ Ibid. s 150

Dermed er det ikke nødvendig å be kommisjonen om fritak på bakgrunn av § 10 tredje ledd.

Unntaket i § 10 tredje ledd vil bortfalle dersom det viser seg at vilkårene som er oppstilt ikke lenger er oppfylt, og avtalen vil igjen bli ansett konkurransestridig etter § 10 første ledd.²⁶⁴

4.2 Effektivitetsfordeler ved selektive distribusjonsavtaler

For å se om en selektiv distribusjonsavtale tilfredsstiller vilkårene i tredje ledd må avtalen vurderes konkret.²⁶⁵ Det er avtalens innvirkning på konkurransen som er avgjørende for om den selektive distribusjonsavtalen kan unntas eller ikke. Dette betyr at man må se om den konkrete selektive distribusjonsavtalen har noen av de positive virkningene bestemmelsen krever, som oppveier de negative.²⁶⁶ Tidligere i oppgaven har noen av de negative virkningene av selektiv distribusjon blitt redegjort for.²⁶⁷ Et av tilfellene var som sagt at intrabrand konkurransen ble svekket. Selektiv distribusjon har blitt sett på å ha mange positive virkninger på konkurransen, og vil kunne medføre effektivitetsfordeler.²⁶⁸

Spørsmålet blir dermed hvilken effektivitetsfordeler selektiv distribusjon kan ha, som kan rettferdiggjøre de negative virkningene.

Retningslinjene og juridisk teori gir veiledning om hvilke positive virkninger som kan rettferdiggjøre den selektive distribusjonsavtalen.²⁶⁹ Retningslinjene inneholder ikke noe uttømmende liste over mulige virkning som kan rettferdiggjøre den selektive distribusjonsav-

²⁶⁴ Kolstad (2007) s 294

²⁶⁵ I.c

²⁶⁶ Kolstad (2007)

²⁶⁷ jf oppgavens pkt 2.2

²⁶⁸ Evensen (2009) s 235

²⁶⁹ Retningslinjene pkt 116

talen.²⁷⁰ Retningslinjene er bare en form for veiledning, og andre tilfeller enn de som er nevnt kan få betydning. Nedenfor vil visse effektivitetsfordeler bli kort behandlet.

En effektivitetsfordel som kan rettferdiggjøre et selektivt distribusjonssystem er at systemer kan medføre beskyttelse fra "gratispassasjerer".²⁷¹ Med "gratispassasjerer" menes at forhandlere som ikke har foretatt noen investeringer, gjør bruk av andre forhandleres investeringer i markedsføring for å selge sine egne produkter.²⁷² For eksempel ved å selge samme produkter som den andre parten har brukt midler for å reklamere på. Forhandlere er ofte redde for at andre distributører skal bruke deres investeringer i markedsføringen av et produkt, og vil da i visse tilfeller heller ikke foreta de nødvendige investeringene. Ved å tillate selektiv distribusjon kan man avhjelpe slike "gratispassasjerer problemer", ved at leverandøren ikke utpeker flere autoriserte distributører i området der den aktuelle distributøren vil investere i markedsføring.²⁷³ Hvis ikke dette hadde vært mulig, ville langt færre vært villige til å foreta nødvendige investeringer i markedsføring av et produkt, i frykt for at andre kan bruke denne markedsføringen selv.²⁷⁴

En annen effektivitetsfordel som kan rettferdiggjøre et selektiv distribusjonssystem kan være stordriftsfordeler.²⁷⁵ Med dette menes det at større bedrifter kan distribuere sine varer til en lavere kostnad enn det andre mindre bedrifter kan gjøre.²⁷⁶ For selektive distribusjon vil stordriftsfordeler særlig være aktuelt der hvor distributøren forplikter seg til å kjøpe et

²⁷⁰ Lunde (2007) s 13

²⁷¹ Retningslinjene pkt 107

²⁷² I.c

²⁷³ Evensen (2009) s 236

²⁷⁴ I.c

²⁷⁵ Retningslinjene pkt 107

²⁷⁶ Kolstad (2007) s 299

minstekjøp eller ha et minstelager fra leverandøren.²⁷⁷ Ved å oppstille slike krav til minstekjøp eller minstelager vil leverandøren til tross for at han bare selger til et begrenset antall godkjente distributører, allikevel opprettholde et visst salg fordi distributøren må kjøpe inn mer.²⁷⁸

En tredje effektivitetsfordel med selektiv distribusjon er at et slikt system kan avhjelpe ”hold up problemet”. Dette kan for eksempel kan rettferdiggjøre mengdeforpliktelse og konkurranseklausuler i et selektivt distribusjonssystem.²⁷⁹ Det vil ofte i distribusjonsforhold være behov for å foreta investeringer i spesielt utstyr eller opplæring.²⁸⁰ Dette vil for eksempel være tilfeller der man foretar investering i å opplære selgere som skal selge det aktuelle produktet for å tilfredsstille kravet om kunnskap og service ved salget. Ofte vil ikke slike investeringer bli foretatt med mindre det foreligger en selektiv selektiv distribusjonsavtale med særskilt leveringsavtale.²⁸¹ Dette på bakgrunn av at slike investeringer da ikke er nødvendige hvis hvem som helst kan distribuere slike varer, også uten faglig kompetanse. Retningslinjene nevner at det er noen betingelser som må være oppfylt for at de positive virkningene av å avhjelpe ”hold up” problemet skal veie opp for de negative virkningene. For det første må investeringen være ”relasjonsspesifikk” ved at investeringene som har blitt foretatt ikke kan brukes for produkter levert av andre produsenter. Videre må det være snakk om langsiktige investeringer.²⁸²

²⁷⁷ Evensen (2009) s 236

²⁷⁸ Retningslinjene pkt 107

²⁷⁹ I.c

²⁸⁰ Retningslinjene pkt 107 nr (4)

²⁸¹ I.c

²⁸² I.c

4.3 Konklusjon

Konklusjonen for kapittel 4 er at selv om gruppeunntaket ikke kommer til anvendelse er ikke avtalen automatisk konkurransebegrensende etter §10 første ledd. Den selektive distribusjonsavtaler kan unnlates etter § 10 tredje ledd, dersom vilkårene er oppfylt. Da vil avtalen til tross for konkurransebegrensningen være lovlig. En selektiv distribusjonsavtale kan bli unntatt dersom de positive virkningene oppveier de negative virkningene av selektiv distribusjon. I dette kapitlet har det også blitt redegjort for hvilke positive effekter selektiv distribusjon kan ha på konkurransen.

5 Avsluttende bemerkninger

Jeg vil bemerke at en slik sontring mellom kvantitative og kvalitative selektive distribusjonsavtaler²⁸³, vil få mindre betydning nå som det finnes et gruppeunntak som omfatter selektiv distribusjon. Dette på bakgrunn av at selektiv distribusjon uansett kan unnlates dersom vilkårene i gruppeunntaket er oppfylt. Utenfor gruppeunntakets anvendelsesområde vil det fortsatt være en avgjørende sontringen mellom kvantitative og kvalitative selektive distribusjonsavtaler.

²⁸³ jf nærmere om denne sontringen mellom kvalitative og kvantitative krav i kap 2

6. Litteraturliste

- Jones (2011) Jones, Alison and Brenda Sufrin, *EU competition law*, 4 utgave. Oxford (2011).
- Kolstad (2007) Kolstad, Olav og Anders Ryssdal, *Norsk konkurranserett, Atferdsregler og strukturkontroll*. (2007)
- Evensen (2009) Evensen, Harald og Eivind Sæveraas, *Konkurranseloven og Eøs konkurranselov* (2009)
- Lunde (2007) Lunde, Tore, *Distribusjonsavtaler I konkurranserettslig prespektiv*, (2007)
- Wijckmans (2011) Wijckmans, Frank and Filip Tuytschaever, *Vertical agreements in Eu competition law*, 2 utg, 2011
- Korah (2002) Korah, Valentine and Denis O'Sullivan, *Distribution Agreements under the EC Competition Rules*. (2002)
- Whish (2012) Whish, Richard and David Bailey, *Competition law*, 7 utg (2012)
- Konkurrenceretten i Eu Heide-Jørgensen, Caroline...(et.al.). *Konkurrenceretten i EU*. 3 utg. (2009)
- Eu konkurrerrett Hansen, Kim Lungaard...(et.al.). *EU konkurreretten*, (1998)
- Colino (2010) Colino, Sandra Marco, *Vertical Agreements and Competition Law*, (2010)
- Regulating competition in Iversen, Bent...(et.al). *Regulating competition in the EU* (2008)
- Mendelsohn (2002) Mendelsohn, Martin, Stephen Rose, *Guide to the EC Block Exemption for Vertical Agreements* (2002)

Lover

Lov av 5 mars 2004 nr 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranse-loven)

Lov av 27 nov 1992 nr 109 om gjennomføring i norsk rett hoveddelen i avtale om Det Europeiske og økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v

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

Forskrifter

Forskrift om anvendelse av konkurranse-loven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden. Forskrift 2010- 06- 21 nr 898

Forskrift om anvendelse av konkurranse-loven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden av 17.08.2004 nr 1196 (Utgått)

Forskrift om anvendelse av konkurranse-loven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden i motorvognsektoren. Forskrift 2010-08-24 nr 1214

Forarbeider

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Ot.prop nr 6 (2003-2004)

Kommisjonsforordninger

Commission Regulation 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101 (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted parties, Official Journal L 102/1.

Rådsforornig

Rådsforordning 1/2003 EFT L 1/1 av 4.1.2003)

Retningslinjer fra kommisjonen

Guidelines on Vertical Restraints, Official journal 19.05.2010 c 130

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:EN:PDF>

Dommer

EU-domstolen

Consten og Grundig	Forende saker 56/64 og 58/64 Consten og Grundig mod Kommissionen, Saml.1966 s 299
Metro- saken	Sak 26/76 Metro mot kommisjonen I, sml 1977 s 1875
AEG	Sak 107/82 AEG- telefonen mot kommisjonen sml. 1983 s 3151
Société Technique Minière	Sak 56/65, Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm, Saml. 1965-68 s 282 (ECR 1966 s 211)
Loreal	Sak 31/80 Loreal mot De Nieuwe AMCK, sml 1980 s 3775
Metro II	Sak 75/84 Metro mot kommisjonen II, sml 1986 s 3021
Cartier	Sak C- 376/ 92, Metro SB-grossmärkte v Cartier, sml 1994 s 1-15

Hasselblad	Sak 86/82 Hasselblad mot kommisjonen, sml 1983 s 833
Lancome	Sak 99/76 Lancome mot etos, sml 1980 s2511
Binon	Sak 243/83 Sa Binon & cie v SA agence , sml 1985 s 327
Auto 24	Sak 158/11 Auto 24 SARL v Jaguar Land Rover France, sml 2012 s 00
Chemiefarma mot kom- misjonen	Sak 41/69 Chemiefarma mot kommisjonen, sml 1970 s 107
Höfner og Elsner mot Macrotrin	Sak c-41/90, Klaus Höfner og Fritz Elsner mot Macrotron GmbH, Sml 1991 s I-1979

Førsteinstansretten

Sak T88/92 Galec mot Kommissjonen I, CR 1996 II s 1961

Sak T 19/92 Galec mot Kommissjonen II, ECR 1996 IIs 1851

sak T 19/91 societe D'Hygiene Dermatologique de Vichy mot kommissjonen, sml 1992 s II-415

sak T 208/01 Volkswagen AG mod kommissionen, sml. 2003 s II-5141

EFTA- domstolen

Sak E 7/01, Heglestad mot Hydro Texaco REC 2002 s 130

Kommisjonsavgjørelse

Ideal standard, EFT 1985 L 20/38

Hasselblad , EFT 1982 L 161 s 18

Villeroy & Boch, EFT 1985 L 376 s 15