

Gruppeunntaket for vertikale avtaler: Adgangen til å begrense netthandel



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 572
Leveringsfrist: 26.04.2011

Til sammen 17 055 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	Oppgavens tema og problemstilling.....	1
1.2	Terminologi	4
<u>2</u>	<u>RETTSKILDENE</u>	6
2.1	TFEU art. 101	6
2.2	Gruppeunntaket	6
2.3	Retningslinjene	10
2.4	Høringsuttalelsene	13
<u>3</u>	<u>OMRÅDE- OG KUNDERESTRIKSJONER</u>	14
3.1	Eksklusive områder og kundegrupper	15
3.1.1	Eksklusiv distribusjon.....	16
3.1.2	Områder og kundegrupper	20
3.2	Distribusjon på internett som et aktivt eller passivt salg.....	21
3.2.1	Sondringen mellom aktivt og passivt salg	22
3.2.1.1	Passivt salg.....	24
3.2.1.2	Aktivt salg.....	25
3.2.2	Markedsføringsmetoder på internett.....	27
3.3	Systematikken videre	28
<u>4</u>	<u>SALG FRA NETTSIDER</u>	29
4.1	Overordnede problemstillinger	29

4.1.1	Begrense andelen salg som foregår via internett	30
4.1.1.1	Omgåelse	33
4.1.1.2	Individuelt bestemt ut fra objektive kriterier	34
4.1.2	Merpris for varer som skal selges via internett. Todelt prising	35
4.1.2.1	Fast honorar	37
4.1.2.2	Variabelt beløp.....	38
4.2	Nettsider	39
4.2.1	Omdirigering	39
4.2.1.1	Grensetilfeller	41
4.2.1.2	Unntak for lenker til andre distributører eller leverandøren	42
4.2.2	Stanse kundetransaksjoner.....	43
4.2.3	Tilby ulike språk på nettsiden.....	43
4.2.3.1	Prislister i ulike valuta	45
4.2.3.2	Domenenavn	46
4.2.4	Kumulasjon.....	47
5	<u>AKTIVE TILNÆRMINGER TIL KUNDER.....</u>	48
5.1	E-post / SMS.....	48
5.2	Nettsider	49
5.2.1	Områdebaserte bannere	50
5.2.2	Web-søk.....	50
5.2.3	Nettsider med brukerprofiler	51
5.3	Mobiltelefoni	53
5.3.1	Reklame rettet mot bestemte områder eller kundegrupper.....	54
5.3.2	Kunde velger å motta reklame	55
6	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	58
	Litteraturliste	60
	Øvrige kildehenvisninger	62

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Oppgavens tema knytter seg til salg over internett, nærmere bestemt *i hvilken grad en leverandør kan begrense en distributørs adgang til å nyttiggjøre seg av internett som distribusjonsmetode.*

Distributører vil kunne ønske å tilby netthandel fordi det gir dem muligheten til å komme i kontakt med kunder som de tidligere ikke kunne nå.¹ Internett vil videre være en attraktiv distribusjonsmetode av den grunn at det medfører lavere kostnader enn distribusjon fra et fysisk utsalgssted.

En leverandør vil imidlertid av ulike grunner kunne ønske å hindre eller begrense en distributørs adgang til å nyttiggjøre seg av distribusjon på internett. For det første vil fri adgang til salg og markedsføring på internett ikke alltid være i overensstemmelse med den distribusjonsmetoden som blir anvendt. For eksempel i relasjon til *eksklusiv distribusjon* vil en leverandør kunne ønske å begrense adgangen en distributør har til å distribuere på nett. Eksklusiv distribusjon vil i korte trekk si at en leverandør kun kan selge sine produkter til en bestemt distributør for distribusjon i et bestemt område, og at den eksklusive distributøren er beskyttet mot salg inn i sitt tildelte område fra leverandørens øvrige distributører.² Eksklusivitet vil kunne dempe det samlede salget, og er ut fra en slik synsvinkel en ulempe for leverandøren. Leverandøren vil imidlertid i en del tilfeller vurdere eksklusivitet som ønskelig ettersom det oppmuntrer distributøren til å konsentrere seg om sitt tildelte område og utvikle salget der.³

¹ Vanard (2010), kap. 1 (1).

² For en nærmere beskrivelse, se punkt 3.1.1.

³ Van Beal / Bellis (2011), s. 197.

I et eksklusivt distribusjonssystem vil distribusjon fra andre distributører inn i en annen distributørs eksklusive område kunne virke kontraproduktivt. Internett kjenner i utgangspunktet ikke slike grenser, og det vil være en egnet metode for å markedsføre og selge varer også inn i slike områder som er ment å være eksklusivt tildelt en distributør. Det vil i forlengelsen av dette være av betydning at en distributør ved hjelp av ulike lokaliseringmetoder i ytterligere grad vil kunne rette reklamen på internett mot slike områder.⁴ På bakgrunn av dette vil det kunne være ønskelig å begrense en distributørs adgang til å distribuere produkter på internett.

En annen grunn til at en leverandør vil kunne ønske å begrense en distributørs nettsalg, er for å imøtekomme problemet med såkalt *free riding*. Dette handler om at distributører som selger på nett vil kunne bli ”gratispassasjerer” på investeringene til distributører med fysiske utsalgssteder.⁵ Mens distributører med fysiske utsalgssteder vil måtte bruke penger på investeringer i selve utsalgsstedet, personlig service o.l., vil nettforhandlere på sin side ikke ha slike utgifter og vil således kunne tilby lavere priser. En kjøper vil i forlengelsen av dette kunne dra fordel av servicen som et fysisk utsalgssted tilbyr, for deretter å kjøpe et produkt på nett til en lavere pris. På bakgrunn av dette vil det derfor kunne være ønskelig å hindre eller begrense distribusjon på internett.

Jeg vil i denne oppgaven ikke behandle reglene i gruppeunntaket som gjelder for selektiv distribusjon.⁶

Fordeler med netthandel

Internett har endret landskapet for hvordan produkter selges og markedsføres, og det har gitt forbrukerne flere fordeler. Forbrukerne har fått muligheten til å kjøpe ulike varer og tjenester fra et vidt spekter av selgere og til enkelt å undersøke nettsider til selgere i ulike

⁴ Nærmere om slike lokaliseringmetoder i punkt 3.2.2 og 5.3.

⁵ For en nærmere beskrivelse av problematikken, se punkt 4.1.

⁶ For en nærmere beskrivelse av selektiv distribusjon, se punkt 4.1.2.

land som selger samme eller liknende produkter, for så å sammenlikne priser og velge å kjøpe produktet eller tjenesten til beste betingelser. På denne måten kan forbrukerne finne de beste tilbudene, uten å måtte forlate hjemmet og tilpasse seg til tilbyders åpningstider. Det må imidlertid understrekes at det fortsatt er skepsis knyttet til handel på nett. Dette skyldes forhold som mangel på kundekontakt, usikkerhet knyttet til om forbrukeren vil motta den bestilte varen, og usikkerhet forbundet med å gi fra seg kredittkortopplysninger.⁷

Internett som distribusjonskanal innbyr til konkurranse mellom ulike aktører. På denne måten fremmes den grunnleggende målsetningen om å skape et indre europeisk marked med harmonisering av prisnivået i medlemslandene.⁸

Legitime grunnlag for å begrense netthandel

Aktørene i en distribusjonskjede vil altså kunne ha ulike syn på hvordan distribusjonen skal foregå; en distributør vil kunne ønske å bruke internett i sin distribusjon av produkter, mens en leverandør vil kunne ønske å *begrense* en distributørs adgang til å selge eller markedsføre produkter på internett. Spørsmålet vil i slike tilfeller være i hvilken grad leverandørens interesser vil være legitime grunnlag for å begrense en distributørs netthandel.

Et regelverk knyttet til nettsalg krever at det må foretas en avveining mellom distributørens interesse i å dra nytte av de muligheter som netthandel tilbyr, og interessen leverandøren måtte ha i å velge distributører og distribusjonsmetode, og forhindre *free riding*.⁹

Kommisjonens svar på denne interesseavveiningen er et skille mellom *aktive* og *passive* salg.¹⁰ Generell markedsføring eller reklame er ansett som passivt salg, mens markedsføring rettet mot bestemte kunder, kundegrupper eller områder er ansett som aktivt

⁷ Marsden / Whelan (2010), s. 30.

⁸ Vanard (2010), kap. 1 (1). Se også Lunde (2007), s. 3.

⁹ Louko (2010), s. 12.

¹⁰ Det redegjøres for sontringen i Guidelines on Vertical Restraints, Official Journal 19.05.2010 C 130. Heretter: Retningslinjene. Se nærmere om denne sontringen i punkt 3.2.1.

salg til disse.¹¹ Sondringen mellom aktive og passive salg er av sentral betydning, og derfor hovedtema i denne oppgaven.

Lite har blitt skrevet om de nye retningslinjene, og det foreligger minimalt med rettspraksis angående de problemstillingene oppgaven reiser.

Temaets aktualitet

Betydningen av internett som distribusjonskanal er stor og i stadig vekst. Den totale omsetningen for netthandel i EU ble for 2010 anslått til NOK 815 mrd., og det er antatt at den vil vokse til over NOK 1000 mrd. i løpet av 2014.¹² Antallet forbrukere som handler på nett i Europa er anslått å vokse fra 141 millioner i 2009 til 190 millioner i 2014.¹³ Andelen av den norske befolkningen som kjøpte eller bestilte varer eller tjenester på internett i 2010 var på hele 71 prosent.¹⁴

Den økte betydningen av salg og markedsføring på internett, og den store økonomiske utviklingen som dette innebærer, blir gjennom en detaljert regulering av internettsalg forsøkt imøtekommet av det nye gruppeunntaket med tilhørende Retningslinjer fra 2010.¹⁵ I oppgaven vil jeg se nærmere på denne reguleringen.

1.2 Terminologi

Distribusjon

Begrepet ”distribusjon” har ikke et entydig innhold. Det er blitt definert som ”all handelsaktivitet mellom produsenter og konsumenter som omfatter vare- eller tjenstedistribusjon, og der konsumentgruppen kan omfatte både produsenter,

¹¹ Retningslinjene avsnitt 51.

¹² http://www.emarketer.com/Report.aspx?code=emarketer_2000679

¹³ Ibid.

¹⁴ <http://www.ssb.no/ikthus/>

¹⁵ Subiotto / Dautricourt (2011), s. 11.

videreforhandlere eller sluttbrukere".¹⁶ Distribusjon vil i tillegg til salg kunne omfatte reklame og annen markedsføring.¹⁷ Dette gjelder også for distribusjon ved hjelp av internett, som denne oppgaven omhandler.

Vertikal avtale

En leverandør vil kunne organisere distribusjonen selv, eller den vil kunne ta i bruk eksterne distributører. I det sistnevnte tilfellet vil leverandøren kunne inngå *avtaler* med aktørene i distribusjonskjeden, for slik å beholde en viss kontroll over distribusjonen.

En vertikal avtale inngås mellom to eller flere foretak hvor hvert av foretakene opererer på *ulike nivåer* i produksjons- eller distribusjonskjeden, for eksempel avtaler mellom leverandører og distributører, eller mellom distributører og detaljister.¹⁸ Dette til forskjell fra horisontale avtaler som gjelder mellom (aktuelle eller potensielle) konkurrenter på *samme nivå* i produksjons- eller distribusjonskjeden.¹⁹

Vertikale konkurransebegrensninger

Felles for vertikale avtaler er at de har til formål å *regulere distribusjonen* av varer og tjenester i kontraktskjeden fra leverandør til sluttbruker.²⁰ Slike avtaler vil kunne inneholde konkurransebegrensninger og dermed rammes av forbudet i TFEU art. 101 (1), som er en del av et system for å hindre at konkurransen blir forstyrret.²¹

¹⁶ Lunde (2007), s. 26.

¹⁷ Lunde (2007), s. 85.

¹⁸ Gruppeunntaket art. 1 (1) (a) definerer en vertikal avtale som "an agreement or concerted practice entered into between two or more undertakings each of which operates, for the purposes of the agreement or the concerted practice".

¹⁹ Lunde (2007), s. 25.

²⁰ Lunde (2007), s. 2.

²¹ Treaty on the Functioning of the European Union; tidligere art. 81 i EF-traktaten. Se nærmere om dette i punkt 2.1.

2 Rettskildene

2.1 TFEU art. 101

Det rettslige utgangspunktet for konkurransebegrensende avtaler er Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) art. 101 første ledd, som omhandler avtaler hvis formål eller virkning er å hindre, innskrenke eller vri konkurransen. EØS-avtalen art. 53, og konkurranseloven § 10, tilsvarer TFEU art. 101. Avtaler med et slikt konkurransebegrensende formål eller virkning er ansett for å være *ugyldige*.²² I praksis kan konkurranseloven § 10 forventes å bli tolket i samsvar med traktatens bestemmelse.²³ I oppgaven vil jeg for enkelhets skyld referere til TFEU art. 101. TFEU art. 101 kan ramme både horisontale og *vertikale avtaler*.²⁴

Det kan nevnes at TFEU art. 101 får anvendelse både på avtaler og samordnet praksis. Derimot får bestemmelsen ikke anvendelse på en parts ensidige fastsettelse av avtalevilkår (“unilateral conduct of the undertakings concerned”) – dette er kun aktuelt for foretak med dominerende stilling etter art. 102.²⁵

2.2 Gruppeunntaket

Til hovedregelen i TFEU art. 101 (1), er det gitt et unntak i artikkelens tredje ledd.²⁶ Dette gjelder avtaler som inneholder konkurransebegrensende elementer, men som det blir gjort unntak for på grunn av avtalens mer tungtveiende *positive* konkurransemessige virkninger. Som en presisering til dette unntaket er det blitt utarbeidet en forordning som gir en ”trygg

²² TFEU art. 101 annet ledd, jf. EØS-avtalen art. 53 nr. 2 og konkurranseloven 53 annet ledd.

²³ Kolstad, i Sejersted m.fl. (2003), s. 470.

²⁴ Dette er blitt slått fast i rettspraksis, se for eksempel sak 56 og 58/64 *Consten and Grundig v. Kommisjonen* [1966] ECR 339-40. Se punkt 1.2 om forskjellen mellom vertikale og horisontale avtaler.

²⁵ Jones / Sufrin (2011), s. 147.

²⁶ Jf. EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 og konkurranseloven § 10 tredje ledd.

havn” for en rekke typer restriksjoner i vertikale forhold – et såkalt *gruppeunntak* (block exemption regulation).²⁷

Det ble våren 2010 gitt et nytt gruppeunntak som avløste det forrige gruppeunntaket for vertikale avtaler fra 1999, og som stort sett er en videreføring av dette.²⁸ I likhet med det forrige gruppeunntaket, er det i tilknytning til det nye blitt gitt en norsk forskrift som er tilnærmet likelydende med forordningen.²⁹

En vertikal avtale vil omfattes av dette gruppeunntaket dersom nærmere angitte vilkår er oppfylt. I tillegg til at det må foreligge en vertikal avtale, er viktige vilkår at avtalen er inngått mellom foretak som har en begrenset markedsandel (den overstiger ikke 30 %), og at den ikke inneholder *alvorlige konkurransebegrensninger* (*hard core*-restriksjoner).³⁰ Gruppeunntaket er basert på en antakelse om at slike avtaler gjennomgående ikke vil ha noen konkurransebegrensende virkning, og i motsatt fall at de positive virkningene vil være større enn de negative.³¹ Det er basert på denne presumsjonen at Kommisjonen har gitt et gruppeunntak fra hovedregelen i art. 101 (1), jf. (3).³²

²⁷ 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 practices, Official Journal L 102/1. Heretter: gruppeunntaket.

²⁸ Det forrige gruppeunntaket: Kommisjonens forordning 2790/1999.

²⁹ Forskrift 2010-06-21 nr. 898: Forskrift om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden.

³⁰ Jf. Gruppeunntaket, henholdsvis art. 2, art. 3 (1) og art. 4. I det nye gruppeunntaket gjelder vilkåret om begrenset markedsandel begge salgsledd. Andre vilkår er at avtalen ikke er inngått mellom konkurrerende foretak, jf. art. 2 (4), at den ikke er omfattet av et annet gruppeunntak, jf. art. 2 (5), og at eventuelle vilkår om immaterialretter er underordnet hovedformålet for den vertikale avtalen, jf. art. 2 (3).

³¹ Lunde (2007), s. 78.

³² Jf. Fortalen til gruppeunntaket, avsnitt 2.

Dersom avtalen *ikke* omfattes av gruppeunntaket, medfører dette ikke nødvendigvis at avtalen er ugyldig. Det vil imidlertid være nødvendig med en individuell vurdering av om avtalen omfattes av art. 101 (1), og hvis så er tilfellet, om det kan gis unntak etter art. 101 (3). Det er en slik fremgangsmåte Retningslinjene avsnitt 110 viser til.³³ For å forsikre seg om at det ikke vil oppstå problemer i tilknytning til konkurranselovgivningen, vil leverandører og distributører formodentlig sørge for at distribusjonsavtalene de inngår omfattes av gruppeunntaket. Det er derfor av grunnleggende betydning å avgjøre hvorvidt en avtale dekkes av gruppeunntaket, og det er dette denne oppgaven vil belyse.

Alvorlige konkurransebegrensninger

Dersom blant annet vilkårene om at det er inngått en vertikal avtale mellom foretak med en begrenset markedsandel er oppfylt, vil avtalen i utgangspunktet være omfattet av gruppeunntaket.³⁴ Dette gjelder uansett hvilke restriksjoner avtalen måtte inneholde, likevel med unntak av *alvorlige konkurransebegrensninger (hard core-restriksjoner)*, jf. gruppeunntaket art. 4.

Avtaler som inneholder slike alvorlige konkurransebegrensninger er *ikke* omfattet av gruppeunntaket – disse avtalene vil være ”svartelistet”.³⁵ Dette gjelder blant annet prisavtaler, område- og kunderestriksjoner, og restriksjoner av salg i selektive distribusjonssystemer.³⁶ Denne oppgaven behandler *område- og kunderestriksjoner*.

³³ Man kunne alternativt tenke seg at det første spørsmålet burde være hvorvidt avtalen omfattes av art. 101(1), for *deretter* å vurdere om avtalen kunne omfattes av gruppeunntaket eller det individuelle unntaket.

³⁴ Gruppeunntaket art. 2 og art. 3.

³⁵ I konkurranserettslig litteratur brukes uttrykket ”svarteliste” (”blacklist”) på avtaler som inneholder en alvorlig konkurransebegrensning (*hard core-restriksjon*), og dermed ikke er omfattet av gruppeunntaket.

³⁶ Gruppeunntaket art. 4 litra a, b og c.

Gruppeunntaket art. 4 omfatter bare vertikale avtaler som har som sitt *formål* å pålegge en restriksjon.³⁷ Dersom en avtale inneholder alvorlige konkurransebegrensninger, vil det etter Kommisjonens syn være en presumsjon for at avtalen vil ha negativ virkning på konkurransen, og derfor måtte omfattes av art. 101 (1). Videre antar Kommisjonen at avtalen ikke vil ha slike positive virkninger at den vil omfattes av unntaket i art. 101 (3) – Kommisjonens syn er at alvorlige konkurransebegrensninger bare helt unntaksvis vil omfattes av dette individuelle unntaket.³⁸ Sakens parter vil imidlertid ha adgang til å legge frem bevis for at tilfellet må omfattes av unntaket i art. 101 (3) på bakgrunn av at de positive virkningene av avtalen er større enn de negative.³⁹

Det følger av gruppeunntaket og bekreftes av Retningslinjene avsnitt 70 at dersom en avtale inneholder en alvorlig konkurransebegrensning, vil avtalen i sin *helhet* falle utenfor gruppeunntaket, og ikke bare den delen av avtalen som inneholder en alvorlig konkurransebegrensning. Dette til forskjell fra gruppeunntakets art. 5 om avtaler som inneholder konkurranseklausuler. I relasjon til denne artikkelen vil det være adgang til kun å luke vekk *den klausulen* som er i konflikt med gruppeunntaket – og ikke nødvendigvis la hele avtalen være omfattet.⁴⁰

På bakgrunn av de følgene det vil kunne få at en avtale inneholder en slik type restriksjon, er det av avgjørende betydning å kunne gi en mest mulig presis beskrivelse av hvilke avtalevilkår som kan antas å bli ansett som alvorlige (*hard core*). Den overordnede

³⁷ Ordlyden i gruppeunntaket art. 4 skiller seg dermed fra TFEU art. 101 (1), som refererer til to alternativer; konkurransebegrensende *formål* eller konkurransebegrensende *virkning*. For en nærmere beskrivelse av hva som ligger i formålsangivelsen, se Guidelines on the application of Article 81 (3) of the Treaty, Official Journal 27.04.2004 C 101.

³⁸ Retningslinjene avsnitt 47. Jeg presiserer at dette er *Kommisjonens syn*. Kommisjonens standpunkter i Retningslinjene om tolkningen av art. 101 vil stå i en annen stiling enn dens standpunkter om forståelse av gruppeunntaket.

³⁹ Retningslinjene avsnitt 47.

⁴⁰ Jones / Sufrin (2011), s. 692.

problemstillingen i denne oppgaven vil derfor være hvor denne grensen går når det gjelder begrensninger i distributørers adgang til å selge produkter på nett.

2.3 Retningslinjene

I tillegg til gruppeunntaket vil en sentral rettskilde for problemstillingene i oppgaven være Kommisjonens Retningslinjer for vertikale distribusjonsavtaler.⁴¹ Kommisjonen ga våren 2010 et nytt sett med slike retningslinjer. Disse viderefører strukturen og mye av innholdet fra de forrige retningslinjene, men videreutvikler også de eksisterende reglene ved å introdusere viktige nyvinninger og avklaringer.⁴² I likhet med gruppeunntaket omfatter Retningslinjene avtaler om konkurransebegrensninger mellom aktører på de ulike nivåene i den vertikale verdikjeden. Mens gruppeunntaket er kortfattet og til dels vagt, gir Retningslinjene en mer detaljert veiledning. Det kan imidlertid stilles spørsmål om Retningslinjene kan anses for å være *bindende*, alternativt hvilken *rettskildemessig betydning* disse vil ha for forståelsen av gruppeunntaket.

I motsetning til TFEU art. 101 og gruppeunntaket, er Retningslinjene ansett som et instrument som best kan beskrives som ”soft law”. Det vil si at Retningslinjene ikke er å betrakte som en bindende rettsakt.⁴³ Dette er imidlertid ikke til hinder for at disse kan ha rettslig og praktisk betydning.⁴⁴

Da det er *Kommisjonen* – EUs utøvende myndighet – som har utarbeidet Retningslinjene, vil de i tråd med prinsippet om *patere legem* være bindende for Kommisjonen selv.⁴⁵

⁴¹ Guidelines on Vertical Restraints, Official Journal 19.05.2010 C 130. De forrige Retningslinjene: Guidelines on Vertical Restraints, Official Journal 13.10.2000 C 291.

⁴² Subiotto / Dautricourt (2011), s. 11.

⁴³ Jf. TFEU art. 288.

⁴⁴ Snyder (2003), s. 2.

⁴⁵ Ibid. *Patere legem quam ipse fecisti*: Prinsipp for offentlige instanser, om at disse må overholde den retten de selv har skapt. Se for eksempel sak T-105/95 *WWF UK v. Kommisjonen* [1997] ECR

Retningslinjene er imidlertid ikke bindende for *EU-domstolene* (the General Court og the European Court of Justice).⁴⁶ Retningslinjene vil likevel være av betydning for disse domstolenes forståelse av gruppeunntaket.⁴⁷ En domstolsavgjørelse vil på den annen side være bindende for Kommisjonen, og domstolens forståelsen av gruppeunntaket vil derfor måtte legges til grunn av Kommisjonen fremfor Kommisjonens egen forståelse av gruppeunntaket slik det er kommet til uttrykk i Retningslinjene.⁴⁸ Det forhold at gruppeunntaket er kortfattet og til dels vagt, og at det er ingen andre og tyngre kilder å anvende ved tolkningen, forsterker trolig Retningslinjenes gjennomslagskraft.⁴⁹

Heller ikke for *nasjonale myndigheter og domstoler* vil Retningslinjene være bindende.⁵⁰ Det er imidlertid antatt at de vil ha stor innvirkning på nasjonale myndigheters vurdering av gruppeunntaket.⁵¹ ECJ har fremholdt at nasjonale domstoler må ta *soft law* (og dermed Retningslinjene) i betraktning når disse avgjør saker.⁵² Homogenitetsmålsettingen – målsettingen om at EØS-reglene skal tolkes likt i EØS-området og tolkes på samme måte som den underliggende EU-retten – vil også være et tungtveiende moment til fordel for å følge Retningslinjene ved anvendelsen av forskriften om vertikale avtaler.⁵³ For Norges del må det nevnes at EFTAs overvåkningsorgan ESA med hjemmel i ODA art. 5 nr. 2 litra b,

II-313, avsnitt 55, hvor det ble lagt til grunn at Kommisjonen måtte overholde en rekke pålegg den selv hadde gitt.

⁴⁶ Retningslinjene avsnitt 4.

⁴⁷ Wijckmans (2006), s. 39.

⁴⁸ Wijckmans (2006), s. 39.

⁴⁹ Lunde (2007), s. 12.

⁵⁰ Wijckmans (2006), s. 39.

⁵¹ Jones / Sufrin (2011), s. 240.

⁵² Sak C-322/88, *Salvatore Grimaldi v. Fonds des Maladies Professionnelles*, [1989] ECR 4407, [1991] 2 CMLR. 265.

⁵³ EØS-avtalen art. 1 og fortalens punkt 16. Se også Sejersted m.fl. (2003), s. 84.

har gitt en kunngjøring som svarer til Retningslinjene.⁵⁴

I forlengelsen av dette vil Kommisjonens avgjørelser av individuelle saker, gitt at disse blir opprettholdt av EU-domstolen, gjøre at Retningslinjene blir en del av de regelsett som nasjonale myndigheter anvender.⁵⁵ På grunnlag av de nevnte momentene skal det nok trolig svært mye til for at nasjonale myndigheter og domstoler ikke vil følge Kommisjonens Retningslinjer. Retningslinjene vil således i mangel av avgjørelser fra EU-domstolen, kunne sies å være den reelle hovedrettskilde på området.⁵⁶

Når det gjelder *foretak* (leverandører, distributører etc.), er det som tidligere nevnt et av formålene med Retningslinjene å bistå disse i vurderingen av vertikale avtaler.⁵⁷ På denne måten skaper man forutberegnelighet og tilstreber en lik anvendelse av konkurransereglene.⁵⁸ Retningslinjene er som sagt ikke bindende, men foretak vil formodentlig forholde seg til gruppeunntaket slik de forventer at det vil bli tolket.⁵⁹ Konsekvensen er at et foretak i praksis trolig vil tilstrebe å overholde bestemmelsene i Retningslinjene, selv om det ikke er forpliktet til å gjøre dette.⁶⁰

⁵⁴ De nye Retningslinjene trådte i kraft 15. desember 2010, men det er per dags dato ikke utarbeidet en kunngjøring, se <http://www.eftasurv.int/competition/notices-and-guidelines/>. Den forrige kunngjøringen er publisert i EØS-tillegget til De Europeiske Fellesskaps Tidende nr. 26/9 23.6.2002 s. 7-54.

⁵⁵ Wijckmans (2006), s. 39.

⁵⁶ Marsden / Whelan (2010), s. 33.

⁵⁷ Retningslinjene avsnitt 3.

⁵⁸ Wijckmans (2006), s. 38.

⁵⁹ Senden (2004), s. 149.

⁶⁰ Cosma / Wish (2003), s. 31.

Det har vært reist kritikk mot at et så viktig tema som det foreliggende er behandlet i Kommisjonens Retningslinjer, i stedet for alternativet som er EU-lovgivning.⁶¹ Det faktum at Retningslinjene er utarbeidet av Kommisjonen alene, og dermed ikke er gjenstand for samme kontroll som EU-lovgivning, er et tungtveiende argument mot bruken av Retningslinjer i stedet for lovgivning.⁶² Når det er sagt, vil et revidert forslag til Retningslinjer, i likhet med lovgivning, bli lagt ut for høring til interessegrupper, og man vil motta uttalelser fra disse. Det er også på det rene at endringene i markedet, økonomisk utvikling og teknologiske nyvinninger stadig skaper behov for endringer i konkurransereglene. Behovet for regulering av distribusjonsavtaler som begrenser nettsalg illustrerer dette. Prosessen knyttet til utarbeidelsen av Retningslinjene, som er mindre omstendelig enn en lovgivningsprosess, vil kunne tilfredsstille dette behovet for et fleksibelt regelsett.⁶³

Fordi Retningslinjene har stor praktisk betydning i vurderingen av om en avtale skal omfattes av gruppeunntaket er det interessant å se nærmere på dem.

2.4 Høringsuttalelsene

Kommisjonens reviderte forslag til gruppeunntak og Retningslinjer ble lagt ut for høring til utvalgte interesserorganisasjoner, advokatfirmaer og selskaper.⁶⁴ Da det er sparsommelig med litteratur og rettspraksis i tilknytning til det nye Retningslinjene, vil høringsuttalelsene være en sentral kilde til illustrasjonsmateriale og identifisering av problemstillinger som Retningslinjene er ventet å reise. Jeg referer derfor flere steder til disse.

⁶¹ Kritikk er blant annet blitt reist i Amato (2010), s. 6. Det mest nærliggende alternativet vil være å behandle temaet mer utførlig i gruppeunntaket.

⁶² Cosma / Wish (2003), s. 34.

⁶³ Fremholdt i Cosma / Wish (2003), s. 33.

⁶⁴ Kommisjonens forslag, samt høringsuttalelsene er å finne på Kommisjonens nettsider, se http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/index.html.

3 Område- og kunderestriksjoner

TFEU art. 101 (1) får som nevnt ikke anvendelse på avtaler som er omfattet av gruppeunntaket. Etter gruppeunntaket art. 4 (b) gjelder imidlertid dette ikke for avtaler hvis formål er å begrense hvilket *område* eller *til hvilken kundegruppe* en distributør kan markedsføre og selge.⁶⁵ Dette anses som en alvorlig konkurransebegrensning – den gjør at avtalen ikke er omfattet av gruppeunntaket.

Denne typen avtaler vil kunne inneholde *direkte* restriksjoner så vel som avtalebegrensninger av en mer *indirekte* karakter – begge typene restriksjoner er omfattet av gruppeunntaket art. 4 (b).⁶⁶ Et eksplisitt salgsforbud rettet mot kunder i et nærmere definert område vil være ansett som en direkte restriksjon. Et eksempel på en indirekte restriksjon vil være hvor en leverandør nedlegger sanksjoner rettet mot en distributør gjennom reduksjon av rabatter, leveringsnektning eller andre midler som hindrer eller vanskeliggjør distributørens gjennomføring av salg til bestemte kundegrupper eller områder.⁶⁷

Art. 4 (b) gjelder bare for kunde- og områderestriksjoner pålagt *distributører*. Gruppeunntaket nevner ikke det tilfellet at slike restriksjoner blir pålagt leverandører. Det er følgelig ingen ting i veien for at det inngås en avtale mellom en distributør og en leverandør om at leverandøren ikke skal selge varer i et bestemt område eller til en bestemt kundegruppe – en slik avtale vil ikke være svartelistet.⁶⁸

⁶⁵ ”(b) the restriction of the territory into which, or the customer to whom, the buyer party to the agreement, without prejudice to a restriction on its place of establishment, may sell the contract goods or services, except: [...]”

⁶⁶ Jones / Sufrin (2011), s. 688.

⁶⁷ Lunde (2007), s. 81.

⁶⁸ Wijckmans (2006), s. 166.

Jeg vil i det følgende se nærmere på de alvorlige konkurransebegrensningene knyttet til eksklusive områder og kundegrupper, slik disse beskrives i gruppeunntaket og Retningslinjene.

3.1 Eksklusive områder og kundegrupper

Gruppeunntaket art. 4 (b) svartelister alle typer restriksjoner som retter seg mot hvilket område en distributør kan selge i, eller hvilke kunder en distributør kan selge til.⁶⁹ Avtaler som inneholder slike alvorlige konkurransebegrensninger er ansett for å innebære så alvorlige konkurransebegrensninger at de ikke omfattes av gruppeunntaket.⁷⁰

Fra utgangspunktet om at alle område- og kunderestriksjoner faller utenfor gruppeunntaket, er det imidlertid blitt gitt flere vesentlige *unntak* for restriksjoner som *ikke* er ansett for å ha en slik konkurransebegrensende virkning.⁷¹

Relevant for oppgavens tema er unntaket i gruppeunntaket art. 4 (b) (i), om *begrensninger av aktive salg til et eksklusivt område eller til en eksklusiv kundegruppe som leverandøren har reservert til seg eller har tildelt en annen kjøper*. Det vil for eksempel være adgang for en leverandør til å avtale at en distributør ikke skal kunne selge aktivt inn i andre distributørers eksklusive områder – dette kan leverandøren gjøre og likevel være dekket av gruppeunntaket. Oversendelse av e-post (eller brev) til kunder i tilfeller hvor det ikke har vært noen forutgående henvendelse fra disse kundene, er et eksempel på et aktivt salg. I punkt 5 vil jeg se nærmere på slike begrensninger av aktive salg.

⁶⁹ Det er unntakene til denne regelen jeg vil behandle i fortsettelsen.

⁷⁰ Lunde (2007), s. 78.

⁷¹ Unntak er gitt i gruppeunntaket art. 4 (b) (i) til (iv), om blant annet begrensning av kjøperens salg til sluttbrukere, visse kvantitative og kvalitative begrensninger av salg for medlemmer av selektive distribusjonssystemer, samt begrensninger av kjøpers mulighet til å selge komponenter levert av leverandøren.

3.1.1 Eksklusiv distribusjon

Unntaket for aktive salg slik det er beskrevet ovenfor, gjelder bare i den grad salget gjøres inn i *eksklusive* områder eller til *eksklusive* kundegrupper.⁷² Det vil derfor være nødvendig med en nærmere redegjørelse for hva som ligger i dette eksklusivitetsbegrepet.

Retningslinjene avsnitt 51 gir en nærmere beskrivelse av hva som går under betegnelsen eksklusivt område og eksklusiv kundegruppe: Et område eller en kundegruppe er eksklusivt tildelt ("exclusively allocated") når en leverandør kun kan selge sine produkter til en bestemt distributør for distribusjon i et bestemt område eller til en bestemt kundegruppe, og den eksklusive distributøren er beskyttet mot aktive salg inn i sitt område eller til sin kundegruppe fra leverandørens øvrige distributører.⁷³ Et eksempel: Det inngås en avtale om at distributører ikke skal selge produkter i andre distributørers eksklusive områder, mens leverandøren på sin side går med på ikke selv å distribuere produkter i området og heller ikke oppnevne nye distributører i det aktuelle området.⁷⁴

Eksklusivitet vil gi en distributør et incitament til å foreta investeringer i sitt tildelte område (eller kundegruppe); investeringer i selve utsalgsstedet, personlig service, markedsføring o.l.⁷⁵ For å sikre at distributører fra andre områder ikke skal bli gratispassasjerer på slike investeringer, vil det derfor være rimelig å avtale en begrensning av aktive salg inn i det eksklusive området.⁷⁶ Dersom andre distributører fritt kunne selge og reklamere i slike områder, ville det i realiteten gjøre eksklusiviteten illusorisk.

⁷² Gruppeunntaket art. 4 (b) (i).

⁷³ Retningslinjene avsnitt 51 og 151. Eksklusiv distribusjon innebærer imidlertid ikke vilkår om det skal foreligge merkeeksklusivitet ("single-branding"), dvs. at en distributør bare skal føre leverandørens produkter – og ikke konkurrerende produkter.

⁷⁴ Eksempelet er hentet fra Mendelsohn / Rose (2002), s. 115.

⁷⁵ Louko (2010), s. 5.

⁷⁶ Nærmere om problematikken med gratispassasjerer ("free riders") nedenfor i punkt 4.1.

Kommisjonen anser at det i tilfeller hvor en leverandør tillater mer enn én distributør å operere i direkte konkurranse i et område, ikke kan antas å foreligge en berettiget frykt for såkalte gratispassasjerer som kan rettferdiggjøre en begrensning av aktive salg fra distributører fra andre områder.⁷⁷ Dette er grunnen til at aktive salg bare kan forbys der distributøren har eksklusivitet.

Det følger av Retningslinjene avsnitt 51, at den eksklusive distributøren må være beskyttet mot aktive salg inn i sitt område fra "all the other buyers of the supplier within the Union". En vil kunne tenke seg tilfeller hvor dette kravet vil kunne by på praktiske problemer:⁷⁸ For eksempel, en leverandør som har flere distributører som ikke er pålagt områderestriksjoner (et åpent distribusjonssystem) ønsker å utpeke en eksklusiv distributør i Irland for på denne måten å trenge inn i markedet på en effektiv måte.⁷⁹ Frem til nå har en distributør i England hatt en beskjeden mengde aktive salg inn i Irland. Leverandøren ønsker å beskytte den irske distributøren mot slike aktive salg, for på denne måten å oppfordre til investeringer fra den irske distributøren. For å begrense den engelske distributørens mulighet til å foreta aktive salg inn i Irland, kan leverandøren etter Retningslinjene ikke ganske enkelt reforhandle avtalen med den engelske distributøren, for slik å forby denne å selge aktivt inn i Irland. Ifølge Retningslinjene vil leverandøren etter gruppeunntaket ikke ha adgang til å gi en slik begrensning rettet mot én distributør, med mindre en tilsvarende begrensning blir pålagt "*all the other buyers of the within the Union*".⁸⁰

Dette innebærer at en avtale som forbyr én enkelt distributør å selge aktivt inn i Irland, ikke vil være omfattet av gruppeunntaket – en slik begrensning vil være svartelistet. Dersom leverandøren imidlertid også forbyr *alle sine andre distributører* å selge aktivt inn i Irland,

⁷⁷ Van Bael / Bellis (2011), s. 197.

⁷⁸ Eksempelet er basert på høringsuttalelsen fra BP plc, s. 4.

⁷⁹ En *åpen* eksklusiv distribusjonsavtale vil til forskjell fra en *lukket* eksklusiv distribusjonsavtale ikke begrense andre distributørers adgang til (aktivt) å selge produkter inn i den eksklusive distributørens område. Se Van Bael / Bellis (2011), s. 239.

⁸⁰ Retningslinjene avsnitt 51.

vil avtalen være omfattet av gruppeunntaket.⁸¹ Det vil på det praktiske plan kunne være svært vanskelig og tidkrevende for en leverandør – for å sikre at en begrensning av aktive salg ikke blir svartelistet – å måtte reforhandle alle distribusjonsavtalene som den har med *alle* sine distributører. Det vil i forlengelsen av dette også fremstå som *unødvendig* at en distributør må reforhandle alle avtalene den har med sine distributører, selv om det kun er ønskelig med beskyttelse fra én bestemt distributør.⁸²

Resultatet er at en leverandør ikke på noen enkel måte vil kunne begrense en bestemt distributørs aktive salg inn i et annet eksklusivt område, men må pålegge alle sine distributører restriksjoner – selv om dette vil ha en større konkurransebegrensende virkning. Dette har helt klart sine betenkeligheter, men rettstilstanden *de lege lata* er klar.

Det kan nevnes at begrensninger av aktive salg, i tillegg til å pålegges eksklusive distributører, også kan pålegges *ikke-eksklusive distributører*. Men dette gjelder bare i den grad restriksjonene kun begrenser salg *inn i områder som har blitt eksklusivt tildelt andre*.⁸³ En leverandør vil altså kunne begrense en ikke-eksklusiv distributørs aktive salg inn i områder som er eksklusive.

Gruppeunntaket art. 4 (b) (i) legger imidlertid til grunn at en leverandør ikke kan pålegge en kjøper en begrensning hva angår aktive salg til *kjøperens kunder* ("customers of the buyer"), selv om det gjelder salg inn i et eksklusivt område. Situasjonen er altså den at en leverandør pålegger en distributør å *videreføre* begrensninger på aktive salg til sine kjøpere – et slikt pålegg ser altså ikke ut til å være omfattet av gruppeunntaket. Det har blitt kritisert at Retningslinjene ikke gir noen videre forklaring på dette tilfellet.⁸⁴ Relevant rettspraksis foreligger ikke. Det er imidlertid blitt fremholdt i juridisk teori at en slik

⁸¹ Dette ble lagt til grunn i høringsuttalelsen fra BP plc, s. 4.

⁸² Det ble argumentert for dette i høringsuttalelsen fra BP plc, s. 4.

⁸³ Van Bael / Bellis (2011), s. 197.

⁸⁴ Kritik er blant annet blitt reist i Wijckmans (2006), s. 176.

forståelse vil kunne føre til urimelige resultater, og adskillig taler for ulike løsninger for ulike typetilfeller. Det har i tråd med dette blitt foreslått å skille mellom salg til ulike kjøpere; underforhandlere, uavhengige distributører og sluttbrukere.⁸⁵

Å legge til grunn en streng forståelse for *underforhandlere*, vil bety at en leverandør ikke vil ha adgang til å pålegge de samme begrensningene på aktive salg på underforhandlerne som distributøren selv blir pålagt.⁸⁶ Det har blitt fremholdt at dette ikke kan ha vært Kommissjonens intensjon, fordi å pålegge en distributør begrensninger på aktive salg vil fremstå som meningsløst dersom begrensningen kan bli *omgått* ved å utnevne en underforhandler.⁸⁷ Mye taler derfor for at ”customers of the buyer” ikke kan anses for å omfatte underforhandlere.

Når det gjelder *uavhengige distributører*, står disse i en noe annen stilling, ettersom disse ikke er en del av distribusjonsnettverket.⁸⁸ Det vil i forlengelsen av dette ikke fremstå som rimelig at en leverandør skal kunne pålegge begrensninger i salgsmulighetene til denne typen distributører. En leverandør vil følgelig ikke kunne pålegge sin distributør å gi begrensninger hva angår dennes uavhengige distributørers aktive salg. Unntak kan imidlertid tenkes for tilfeller hvor en distributør gjør bruk av en uavhengig distributør med det formål å *omgå* en begrensning av aktivt salg.⁸⁹ Det vil imidlertid kunne by på problemer å påvise dette. Når det gjelder *sluttbrukere* – kunder av distributøren som kjøper produktene til eget bruk – er det blitt fremholdt at distributøren trolig heller ikke kan

⁸⁵ Van Bael / Bellis (2011), s. 177.

⁸⁶ En underforhandler kjøper produkter fra distributøren, og er følgelig distributørens kunde. Se Wijckmans (2006), s. 177.

⁸⁷ Fremholdt i Wijckmans (2006), s. 177.

⁸⁸ En distributør er *uavhengig* ved at den, i motsetning til en underforhandler, ikke er medlem av et distribusjonssystem. Se Wijckmans (2006), s. 177.

⁸⁹ Wijckmans (2006), s. 178.

begrense salg fra disse.⁹⁰ Legger man dette til grunn, vil det samme trolig også gjelde for dennes annenhåndssalg.⁹¹

3.1.2 Områder og kundegrupper

Gruppeunntaket art. 4 (b) (i) omfatter både restriksjoner i hvilket *område* og til hvilke *kundegrupper* en distributør kan selge. Det er nødvendig å klarlegge hva som ligger i disse begrepene, blant annet for å avgjøre i hvilke tilfeller gruppeunntaket gir distributøren adgang til å pålegge restriksjoner i aktive salg.

Retningslinjene gir ingen nærmere definisjon på hva som kan anses som et *område* – dette vil avhenge av leverandørens områdeangivelse. Heller ikke når det gjelder *kundegrupper* er det noen begrensninger i hvordan disse kan defineres.⁹² Retningslinjene nevner at en kundegruppe kan bli definert etter yrke, eller at det vil kunne bli gitt en liste over konkrete kunder valgt på grunnlag av et eller flere objektive kriterier.⁹³ Et eksempel på det siste: En leverandør av farmasøytiske produkter gir en distributør en eksklusiv rett til å selge produktet til *apoteker*, og gir en annen distributør en eksklusiv rett til å selge det samme produktet til *sykehus*.⁹⁴

Fordi det ikke er noe *krav* om at en kundegruppe skal bestemmes ut ifra bestemte objektive kriterier, vil det være mulig for en leverandør å velge ut spesifikke kundegrupper som er særlig lukrative ved å reservere dem til seg selv og forhindre sine distributører i aktivt å selge til disse reserverte kundene.⁹⁵ Et eksempel: En leverandør gir en distributør rett til å selge et produkt til apoteker, bortsett fra apotek x og y som leverandøren reserverer til seg

⁹⁰ Det er argumentert for dette i Wijckmans (2006), s. 178.

⁹¹ Dette vil kunne ha relevans for annenhåndssalg på nettsteder som Ebay.com og Finn.no.

⁹² Retningslinjene avsnitt 168.

⁹³ Retningslinjene avsnitt 168.

⁹⁴ Eksempelet er hentet fra Van Bael / Bellis (2011), s. 200.

⁹⁵ Van Bael / Bellis (2011), s. 200.

selv, da dette er særlig lukrative kunder.⁹⁶

Like lite som kjøpere på fysiske utsalgssteder, kan kjøpere på internett anses som én enhetlig gruppe. Disse utgjør etter alt å dømme en for stor og broket krets for å kunne betegnes som en bestemt kundegruppe. Å åpne for dette ville videre gjøre det mulig for en leverandør å hindre distributører i å selge produkter på nett, og dermed vil det kunne åpne for omgåelse av hovedregelen om at alle distributører skal ha adgang til å bruke internett til å selge sine produkter.⁹⁷ Det er derfor antatt at kjøpere på internett som sådan ikke vil bli ansett for å være en kundegruppe.⁹⁸

3.2 Distribusjon på internett som et aktivt eller passivt salg

I relasjon til nettsalg var spørsmålet som ble stilt under utarbeidelsen av gruppeunntaket med tilhørende retningslinjer, hvorvidt distributører i eksklusivt tildelte områder skulle kunne pålegges restriksjoner i adgangen til salg og markedsføring på internett inn i andre distributørers eksklusive områder – med andre ord om dette skulle anses for å være *aktivt salg*.⁹⁹

Gruppeunntaket art. 4 (b) (i) nevner kun restriksjoner av *aktive* salg. Man kan imidlertid på grunnlag av dette vilkåret, slutte antitetisk at det ikke kan settes forbud mot salg som er av en *passiv* karakter. Det vil for eksempel være et passivt salg hvor en forbruker selv tar kontakt med en distributør og kjøper et produkt, og dette skjer uten at distributøren aktivt har rettet markedsføringstiltak mot denne forbrukeren.¹⁰⁰ *Sondringen mellom aktive og*

⁹⁶ Eksempelet er hentet fra Van Bael / Bellis (2011), s. 200.

⁹⁷ Det følger av Retningslinjene avsnitt 52, at distributører som hovedregelen skal ha adgang til å bruke internett til å selge sine produkter.

⁹⁸ Korah / O'Sullivan (2002), s. 182.

⁹⁹ Jones / Sufri (2011), s. 688.

¹⁰⁰ Retningslinjene avsnitt 51.

passive salg er av grunnleggende betydning. Definisjonene av aktivt og passivt salg går ikke frem av gruppeunntaket, men fremgår av Retningslinjene i tilknytning til distribusjon over internett.¹⁰¹ På bakgrunn av den store praktiske betydningen av dette skillet, er det blitt fremholdt at henvisningen til en plass i Retningslinjene er uheldig ut fra et prinsipielt og rettskildemessig perspektiv.¹⁰² Det foreligger minimalt med relevant rettspraksis om denne sontringen.

Det er grunn til å nevne at distinksjonen mellom aktivt og passivt salg bare er relevant for eksklusiv distribusjon. For selektiv distribusjon gjelder det motsatte, nemlig at distributørene har adgang til å selge både aktivt og passivt til alle sluttbrukere.¹⁰³

Internett gir som nevnt ovenfor muligheten til å kjøpe produkter fra et vidt spekter av selgere og til å sammenlikne produkter og priser, og vil således kunne styrke konkurransen mellom distributører. Avtaler om eksklusiv distribusjon gir en distributør et incitament til å foreta investeringer i sitt tildelte område og nyte godt av disse uten andre distributører som gratispassasjerer – hvilket igjen sikrer lønnsomheten av investeringene. Gjennom sontringen mellom aktive og passive salg har Kommisjonen i tråd med dette tatt sikte på å la internett fortsette å gi støtte til handel over landegrensene i det indre markedet, samtidig som man ivaretar de positive virkningene av eksklusiv distribusjon.¹⁰⁴

3.2.1 Sontringen mellom aktivt og passivt salg

Kommisjonens intensjon er at alle distributører skal ha fri adgang til å bruke internett for å selge og markedsføre sine produkter. Det kan sies å være en rettslig hovedregel at *en distributørs bruk av internett til å markedsføre og selge produkter er å anse som et passivt*

¹⁰¹ Retningslinjene behandler problemstillinger knyttet til aktive og passive salg i avsnitt 51 til 53.

¹⁰² Kritikken er blant annet blitt reist i Lunde (2007), s. 84.

¹⁰³ Retningslinjene avsnitt 56.

¹⁰⁴ Louko m.fl. (2010), s. 7.

salg.¹⁰⁵ Leverandøren mister altså i utgangspunktet beskyttelsen under gruppeunntaket dersom den lager ordninger som hindrer nettsalg. Retningslinjene anser generell markedsføring som treffer kunder i andre distributørers eksklusive områder, som passivt salg.¹⁰⁶ Videre anses det som passivt salg at en distributør imøtekommer uoppfordrede henvendeleser fra kunder.¹⁰⁷

Det kan sies å være en annen hovedregel at *aktiv tilnærming til kunder (uten at kunden kontaktet distributøren først) er å anse som aktivt salg til disse*.¹⁰⁸ Det anses som et aktivt salg dersom en distributør tar direkte kontakt med kunder i et eksklusivt område, reklamerer i media spesielt rettet mot kunder i området, eller etablerer et utsalgssted eller en distribusjonsfilial i området.

For å oppsummere; i det første tilfellet oppsøker distributøren kunden (aktivt salg), mens det i det andre tilfellet er kunden som kontakter distributøren uten på forhånd å ha blitt oppsøkt av denne (passivt salg). Det grunnleggende spørsmålet vil være hvorvidt det kan sies å foreligge en *målrettet salgsanstrengelse*.¹⁰⁹

Ved å anvende en sondring mellom aktive og passive salg, godtar altså Retningslinjene enkelte begrensninger av nettsalg, mens andre begrensninger er svartelistet. Det vil sjeldent by på problemer å slå fast at det har funnet sted et salg i et bestemt område eller til en bestemt kundegruppe, det vil imidlertid ofte være vanskelig å vise at disse salgene har funnet sted på grunn av en *aktiv salgsanstrengelse* fra en gitt distributør.¹¹⁰

Sondringen mellom aktive og passive salg er særlig viktig hva angår salg og markedsføring

¹⁰⁵ Retningslinjene avsnitt 52.

¹⁰⁶ Retningslinjene avsnitt 51 annet strekpunkt. Se også Van Bael / Bellis (2011), s. 199.

¹⁰⁷ Retningslinjene avsnitt 51 annet strekpunkt.

¹⁰⁸ Retningslinjene avsnitt 51 første strekpunkt.

¹⁰⁹ Wijckmans (2006), s. 169.

¹¹⁰ Wijckmans (2006), s. 171.

på internett – spørsmålet som vil bli forsøkt besvart er derfor hvordan denne distinksjonen vil måtte praktiseres for en distributør med nettutsalg.

3.2.1.1 Passivt salg

Det er altså en hovedregel at en distributørs bruk av internett til å markedsføre og selge produkter er å anse som et passivt salg. Dette fordi det blir ansett for å være en naturlig måte for en distributør å komme i kontakt med kunder på.¹¹¹ Eksempelvis åpnet Kommisjonen i 2000 sak mot B&W Loudspeakers, en produsent av høyttalere, på bakgrunn av en avtale som forbød distributørene å selge produkter på internett. Saken ble imidlertid avsluttet etter at produsenten aksepterte å fjerne blant annet denne begrensningen i avtalen.¹¹²

En internettside vil av natur ha en virkning som strekker seg ut over distributørens område eller kundegruppe; også kunder utenfor distributørens område vil kunne besøke og nyttiggjøre seg av en dennes nettside. Retningslinjene understreker imidlertid at en slik virkning bare er et resultat av teknologien som internett bygger på, som muliggjør enkel tilgang uavhengig av hvor man måtte befinne seg.¹¹³

Av Retningslinjene avsnitt 51 annet strekpunkt, går det frem at når en kunde på eget initiativ besøker en distributørs nettside og kjøper et produkt, er dette ansett for å være et passivt salg, uavhengig av hvilket område kunden har tilholdssted. Det fremgår videre at *generell* markedsføring eller reklame er ansett som passivt salg. Dette gjelder selv om markedsføringen kan nå kunder *utenfor* distributørens tildelte område, gitt at reklamen anses å være en *rimelig måte å nå kunder innenfor selgers område*. Rimelig er reklamen når det ville være attraktivt for distributøren å investere i markedsføringen selv om han

¹¹¹ Retningslinjene avsnitt 52: “[...] a reasonable way to allow customers to reach the distributor.”

¹¹² *B&W Loudspeakers*, Press Release IP/02/916, juni 2002.

¹¹³ Retningslinjene avsnitt 52.

ikke ville ha nådd kunder i de andre eksklusive områdene eller kundegruppene.¹¹⁴ På den annen side er markedsføring som bare er attraktivt for distributøren dersom den (også) når en bestemt gruppe av kunder eller kunder i et bestemt område, ansett for å være aktivt salg til denne kundegruppen eller kundene i området.

Et illustrerende eksempel: En distributør av et produkt i Skottland legger ut en reklameannonse i en britisk avis som også blir kjøpt av kunder i andre distributørens eksklusive områder i England og Wales. Dersom lesere fra England og Wales kun utgjør en liten prosentandel av leserne, er det naturlig å betegne markedsføringen som *rimelig*, da det har formodningen for seg at markedsføringen ville vært attraktiv for distributøren selv om den ikke ville nådd kunder i England og Wales. På den annen side, dersom lesere fra England og Wales utgjør den store majoriteten av den totale leserskaren, fremstår det som mer usikkert om markedsføringen ville vært attraktiv for distributøren også dersom markedsføringen ikke ville ha nådd kunder i England og Wales. I det sistnevnte tilfellet fremstår ikke markedsføringen som en rimelig måte å nå kunder innenfor distributørens eget område i Skottland, men snarere som en rimelig måte å nå kunder i England og Wales. Dette skjønsmessige kriteriet som Retningslinjene her gir anvisning på, vil kunne by på utfordringer for foretakene å vurdere i praksis.

3.2.1.2 Aktivt salg

En annen hovedregel – i tillegg til den ovenfor nevnte om at en distributørs bruk av internett til å markedsføre og selge produkter er å anse som et passivt salg – er som nevnt at en distributørs aktive tilnærming til kunder, kundegrupper eller i kunder i andre distributørens eksklusive områder, er å anse som aktivt salg til disse.¹¹⁵

¹¹⁴ Retningslinjene avsnitt 51 andre strekpunkt.

¹¹⁵ Retningslinjene avsnitt 53.

Det vil være ansett som et aktivt salg dersom distributøren *initierer kontakt* med kunder i andre distributørers område ved bruk av internett.¹¹⁶ Videre vil *nettreklame* rettet mot bestemte kunder anses som en form for aktivt salg til disse.¹¹⁷ Som eksempel nevner Retningslinjene at områderelaterte bannere på andre distributørers nettsider vil være aktive salg til de områdene hvor bannerne vises. Videre vil tiltak rettet mot et bestemt område eller en bestemt kundegruppe være å anse som aktivt salg til dette området eller denne kundegruppen. Retningslinjene gir som eksempel at en distributør betaler en søkemotor eller nettreklamebyrå for å få denne til å fremvise reklame spesielt rettet mot brukere i et bestemt område – dette vil være et aktivt salg inn i dette området.

Retningslinjene avsnitt 51 første strekpunkt definerer aktivt salg som en *aktiv tilnærming* til (i) individuelle kunder, eller til (ii) en bestemt kundegruppe eller kunder i et nærmere bestemt område.

Hva angår aktiv henvendelse til *individuelle kunder* (“actively approaching individual customers”), nevner Retningslinjene uoppfordrede e-poster (og brev) som et eksempel på dette. All forsendelse fra en distributør adressert til individuelle kunder er dermed omfattet. En distributørs besvarelse på uoppfordrede henvendelser fra kunder er imidlertid unntatt. En avtale som begrenser adgangen til å besvare slike henvendelser, er å anse som en restriksjon av passivt salg, og er svartelistet etter Retningslinjene avsnitt 51 annet strekpunkt. Det vil ikke være en uoppfordret henvendelse fra en distributør dersom kunden har bedt om å bli informert om tilbud og lignende av distributøren.

Når det gjelder aktiv tilnærming til en *kundegruppe* eller *kunder i et bestemt område* (“actively approaching a specific customer group or customers in a specific territory”), nevner Retningslinjene tilnærming gjennom reklame i media eller på internett som eksempler på dette.¹¹⁸ Et eksempel: En leverandør har utnevnt en distributør i Oslo-

¹¹⁶ Van Bael / Bellis (2011), s. 199.

¹¹⁷ Retningslinjene avsnitt 51 første strekpunkt, samt avsnitt 53.

¹¹⁸ Retningslinjene avsnitt 51 første strekpunkt.

regionen og en i Bergens-regionen. Dersom distributøren i Oslo setter inn reklame i Bergens Tidende rettet mot potensielle kunder i Bergens-området, vil det måtte anses for å være en aktiv tilnærming til kunder i dette området.

3.2.2 Markedsføringsmetoder på internett

Jeg vil nå gjøre nærmere rede for de ulike *metodene* som kan bli tatt i bruk for å rette reklame på internett mot bestemte kundegrupper eller områder. Markedsføring på internett er i stadig utvikling, og det har i de ti årene som er gått siden de forrige Retningslinjene ble laget skjedd mye i tilknytning til metodene som blir anvendt. Internettverktøy som *meta-tags*, *cookies* og lignende blir i disse dager brukt for få kunder til å besøke en distributørs nettside.¹¹⁹ Disse begrepene krever en nærmere forklaring.

Meta tags er elementer i en webside som inneholder informasjon om siden, som blant annet vil optimalisere et nettsøk – det vil være et redskap for å gjøre det lettere for søkemotorer å identifisere innholdet på nettsiden. Meta-taggen vil for eksempel kunne angi et nøkkelord, definere språk, eller gi en beskrivelse av nettsiden. Når en søkemotor skanner internett for å finne nettsider som er relevant for det en bruker søker etter, vil denne informasjonen bli identifisert av søkemotoren, og brukt som et parameter for hva som skal anses som relevante nettsider. Gjennom en distributørs bruk av slike meta-tags vil nettsiden kunne rette seg inn mot bestemte kundegrupper eller kunder i bestemte områder. En distributør i Tyskland vil for eksempel på sin nettside ha en meta-tag som beskriver siden som sveitsisk, og på denne måten rette seg inn mot området til den eksklusive distributøren i Sveits.

Cookies er et stykke tekst lagret av en web browser (for eksempel Internet Explorer) på en brukers datamaskin. Denne informasjonen blir blant annet brukt til å gjenkjenne en bruker og lagre informasjon om hva brukeren har foretatt seg på nettsiden.¹²⁰

¹¹⁹ Fremholdt i høringsuttalelsen fra Estée Lauder Companies, s. 30.

¹²⁰ http://en.wikipedia.org/wiki/HTTP_cookie

Videre gjør bruken av *nøkkelord* det mulig for distributør å kjøpe reklameplass hos søkemotorer rettet mot potensielle kunder i bestemte geografiske områder.¹²¹ Kort fortalt skjer dette vet at en distributør kjøper et nøkkelord som denne ønsker å bli assosiert med, slik at når en internettbruker søker på dette ordet, vil distributørens reklamebanner vises. På denne måten vil nettreklame kunne bli skreddersydd de individuelle brukerne.

Man vil i tilknytning til nettsalg ta i bruk denne typen metoder for å identifisere kunder og kundegrupper, for slik å trekke dem til en nettside ("profiling approach"). Denne typen verktøy vil imidlertid kunne bli ansett for å lede til aktivt salg. Jeg vil i eksemplene nedenfor gjøre nærmere rede for dette.

3.3 Systematikken videre

I forlengelsen av det beskrevne skillet mellom aktive og passive salg, vil jeg ta utgangspunkt i reglene om at (i) salg og markedsføring på internett er passivt salg, og at (ii) aktive tilnærminger til kunder i andre distributørers eksklusive områder er aktivt salg til disse. Selv om Retningslinjene ikke sier det eksplisitt, er de nevnte reglene etter min mening naturlig å karakterisere som *hovedregler*, og med hensyn til systematikken videre vil jeg ta utgangspunkt i disse. Tilfeller som er knyttet til de respektive hovedreglene – som enten løses i henhold til dem eller hvor det gjøres unntak fra dem – vil i tråd med dette bli behandlet samlet.

Når det gjelder de konkrete problemstillingene knyttet til disse hovedreglene, har jeg valgt å systematisere etter de *ulike mediene* hvor problemstillingene vil kunne oppstå: (i) e-post / SMS, (ii) nettsider, og (iii) mobiltelefoni. Disse står i en noe forskjellig stilling på grunn av de ulike problemstillingene de gir grunnlag for.

¹²¹ http://en.wikipedia.org/wiki/Contextual_advertising

4 Salg fra nettsider

Salg og markedsføring på internett er i utgangspunktet ansett som passivt salg, jf. Retningslinjene avsnitt 51 annet strekpunkt.¹²² En leverandør kan altså som hovedregel ikke begrense en distributørs adgang til å gjøre bruk av internett til salg og markedsføring.

Jeg vil først se på noen *overordnede* problemstillinger som ikke er knyttet til noe bestemt medium, men som gjelder for nettsalg mer generelt, for deretter å se på problemstillinger knyttet til *nettsider* i punkt 4.2.

4.1 Overordnede problemstillinger

I tilknytning til spørsmålet om leverandøren skal kunne stille krav til salget fra det fysiske utsalgsstedet gjør to motstridende hensyn seg gjeldende. På den ene siden ønsker man ikke å gi en leverandør adgang til å sette så vidtrekkende begrensninger, at det i realiteten ikke vil være mulighet for en distributør å selge på nett. Man ønsker med andre ord ikke å tvinge distributører til å selge fra fysiske utsalgssteder, da dette ikke ville være forenlig med utgangspunktet om at distributører fritt skal kunne velge å selge produkter på internett. På den annen side ønsker man å imøtekomme leverandørens ønske om å sørge for at de fysiske utsalgsstedene opprettholdes.

I forbindelse med det sistnevnte er det særlig problemet med *free riding* som gjør seg gjeldende. Hensikten med å gi en leverandør adgang til å begrense en distributørs nettsalg, vil kunne være å hindre at rene netttforhandlere blir såkalte gratispassasjerer på de fysiske utsalgsstedenes investeringer.¹²³ I dette ligger at fysiske utsalgssteder vil måtte bruke penger på investeringer i selve utsalgsstedet, personlig service o.l., mens netttforhandlerne på sin side ikke vil ha slike utgifter og således vil kunne tilby lavere priser. En forbruker vil for eksempel kunne ønske å prøve, bruke eller på annen måte ta et produkt i nærmere

¹²² Jf. også Retningslinjene avsnitt 52.

¹²³ Luke (2010), kap. 1, avsnitt 11.

øyesyn før han kjøper varen. Med dette formål kan forbrukeren ønske å dra nytte av servicen som et fysisk utsalgssted tilbyr, for deretter å kjøpe et produkt på nett til en lavere pris. Beskyttelsen mot *free-riding* er særlig aktuelt for luksusvarer, av den grunn at høy standard og kvalitet på personlig service er grunnleggende for denne industriens markedsmodell.¹²⁴

Retningslinjene viser til problemstillinger knyttet til (i) *begrensning* av salg som foregår via internett, og til (ii) angivelse av *merpris* for varer som skal selges via internett. Løsningen for begge disse problemstillingene kan langt på forankres i hovedregelen om at en leverandør ikke kan begrense en distributørs nettsalg.

4.1.1 Begrense andelen salg som foregår via internett

Kommisjonen har i Retningslinjene forsøkt å imøtekomme de ovenfor nevnte hensyn i en såkalt ”proportion of sales test”, jf. Retningslinjene avsnitt 52 litra c. Kommisjonen anser ethvert krav om at en distributør skal begrense *andelen* internettsalg i forhold til salget i fysisk utsalgssted som en alvorlig konkurransebegrensning – en leverandør vil altså ikke ha adgang til å pålegge en slik begrensning. Dette er i tråd med hovedregelen om at en distributør fritt skal kunne selge varer på nett.

En leverandør vil imidlertid kunne kreve at en distributør selger *en viss mengde* (i verdi eller volum) produkter ”offline” for å sikre en effektiv drift av det fysiske utsalgsstedet (”bricks and mortar shop”). Dette ser ut til å være myntet på omgåelsestiltfeller hvor en distributør som et rent alibi setter opp et fysisk utsalgssted alene med det formål for øye å tilfredsstille et krav om å ha et fysisk utsalgssted, for deretter å drive ren netthandel.¹²⁵ Det blir videre slått fast at minimumsmengden som kreves solgt i fysiske utsalgssteder kan være (i) den samme for alle distributører, eller (ii) den kan være bestemt individuelt for den enkelte distributør på grunnlag av objektive kriterier slik som distributørens størrelse eller

¹²⁴ Fremholdt i høringsuttalelsen fra Estée Lauder Companies, s. 24.

¹²⁵ Det ble argumentert for dette i høringsuttalelsen fra O’Melveny & Myers LLP, s. 6.

geografiske lokalisering.

En dom fra den tyske *Bundesgerichtshof* illustrerer situasjonen.¹²⁶ Et nettutsalg av kosmetikk hadde gått til sak mot leverandører av luksusparfyer. Leverandørene opererte et selektivt distribusjonssystem som tillot nettsalg for autoriserte parfymier, men som gav leverandøren adgang til å heve kontrakten dersom omsetningen gjennom nettsalget oversteg omsetningen fra det fysiske utsalgsstedet. Nettsalgets anke ble forkastet i sin helhet. Den føderale tyske domstolen vurderte det dithen at det var adgang under gruppeunntaket til å gi en klausul som begrenser andelen internettsalg i forhold til den totale omsetningen.¹²⁷ Ifølge de någjeldende Retningslinjene vil en avtale som dette, som begrenser andelen internettsalg i forhold til salg på fysisk utsalgssted, være ansett som en restriksjon på passivt salg og ikke være omfattet av gruppeunntaket. Tilfellet ville altså få et motsatt resultat.

Hva er bakgrunnen for sondringen mellom angivelse i prosent og fastsatte tall – hva skiller andelsbegrensninger fra mengdebegrensninger? Grensen er uklar, men det er likevel enkelte forskjeller. Ved at en andelsbegrensning angir et forholdstall mellom nettsalg og salg i fysisk utsalgssted, vil den gripe direkte inn i en distributørs adgang til å selge varer på nett. En mengdebegrensning retter seg på den annen side i større grad mot salget fra det fysiske utsalgsstedet. Det gir leverandøren sikkerhet for at distributøren opprettholder et *reelt* fungerende fysisk utsalgssted – og ikke bare et alibi for i realiteten å selge på internett.¹²⁸ Det kan således se ut til at mens en andelsbegrensning retter seg mot både nettsalg og salg fra fysisk utsalgssted, retter mengdebegrensning seg mot salg fra fysisk utsalgssted. De to tilfellenes ulike fokus kan dermed se ut til å være bakgrunnen for sondringen. Det må likevel understrekes at det ikke er vanntette skott mellom de to – et pålegg om å selge en gitt mengde varer fra et fysisk utsalgssted vil, akkurat som et pålegg om å selge en viss andel fra et fysisk utsalgssted, kunne få virkning også på distributørens

¹²⁶ Tysklands føderale høyesterett for sivil- og straffesaker.

¹²⁷ *Depokosmetik* – Bundesgerichtshof, Urteil des Kartellensatz av 4. November 2003 – KZR 2/02.

¹²⁸ Vanard (2010), kap. 2, avsnitt 36.

nettsalg. Dette kommer særlig til syne i grensetilfellene som beskrives nedenfor.

Det kan stilles spørsmål om referansen til ”absolute amount (in value [...])” er ment å vise til verdien av salg *fra leverandøren til distributøren*, eller verdien *av alle salg fra distributørens fysiske utsalgssted til sluttbrukerne*.¹²⁹ Det fremstår som lite rimelig å tolke dette dithen at det omfatter den absolutte verdien av *alle salg* til sluttbrukerne, av den grunn at dette nødvendigvis også ville omfatte varer kjøpt fra andre leverandører. Ordlyden må derfor forstås som at den viser til den absolutte verdien av produktene distributøren har kjøpt fra den enkelte leverandør – av disse kan leverandøren kreve at distributøren selger en viss mengde fra sitt fysiske utsalgssted.

Det har vært reist kritikk mot Kommisjonen, idet det ikke er blitt vist til noen empiri som stadfester at begrensninger rettet mot andelen nettsalg er skadelig for konkurransen. Den ovenfor nevnte dommen fra den tyske føderale domstolen la til grunn at slike andelsbegrensninger *ikke* var konkurranseskadelige. De lege lata er situasjonen imidlertid klar: Kommisjonen anser avtaler som begrenser andelen nettsalg, som så skadelig for konkurransen at den ikke ønsker å la dette være omfattet av gruppeunntaket.

En leverandør har mulighet til å *la være* å utnevne en distributør, eksempelvis på grunnlag av at denne kun selger produkter på nett. En *allerede oppnevnt* distributør som operer et fysisk utsalgssted vil imidlertid på sin side ikke kunne forhindres fra å endre aktivitet til å bli et nesten rent nettutsalg. Det har vært reist kritikk i mangelen på konsistens mellom disse to tilfellene som blir skapt gjennom ”proportion of sales”-testen.¹³⁰

¹²⁹ Problemstillingen reist i høringsuttalelsen fra American Bar Association, s. 13.

¹³⁰ Kritikken ble reist i høringsuttalelsen fra Van Bael & Bellis, s. 4.

4.1.1.1 Omgåelse

Så til tilfellet hvor en leverandør forsøker å omgå en i utgangspunktet svartelistet andelsbegrensning. En leverandør vil kunne inneha en posisjon som gjør at den har *kjennskap* til hvor stor del av en distributørs salg som kan påregnes fra det fysiske utsalgsstedet og hvor stor del som kan påregnes fra netthandel. I slike tilfeller vil Retningslinjene kunne muliggjøre at leverandøren ut fra en beregning av disse forholdstallene, kan pålegge distributøren en mengdebegrensning som i realiteten vil være en begrensning av *andelen* salg som blir utført på nett.¹³¹ En leverandør vil på denne måten kunne straffe en distributør som har et stort nettsalg.

Det vil kunne stilles spørsmål om slike tilfeller må falle utenfor gruppeunntaket, idet mengdebegrensninger bare kan tas i bruk ”without limiting the online sales of the distributor”.¹³² I utgangspunktet må dette antas å rette seg mot alle vilkår som eksplisitt angir begrensninger av en distributørs nettsalg. Spørsmålet er imidlertid om også en klausul som *indirekte* har den virkning å begrense en distributørs nettsalg vil måtte anses for å ”limiting the online sales” fra distributøren. Kan man legge en ren virkningsbasert regel til grunn? Rettspraksis eller juridisk teori om problemstillingen foreligger ikke. En naturlig forståelse av ordlyden i Retningslinjene tyder etter min mening på at en slik indirekte virkning ikke er tilstrekkelig, og at kun direkte begrensninger er omfattet av gruppeunntaket. Løsningen er imidlertid ikke avklart.

Det vil kunne stilles spørsmål om et slikt tilfelle kan støte an mot kravet om fastsettelse ut fra *objektive kriterier*, se nedenfor.

¹³¹ Problemstillingen ble reist i høringsuttalelsen fra O’Melveny & Myers LLP, s. 6.

¹³² Retningslinjene avsnitt 52 (c).

4.1.1.2 Individuelt bestemt ut fra objektive kriterier

Som nevnt fremgår det av Retningslinjene at minimumsmengden som kan kreves solgt fra et fysisk utsalgssted kan være den samme for alle distributørene, *eller* den kan være bestemt individuelt for den enkelte distributør.¹³³ Dette har sin forklaring i at det ville være urimelig å skulle kreve at minimumsmengden skulle være den samme for alle distributørene, uavhengig av deres innbyrdes ulikheter slik som størrelse, kundegrunnlag og omsetning. Det er derfor naturlig at det gis rom for at mengden kan bestemmes individuelt for den enkelte distributør.

Dersom minimumsmengden bestemmes individuelt, må dette skje på grunnlag av *objektive kriterier*. Som eksempel på objektive kriterier nevner Retningslinjene to ulike parametere: (i) distributørens størrelse i distribusjonssystemet, og (ii) geografisk plassering.¹³⁴ En leverandør vil for eksempel kunne stille som vilkår at alle distributørene i Norge skal selge x antall varer hver på sine fysiske utsalgssteder, eller leverandøren vil kunne pålegge alle distributører med en total omsetning på kr. x å selge y antall varer hver fra sine respektive fysiske utsalgssteder.

Bestemmelsen kan ved første øyekast se ut til å tillate at en leverandør pålegger en distributør å selge en minimumsmengde fra det fysiske utsalgsstedet tilsvarende distributørens totale salg foregående år. Leverandøren vil på denne måten kunne omgå restriksjonen i Retningslinjene avsnitt 52 (begrense *andelen* nettsalg i forhold til salget i fysisk utsalgssted).¹³⁵ Sett i konteksten til eksemplene som Retningslinjene gir, kan det imidlertid se ut som om et slikt vilkår ikke vil være tillatelig da det ikke knytter seg til noen objektiv målestokk. Man vil kunne fastsette en gitt minimumsmengde (av salg fra fysisk utsalgssted) for *alle* distributørene i nettverket, men dersom man vil gjøre det *individuelt* må det skje ut fra objektive kriterier.

¹³³ Retningslinjene avsnitt 52 (c).

¹³⁴ Retningslinjene avsnitt 52 (c).

¹³⁵ Fremholdt i høringsuttalelsen fra Howrey LLP, s. 3.

4.1.2 Merpris for varer som skal selges via internett. Todelt prising.

En leverandør kan ønske å legge til rette for investeringer i fysiske utsalgssteder. En effektiv måte å sikre slike investeringer på vil være å ta i bruk *todelt prising*, som for eksempel tar i betraktning de tilleggskostnader som påløper for fysiske utsalgssteder. Alternativt vil en leverandør kunne utbetale et *fast honorar* til distributøren av det fysiske utsalgsstedet. Retningslinjene gir imidlertid kun adgang til det sistnevnte. Avsnitt 52 litra d i Retningslinjene svartelister nemlig pålegg om at en distributør må betale en høyere pris for produkter den har til hensikt å selge *på nett* enn for produkter ment å skulle selges fra *fysisk utsalgssted*. Dette betegnes som *todelt prising* ("dual pricing"). Svartelistingen av dette er likevel ikke til hinder for at en leverandør tilbyr å betale distributøren et *fast honorar* ("fixed fee") til støtte for distributørens salg fra dennes fysiske utsalgssted eller nettbutikk.

En nederlandsk underrettsavgjørelse kan illustrere situasjonen.¹³⁶ En leverandør av kjøkkenutstyr praktiserte ulik prising og fastsatte ulike garantivilkår avhengig av om en distributør solgte utstyret på internett eller fra et fysisk utsalgssted. Domstolen konkluderte med at en slik praksis *var i tråd* med (det tidligere) gruppeunntaket og art. 101 TFEU. Domstolen godtok leverandørens argument om at internettforhandlere var av mindre verdi enn distributører med fysiske utsalgssteder, fordi internettforhandlere solgte kjøkkenutstyr til kunder "without providing expert advice and without taking care of the proper installation of the appliances at the customer's home". Dette førte til økte kostnader for leverandøren som ofte måtte gi veiledning til kunder om bruk og vedlikehold av utstyret, samt løse problemer knyttet til feilaktig installasjon av utstyr solgt over internett. Løsningen er ikke i overensstemmelse med de nye Retningslinjene. I følge disse tillater ikke gruppeunntaket at en leverandør pålegger en distributør å betale mer for et produkt som er ment for salg på nett enn et produkt ment for salg fra et fysisk utsalgssted – dette vil være

¹³⁶ *Groen Trend & Schouten Keukens / AEP Home Products* – avgjørelse fra den Nederlandske underretten i Zutphen av 30. desember 2005. Fremstillingen her er basert på en gjengivelse av dommen i Amato (2010), s. 6.

ansett som en alvorlig konkurransebegrensning, jf. Retningslinjene avsnitt 52 (d).

Særlig i *selektive distribusjonssystemer* vil det kunne fremstå som naturlig for en leverandør å ta i bruk et todelt prissystem, for slik å kompensere for de investeringer en distributør har foretatt i et fysisk utsalgssted. I et selektivt distribusjonssystem forplikter en leverandør seg til kun å levere varer til de distributørene som møter visse utvelgelseskriterier ("selection criteria"), mens distributøren på sin side må akseptere kun å videreselge varer til forbrukere eller distributører som er medlemmer av det selektive distribusjonssystemet.¹³⁷ Et slikt distribusjonssystem er særlig egnet for salg av produkter hvor det er viktig for leverandøren at produktet, for å bevare dets image, blir fremstilt på en bestemt måte eller at salget blir ledsaget av bestemte tjenester. Det har derfor for selektive distribusjonssystemer vært argumentert for at todelt prising ikke vil begrense nettsalg, men kun vil ivareta en distributørs incentiver til å investere i et fysisk utsalgssted.¹³⁸ Kommisjonen har imidlertid ikke gitt rom for at en leverandør kan forskjellsbehandle de to salgsformene – eksklusiv- og selektiv distribusjon.

Det har vært reist kritikk mot tankegangen som ligger til grunn for å prise varer ment for salg på nett høyere enn varer ment for salg fra fysiske utsalgssteder. I tillegg til å imøtekomme problematikken rundt *free riding*, vil en leverandør kunne ønske å prise todelt for å kompensere for at driften av fysiske utsalgssteder medfører større kostnader enn nettutsalg. Det er imidlertid grunn til å minne om at driften av nettbutikker, i likhet med fysiske utsalgssteder, kan kreve betydelige investeringer og løpende kostnader. Nettbutikker vil kunne medføre betydelige kostnader, for eksempel i tilknytning til å dirigering av trafikk, webdesign, analytiske verktøy, vedlikehold og oppdatering av innhold, overholdelse av forbrukerlovgivning etc.¹³⁹ Internett innbyr til stor konkurranseutsetting; det er ingen geografiske grenser, og en bruker er aldri mer en et

¹³⁷ Gruppeunntaket art. 1 (1) (e).

¹³⁸ Det ble argumentert for dette høringsuttalelsen fra European Competition Lawyers Forum, s. 18.

¹³⁹ Fremholdt i høringsuttalelsen fra European Competition Lawyers Forum, s. 18.

tastetrykk unna en konkurrent.¹⁴⁰ Det er således ikke gitt at det økonomiske rationale for å prise varer ment for distribusjon over internett høyere enn varer ment for salg i fysiske butikker alltid vil være like velbegrunnet. Normalt sett vil nok imidlertid dette være tilfellet.

4.1.2.1 Fast honorar

Det er som nevnt adgang til at en leverandør tilbyr å betale en distributør et beløp til støtte for salg fra dennes fysiske utsalgssted eller nettbutikk. Et fast honorar ("fixed fee") vil altså si et på forhånd fastsatt pengebeløp til støtte for distributørens salgsanstrengelser.

Retningslinjene understreker at en slik støtte vil kunne gis både til distributører med fysiske utsalgssted, så vel som distributører med nettutsalg.¹⁴¹ Formodentlig vil imidlertid støtte til distributører med fysiske utsalg være det mest aktuelle. Dette da det som nevnt normalt vil være større kostnader forbundet med fysiske utsalg. Denne støtten vil kunne bøte på en situasjon hvor nettutsalgene blir gratispassasjerer på de fysiske utsalgsstedenes investeringer.

Saken *JCB Service v. Kommisjonen* illustrerer en liknende situasjon.¹⁴² Saken gjaldt spørsmålet om en distributør som solgte varer inn i en annen distributørs eksklusive område, kunne bli pålagt å betale sistnevnte en "service fee". Førsteinstansretten kom til at det kunne avtales at distributøren som utførte handelen skulle betale et slikt honorar til den andre distributøren. Honoraret måtte bli estimert på basis av en objektiv og rimelig vurdering av de ekstrakostnadene som ble forsøkt dekket.

Hva er bakgrunnen for at Kommisjonen i Retningslinjene gir adgang til at en leverandør fastsetter et fast honorar, men ikke tillater todelt prising? Det ser ut til at Kommisjonen har forsøkt å finne en middelvei mellom på den ene siden å behandle salg fra fysiske

¹⁴⁰ Ibid., s. 19.

¹⁴¹ Retningslinjene avsnitt 52 (d).

¹⁴² Sak T-67/01 *JCB Service v. Kommisjonen* [2004] ECR II-49, avsnitt 136–145.

utsalgssteder og salg på internett etter samme regler, og på den annen side å erkjenne problemet med *free riding* for fysiske utsalgssteder – som blir forsøkt bøtet på gjennom å tillate at det ytes et fast honorar. Et fast honorar vil, til forskjell fra todelt prising, kunne gi en rimelig kompensasjon ut fra påløpte investeringer og kostnader, samtidig som det ikke tar hensyn til omsetningen slik den til en hver tid måtte være. Som vi skal se nedenfor, vil det ikke være adgang til at en leverandør fastsetter et *variabelt* beløp – beløpet må være *fast*. Et fast honorar gir adgang til, *men muliggjør ikke i like stor grad*, at en leverandør kan begunstige salg fra fysisk utsalgssted mer enn salg fra nettutsalg. Det er trolig denne forskjellen på faste og variable kostnader som er bakgrunnen for at Kommisjonen har godtatt slike faste honorarer.

4.1.2.2 Variabelt beløp

En leverandørs støtte til en distributør kan ikke være et *variabelt beløp som stiger i takt med omsetningen ved salg fra det fysiske utsalgsstedet*, da dette ville innebære todelt prising.¹⁴³ Utbetaling av et slikt variabelt beløp, ville bety at en distributør ville få støtte etter jo flere salg denne foretok på sitt fysiske utsalgssted. Gruppeunntaket tillater ikke at leverandøren utbetaler et beløp utregnet på denne måten til distributøren.

Et eksempel: En leverandør selger et produkt for 100 både til en distributør med fysisk utsalgssted og til en distributør som bare har nettutsalg, men gir distributøren med fysisk utsalgssted et tilskudd på 5 for hvert solgte produkt.

Gjennom en leverandørs kjennskap til et fysisk utsalgssteds omsetning, vil det fortløpende kunne beregnes et fast honorar ut fra dette, og således i realiteten angis et variabelt beløp som stiger i takt med omsetningen. En slik ordning vil etter forholdene kunne vurderes opp mot et *omgåelsesperspektiv*. I utgangspunktet skulle det imidlertid være full adgang til på forhånd å utføre beregninger med bakgrunn i ulike parametere, så lenge den faktiske støtten beløper seg på et på forhånd fastsatt beløp.

¹⁴³ Retningslinjene avsnitt 52 (d).

Det vil i denne sammenheng kunne være relevant å se hen til *hvor ofte* et slikt fast beløp blir regulert. Blir det regulert en gang hvert femte år, eller hvert kvartal? Det vil være naturlig at det blir foretatt en vurdering ut fra størrelsen på omsetningen fra det fysiske utsalgsstedet når et fast beløp skal fastsettes for første gang. Alternativet ville være at det angitte beløpet ble mer eller mindre tilfeldig fastsatt. Blir det imidlertid foretatt en justering av beløpet flere ganger i året, kan det i større grad fremstå som et forsøk på oppnå at beløpet korrelerer med omsetningen. Det kan på denne bakgrunn argumenteres med at jo hyppigere et beløp justeres, jo sterkere vil det gi inntrykk av at det blir gitt et beløp som *de facto* varierer ut fra omsetningen av salget fra det fysiske utsalgsstedet – og følgelig som en ordningen som må antas å falle utenfor gruppeunntaket. Spørsmålet er imidlertid ikke avklart.

4.2 Nettsider

Problemstillingene knyttet til nettsider kan grovt sett deles i to. Noen *overordnede problemstillinger* gjelder for nettsider generelt. I tilknytning til *markedsføring på nettsider*, reiser det seg i tillegg noen særlige problemstillinger som kan forankres i hovedregelen om at aktive tilnærminger til kunder anses som aktivt salg – disse behandles nedenfor i punkt 5.2.

Når det gjelder de *overordnede* problemstillingene er disse relatert til (i) omdirigering fra nettsiden, (ii) stansing av kundetransaksjoner, og (iii) valg av ulike språk på nettsiden. Løsningen på disse problemstillingene kan forankres i hovedregelen om at en leverandør ikke kan begrense en distributørs nettsalg. Disse vil jeg nå se nærmere på.

4.2.1 Omdirigering

Retningslinjene avsnitt 52 (a) omhandler avtaler som pålegger en distributør å (i) hindre kunder i andre eksklusive områder i å se nettsidene til distributøren, eller (ii) automatisk å

omdirigere kunder til leverandøren eller til en annen distributørs nettside. Ifølge Retningslinjene tillater gruppeuntaket ikke at en leverandør pålegger en distributør å foreta slik omdirigering eller etablere en slik hindring. Slike avtaler anser Kommisjonen for å utgjøre restriksjoner på passivt salg. Dette er i tråd med hovedregelen om at en leverandør fritt skal kunne distribuere produkter på internett. Den forrige versjonen av Retningslinjene hadde ingen tilsvarende bestemmelse.¹⁴⁴ Jeg vil nå gå nærmere inn på disse påleggene.

Ulike metoder muliggjør at man kan lokalisere brukere som besøker en nettside. Disse metodene kalles *geo targeting*, og er hyppig brukt i markedsføring på internett. En bruker fra et bestemt område vil eksempelvis kunne bli lokalisert ved hjelp av sin IP-adresse, for så å bli hindret i å se det videre innholdet på siden.¹⁴⁵ Retningslinjene gjør det imidlertid klart at en leverandør ikke vil kunne pålegge en distributør å *hindre* kunder i andre distributørers eksklusive områder i å se dens nettside.¹⁴⁶

Et alternativ til et pålegg om å hindre kunder i andre områder å se en nettside, vil være et pålegg om at en distributør skal *omdirigere* ("re-rout") kundene sine til leverandørens nettside eller til andre distributørers nettsider.¹⁴⁷ Omdirigering vil være en egnet måte for distributører å opprettholde den eksklusive områdetildelingen. For kjøpere vil dette imidlertid være en ulempe ved at de blir forhindret fra å kjøpe produkter fra den distributøren de selv måtte ønske – det vil således ha en konkurransebegrensende virkning. Dette må være bakgrunnen for at gruppeuntaket ikke tillater at leverandøren pålegger en distributør å omdirigere sine kunder.

¹⁴⁴ Commission notice – Guidelines on Vertical Restraints, Official Journal 13.10.2000 C 291.

¹⁴⁵ Hver maskin som er koblet til internett har sin unike IP-adresse (Internet Protocol address). Dette muliggjør at man blant annet kan levere ulikt innhold avhengig av hvor brukeren (i hvilket land eller region) måtte befinne seg. En nærmere beskrivelse er tilgjengelig på <http://en.wikipedia.org/wiki/Geotargeting> .

¹⁴⁶ Retningslinjene avsnitt 52 (a).

¹⁴⁷ Retningslinjene avsnitt 52 (a).

Det kan nevnes at leverandøren under Retningslinjene hverken kan *pålegge* eller *avtale* at en distributør skal omdirigere kundene sine. Det er imidlertid bare avtaler / pålegg som rammes – ikke en distributørs *egne valg*. Distributøren vil således stå fritt til å omdirigere brukere dersom dette skjer på eget initiativ. Å sannsynliggjøre det motsatte kan imidlertid by på bevisproblemer.

4.2.1.1 Grensetilfeller

Et grensetilfelle, og et alternativ til omdirigering ved hjelp av IP-adresse e.l., vil være at en distributør blir pålagt å spørre besøkende om sin områdetilhørighet eller sin språklige tilhørighet idet de entrer siden, for i neste omgang å omdirigere brukeren til det aktuelle språkområdet – og dermed til distributøren for det aktuelle området. Dette tilfellet vil i realiteten ha den samme *virkingen* som en automatisk omdirigering. Det vil imidlertid ikke være en *automatisk* omdirigering, fordi den nevnte fremgangsmåten ikke faktisk forhindrer brukeren i å velge et annet språk – og dermed en annen distributørs nettside. Spørsmålet er om Retningslinjene kun skal anses for å omfatte en ren automatisk omdirigering, eller om også en mer indirekte omdirigering kan omfattes. Relevant rettspraksis foreligger ikke. Konklusjonen må anses som usikker, men etter min mening vil det ut fra et omgåelsesperspektiv ha adskillig for seg å legge en virkningsbasert forståelse til grunn, og dermed anse en slik indirekte omdirigering som svartelistet.

Et annet grensetilfelle vil være hvor en distributørs nettside ved hjelp av brukerens IP-adresse oppdager i hvilket området brukeren befinner seg, men i stedet for automatisk å omdirigere brukeren, belyser nettsiden til det aktuelle områdets distributør ved hjelp av en fremtredende *banner* på siden. Man kan stille spørsmål om en avtale om at distributøren på denne måten skal lede kunden, kan anses som en *de facto* avtale om *omdirigering*. Det vil imidlertid ikke ha funnet sted noen automatisk videresending av kunden, og så lenge kunden faktisk ikke blir fratatt muligheten til å velge en annen distributørs nettside, må løsningen trolig være at leverandøren under gruppeunntaket har adgang til å pålegge distributøren dette.

Et tredje grensetilfelle vil være hvor en leverandør pålegger en distributør automatisk å videresende en kunde til leverandøren selv eller en annen distributørs nettside for å motta informasjon om produktet, for så å bli *returnert* til den opprinnelige distributørens nettside for fullbyrdelse av kjøpet.¹⁴⁸ Vil dette være ansett som omdirigering? Dette vil være noe annet enn å tilby *linker* til leverandør / annen distributør, se nedenfor. Retningslinjene nevner ikke denne typen tilfeller, men forbudet mot omdirigering må i utgangspunktet antas å omfatte alle typer omdirigering. Hensynet til å ha klare regler taler også for dette. Når det er sagt, er *formålet* med ikke å la gruppeunntaket omfatte omdirigering at det ikke skal legges bånd på kunden – kunden skal selv kunne bestemme hvor han vil kjøpe varene. Ved at en kunde *midlertidig* blir videresendt til en annen nettside, vil det så lenge han blir returnert til den opprinnelige siden, ikke innebære noen begrensning for kunden i hvor han kan kjøpe varene. Tvert imot vil det gi kunden mulighet til å tilegne seg relevant informasjon om produktet, og således ha en positiv konkurransemessig virkning. Løsningen er usikker, men fordi den midlertidige omdirigeringen ikke vil ha som sitt formål å legge bånd på hvor kunden kjøper varene, mener jeg at mye taler for at leverandøren etter gruppeunntaket må ha adgang til å gi et slikt pålegg.

4.2.1.2 Unntak for lenker til andre distributører eller leverandøren

For å levere en tilstrekkelig god kundeservice kan det være nødvendig at kunder blir veiledet og mottar service på sitt eget språk. Dette gjelder særlig med tanke på informasjon om lover og annet regelverk som får anvendelse i området til kunden (for eksempel forbrukerlovgivning).

Dette er av Kommisjonen forsøkt ivaretatt ved at avtaler om at en distributørs nettside skal tilby *lenker* til nettsider til andre distributører og / eller leverandøren, er ansett for å være omfattet av gruppeunntaket.¹⁴⁹ En distributør vil på denne måten kunne bli pålagt å *gi informasjon* om andre distributørers / leverandørens nettsider. Dette sikrer at kundene ikke

¹⁴⁸ Problemstillingen ble reist i høringsuttalelsen fra Estée Lauder Companies, s. 21.

¹⁴⁹ Retningslinjene avsnitt 52 (a).

blir hindret i å kjøpe varene der de selv måtte ønske, samtidig som at kundene får adgang til all relevant og best mulig informasjon på sitt eget språk. Adgangen til å gi slike linker utgjør dermed et kompromiss mellom distributørens ønske om ikke å måtte omdirigere sine kunder til andre nettsider, og leverandørens ønske om å kunne forsikre seg om at kunden blir gitt fullverdig informasjon.

4.2.2 Stanse kundetransaksjoner

Etter Retningslinjene avsnitt 52 (b) er det ikke adgang til å avtale at en eksklusiv distributør skal avbryte transaksjoner over internett dersom kredittkortdata viser at kunden er utenfor distributørens eksklusive område. Dette er i overensstemmelse med hovedregelen om at en leverandør ikke kan begrense en distributørs adgang til å selge varer på nett.

Mens bestemmelsen om omdirigering i avsnitt 52 (a) omhandler situasjonen idet en bruker besøker en distributørs nettside, retter avsnitt 52 (b) seg mot tilfellet at brukeren har gått til det steg å kjøpe et produkt hos distributøren. I likhet med bestemmelsen om omdirigering av kunder er begrunnelsen at en kunde ikke skal bli forhindret fra å kjøpe varene der han selv måtte ønske – det skal være opp til kunden å bestemme hvilket utsalgssted han vil benytte.

4.2.3 Tilby ulike språk på nettsiden

At en distributør tilbyr ulike språk på sin nettside ("language options"), vil som hovedregel ikke forandre den passive karakteren av et salg, som er utgangspunktet for salg på internett, jf. Retningslinjene avsnitt 52. Kommisjonen erkjenner at en nettside vil kunne ha virkninger også utenfor distributørens eget område og kundegruppe, men den understreker at disse virkningene bare skyldes *teknologien* som gir adgang uansett hvor en bruker måtte befinne seg.¹⁵⁰ Kommisjonen ser på nettsider med språkvalg som om en distributør ansatte medarbeidere i sitt eget område med kompetanse på språk som vil muliggjøre at den

¹⁵⁰ Retningslinjene avsnitt 52.

passivt kunne respondere på forespørsler fra kundegrupper fra andre språkområder.¹⁵¹

Dette har vært kritisert, ettersom språk vil ha en sterk tilknytning til et geografisk område.¹⁵² En distributør vil formodentlig være tilbakeholden med å investere i en nettside på et nytt språk, uten at det samtidig foreligger et ønske om å rette seg mot kundegrupper hvor språket er dominerende, og således selge seg inn på det aktuelle områdets marked. Det har med bakgrunn i dette blitt hevdet at Kommisjonens unnlåtelse av å anse språk som relevant faktor i sontring mellom aktivt og passivt salg, i noen situasjoner vil overse de reelle kommersielle grunner en distributør vil ha i en slik investering.¹⁵³ Et eksempel gitt i en av høringsuttalelsene til utkastet til de nye Retningslinjene illustrerer poenget:¹⁵⁴ En distributør med base i Nederland vil bare ta seg bryet med å sette i stand en nettside på norsk dersom han faktisk ønsker å rette seg mot norske kunder. Nederlandske internettbrukere vil formodentlig ikke besøke den norske versjonen av nettsiden, mens norske internettbrukere vil finne og besøke siden ved hjelp av søkemotorer – noe som ikke ville skjedd hadde siden bare vært skrevet på nederlandsk.

Retningslinjene avsnitt 52 understreker at “language options on the website does not, *of itself*, change the passive character of such selling” (Min utheving). Språkvalg er altså ikke *per se* synonymt med at salget er aktivt – utgangspunktet er at det *ikke* kvalifiserer til å kategorisere et salg som aktivt. Retningslinjene ser imidlertid ut til å åpne for at språkvalg i særlige tilfeller vil kunne være ansett som aktivt salg. Spørsmålet er i hvilke tilfeller en slik valgmulighet vil ha innvirkning på sontringen, og gjøre at salget faller utenfor gruppeunntaket som et aktivt salg.

Det kan i relasjon til dette være en mulighet å skille mellom språkvalg som retter seg mot mindre språkgrupper, og språkvalg som retter seg mot de største språkgruppene, da i

¹⁵¹ Van Bael / Bellis (2011), s. 199.

¹⁵² Subiotto / Dautricourt (2011), s. 33.

¹⁵³ Fremholdt i høringsuttalelsen fra International Chamber of Commerce, s. 5.

¹⁵⁴ Eksempelet er basert på høringsuttalelsen fra O’Melveny & Myers LLP, s. 5.

hovedsak engelsk og tysk.¹⁵⁵ Det kan argumenteres med at en distributørs bruk av mindre utbredte språk bør bli behandlet som et aktivt salg til de områdene hvor språket blir brukt, mens en distributørs bruk av de mest utbredte språkene ikke i samme grad kan sies å være rettet mot et bestemt område. Dersom eksempelvis en polsk distributør har en nettside på norsk, vil den i realiteten ikke være en rimelig måte å nå polske kunder på ettersom det ikke er mange i Polen som snakker norsk.¹⁵⁶ Derimot, hvis den polske distributøren har en nettside på engelsk, vil det på grunn av utbredelsen av dette språket ikke på samme måte fremstå som et aktivt salg direkte rettet mot England. På grunn av den utstrakte bruken av engelsk vil det med andre ord ikke være like tydelig at det kun er ett bestemt område man sikter seg mot. De lege lata er det imidlertid usikkert om det er grunnlag for et slikt unntak.

Selv om en leverandør altså ikke vil kunne forby at en distributør tilbyr ulike språk på sin nettside, kan det spørres om en leverandør vil kunne forby at språket på en distributørs nettside faktisk blir *endret avhengig av brukerens lokalisering*. I et slikt tilfelle blir kunden altså ikke omdirigert eller gitt et språkvalg, men forblir på distributørens nettside samtidig som at språket på nettsiden blir tilpasset kundens lokalisering. Et tilfelle som dette vil innebære at nettsiden blir rettet mot bestemte språkområder. Dette må derfor trolig anses som en anstrengelse rettet mot “a certain territory or by a certain customer group”, og følgelig anses som et aktivt salg som leverandøren etter gruppeunntaket vil kunne forby.¹⁵⁷

4.2.3.1 Prislister i ulike valuta

En annen problemstilling som ikke direkte gjelder språkvalg, men som er av samme karakter, er hvor en distributør legger ut en *prisliste* e.l. på sin nettside som viser priser i valutaer brukt i andre områder som har blitt eksklusivt tildelt andre distributører. Det har blitt stilt spørsmål om dette må bli vurdert som et aktivt salg inn i disse eksklusive

¹⁵⁵ Løsningen er skissert i høringsuttalelsen fra Lawin, s. 2.

¹⁵⁶ Eksempelet er basert på høringsuttalelsen fra Lawin, s. 2.

¹⁵⁷ Retningslinjene avsnitt 53. Se også avsnitt 51 første strekpunkt

områdene.¹⁵⁸ Et eksempel: A er distributør for et produkt i Norge. B er eksklusiv distributør for produktet i Danmark. A lister på sin nettside priser i danske kroner.

Som påpekt ovenfor anser Kommisjonen det ikke som avgjørende for distinksjonen mellom aktivt og passivt salg, hvilket språk som brukes på en nettside. Lister som viser priser i annen valuta enn den som blir brukt i distributørens område, har det til felles med språkvalg at det retter seg mot eksklusive kundegrupper og eksklusive områder utenfor distributørens tildelte område. Adskillig taler derfor for at begrunnelsen som ligger til grunn for Kommisjonens behandlingen av språkvalg, må være overførbar til tilfellet med prislistor. Bruk av annet språk på en nettside vil de lege lata som hovedregel ikke bli betraktet som et aktivt salg, og det vil fremstå som naturlig å behandle prislistor på samme måte. Løsningen er derfor trolig å anse slike prislistor som et passivt salg, som gruppeunntaket ikke tillater at en leverandør forbyr.

4.2.3.2 Domenenavn

Et annet spørsmål som er blitt reist, er hvilken betydning det vil ha at en nettsides domenenavn er registrert under en nasjonal adresse.¹⁵⁹ Vil for eksempel en nettside med adresse ".no" bli vurdert som passivt salg i Norge uavhengig hvor distributøren holder til? Det kan for eksempel være en tysk distributør av en produkt, som oppretter en ".no"-nettside for på denne måten å rette seg mot kunder i Norge.

Hensynene som gjør seg gjeldende i tilknytning til språkvalg, gjør seg gjeldende også for problemstillingen knyttet til domenenavn – i begge tilfellene er det virkningen av internett som distribusjonsform som er årsaken til at nettsiden når ut til andre enn distributørens eget områder eller kundegrupper. Det vil være vanskelig å finne noen god begrunnelse for å akseptere språkvalg på en nettside, og samtidig skulle svarteliste en slik bruk av

¹⁵⁸ Problemstillingen ble reist i høringsuttalelsen fra Herbert Smith Gleiss Lutz and Stibbe, s. 15. Se også Subiotto / Dautricourt (2011), s. 33.

¹⁵⁹ Problemstillingen ble reist i høringsuttalelsen fra O'Melveny & Myers LLP, s. 6.

domenenavn.

4.2.4 Kumulasjon

En siste problemstilling hva angår nettsider, gjelder det tilfellet at en distributør tar i bruk et annet områdes domenenavn, tilbyr ulike språk på sine nettsider, og legger ut prislister i valuta brukt i andre områder – vil dette *kumulativt* sett medføre at salget må anses som aktivt? Disse tilfellene vil samlet sett styrke formodningen for at nettsiden er rettet mot bestemte områder eller kundegrupper, og dermed må anses som et aktivt salg. Når det er sagt, har vi konstatert at disse tilfellene sett separat vil være ansett som passive salg og dermed være omfattet av gruppeunntaket. Med bakgrunn i dette må løsningen trolig være den samme for et slikt kumulativt tilfelle, slik at også dette må omfattes av gruppeunntaket.

5 Aktive tilnærminger til kunder

Aktive tilnærminger til kunder, kundegrupper eller i kunder i andre distributørers eksklusive områder, er ansett for å være aktivt salg til disse, jf. Retningslinjene avsnitt 51 første strekpunkt.¹⁶⁰ Slike tilnærminger fra en distributør vil altså en leverandør under gruppeunntaket kunne begrense. Jeg har valgt å systematisere etter de *ulike mediene* hvor problemstillingene vil kunne oppstå: (i) e-post / SMS, (ii) nettsider, og (iii) mobiltelefoni. Disse mediene gir grunnlag for ulike problemstillinger, og står derfor i en noe forskjellig stilling. Felles for dem alle er likevel at løsningen kan forankres i den ovenfor nevnte hovedregelen.

5.1 E-post / SMS

Problemstillingene knyttet til e-post og SMS er til en viss grad forskjellige fra de problemstillingene som knytter seg til rene nettsider. E-post og SMS er særpreget av den *direkte* kontakten de muliggjør, for eksempel ved konkrete henvendelser mellom distributør og kunde.

Oversendelse av e-post (eller brev) til kunder i tilfeller hvor det ikke er noen forutgående henvendelse fra disse, ansees for å være et aktivt salg, jf. Retningslinjene avsnitt 51 første strekpunkt. Dette er i overensstemmelse med den ovenfor nevnte hovedregelen om at en leverandør vil kunne begrense en distributørs aktive tilnærminger til kunder, kundegrupper eller i kunder i andre distributørers eksklusive områder.

Det må imidlertid gjøres *unntak* fra denne hovedregelen når det gjelder *besvarelse på henvendelser* fra individuelle kunder, samt levering av produkter eller tjenester til slike – dette er ansett for å være passivt salg.¹⁶¹ Unntak må også gjøres for det tilfelle at en kunde selv velger å bli løpende informert av en distributør, se nedenfor. De to unntakene skiller

¹⁶⁰ Jf. også Retningslinjene avsnitt 53.

¹⁶¹ Retningslinjene avsnitt 51 annet strekpunkt.

seg ut ved at det er kunden som i disse tilfellene initierer kontakten med distributøren, og ikke omvendt.

Kunde velger å bli løpende orientert

På samme måte som at det vil være et passivt salg dersom en kunde besøker en internettside, kontakter distributøren, og kontakten fører til salg og levering, vil det også være et passivt salg dersom en kunde selv *velger* å motta tilbud / reklame fra en distributør og dette i neste omgang leder til salg.¹⁶² Dette vil for eksempel kunne gjøres ved at en besøkende på en nettside får spørsmål om å motta såkalte nyhetsbrev fra distributøren. Dersom kunden er villig til dette, vil han regelmessig automatisk kunne motta e-post med nyheter om produkter (nye produkter, tilbud o.l.). Slik praksis anses som *passivt salg*, fordi det i slike tilfeller er kunden som har tatt initiert kontakten med distributøren, og som selv har valgt å få reklamen tilsendt. Gruppeunntaket tillater altså ikke at leverandøren forbyr dette.

5.2 Nettsider

Som aktivt salg anser Kommisjonen nettreklame retter mot bestemte kunder, eller andre anstrengelser rettet mot et bestemt område eller en bestemt kundegrupper, jf.

Retningslinjene avsnitt 53. I samme avsnitt gis to eksempler på slik markedsføring: (i) områdebaserte bannere og (ii) kjøp av reklameplass hos søkemotorer. Disse to tilfellene har det til felles at de retter seg mot bestemte kunder, kundegrupper eller kunder i bestemte områder. I tråd med hovedregelen vil altså en leverandør under gruppeunntaket kunne forby at en distributør tilnærmer seg kunder på denne måten.

Jeg vil i det følgende ta for meg disse to tilfellene som Retningslinjene nevner, i tillegg til enkelte andre problemstillinger som Kommisjonen ikke spesifikt har redegjort for.

¹⁶² Retningslinjene avsnitt 52.

5.2.1 Områdebaserte bannere

Nettsider vil ofte inneholde ulike typer reklamebannere. Disse vil ved hjelp av for eksempel IP-adressen kunne knyttes til en brukers geografiske plasseringen. En distributør kan for eksempel hos et reklamebyrå kjøpe banner-reklame som kun blir vist på nettsider rettet mot brukere lokalisert i Norge. Dette er å anse som reklame inn i Norge – og nærmere bestemt ”territory-based banners”.¹⁶³ Det må følgelig måtte anses som et aktivt salg som gruppeunntaket tillater at leverandøren forbyr. Alternativt vil en distributør kunne plassere reklame på en nettside som utelukkende blir besøkt av kunder fra en annen distributørs tildelte område. Også dette må betraktes som en ”områdebasert banner”, og følgelig et aktivt salg inn i dette området.¹⁶⁴

5.2.2 Web-søk

Søkemotorer, som for eksempel Google, vil som påpekt kunne skaffe seg informasjon om hvor en bruker befinner seg. Sett sammen med informasjon om hvilke ord og uttrykk brukeren søker etter (”søkeord”), vil søkemotoren kunne fremvise relevante reklamebannere (”ads”) på resultatsiden for søket. Dersom en distributør kjøper seg slik reklameplass rettet mot geografiske områder hvor en annen distributør har eksklusivitet, vil dette være ansett som ”efforts to be found specifically in a certain territory or by a certain customer group”, og nærmere bestemt ”paying a search engine [...] to have advertisements displayed specifically to users in a particular territory” – og følgelig anses som et aktivt salg, jf. Retningslinjene avsnitt 53.

Et eksempel: I et eksklusivt distribusjonssystem er A distributør av sko av merket Nike i Norge. B er en eksklusiv distributør av det samme produktet i Sverige. Dersom A kjøper søkeord (”adwords”) hos Google.se for slik å effektivt treffe internetbrukere som søker etter denne typen sko i Sverige, vil dette være å anse som aktivt salg inn i Sverige.

¹⁶³ Retningslinjene avsnitt 53.

¹⁶⁴ Se punkt 3.2.1.2.

På den annen side, dersom en distributør betaler en søkemotor / reklameformidler på nett for å få reklame fremvist, vil det likevel ikke anses som aktivt salg dersom reklamen ikke er rettet mot brukere i bestemte områder – men er å anse som *generell markedsføring*.¹⁶⁵ Dette vil være situasjonen dersom en distributør betaler en reklameformidler å fremvise reklamen til besøkende på en nettside *uavhengig* av hvilken geografisk tilknytning brukeren måtte ha. Dette vil nok imidlertid være en situasjon av liten praktisk relevans, da en tilbyder i størst mulig grad formodentlig vil ønske å rette reklamen inn mot sin målgruppe og følgelig vil benytte seg av muligheten av å lokalisere brukeren.

Hva så med tilfeller hvor en distributør ikke har avgrenset nettsøket til særskilte geografiske områder, og formelt sett er rettet mot hele EU / EØS – hvordan vil situasjonen stille seg når søkeordet som er brukt i *realiteten* retter seg mot et bestemt geografisk område? Reklameordet i eksempelet ovenfor var det svenske ordet for ski (”skidor”). Dette vil etter alt å dømme måtte anses for å være reklame rettet mot en bestemt kundegruppe eller område – og følgelig et aktivt salg som gruppeunntaket tillater at leverandøren forbyr, jf. Retningslinjene avsnitt 53.

5.2.3 Nettsider med brukerprofiler

Flere nettsider krever at brukerne oppretter en brukerkonto for å kunne gjøre bruk av nettsiden og fullbyrde et kjøp. Gjennom en slik registrering kan en distributør motta informasjon om kjønn, interesser, alder osv. En distributør vil videre kunne benytte seg av informasjon om en kundes tidligere søk, tidligere kjøpte produkter osv. Dette vil kunne være relevante opplysninger for å tilby en kunde reklame, tilbud og informasjon om tilsvarende eller tilknyttede produkter. Facebook, Amazon, Ebay er eksempler på nettsider som bruker denne typen fremgangsmåte. Spørsmålet er om en leverandør under gruppeunntaket vil kunne forby en distributør å reklamere for sine produkter på en nettside basert på slike brukerprofiler.

¹⁶⁵ Retningslinjene avsnitt 51 andre strekpunkt.

Et tilfelle vil være at en kunde på forhånd har *akseptert å motta* denne typen reklame basert på sin brukerprofil. Dette vil måtte anses for å være et tilfelle hvor en “customer opts to be kept (automatically) informed by the distributor”, og vil dermed omfattes av gruppeunntaket som et passivt salg.¹⁶⁶ Hvorvidt kunden blir informert via e-post eller om informasjonen skjer indirekte gjennom reklamebannere, kan ikke være avgjørende. Det relevante vil antageligvis være hvorvidt informasjon blir gitt fra en distributør og til en kunde – ikke hvilken form denne informasjonen har.

Dersom en distributør kjøper reklameplass basert på en brukers profil, og det ikke foreligger noen form for aksept som nevnt ovenfor, blir spørsmålet hvorvidt det må anses for “actively approaching a specific customer group or customers in a specific territory”.¹⁶⁷ Dersom reklamen er rettet mot brukere i et ”specific territory”, vil dette måtte anses som et aktivt salg inn i dette området. Dette vil være tilfellet om det eksempelvis ut fra en brukers profil på *Facebook* kan slås fast hvilket land en bruker er fra, og en distributør for et produkt i Norge kjøper reklameplass på nettsiden rettet mot en annen distributørs kunder i Danmark. Leverandøren vil altså etter gruppeunntaket trolig ha adgang til å forby at en distributør gjør bruk av en brukerprofil med det formål å rette reklamen mot brukere i et område tildelt en annen distributør. Blir reklamen rettet mot kunder som kjøper en viss *type varer*, eller kunder med et bestemt *interessefelt*, vil leverandøren etter gruppeunntaket også trolig kunne ha adgang til å forby dette, i den grad dette er å anse som reklame rettet mot en ”specific customer group”.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Retningslinjene avsnitt 52.

¹⁶⁷ Retningslinjene avsnitt 51.

¹⁶⁸ Retningslinjene avsnitt 51.

5.3 Mobiltelefoni

Den nye generasjonen mobiltelefoner tar imot høyhastighets internett, og har innebygde lokaliseringstjenester ("location-based services"). Mobiltelefoni står i en noe annen stilling enn nettsider på grunn av muligheten til en hver tid å kunne lokalisere hvor en bruker geografisk måtte befinne deg, i hovedsak via GPS.¹⁶⁹ Også PC-er vil som nevnt kunne bli lokalisert, da ved hjelp av IP-adressen. Det som skiller de to mediene er muligheten til enhver tid å bære meg seg mobiltelefonen, og i forlengelsen av dette få sin geografiske posisjon registrert. Denne informasjonen vil i sin tur kunne nyttiggjøres til for eksempel å fremvise reklame for distributører i det aktuelle området.

Ulike typer programvare til mobiltelefonen, såkalte applikasjoner ("apps"), kommer med funksjoner som muliggjør reklameformidling basert på brukerens geografiske posisjon.¹⁷⁰ Google har fremholdt at reklame på mobiltelefoner basert på slik lokalisering i gjennomsnitt gir 8 % økning i antall besøk i forhold til en ordinær reklame.¹⁷¹ Problemstillingen er om denne typen *lokaliseringsbestemt reklame* må anses for å være en aktiv tilnærming til kunder, og dermed et aktivt salg.¹⁷² Dersom dette er tilfellet vil leverandøren under gruppeunntaket – i tråd med hovedregelen – kunne forby slik

¹⁶⁹ I tillegg til GPS brukes informasjon om hvilke mobilmaster og trådløse nettverk som er i nærheten av brukeren til å regne ut hvor denne befinner seg. For en nærmere beskrivelse, se http://en.wikipedia.org/wiki/Mobile_phone_tracking .

¹⁷⁰ Operativsystemer på mobiltelefoner slik, som Googles *Android*, gir applikasjonsutviklere mulighet til å ta i bruk lokaliseringsmetoder til bruk for reklame. Apple, med sin iPhone, tillater per dags dato dette bare i den grad programvaren bruker lokaliseringsdataen til å "gi nyttig informasjon" til brukeren. En nærmere beskrivelse er tilgjengelig på <http://developer.apple.com/news/ios/archives/2010/february/> .

¹⁷¹ En nærmere beskrivelse er tilgjengelig på <http://techcrunch.com/2010/07/29/google-location-mobile-display-ads/> . Områdebasert markedsføring på mobiltelefon er i dag antatt å omsette for NOK 15,4 mrd., og er ventet å vokse til hele 44,5 mrd. frem mot 2014. For en nærmere beskrivelse, se <http://www.gartner.com/it/page.jsp?id=1059812> .

¹⁷² Retningslinjene avsnitt 51 første strekpunkt.

markedsføring fra en distributør. Retningslinjene behandler ikke problemstillinger knyttet til reklame og kjøp ved hjelp av mobiltelefon. Dette er blitt kritisert.¹⁷³ Rettspraksis foreligger ikke, og det er heller ikke blitt skrevet om dette i juridisk teori. Drøftelsen i det følgende vil derfor måtte ta utgangspunkt i Retningslinjenes *generelle* beskrivelser av aktive og passive salg, samt løsningene som er skissert for e-post og nettsider.

Det kan nevnes at hensynet til free riding, som er av stor relevans i tilknytning til nettsalg, ikke vil være relevant i en situasjon hvor en kunde faktisk befinner seg i området til distributøren med det fysiske utsalgsstedet. Free riding er som nevnt tidligere bare aktuelt i tilfeller hvor et nettutsalg blir gratispassasjer på fysiske utsalgssteds investeringer – dette er ikke situasjonen her.

Det er grunn til å understreke at det må skilles mellom *markedsføring* og det som kan betegnes som ren *informasjonsformidling*. Retningslinjene omhandler kun det førstnevnte. Applikasjonen til Gule Sider vil for eksempel kunne gi informasjon om restauranter i et bestemt område, *eller* den vil kunne fremvise reklamebannere for de samme restaurantene. Denne grensen vil under tiden kunne være vanskelig å trekke opp, men utgangspunktet er klart nok.

5.3.1 Reklame rettet mot bestemte områder eller kundegrupper

Retningslinjene avsnitt 53 beskriver som aktivt salg, bestrebelsler rettet mot et bestemt område. Spørsmålet er om det må anses som reklame rettet mot bestemte områder dersom en applikasjon fremviser reklamebannere med utgangspunkt i en brukers geografiske lokalisering.

Et eksempel kan illustrere problemstillingen: En applikasjon viser hvor en bruker befinner seg (Google maps, Gule Sider o.l.). Gjennom reklamebannere i applikasjonen mottar

¹⁷³ Kritikkk er blant annet blitt reist i høringsuttalelsen fra Estée Lauder Companies, s. 21.

brukeren tilpassede annonser om butikker, restauranter o.l. basert på hvor mobilen sier at han er.

Retningslinjene nevner som eksempel på *områdebestemt* reklame, at en distributør betaler en søkemotor eller markedsføringsbyrå for å få reklame fremvist til brukere i et bestemt område.¹⁷⁴ Det er nettopp dette som er tilfellet i eksemplene ovenfor. En applikasjon som fremviser reklamebannere med utgangspunkt i en brukers geografiske lokalisering må således anses som et *aktivt salg*. I tråd med hovedregelen vil altså en leverandør under gruppeunntaket kunne forby en distributør å foreta denne typen områdebestemt markedsføring. Med tanke på den økende betydningen som lokaliseringsbestemt markedsføring på mobiltelefon er ventet å få, vil dette kunne få til dels store praktiske konsekvenser.

I tillegg til å være rettet mot et bestemt område, vil reklamen kunne være rettet mot en bestemt *kundegruppe*. Reklame rettet mot en kundegruppe vil kunne følge av selve applikasjonen (for eksempel kinofremvisninger i Oslo), eller de spesifikke ordene som brukeren søker etter i applikasjonen (for eksempel et søk i applikasjonen til Gule Sider på restauranter i Oslo). En applikasjon som fremviser reklamebannere rettet mot en bestemt kundegruppe (eventuelt i sammenheng med brukernes geografiske lokalisering) vil også måtte anses som et *aktivt salg*.¹⁷⁵

5.3.2 Kunde velger å motta reklame

I motsetning til situasjonen ovenfor vil jeg i det følgende se på det tilfellet at en bruker på forhånd har *akseptert å motta reklame*. En bruker vil eksempelvis, i samsvar med brukervilkårene til en applikasjon fra en distributør, kunne gå med på i fremtiden å motta reklame og tilbud på denne. Retningslinjene avsnitt 53 anser det som *passivt salg* dersom en kunde selv *velger* å bli automatisk informert av en distributør og dette leder til salg. En

¹⁷⁴ Retningslinjene avsnitt 53.

¹⁷⁵ Retningslinjene avsnitt 53.

leverandør vil altså ikke under gruppeunntaket kunne forby en distributør å henvende seg til kunder i andre distributørers eksklusive områder, dersom kunden selv har samtykket til dette. Dette utgjør således et unntak til hovedregelen om at aktive tilnærminger til kunder, kundegrupper eller i kunder i andre distributørers eksklusive områder er å anse aktive salg til disse. Men det må altså foreligge et *samtykke* fra brukeren. Dersom en bruker ikke har akseptert at lokaliseringsdata blir innsamlet og brukt til å rette reklame mot vedkommende, vil dette være å anse som et aktivt salg.¹⁷⁶

Ut fra ordlyden vil det tilfellet at en kunde har valgt å motta slik reklame fra *én bestemt distributør* være ansett som et passivt salg – og omfattes av gruppeunntaket. To eksempler illustrerer situasjonen: (i) En applikasjon har som funksjon å gi informasjon om produkter og tjenester fra Nokia. Ut fra brukerens geografiske plassering, som er i nærheten av en mobiltelefonforretning, blir reklame om nye tilbud o.l. fra Nokia fremvist. (ii) En nettforhandler selger ulike typer merkeklokker. En bruker som på forhånd har henvendt seg til distributøren og akseptert å motta reklame fra distributøren, blir lokalisert i et område med flere klokkebutikker, og på basis av dette får brukeren tilsendt reklame eller tilbud fra nettforhandleren. Dette eksempelet viser at det ikke bare er fysiske utsalgssted, men også nettforhandler som kan gjøre nytte av slike lokaliseringsmetoder.

Et annet tilfelle er hvor en applikasjon, gjennom et samarbeid med *flere andre distributører*, gir alle disse adgang til å sende reklame og tilbud til denne brukeren.

¹⁷⁶ Det er nylig fremkommet at Apple lagrer iPhone- og iPad-brukeres lokaliseringsdata. I avsnittet om "location-based services" i Apples brukervilkår fremgår det at Apple kan "collect, use, and share precise location data". Dette må innebære at lokaliseringsdataene kan bli brukt i markedsføringsøyemed. Brukere som har akseptert disse vilkårene må følgelig kunne sies å ha gitt et *samtykke* i relasjon til vår problemstilling. For en gjengivelse av disse brukervilkårene, se <http://www.apple.com/legal/itunes/uk/terms.html>. Hvorvidt og i hvilken utstrekning dette går klar av forbruker- og personvernlovgivningen går jeg ikke nærmere inn på.

Eksempelvis, en kart-applikasjon viser hvor en bruker befinner seg, og gjennom reklamebannere i applikasjonen mottar brukeren reklame om diverse butikker, restauranter o.l. i det aktuelle området. Det fremstår som lite naturlig at en slik type blankofullmakt, som i realiteten vil gjøre at en bruker blir objekt for reklame fra en mer eller mindre ubegrenset krets av distributører, skal omfattes av gruppeunntaket. Skal en distributør kunne informere en kunde, må kunden ha akseptert at nettopp denne distributøren skal kunne gi automatisk informasjon. Er dette ikke tilfellet, må det anses for å være reklame *aktivt* rettet mot denne kunden. Dette tillater gruppeunntaket at leverandøren forbyr.

6 Avsluttende bemerkninger

Retningslinjene har lyktes i å løse flere sentrale problemstillinger hva angår distribusjon på internett, i tillegg gir de enkelte mer generelle utgangspunkter om slik distribusjon. Som denne oppgaven har vist – for eksempel i tilknytning til språkvalg og prislister, og mobiltelefoni og lokaliseringsmetoder – gir Retningslinjene ikke like god veiledning på alle de nye problemstillingene som vil kunne oppstå.

Det vil på bakgrunn av dette kunne stilles spørsmål om sontringen mellom aktivt og passivt salg, som er grunnleggende i dagens regulering, fortsatt er relevant og egnet med tanke på den teknologiske utviklingen.¹⁷⁷ Det kan argumenteres for at skillet er godt egnet for tradisjonell distribusjon, men ikke like godt egnet for distribusjon ved hjelp av ny teknologi. I relasjon til flere av problemstillingene som ny teknologi reiser, må løsningene anses for å være usikre. Dette gjelder eksempelvis i tilknytning til mobiltelefoni, hvor en kunde ved bruk av en applikasjon mottar tilbud avhengig av sin geografiske posisjon.¹⁷⁸ En følge av Retningslinjenes uklare anvendelse på tilfeller som dette, er at det kan spørres om det bør tenkes nytt rundt sontringen mellom aktivt og passivt salg.

Retningslinjene tar for seg og løser flere problemstillinger, men flere andre problemstillinger blir ikke behandlet og løsningene for disse er uklare. Med tanke på teknologiens utvikling, vil det derfor kunne ha mye for seg å gå bort fra de nåværende Retningslinjenes svært detaljerte regler. Et alternativ til bruken av et kasuistisk regelsett i Retningslinjene, vil være å utdype de til dels vage og kortfattede reglene i gruppeunntaket med et sett regler av en mer prinsipiell karakter. Som kjent nevner ikke det nåværende gruppeunntaket internettsalg. Temaets viktighet i dag, den viktighet det formodentlig vil ha fremover, og den viktighet forutberegnelighet har for den enkelte leverandør og distributør,

¹⁷⁷ Det er blitt tatt til orde for dette i teorien, se blant annet Subiotto / Dautricourt (2011), s. 33.

¹⁷⁸ Dette er nærmere behandlet i punkt 5.3.

taler for en slik løsning. Det vil også ha mye for seg med tanke på at gruppeunntaket, til forskjell fra Retningslinjene, er rettslig bindende.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Nærmere om dette i punkt 2.3.

Litteraturliste

- Amato (2010) Filippo Amato, *Internet Sales and the New EU Rules on Vertical Restraints*, The CPI Antitrust Journal, (2010), nr. 2.
- Snyder (2003) Francis Snyder, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, European Business Law Review, (2003), nr. 25.
- Wijckmans (2006) Frank Wijckmans, Filip Tuytschaever og Alain Vanderlest, *Vertical Agreements in EC Competition Law*, (2006).
- Cosma / Wish (2003) Håkon Cosma og Richard Wish, *Soft Law in the Field of EU Competition Policy*, European Business Law Review, (2003), vol. 14 nr. 1.
- Luke (2010) Irene Luke, *Distribution et Internet: Bilan et Perspectives, L'approche de la distribution en ligne par l'autorité de la concurrence*, Concurrences Review of Competition Law, nr. 4, (2010).
- Jones / Sufrin (2011) Alison Jones og Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, 4. utg., (2011).
- Vanard (2010) Juliet Vanard, *Distribution et Internet: Bilan et Perspectives, Les Acteurs de la Distribution en ligne*, Concurrences Review of Competition Laws, nr. 4, (2010).
- Korah / O'Sullivan (2002) Valentine Korah og Denis O'Sullivan, *Distribution Agreements under the EC Competition Rules*, (2002).

- Louko (2010) Magdalena Louko, *New EU Competition Rules for Distribution*, presentasjon i Konkurransetilsynet, Bergen, 2. juni, (2010).
- Louko m.fl. (2010) Magdalena Louko, Andrei Gurin, Luc Peepkorn og Katja Viertiö, *Vertical Agreements: New Competition Rules for the Next Decade*, Competition Policy Newsletter, nr. 2, (2010).
- Mendelsohn / Rose (2002) Martin Mendelsohn og Stephen Rose, *Guide to the EC Block Exemption for Vertical Agreements*, (2002).
- Marsden / Whelan (2010) Philip Marsden og Peter Whelan, *Selective Distribution in the Age of Online Retail*, European Competition Law Review (E.C.L.R.), vol. 31 nr. 1, (2010).
- Subiotto / Dautricourt (2011) Romano Subiotto og Camille Dautricourt, *The Reform of European Distribution Law*, World Competition Law and Economic Review (Kluwer Law International 2011, vol. 34 nr. 1), s. 11 - 50.
- Senden (2004) Linda Senden, *Soft Law in European Community Law*, (2004)
- Sejersted m.fl. (2003) Sejersted m.fl., *EØS-rett*, 2. utg., (2003).
- Lunde (2007) Tore Lunde, *Distribusjonsavtaler i konkurranserettsleg perspektiv*, (2007).
- Van Bael / Bellis (2011) Ivo Van Bael og Jean-François Bellis, *Competition Law of the European Community*, 5. utg., (2011).

Øvrige kildehenvisninger

Traktater og avtaler

Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal C 83, 30.3.2010.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:EN:PDF>

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. nov. Nr. 109. 1992.

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA-avtalen) av 27. nov. Nr. 109. 1992.

Norske lover og forskrifter

Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars. Nr. 12. 2004.

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

EU-lovgivning

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 practices, Official Journal L 102/1.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:102:0001:0007:EN:PDF>

Commission Regulation 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 101(3) of the Treaty of vertical agreements and concerted practices, Official Journal L 336, 29.12.1999.

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>

Guidelines on Vertical Restraints, Official Journal 13.10.2000 C 291.

(EØS-tillegget til De Europeiske Fellesskaps Tidende nr. 26/9 23.6.2002 s. 7-54.)

Guidelines on the application of Article 81 (3) of the Treaty, Official Journal 27.04.2004 C 101.

Rettspraksis

Rettspraksis fra EU-domstolen

Sak T-67/01 *JCB Service v. Kommisjonen* [2004] ECR II-49.

Sak T-105/95 *WWF UK v. Kommisjonen* [1997] ECR II-313

Sak C-322/88 *Salvatore Grimaldi v. Fonds des Maladies Professionnelles* [1989] ECR 4407, [1991] 2 CMLR. 265.

Sak 56 og 58/64 *Consten and Grundig v. Kommisjonen* [1966] ECR 339-40.

Rettspraksis fra nasjonale domstoler

Groen Trend & Schouten Keukens / AEP Home Products – avgjørelse fra den Nederlandske underretten i Zutphen av 30. desember 2005.s

Depotkosmetik – avgjørelse fra den øverste tyske domstolen, Bundesgerichtshof, Urteil des Kartellsenats av 4. november 2003 – KZR 2/02.

Høringsuttalelser i tilknytning til nytt gruppeunntak for TFEU art. 101 (3), med tilhørende Retningslinjer

American Bar Association

BP plc

Estée Lauder Companies

European Competition Lawyers Forum

Herbert, Smith, Geiss Lutz & Stibbe

Howrey LLP

International Chamber of Commerce

Norton Rose LLP

O'Melveny & Myers LLP

Van Bael & Bellis

http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/index.html