

AVHANDLINGENS TITTEL

KONKURRANSELOVEN § 10: REGULERING AV VERTIKALE AVTALER

Kandidatnummer: 514
Leveringsfrist: 25.april 2008

Til sammen 12 714 ord

09.09.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING / INTRODUKSJON TIL BESTEMMELSEN</u>	<u>1</u>
1.1	Innledning	1
1.2	Rettskilder	2
<u>2</u>	<u>VILKÅR FOR ANVENDELSEN AV § 10</u>	<u>3</u>
2.1	Redegjørelse for vilkårene	3
2.2	Nærmere om avtale og samordnet opptreden	5
2.3	Skillet mellom avtale og ensidige handlinger	10
<u>3</u>	<u>VERTIKALE AVTALER: POLICY & REGULERING</u>	<u>13</u>
3.1	EØS-avtalen art. 53, 3.ledd	13
3.1.1	Hensynene bak	13
3.1.2	Bestemmelsens innhold	13
3.2	Forholdet mellom 1. og 3.ledd	15
3.3	Forskrift om vertikale avtaler og samordnet opptreden	16
<u>4</u>	<u>NÆRMERE OM REGULERINGEN I GRUPPEFRITAKET OG I PRAKSIS</u>	<u>18</u>
4.1	Hva kan det ikke inngås avtaler om?	18
4.1.1	Klausuler som fører til at hele avtalen faller utenfor gruppefritaket	19
	Parallellimport	22
4.1.2	Avtaleklausuler som faller utenfor gruppefritaket	24
4.2	Avtaleklausuler med både positive og negative virkninger	26

4.2.1	Merkeeksklusivitet	28
4.2.2	Begrenset distribusjon	29
4.2.3	Bindende videresalgspriser	29
4.2.4	Markedsoppdeling	30
	Avtaler om eksklusiv kjøpsplikt	32
	Selektive distribusjonssystemer	36
5	<u>OPPSUMMERING OG VURDERING</u>	<u>39</u>
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>41</u>
	<u>JURIDISK LITTERATUR</u>	<u>41</u>
	<u>ARTIKLER</u>	<u>41</u>
	<u>DOMMER</u>	<u>42</u>

1 INNLEDNING / INTRODUKSJON TIL BESTEMMELSEN

1.1 Innledning

Oppgavens tema er reguleringen av vertikale avtaler i forhold til forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10, altså å redegjøre for hva som utgjør en avtale eller en samordnet opptreden, og når dette anses å ”hindre, innskrenke eller vri konkurransen” i distribusjonsforhold. En vertikal avtale inngås mellom produsenter og distributørene av deres produkter, altså mellom aktører på ulike nivå i salgskjeden. Det tas sikte på å gi en oversikt over det gjeldende regelverk som vedrører slike avtaler, samt å gi eksempler på hvordan domstolene tolker dette for visse typer av distribusjonsavtaler. Det presiseres at domstolsbehandlingen ikke på noen måte er uttømmende, men brukes for å kaste lys over den praktiske anvendelsen av regelverket. I kapittel 4 er det også vist hvordan tre avtaletyper som typisk forekommer i distribusjonsforhold, er blitt regulert i praksis. Det ville imidlertid sprengte rammene for denne fremstillingen å gi en fullstendig oversikt over rettens avsigelser i alle samarbeidskategoriene.

Det vesentlige for vertikale avtaler, i motsetning til horisontale samarbeid mellom konkurrenter, er at det skal mer til før disse rammes av kartellforbudet. Det er også et omfattende regelverk som presiserer de nærmere vilkår som må være oppfylt for at samarbeidet skal være i samsvar med konkurranseretten. Oppgaven behandler de fleste rettskilder, men ikke alle gjennomgås like grundig, da dette ville medført en for lang fremstilling.

Forbudet hjemlet i konkurranseloven danner rammene for lovgivningen. I 1.ledd angis hva som skal anses som et konkurransebegrensende samarbeid, mens det i 3.ledd oppstilles et unntak fra denne bestemmelsen, for de tilfeller slike avtaler har positive virkninger som legitimerer en implementering. Kommer man til at kartellforbudet er overtrådt, og at

vilkårene i unntaksbestemmelsen ikke er oppfylt, er rettsvirkningen ugyldighet i henhold til 2.ledd. § 10 er naturlig nok svært generelt utformet, og hvordan regelen er å forstå er nærmere presisert i øvrige rettskilder. I medhold av 3.ledd er det gjort unntak for flere avtaletyper, såkalte gruppefritak, som er nedfelt i forordninger og gjennomført i norsk rett gjennom forskrifter. Fremstillingen omtaler bare det generelle gruppefritaket for vertikale avtaler og samordnet opptreden, og er således avgrenset mot de gruppefritakene som er gjeldende på spesifikke produkt- og avtaleområder.

I henholdt til ønsket om å opprette et indre marked og sikre et økonomisk samarbeid over landegrensene, var det nødvendig å gjennomføre tiltak som regulerte økonomiske aktørers atferd og beskyttet forbrukernes interesser. Dette er således bakgrunnen for inngåelsen av EU-samarbeidet, og EØS-avtalen mellom EU og de fleste EFTA-landene, i en forlengelse av dette. Konkurransereglene er i så måte svært sentrale, da de skal sikre at alle aktører får en lik tilgang til markedet. Romatraktatens konkurranseregler ble i sin tid utferdiget med tanke på beskyttelse av den grenseoverskridende markedsøkonomien og derigjennom ivaretagelse av forbrukernes rettigheter. Dette anså man som nødvendig for å få gjennomført målsettingen om et økonomisk samarbeid og opprettelse av et indre marked i Europa. Gjennom årenes løp har det vært domstolenes oppgave å utvikle reglene i samsvar med utviklingen. Dette medfører at EU-retten generelt, og konkurransereglene i særdeleshet, er svært dynamiske rettsområder hvor det stadig skjer nye oppdateringer.

1.2 Rettskilder

Konkurranseloven § 10 er blitt utformet etter modell av EF-traktaten art. 81 og EØS-avtalen art. 53. For å sikre at reglene også praktiseres og utvikles på lik måte, har EØS-landene plikt til å anvende EF-domstolens tolkninger av reglene, samt forordninger utarbeidet av Kommisjonen. En tilsvarende modell for forholdet mellom EØS-avtalen og den norske konkurranseloven er nedfelt i EØS-konkurranseloven § 7, som bestemmer at likelydende konkurranseregler i EØS-avtalen skal anvendes ved siden av de norske reglene, for de tilfeller norske markedsaktørers atferd også får konsekvenser for samhandelen med EØS-statene. EF-domstolen og Førsteinstansretten har derfor en betydelig oppgave i å

sørge for at retten utvikles i takt med tiden, og samtidig parallelt i medlemslandene. EFTA-domstolen må, ved tvister forelagt den, sørge for at linjen fra EF-retten blir fulgt og implementert i EFTA-statene. Rettskildene som benyttes i oppgaven er i tråd med dette. Hovedfokuset er konkurranseloven, lov-2004-03-05-12, § 10 og forskrift 2004-08-17-1196 om anvendelse av konkurranseloven § 10, 3.ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden, men det vil også bli redegjort for EF- og EFTA-domstolens, samt Førsteinstansrettens, presiseringer av det nærmere innholdet i de likelydende reglene i EU- og EØS-retten.

For å klarlegge det nærmere innholdet i gruppefritaket og kartellforbudets anvendelse på vertikale avtaler for øvrig, har Kommisjonen utarbeidet Retningslinjer for vertikale begrensninger, 2000/C 291/01, som også benyttes i fremstillingen.

2 VILKÅR FOR ANVENDELSEN AV § 10

2.1 Redegjørelse for vilkårene

Forbudsbestemmelsen i 1.ledd avgjør når et samarbeid skal anses for å være skadelig for konkurransen. Den rammer etter sin ordlyd enhver form for avtale og samordnet opptreden som får innvirkning på handelen mellom partene, samt har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen. Det er av avgjørende betydning at markedsaktørene fastlegger sin markedspolitikk uavhengig av hverandre, slik at konkurransen i markedet blir effektiv¹. Således er det viktig å sørge for at foretakene innretter seg slik at det samfunnsøkonomiske overskuddet, og ikke nødvendigvis foretakets eget resultat, blir størst mulig. Dette innebærer at aktørene ikke gis anledning til å forfølge sin egeninteresse i for stor grad, bl.a. ved å innrette seg slik at de kan ta en høyere pris for produktet enn den prisen som er tilnærmet best mulig utnyttelse av ressursene i et samfunnsøkonomisk perspektiv. Ved at muligheten for samarbeid mellom foretak i stor grad stenges, vil foretakene bli tvunget til å konkurrere, noe som igjen fører til lavere pris

¹ Forende saker 40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114/73, Suiker Unie mot Kommisjonen, premiss 173

og bedre kvalitet på produktene. Forbrukerne sitter igjen med mer penger som dermed kan benyttes på andre varer og tjenester. Forbudet mot konkurransebegrensende avtaler og samordnet opptreden kalles også kartellforbudet.

I det følgende redegjøres det for de enkelte vilkår som må være oppfylt for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Hva som kan anses som avtale og samordnet opptreden, samt skillet mellom ensidig og gjensidige handlinger, redegjøres det for i egne avsnitt. Dette fordi det videre i fremstillingen i stor grad legges vekt på hva som kan karakteriseres som et samarbeid i vertikale forhold.

For det første må foretakene som inngår et samarbeid være selvstendige økonomiske enheter som bedriver næringsvirksomhet, og som dermed har den økonomiske risikoen for virksomheten. Dette avgrenser dermed mot avtaler med forbrukere, samt mellom enheter knyttet til det samme foretaket, eksempelvis mor- og datterselskaper.² Videre må det foreligge en atferd som har til formål eller virkning å hindre, vri eller innskrenke konkurransen. EF-domstolen uttalte i *Société Technique Minière*³ at vilkårene formål og virkning er alternative, ikke kumulative, i og med konjunksjonen ”eller”. Det er derfor bare nødvendig å fastslå at et av dem er oppfylt for å kunne anvende regelen. Har således formålet til partene vært å begrense konkurransen seg i mellom, er det ikke relevant hvorvidt samarbeidet også har hatt denne virkningen i markedet, og vice versa. Partenes subjektive hensikt og oppfatninger av deres samarbeid er ikke avgjørende; det er en objektiv vurdering som skal legges til grunn⁴. Det neste vilkåret er at samarbeidet påvirker handelen mellom to eller flere EØS-stater; i såfall kommer EØS-reglene til anvendelse. Påvirker den bare handelen i Norge, er konkurranseloven rette hjemmel, men da det skal lite til før en aktørs opptreden får konsekvenser for handelen eller varestrømmen mellom landene, er dette sjelden tilfellet. EF-domstolen innfortolket et siste vilkår som ikke står eksplisitt nevnt i bestemmelsen, nemlig kravet om merkbar påvirkning på konkurransen. Dette skjedde også i *Société Technique Minière* for avtaler med konkurransebegrensende

² Richard Whish, *EC Competition Law* fifth ed., side 87

³ Sak 56/65, *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm*, s. 249

⁴ Richard Whish, *EC Competition Law* fifth ed., side 110

virkning og i Völk⁵ ble det samme gjentatt for avtaler med konkurransebegrensende formål. Kommisjonen har utarbeidet en kunngjøring om bagatellavtaler⁶ med terskelverdier for når en avtale skal anses å falle innenfor bestemmelsen. EFTAs Overvåkningsorgan har fulgt opp med en identisk kunngjøring.⁷

2.2 Nærmere om avtale og samordnet opptreden

Til slutt må en markedsatferd være et utslag av en avtale eller samordnet opptreden mellom foretak, evt. en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak. Samarbeidskriteriet, som er summen av avtale og samordnet opptreden, er i praksis blitt tolket svært vidt. Det ble lagt til grunn av EF-domstolen allerede i 1964, i Consten & Grundig⁸, at både vertikale og horisontale avtaler rammes. Det ble vist til at bestemmelsens ordlyd ikke anga en bestemt type avtale, men gjaldt avtaler generelt. I ACF Chemiefarma⁹ ble det uttalt at samarbeidskriteriet var oppfylt dersom partene har gitt uttrykk for en felles vilje til å koordinere sin atferd på markedet. Her var forholdet at nederlandske produsenter av kjemisk materiale opprettet et kartell med enkelte franske og britiske produsenter, vedrørende eksport til tredjeland, og dette ble ved en såkalt gentlemen's agreement utvidet til også å gjelde innenfor medlemsstatene. Gentlemen's agreement er en form for enighet som ikke har kommet til uttrykk i noe skriftlig dokument, og som ikke er ment å være rettslig bindende mellom partene, men som kan påvises gjennom en felles opptreden i markedet. Når det altså er årsakssammenheng mellom den felles vilje og opptreden i markedet, rammes ordningen av § 10, 1.ledd.

⁵ Sak 5/69, Völk mot Vervaecke

⁶ ”Meddelelse fra Kommisjonen om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i traktaten om opretelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatellaftaler)”, 2001 C 368 s. 13.

⁷ Kunngjøring fra EFTAs Overvåkningsorgan om avtaler av mindre betydning som ikke merkbart begrenser konkurransen i henhold til EØS-avtalens art. 53, nr. 1 (de minimis), EØS-tillegget til den Europeiske Unions Tidende 2003, nr. 15 s. 11-14.

⁸ Sak 56 og 58/64, Consten & Grundig mot Kommisjonen

⁹ Sak C-41/69 ACF Chemiefarma mot Kommisjonen

I sin rådgivende uttalelse i Jæger mot Opel Norge¹⁰, bemerket EFTA-domstolen at ”avtale” ikke er et autonomt begrep, og vil således ikke ha den helt samme betydning i EØS-retten som i nasjonal rett¹¹. Minstevilkåret, i henhold til EF-traktaten og EF-domstolens tolkning av denne, er at de angjeldende parter har uttrykt en felles vilje vedrørende innrettelse på markedet i strid med kartellforbudet. Forhandlinger og tilbud som ikke er akseptert i ord eller handling, er således ikke å anse som ”avtale”¹². Etter dette er det klart at så lenge en felles vilje kan påvises, vil så vel skriftlige som muntlige, stilltiende som uttrykkelig inngåtte avtaler rammes av bestemmelsen. En møteprotokoll vil i henhold til dette kunne bli å anse som en avtale, dersom den innehar nedtegnelser av partenes beslutninger¹³. Det vil i slike tilfeller være nok at flertallet har kommet til enighet; mindretallet vil dermed ha overtrådt kartellforbudet dersom det endrer sin praksis i samsvar med flertallets vilje. Kontrakten mellom partene trenger heller ikke å være gyldig i det aktuelle tidsrommet, så lenge virkningene av den fremdeles foreligger. Dette ble uttalt av Førsteinstansretten i Acerinox¹⁴.

I enkelte sammenhenger har Kommisjonen kun konstatert at det bare foreligger en såkalt ”single overall agreement” der partene gjennom en rekke enkelthandlinger som har munnet ut i en sammenhengende atferd, har søkt å tilsidesette konkurransen. EF-domstolen uttalte således i Aalborg Portland AS at ”når de forskjellige handlinger indgår i en samlet plan, fordi de har det samme formål, nemlig at fordreje konkurransen inden for fællesmarkedet, kan Kommissionen med rette pålægge ansvaret for disse handlinger på grundlag af deltagelsen i overtrædelsen betragtet i sin helhed”¹⁵. Det er dermed ikke nødvendig å

¹⁰ Sak E-3/97, Jæger mot Opel Norge AS

¹¹ Premiss 35

¹² Premiss 36

¹³ Olav Kolstad m.fl. ”Norsk konkurranserett, bind 1” (2007) s. 231

¹⁴ Sak T-48/98, Acerinox mot Kommisjonen, premiss 63

¹⁵ Forente saker C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland AS m.fl. mot Kommisjonen, premiss 258

avgjøre hvilken aktivitet den enkelte aktør har utvist fra dag til dag; det er nok å konstatere at vedkommende har deltatt i samarbeidet i løpet av perioden¹⁶.

En standardkontrakt inngått mellom en produsent og hans distributører vil naturlig nok være en avtale. Det trenger imidlertid ikke å foreligge enighet vedrørende de enkelte paragrafer; det er nok at distributøren innretter seg etter kontrakten i sin helhet. Det er heller ikke noe krav om at det finnes kontrollmekanismer som skal sørge for at den felles vilje iverksettes i praksis av alle parter. Hva som kan betegnes som avtale etter bestemmelsen er likevel ikke så viktig å fastslå, da også samordnet opptreden, som favner videre enn avtalebegrepet, rammes. Førsteinstansretten har uttalt at det ikke er nødvendig å avgjøre om et forhold kan klassifiseres som det ene eller det andre, da et komplekst samarbeid kan omfatte både elementer av avtale og elementer av samordnet opptreden. Det er således tillatt å se tilfellet i sammenheng og kalle det en ”avtale og/eller samordnet opptreden”¹⁷. Dette ble bekreftet av EF-domstolen i ANIC¹⁸.

Kriteriet ”samordnet opptreden” henspiller seg på det faktum at to foretak bevisst koordinerer sin opptreden gjennom direkte eller indirekte kontakt, men uten å ha oppnådd en avtale i ordets rette forstand, jfr. uttalelsen i ICI¹⁹ og Suiker Unie²⁰. Det vesentlige er således at konkurransen erstattes med ”practical cooperation”, og at noe av usikkerheten i markedet dermed fjernes. Dette må imidlertid avgrenses mot de tilfeller hvor aktørene innretter seg på samme måte, men likevel uavhengig av hverandre. Dette kan særlig være aktuelt i oligopolmarkeder, hvor det er få og store aktører, slik at det er lettere å få rede på hva den/de andre foretar seg, men det skal ikke utelukkes at også andre markeder kan være så gjennomsiktede at dette kan skje. Det er dermed viktig å påvise at det foreligger en kontakt mellom partene.

¹⁶ Richard Whish, *Competition Law*, fifth edition, s. 94

¹⁷ Forente saker T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 to T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 and T-335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV m.fl. mot Kommisjonen*, premiss 697 og 698

¹⁸ Sak C-49/92, *ANIC mot Kommisjonen*, premiss 132 og 133

¹⁹ Forenede saker 48, 49 og 51-57/69, *ICI mot Kommisjonen*, premiss 64

²⁰ Forende saker 40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114/73, *Suiker Unie mot Kommisjonen*

I henhold til uttalelsene i Suiker Unie er denne kontakten ulovlig dersom "the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market"²¹. Det kan av dette utledes at det må foreligge en felles forståelse vedrørende en samordning i markedet, og at denne forståelsen må komme som en følge av en direkte eller indirekte kontakt mellom partene²². Et tilleggskrav for å kunne si at det foreligger en samordnet opptreden i et marked, er at deltakernes atferd i markedet endres. Det uttales således i Hüls AG²³: "It follows, first, that the concept of a concerted practice, as it results from the actual terms of Article 81(1) EC, implies, besides undertakings' concerting with each other, subsequent conduct on the market, and a relationship of cause and effect between the two".

Det er en presumsjon for at det foreligger samordning mellom partene ved en informasjonsutveksling mellom dem, som gjelder forhold som har betydning for partenes fremtidige atferd. Særlig gjelder dette ved informasjonsutveksling vedrørende pris, jfr. Suiker Unie²⁴. I slike tilfeller er det derfor ikke nødvendig å påvise en felles opptreden i markedet. Denne presumsjonen kan motbevise, men bevisbyrden påligger markedsaktørene, jfr. EF-domstolens uttalelser i Hüls AG mot Kommisjonen²⁵. Derimot er det ESA eller Kommisjonen som må bevise at det har funnet sted en kontakt mellom partene. I Hüls AG²⁶ fant Kommisjonen at flere av polypropylprodusentene, som følge av økt produksjon samtidig som etterspørselen holdt seg stabil, søkte å opprettholde fortjenesten ved å dele markedet seg i mellom, samt samarbeide om prisfastsettingen. De arrangerte derfor en rekke møter over flere år, hvor prisinformasjon og markedsstrategi ble

²¹ Premiss 174

²² Erling Hjelmeng, "Informasjonsutveksling mellom konkurrenter og kartellforbudet i EØS-avtalen" (2003) s 653

²³ Sak C-199/92 P, Hüls AG mot Kommisjonen, premiss 161

²⁴ Erling Hjelmeng, "Informasjonsutveksling mellom konkurrenter og kartellforbudet i EØS-avtalen" (2003) s 651

²⁵ Sak C-199/92 P, Hüls AG mot Kommisjonen, premiss 162

²⁶ Sak C-199/92 P, Hüls AG mot Kommisjonen

diskutert. Domstolen fant at selv om det ikke ble inngått noen avtale, var det presumsjon for at produsentene, så lenge de fortsatt var aktive på markedet, tok informasjon om konkurrentenes fremtidige atferd i betraktning, og det var pålagt dem å bevise det motsatte²⁷. Dette fulgte av at utveksling av informasjon om pris og markedsstrategi vanskelig kan ha et annet formål enn en innskrenkning eller vridning av konkurransen. Således fant domstolen at en samordning var oppstått i og med informasjonsutvekslingen, og at EF-traktaten art. 81, 1.ledd var overtrådt allerede på dette tidspunktet. Det var da også, pga. den angitte presumsjonen, uten betydning at Hüls ikke hadde vært en aktiv deltaker på disse møtene, så lenge produsenten var tilstede.

I tilfeller av informasjonsutveksling vedrørende pris, har Førsteinstansretten uttalt at det ikke har noen betydning om det bare er den ene parten som har avslørt sine intensjoner og strategiplaner. Dette blir likevel som samarbeid å regne, da formålet antas å være av konkurranseinnskrenkende art, og det påhviler dermed partene å bevise at dette ikke har vært tilfellet. De aktørene som har deltatt på møtet, men ikke avslørt sin prisstrategi, må derfor godtgjøre at de overfor de andre deltakerne, uttrykkelig har tatt avstand fra et slikt formål²⁸.

Der det ikke kan påvises et konkurransebegrensende formål, må informasjonsutvekslingen ha hatt slike virkninger i markedet, for å være i strid med kartellforbudet. Her må det ses hen til hva som er informasjonens gjenstand og hvor markedsrelevant denne er, hvorvidt det dreier seg om utveksling av fremtidig eller historisk informasjon, hvor spesifikk eller generell den er og hyppigheten av utvekslingen. I tillegg må markedet tas i betraktning, samt hvorvidt sluttbrukerne også har tilgang til opplysningene. Det siste kriteriet kan bety at informasjonen er allment tilgjengelig, slik at utvekslingen mellom partene ikke nødvendigvis er i strid med konkurransebegrensningsbestemmelsen. Dette beror antakelig i stor grad på når konkurrentene får tilgang til informasjonen, i forhold til sluttbrukerne²⁹.

²⁷ Premiss 162

²⁸ Forente saker T-202/98, T-204/98 og T-207/98, Tate & Lyle plc. m.fl. mot Kommisjonen, premiss 54, 63-64

²⁹ Erling Hjelmeng "Informasjonsutveksling mellom konkurrenter og kartellforbudet i EØS-avtalen" (2003) side 667-670.

Dersom en avtale finnes å være i strid med 1.ledd, blir den å anse som ugyldig, jfr. 2.ledd, med mindre den kommer inn under unntaket i 3.ledd. Det ble uttalt i Société Technique Minière³⁰ at ugyldighetsvirkningen etter 2.ledd bare rammer den delen av samarbeidet som er i strid med kartellforbudet. Kan de øvrige deler av avtalen gjennomføres på selvstendig grunnlag, vil disse dermed falle utenfor 1.ledd.

2.3 Skillet mellom avtale og ensidige handlinger

Som allerede nevnt er det et vilkår at det foreligger en samstemt vilje mellom avtalepartene for at samarbeidet skal rammes av kartellforbudet. Det må derfor skilles mellom de tiltak som innføres ensidig fra produsentens side, og de tiltak produsentens avtaleparter slutter opp om, noe det er omfattende rettspraksis rundt.

EF-domstolens avgjørelse i Bayer AG³¹ illustrerer skillet. Her var forholdet at en tysk legemiddelprodusent, Bayer AG, søkte å stoppe parallellimport til Storbritannia, et land med høyt prisnivå, fra lavkostlandene Spania og Frankrike, ved å innføre et ensidig tiltak om importkvoter for hver enkelt distributør. I tillegg til forskjellen i prisnivå gjorde valutakursene slik parallellimport profitabelt, og distributører i Spania og Frankrike ble dermed konkurrenter til Bayer UK (Bayer AGs britiske distributør) på det britiske markedet. Førsteinstansretten³² kom til at det var Kommisjonen som hadde bevisbyrden for at distributørene hadde sluttet seg uttrykkelig eller stilltiende til et sådant ensidig tiltak, slik at det kunne sies å være inngått en avtale. Retten mente forhandlerne forsøkte å gi inntrykk av at de bare bestilte produkter til salg på det nasjonale markedet, men fant det bevist at de franske og spanske distributørene i virkeligheten ikke hadde rettet seg etter Bayers pålegg. Det var blitt opprettet ordresystemer som forsøkte å skjule at den totale ordren oversteg det nasjonale behovet, og slik at grossistene fikk skaffet produkter som kunne eksporteres. Bevisbyrden var derfor ikke oppfylt i dette tilfellet, noe EF-domstolen sluttet seg til. Det følger av dette at tiltak en produsent kan sette i verk uten medkontrahentens bidrag ikke

³⁰ Sak 56/65, Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), side 250

³¹ Forenede saker C-2/01 P og C-3-01 P, Kommisjonen mot Bayer AG

³² Sak T-41/96, Bayer AG mot Kommisjonen

kan rammes av kartellforbudet; dette ville føre til en sammenblanding i forhold til nedslagsfeltet for art. 82³³.

Motsetningsvis kom Domstolen i Sandoz-saken³⁴, hvor forholdet var at legemiddelfirmaet Sandoz hadde inntatt en påtegning om eksportforbud på fakturaene til sine kunder, frem til at det ikke dreide seg om en ensidig handling, men et ledd i virksomhetens faste forretningsforbindelser med sine kunder. Med andre ord ble det ansett som en avtale når påtegningen var inntatt på hver eneste faktura og kundene etterfulgte ordren uten protest. Kundene ble da regnet for å ha gitt et stilltiende samtykke til Sandoz' praksis. I AEG³⁵ ble den omstridte klausulen ansett å være avtalt i medhold av vilkårene for inngåelse av et samarbeid mellom produsenten og forhandlerne. Dette ga således det utslag at forhandlere som oppfylte de kvalitative betingelsene, men som nektet å rette seg etter AEGs politikk, ikke fikk autorisasjon som forhandler. I overensstemmelse med dette trakk man da den konklusjonen at de forhandlere som ble autorisert hadde akseptert å overholde produsentens betingelser i form av å avgi et stilltiende samtykke. I Ford AG³⁶, som også omhandlet selektive distribusjonssystemer, var det et spørsmål om produsentens fastsatte forbud mot parallellimport, inntatt i et rundskriv, utgjorde en overtredelse av art. 81 (daværende art. 85). Saken er temmelig lik faktum i Bayer AG³⁷, men domstolen kom til at Fords distributører hadde bidratt til å inngå en avtale. Dette fordi forhandlerne måtte akseptere Fords vilkår for å kunne bli autorisert³⁸. Saksøkernes argumenter om at vilkåret ikke var tatt inn i hovedforhandleravtalen ble således ikke tatt til følge; det ble vist til at rundskrivet var en del av kontraktsforbindelsen mellom partene, og at det også var inntatt en klausul i hovedavtalen om at produsenten hadde rett til å innta nye/endrede vilkår etter at avtale var inngått.

³³ Premiss 101

³⁴ Sag C-277/87, Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen

³⁵ Sag 107/82, AEG mod Kommissionen

³⁶ Forente saker 25 og 26/84, Ford Werke AG og Ford of Europe Inc. mot Kommisjonen

³⁷ Forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, Bayer AG mot Kommisjonen

³⁸ Forente saker 25 og 26/84, Ford Werke AG og Ford of Europe Inc. mot Kommisjonen, premiss 21

I motsatt retning igjen trekker avsigelsen i Volkswagen³⁹. Førsteinstansretten hadde funnet at forhandlere som inngikk avtale om selektiv distribusjon som var i samsvar med konkurranserettens formål, altså en avtale i overensstemmelse med art. 81, ikke kunne sies å på forhånd ha godtatt en ulovlig utvikling av kontraktsforholdet. Det var ikke godtgjort at de fulgte opp de omstridte oppfordringene fra produsenten. Skulle en slik etterfølgende ulovlig praksis utgjøre en fortsettelse av det eksisterende kontraktsforhold, måtte det være momenter i avtalen eller sedvane som gjorde det mulig å forutse en slik utvikling på tidspunkt for undertegnelse av avtalen. Selv om Domstolen kom til at Retten ikke hadde foretatt en tilstrekkelig nøye vurdering for å fastslå hvorvidt nøytrale og lovlige avtalebestemmelser kunne gi en mulighet for oppfordring av ulovlig art på et senere tidspunkt, opprettholdt den Rettens dom, da den anså konklusjonen for å være velbegrunnet⁴⁰.

.

Etter dette er det avgjørende for hvorvidt det foreligger en avtale eller en ensidig praksis, hvordan distributørene innretter seg etter produsentens fastsatte betingelser og vilkår. Foreligger klausulen allerede på tidspunktet for avtaleinngåelse, er det således nok at forhandleren signerer avtalen. Blir det i ettertid inntatt avtalevilkår som anses å stride mot forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, vil det ikke være et ensidig tiltak fra produsenten dersom forhandlerne aksepterer disse, enten det gjøres uttrykkelig eller stilltiende. Således kan man si at en i utgangspunktet lovlige distribusjonsavtale kan bli ulovlig, dersom det i etterkant inntas vilkår som distributørene ikke var kjent med ved avtaleinngåelsen, men som de ikke protesterer mot eller tar avstand fra⁴¹.

For at en atferd skal bli bedømt som en ensidig handling, må derfor forhandlerne enten ta uttrykkelig avstand fra pålegget, fortsette å opptre på samme måte som de gjorde før klausulen ble pålagt dem, eller de må forsøke å omgå den, eksempelvis slik Bayers distributører gjorde.

³⁹ Sak C-74/04 P, Volkswagen mot Kommisjonen

⁴⁰ Premiss 54

⁴¹ Giuliano Amato and Claus-Dieter Ehlermann, EC Competition Law, a critical assessment (2007) side 103

3 VERTIKALE AVTALER: POLICY & REGULERING

3.1 EØS-avtalen art. 53, 3.ledd

3.1.1 Hensynene bak

Dersom de fordelene en begrensning av konkurransen medfører, oppveier ulempene ved atferden, bør tiltaket i visse tilfeller likevel iverksettes. Dette er tanken bak unntaksbestemmelsen i art. 53, 3.ledd. Her må man foreta en avveining mellom den reduserte utnyttelsen av samfunnets ressurser som følger av konkurransebegrensningen, og de fordeler en slik atferd medfører, som bl.a. forbedringer i produksjonen, kostnadsbesparing pga. mer effektiv distribusjon og kvantumsrabatter ved store innkjøp, samt bidrag til den tekniske og økonomiske utviklingen⁴².

3.1.2 Bestemmelsens innhold⁴³

For at et konkurransebegrensende samarbeid skal kunne fritas i medhold av 3.ledd, må fordelene som oppnås ved avtalen eller den samordnede opptreden komme samfunnet til gode; det er ikke alltid nok å kunne påvise kostnadsbesparelser i en bedrift, selv om dette også vil kunne være relevant. EF-domstolen uttalte i Consten & Grundig⁴⁴ at forbedringen ”må navnlig medføre merkbare objektive fordele, som kan opveie de ulemper for konkurransen der følger heraf”. Videre må det være årsakssammenheng mellom avtalen som betraktes og de fordeler denne medfører og som ønskes vurdert etter 3.ledd.⁴⁵ Avtalen må således være grunnlaget for gevinstene; bare på den måten kan det forsvares å implementere et i utgangspunktet konkurranseskadelig samarbeid. Det er avtalepartene som har bevisbyrden for at avtalen genererer slike fordeler som medfører at den kan unntas etter 3.ledd.

⁴² Olav Kolstad ”Konkurranseloven som virkemiddel til å fremme ”forbrukernes interesser”, TfR 2005 s. 31.

⁴³ Basert på Richard Whish, EC Competition Law fifth ed., chapter 4, side 149 flg.

⁴⁴ Sak 56 og 58/64, Consten & Grundig mot Kommisjonen

⁴⁵ Olav Kolstad m.fl. ”Norsk konkurranserett, bind 1” s. 297

Det oppstilles fire vilkår som må være oppfylt for at et konkurransebegrensende samarbeid skal kunne bli fritatt fra 1. og 2.ledd. For det første må det være en avtale som ”bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling”. En rekke oppnådde fordeler kommer inn som relevante i henhold til dette vilkåret. For distribusjonsavtalenes del kan det være hensiktsmessig å spesialisere fordelingen av varene, slik at man konsentrerer seg om å transportere varer med like egenskaper, og dermed kunne slippe å innrette transporten for å ta hensyn til varenes ulike krav. Det kan imidlertid også lønne seg å transportere forskjellige varer sammen der de skal samme sted. I slike tilfeller kan det i tillegg være administrasjonskostnader å spare, ved at flere produsenter kan gå sammen om å benytte den samme distributøren. Bedre teknologi innen distribusjonen gir en mer effektiv fordeling av varene.

For det andre må avtalen ”sikre forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd”. Dette betyr at konsumentene skal kompenseres for de ulempene det medfører at et konkurransebegrensende samarbeid er inngått, som ved at produsentene er i stand til å ta en høyere pris enn tidligere, samtidig skal de få en del av reduksjonen i produksjons- og/eller distribusjonskostnadene.

Videre må det heller ikke pålegges avtalepartene restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å oppnå de ønskede målene. Dersom de påberopte fordeler kan oppnås på annen måte enn å inngå et konkurransebegrensende samarbeid, er således nødvendighetskriteriet ikke oppfylt. Det samme gjelder der samarbeidet er avgjørende for å kunne oppnå fordelene, men går lenger enn det som er nødvendig. Antakelig vil hard core-klausulene som er listet opp i gruppefritakets § 4, og som det vil bli gjort nærmere rede for i kapittel 4, være en illustrasjon for hva som anses som uproporsjonale, i det disse svært sjelden vil bli unntatt etter 3.ledd⁴⁶.

⁴⁶ Richard Whish, EC Competition Law fifth ed., side 157

Til sist kan ikke partene gjennom avtalen ”gis mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varene det gjelder”, med andre ord må det være en viss grad av restkonkurranse igjen på markedet. Det følger av dette at produsenter med store markedsandeler har større sannsynlighet for å komme i konflikt med dette vilkåret, enn mindre produsenter. Dersom flere konkurrenter på horisontalt nivå inngår likelydende avtaler med sine distributører, typisk i form av et selektivt distribusjonssystem kombinert med en eneforhandlerklausul, må man se på den totale effekten av slike avtaler i markedet, selv om hver produsent ikke har en avgjørende markedsandel alene.

3.2 Forholdet mellom 1. og 3.ledd

Det har vist seg litt problematisk å foreta en vurdering av en avtale eller samordnet opptreden etter 1.ledd, uten å komme inn på avveiningssynspunktene i 3.ledd. EFTA-domstolen oppfattet i Hydro/Hegelstad⁴⁷ det slik at EF-domstolen hadde åpnet for en mer fleksibel tolkning av forbudet i 1.ledd, hvor man skulle legge vekt på de positive sidene ved den konkurransebegrensende atferden i vurderingen, og henviste til Métropole Télévision⁴⁸, samt de dommer det er henvist videre til der, til inntekt for dette synspunkt. Deretter trakk EFTA-domstolen frem de ønskede virkningene av avtalen den skulle vurdere, nemlig forbedringer i distribusjonen gjennom reduserte kostnader, samt bedre planlegging for leverandør, forhandler og forbruker⁴⁹, og argumenterte for at disse var bredt akseptert i EF-retten.

Førsteinstansretten uttalte imidlertid i Métropole Télévision at selv om det kunne se ut som om det var åpnet for en mer fleksibel tolkning av 1.ledd, skulle det ikke legges til grunn noen ”rule of reason” ved avgjørelsen av om en atferd faller inn under art. 85, 1. ledd (nå

⁴⁷ Sak E-7/01, Hegelstad mot Hydro / Texaco

⁴⁸ Sak T-112/99, Métropole Télévision m.fl. mot Kommissjonen

⁴⁹ Premiss 28

art. 81, 1.ledd), da dette strider mot bestemmelsens oppbygning⁵⁰. Retten argumenterer for at det etter 3.ledd en avveining mellom de negative og de positive virkningene av en konkurransebegrensende atferd må skje, ellers vil 3.ledd miste mye av sin betydning. Den advarer derfor mot å åpne for en for fleksibel tolkning av 1.ledd. Under 1.ledd skal en avtales konkurransebegrensende virkninger vurderes. Her må det sees hen til avtalens påvirkning på partenes og tredjemenns handlefrihet, og ved denne vurderingen må man også ta hensyn til avtalens konkrete anvendelsesområde, herunder de økonomiske og rettslige virkningene av den, avtalens gjenstand og det aktuelle marked.

3.3 Forskrift om vertikale avtaler og samordnet opptreden

EF-kommisjonen har utarbeidet enkelte forordninger som unntar visse typer distribusjonsavtaler. Dette kan enten gjelde spesifikke næringer, bl.a. på motorvognsektoren, jfr. Kommissionens Forordning Nr. 1400/2002 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis inden for motorkøretøjsbranchen, og forsikringsbransjen, jfr. Kommissionens Forordning nr. 358/2003 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på visse kategorier af aftaler, vedtagelser og samordnet praksis på forsikringsområdet, eller det kan være fordi avtalene fremmer den tekniske eller økonomiske utviklingen, jfr. eks. Kommissionens forordning nr. 2659/2000 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af forsknings- og utviklingsavtaler. Avtaler som faller inn under slike gruppeunntak, regnes for å normalt oppfylle vilkårene i art. 53, 3.ledd, slik at man for enkelhets skyld unntar alle fra forbudet i 1.ledd, i stedet for å gå inn på en konkret vurdering av hver enkelt avtale. Avtalene må oppfylle karakteristikken og vilkårene i gruppeunntaket for å kunne bli omfattet av dette. Er således deler av avtalen ikke i overensstemmelse med fritaket, får ikke gruppefritaket anvendelse på den, og det må foretas en individuell prøving av vilkårene i EØS-avtalen art. 53, 3.ledd for å se om det konkurransebegrensende samarbeidet kan unntas fra

⁵⁰ Premiss 75-77

forbudsregelen.⁵¹ En slik ordning med automatisk fritagelse for avtaler som oppfyller nærmere fastsatte vilkår, medfører at næringslivet selv lettere kan vurdere sine avtaler med distributørene og gir produsentene et incitament til å rette seg etter retningslinjene som er fastsatt.

Et mer generelt gruppefritak er Kommisjonens forordning 2790/1999; Gruppeunntaket for vertikale avtaler og samordnet opptreden. Dette avløser tidligere gruppefritak for tre typer av vertikale avtaler: eksklusiv distribusjon, eksklusiv kjøpsplikt og franchise.⁵² Det er laget et likelydende gruppefritak i norsk rett gjennom forskrift 2004-08-17 nr. 1196; Forskrift om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden. Unntaket tar for seg alle typer vertikale avtaler og samordnet opptreden, og oppstiller vilkår som må være oppfylt for at avtalen skal kunne falle utenfor forbudet i 1.ledd. Den inneholder også en svarteliste over formålsklausuler som unntas fritaket; inneholder avtalen en av disse, faller den i sin helhet utenfor fritaket og må vurderes særskilt etter 1. og 3.ledd. Det er også listet opp noen avtaleklausuler som ikke omfattes av fritaket, men likevel slik at det bare er de omstridte klausulene som anses ugyldige, mens resten av avtalen unntas forbudet. Mer om dette følger i kapittel 4.

Vilkårene for at samarbeidet skal omfattes av gruppeunntaket, er for det første at avtalen eller den samordnede praksisen må foreligge mellom to eller flere foretak på ulike nivå i produksjons – eller distribusjonskjeden, jfr. forskriftens § 2, 1.ledd. Dette innebærer at vertikale enheter som er integrert i produsentfirmaet, enten det eksempelvis er et datterselskap eller en underavdeling, slik at det ikke foreligger to selvstendige økonomiske enheter, faller utenfor gruppefritaket. Her må man i stedet foreta en vurdering om det foreligger misbruk av dominerende markedsrett i hht. art. 54 og § 11.

⁵¹ Erling Hjelmeng ”Avtalers ugyldighet og gruppefritak under EØS-avtalen artikkel 53”, Lov og Rett 1998 s. 420 på s. 428.

⁵² Senter for europarett ”Gruppefritak for vertikale avtaler”, EuroRett nr. 7 2000.

Videre må avtalen eller den samordnede praksisen rette seg mot vilkårene for kjøp, salg og videresalg av varer og/eller tjenester, noe som medfører at bl.a. leasingavtaler faller utenfor. Heller ikke immaterielle rettigheter, som retten til å bruke et varemerke eller patentert teknologi, omfattes i henhold til dette vilkåret, men det er gjort unntak i forskriftens § 2, 3.ledd dersom overdragelsen av immaterialrettighetene ”ikke utgjør slike avtalers hovedgjenstand, og er direkte knyttet til kjøperens eller dennes kunders bruk, salg eller videresalg av varer eller tjenester”. Overdragelsen av immaterielle rettigheter blir dermed en integrert del av avtalen, og denne anses i sin helhet å oppfylle vilkårene i gruppeunntaket.⁵³ Det er også gjort unntak for vertikale avtaler som er inngått mellom konkurrerende foretak, jfr. forskriftens § 2, 4.ledd, men det er oppstilt unntak fra dette igjen, dersom nærmere vilkår er oppfylt.

Det er en forutsetning for at gruppeunntaket skal komme til anvendelse, at leverandørens markedsandel ikke overstiger 30% av det relevante markedet, jfr. forskriftens § 3. Der den vertikale avtalen inneholder eksklusive leveringsforpliktelser, kan kjøperens markedsandel ikke overstige 30%.

4 NÆRMERE OM REGULERINGEN I GRUPPEFRITAKET OG I PRAKSIS

4.1 Hva kan det ikke inngås avtaler om?

Som nevnt ovenfor vil et samarbeid som oppfyller kriteriene i § 10, 1.ledd anses for å ha konkurransebegrensende formål eller virkninger, noe som er uforenlig med

⁵³ Olav Kolstad m.fl. ”Norsk konkurranserett, bind 1”, s 446.

konkurranseretten. Dersom et slikt samarbeid ikke også medfører positive effekter som nevnt i 3.ledd, som kan oppveie ulempene, blir resultatet ugyldighet i henhold til 2.ledd. Enkelte bestemmelser anses imidlertid etter sin art som så skadelige for konkurransen, at de er særskilt nevnt i §10, 1.ledd, litra a-e. Dette må tolkes dit hen at det skal så mye til for at eventuelle konkurransefremmede virkninger oppveier ulempene, at slike avtaler i praksis aldri vil kunne unntas etter 3.ledd. Disse begrensningene er nedfelt med både horisontale og vertikale avtaler for øye, og ikke alle alternativene er derfor like relevante for distribusjonsavtaler. De mest aktuelle klausulene er derfor også inntatt i gruppeunntaket som avtaleklausuler som skal anses å være uforenlig med fritaket. I noen tilfeller fører disse til at hele avtalen faller utenfor (forskriftens § 4), mens det i andre tilfeller bare er den omstridte klausulen som er ugyldig (forskriftens § 5).

4.1.1 Klausuler som fører til at hele avtalen faller utenfor gruppefritaket

Forskriftens § 4 lister opp 5 formålsklausuler som, dersom en avtale inneholder en eller flere av disse, vil føre til at avtalen i sin helhet settes til side som konkurransebegrensende. Disse kan derfor karakteriseres som særskilt tyngende for konkurransen, og vil som regel heller ikke oppfylle vilkårene i § 10, 3.ledd, slik at de kan unntas etter en individuell vurdering⁵⁴. Da det dreier seg om bestemmelser med et konkurransebegrensende formål, er det som tidligere nevnt ikke nødvendig å påvise virkningen i markedet.

Den første avtalebestemmelsen vedrører begrensninger i en kjøpers / leverandørs adgang til å fastsette salgspris på varen eller tjenesten, jfr. § 4a. Både direkte og indirekte restriksjoner rammes. Det gjøres likevel unntak for de tilfeller hvor produsenten fastsetter en maksimumssalgspris eller veiledende salgspriser, da disse antas å ikke ha en negativ virkning på konkurransen, men med forbehold for de tilfeller hvor det foreligger et incentiv for leverandøren til å oppfatte slike priser som en fast pris eller en minstesalgspris. Det må altså ikke ligge et element av tvang i avtalen. Uten dette siste forbeholdet hadde restriksjonen vært enkel å omgå.

⁵⁴ Olav Kolstad m.fl. "Norsk konkurranserett, bind 1", s. 449

Forskriftens § 4 b, c og d legger restriksjoner på adgangen til å inngå avtale om selektivt distribusjonssystem. Dette er i § 1d definert som et distribusjonssystem der leverandøren forplikter seg til kun å selge avtalevarene til distributører som er godkjent etter nærmere bestemte kriterier, og som inneholder et forbud mot å selge til distributører som ikke er godkjent. Dette er i utgangspunktet tillatt, men med visse forbehold: I henhold til bokstav b er det ikke adgang til å inngå avtaler med formål om å begrense territoriet eller kundegruppen kjøperen kan selge avtalevarene og –tjenestene til. Det er imidlertid enkelte unntak fra bestemmelsen, hvor det anses at begrensning av territorium og/eller kundegrupper fremmer den tekniske og økonomiske utvikling; særlig gjøres dette gjeldende ved reduksjon av transaksjons- og distribusjonskostnader og optimalisering av salgs- og investeringsnivå⁵⁵. I samsvar med definisjonen av selektivt distribusjonssystem, er det gjort unntak for avtalte restriksjoner vedrørende salg til distributører som ikke er godkjent. Videre kan distributører pålegges å overholde område- og kunderestriksjonene ved aktivt salg i leverandørens eller andre distributørers eksklusive nett, dersom dette ikke medfører en begrensning av salget til kjøperens kunder. I henhold til Retningslinjene premiss 50⁵⁶, skal det med aktivt salg forstås aktiv henvendelse til individuelle kunder, eksempelvis gjennom post eller besøk, eller til kundegrupper ved at man markedsfører gjennom mediene, eller på annen måte retter seg mot disse. Motsetningsvis er det ikke adgang til å legge begrensninger på distributørenes passive salg utenfor sitt eksklusive salgsnettverk; dette vil da være de tilfeller hvor forhandlerne blir oppsøkt av kunder i andre distributørers salgsområde eller kundegrupper, uten å ha kommet med en oppfordring til dem. Passivt salg omfatter reklame og markedsføringstiltak gjennom medier og på internett, som anses egnet til å nå kunder og kundegrupper som ikke er omfattet av et eksklusivt distribusjonsnett, selv om dette medfører at kunder i et slikt nett nås. Videre er det tillatt begrense en distributørs salg av varer, aktivt og passivt, til sluttbrukere som utøver virksomhet på grossistnivå. Det er tatt til orde for at formålet med dette kan være å hindre grossister i å konkurrere med detaljhandlere, og dermed ha et fortrinn i konkurransen ved å

⁵⁵ Tore Lunde ”Distribusjonsavtaler i konkurranserettsleg perspektiv”, s. 82

⁵⁶ C 291/1 Kommisjonens meddelelse: Retningslinjer for vertikale begrensninger

kunne tilby lavere priser grunnet lavere transaksjonskostnader. Dette i henhold til tysk konkurranserettslig praksis⁵⁷. EF-traktaten inneholder ingen tilsvarende sonndring, selv om EF-domstolen har godkjent den tyske praksisen. Da det heller ikke i norsk rett er gjort et tilsvarende skille, er det vanskelig å vite hvilken betydning unntaket skal ha her. Den siste restriksjonen leverandøren kan legge på sine distributører, er begrensning i adgangen til å selge komponenter til kunder som vil kunne bruke dem til å produsere samme type varer som leverandøren. Heller ikke dette unntaket er nærmere forklart i Retningslinjene, men kan muligens begrunnes med at leverandøren skal gis et incentiv til å utvikle teknologi og derigjennom forbedre varens kvalitet, uten at han må gi fra seg konkurransefordelen dette medfører.

I henhold til § 4c er det ikke lov å implementere en avtale med formål å begrense salg fra detaljhandlere i et selektivt distribusjonssystem til sluttbrukere, enten disse er forbrukere eller næringsdrivende. Dette gjelder både aktivt og passivt salg, og omfatter også markedsføring og reklame, samt salg via internett⁵⁸. Det er likevel gjort unntak for restriksjoner pålagt de distributører som ikke opererer fra et godkjent utsalgssted; i henhold til dette kan leverandøren legge føringer vedrørende beliggenheten av utsalgsstedet. Selektiv distribusjon kan også kombineres med eneforhandlingsavtaler fra leverandør, så lenge det ikke kommer i konflikt med forbudet mot å legge restriksjoner på aktivt og passivt salg til sluttbruker. En leverandør kan således forplikte seg til kun å levere til en eller et begrenset antall distributører⁵⁹.

En begrensning av selektive distributørers adgang til å foreta kryssleveranser seg i mellom, vil derimot være i strid med gruppefritaket for vertikale avtaler og samordnet opptreden, jfr. forskriften § 4d. Dette gjelder også dersom distributørene er på forskjellige ledd i salgskjeden. Avtaler om eksklusivt kjøp vil derfor i slike tilfeller ikke være tillatt.

⁵⁷ Tore Lunde ”Distribusjonsavtaler i konkurranserettsleg perspektiv”, s. 89-90

⁵⁸ Kommisjonens meddelelse: ”Retningslinjer for vertikale begrensninger”, avsnitt 53

⁵⁹ Kommisjonens meddelelse: ”Retningslinjer for vertikale begrensninger”, avsnitt 53

Til sist, i 4e, er det ikke tillatt å legge restriksjoner på distribusjon av komponenter som service- og reservedeler, mellom en leverandør av deler og en kjøper som innarbeider delene i egne varer, altså originalprodusenten. Originalprodusenten kan i henhold til dette ikke nekte reservedelsprodusenten å levere deler til sluttbrukere, reparatører eller serviceytere, som installerer/reparerer originalproduktet; dette av hensyn til å holde markedet for reservedeler åpent⁶⁰. Det er likevel oppstilt et unntak i Retningslinjene⁶¹: Originalprodusenten kan utpeke enkelte reparatører eller serviceytere til å foreta reparasjoner på hans varer, og pålegge disse å kjøpe deler av ham. Reservedelsprodusenten kan således ikke levere reservedeler til disse.

Parallellimport

En avtaletype som er hyppig forekommende i praksis er produsenters regulering av parallellimport. Dette er en avtaletype som innebærer begrensninger på hvem distributører kan selge varene til, og utgjør således en restriksjon som bare i helt spesielle tilfeller vil anses å være i samsvar med konkurranseretten. Kontoret for de europeiske forbrukerorganisasjoner fremholdt i Ford - Werke AG⁶², som intervenient, at selskapets nektelse av å la britiske kunder kjøpe biler hos den tyske distributøren var et brudd på EUs intensjon om et felles indre marked, og de prisfordelene europeiske forbrukere skulle oppnå som følge av dette. Argumentet ble ikke kommentert av domstolen, men målsettingen i EF-retten om ikke-eksisterende grenser på kontinentet er klar.

Allerede i Consten & Grundig⁶³ var spørsmålet oppe. Forholdet var at Consten hadde fått en eneforhandlerrett til å selge Grundigs varer på det franske markedet. Denne retten var fulgt av en klausul om at Consten ikke hadde tillatelse til å selge varene utenfor Frankrike, og Domstolen fant at kartellforbudet var overtrådt.

⁶⁰ Valentine Korah, "Distribution agreements under the EC competition rules", side 190

⁶¹ Kommisjonens meddelelse: "Retningslinjer for vertikale begrensninger", avsnitt 56

⁶² Forente saker 25 og 26/84, Ford – Werke AG og Ford of Europe Inc. mot Kommisjonen, premiss 19

⁶³ Forente saker 56 og 58/64, Consten & Grundig mot Kommisjonen

I Tipp-Ex⁶⁴ var forholdet at produsenten solgte varer på det tyske og det franske markedet, gjennom lokale distributører. Prisnivået i Tyskland var imidlertid høyere enn i Frankrike, og Tipp-Ex forbød derfor den franske forhandleren å selge til tyske kunder. Forbudet ble fulgt opp med trusler og sanksjoner som etter hvert førte til at parallellimporten stoppet. Kommisjonen fant at kartellforbudet var overtrådt, ved at sistnevnte fulgte opp førstnevntes forbud, selv om dette skjedde på grunn av elementet av tvang. I Bayer AG⁶⁵ uttalte domstolen imidlertid at det ikke var nødvendig med etterfølgende sanksjoner for å anse en praksis for å være utslag av en avtale, men det var presumsjon for at slike utgjorde et relevant moment i spørsmålet om produsenten ønsket å pålegge et eksportforbud⁶⁶. Det er med andre ord større sannsynlighet for at distributørene følger opp leverandørens politikk i slike tilfeller, og at man dermed kan anse det for å foreligge en felles vilje som er i strid med § 10, 1.ledd.

En nærmere redegjørelse for hvordan avtaler om forbud mot parallellimport skulle forstås i lys av kartellforbudet, kom i GlaxoSmithKline Services Unlimited⁶⁷. Førsteinstansretten utledet av gjeldende rettspraksis, at avtaler som i siste instans tok sikte på å forby parallellimport, i prinsippet skulle anses å ha et konkurransebegrensende formål. Videre ville klausuler som medførte at parallellimport var ufordelaktig, i prinsippet ha som formål å redusere konkurransen⁶⁸. Retten avviste imidlertid at EF-domstolens uttalelser i Consten & Grundig⁶⁹, som var blant dommene Kommisjonen hadde henvist til, kunne tas til inntekt for at en avtale som hadde et formål om å begrense parallellimporten medførte at den automatisk hadde et konkurransebegrensende formål. Den påpekte at det måtte foretas en virkningsvurdering, hvor det ble hensett til de positive virkninger en mer effektiv varedistribusjon kunne medføre, slik som forbedret priskonkurranse og større

⁶⁴ Sak C-279/87, Tipp-Ex mot Kommisjonen

⁶⁵ Forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, Bayer AG mot Kommisjonen

⁶⁶ Premiss 83

⁶⁷ Sak T-168/01, GlaxoSmithKline Services Unlimited mot Kommisjonen

⁶⁸ Premiss 115 og 116

⁶⁹ Sak 56 og 58/64, Consten & Grundig mot Kommisjonen

tilgjengelighet for forbrukerne. Det at pallellimportrestriksjoner var av en så alvorlig karakter, var grunnet i formodningen mot at avtalepartene ønsket disse positive virkningene⁷⁰.

Førsteinstansretten påpekte også at legemiddelsektoren var noe særegen når det gjaldt prisfastsetting, i det nasjonale myndigheter utøvet kontroll over næringen, noe som fikk betydning for prisfastsettingen på produktene. Restriksjoner på videresalget var således ikke å sammenligne med andre produktmarkeder som utelukkende var styrt av tilbud og etterspørsel⁷¹

4.1.2 Avtaleklausuler som faller utenfor gruppefritaket

I Forskrift om anvendelse av konkurranseloven § 10, 3.ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden, § 5 er det listet opp 3 ugyldige klausuler. Rettsvirkningen av at en eller flere av disse er tatt inn i en avtale eller en samordnet opptreden, vil være at klausulen(e) faller bort, mens avtalen for øvrig kan gjøres gjeldende. Unntaket gjelder for konkurranseklausuler, som er definert i § 1b: ”enhver direkte eller indirekte forpliktelse som hindrer kjøperen i å produsere, kjøpe, selge eller videreselge varer eller tjenester som konkurrerer med avtalevarerne eller –tjenestene...”, samt eksklusive kjøpsforpliktelser for mer enn 80% av kjøperens årlige innkjøp av avtaleproduktet, herunder substituerbare produkter.

Den første klausulen som ikke kan implementeres er enhver konkurranseklausul som er tidsubegrenset, eller som har en varighet på mer enn 5 år. Herunder kommer de bestemmelser som stilltiende kan fornyes utover et tidsrom på 5 år; disse anses inngått på ubestemt tid. I henhold til retningslinjene vil avtaler som krever begge parter uttrykkelige samtykke etter utløpet av en 5 års frist, og hvor ingenting forhindrer kjøperen i å si opp den konkurransebegrensende avtalebestemmelsen ved avtalens utløp, kunne gjøres gjeldende i sin helhet⁷². Retningslinjene nevner som eksempel at et lån fra leverandør til distributør

⁷⁰ Premiss 121

⁷¹ Premiss 133 og 134

⁷² Kommisjonens meddelelse: ”Retningslinjer for vertikale begrensninger”, avsnitt 58

ikke må komme i konflikt med distributørens adgang til å si opp konkurranseklausulen; dette ville vært en indirekte forlengelse av 5 års perioden. Det er i bestemmelsen gjort unntak dersom distributøren benytter grunn og/eller lokaler eiet av leverandøren, eller fremleiet av ham. I slike tilfeller kan konkurranseklausulen gjøres gjeldende så lenge distributøren benytter disse utsalgsstedene. Begrunnelsen for dette er at det ville være urimelig å kreve at distributøren skal ha adgang til å selge produktene til leverandørens konkurrenter, uten leverandørens samtykke, fra hans eiendom⁷³.

I § 5b oppstilles det et forbud mot enhver direkte eller indirekte konkurranseklausul som kommer til anvendelse etter avtalens opphør, såkalte karanteneklausuler. Dette gjelder likevel ikke dersom formålet er å beskytte knowhow leverandøren har benyttet seg av; i slike tilfeller kan det pålegges restriksjoner for inntil ett år etter avtalens opphør. Knowhow er i § 1f definert som en helhet av ikke-patentert praktisk viten som følger av leverandørens erfaring og prøving og som er hemmelig, betydelig og identifisert. Hemmelighetskravet er i overensstemmelse med ordlyden i § 5b; ”ikke .. allment kjent”. Betydelig er viten dersom den er uunnværlig for kjøperen ved dennes videresalg eller bruk av avtalevaren eller –tjenesten, og det kreves også at den er av et slikt omfang at den kan defineres, for derigjennom å kunne fastslå at knowhow foreligger. I tillegg til at restriksjonen kun kan legges på bruk og videreføring av knowhow, bestemmer unntaket at begrensningen må være absolutt nødvendig for å beskytte denne, altså et meget strengt krav. Når det i tillegg bestemmes at forpliktelsen kun kan pålegges varer eller tjenester som konkurrerer med avtalevarene eller –tjenestene, altså som er substituerbare med disse⁷⁴ og er begrenset til det salgsstedet kjøperen har drevet sin virksomhet fra i avtaleperioden, skal det mye til for å kunne implementere restriksjonen. Det siste vilkåret innebærer at dersom kjøperen flytter sitt utsalgssted, vil ikke forpliktelsen kunne pålegges ham.

Det er imidlertid åpnet for at begrensning på bruk og offentliggjøring av knowhow gjøres tidsubestemt. Det er i slike tilfeller et vilkår at den ikke er allment kjent, men da definisjonen av knowhow inneholder et krav om at viten skal være hemmelig, er det

⁷³ Retningslinjene, avsnitt 59

⁷⁴ Tore Lunde ”Distribusjonsavtaler i konkurranserettsleg perspektiv”, s. 98

vanskelig å se hvilken selvstendig betydning unntaket skal ha. Det er ikke nærmere redegjort for dette i Retningslinjene, noe som medfører at det oppstår uklarheter rundt hvilke vilkår som gjelder⁷⁵.

Til sist er det i henhold til § 5c ikke tillatt å forby, direkte eller indirekte, medlemmene av et selektivt distribusjonssystem å selge merkene til bestemte konkurrerende leverandører. Gruppefritaket gjelder imidlertid for klausuler som pålegger de godkjente distributørene begrensninger med hensyn til salg av konkurrerende varer i sin alminnelighet. Bakgrunnen for regelen i § 5c er at leverandørene, enten alene eller ved samarbeid, ikke skal ha mulighet til å utelukke bestemte konkurrenter fra sine salgskanaler. Dette vil særlig være mulig der flere konkurrenter benytter det samme distribusjonssystemet. Et slikt pålegg vil i følge Retningslinjene være en form for kollektiv boikott⁷⁶, og anses uakseptabelt.

4.2 Avtaleklausuler med både positive og negative virkninger

Kommisjonens retningslinjer oppstiller 4 kategorier av avtaler som antas å medføre både positive og negative virkninger. Disse har således effekter som kan være konkurransebegrensende, men kan også i enkelte tilfeller fremme konkurransen på det aktuelle markedet, og dermed være i tråd med konkurransereglens intensjoner. Klausulene er derfor ikke forbudt etter gruppeunntaket, men er nærmere regulert der, ved at det er fastsatt vilkår som må være oppfylt for at samarbeidet skal falle innenfor.

Kommisjonens retningslinjer uttaler at vertikale begrensninger generelt er mindre skadelige enn horisontale begrensninger⁷⁷. Dette begrunnes med at produsenter som søker å inngå konkurransebegrensende samarbeid, som oftest fremstiller varer eller tjenester som er identiske eller subsidiære, og således kan deres felles opptreden få konsekvenser på det aktuelle produkt- eller tjenestemarkedet ved at prisen presses opp. I tillegg vil de kunne ta

⁷⁵ Slik også Tore Lunde "Distribusjonsavtaler i konkurranserettsleg perspektiv", s. 99

⁷⁶ Kommisjonens meddelelse: "Retningslinjer for vertikale begrensninger", avsnitt 61

⁷⁷ Kommissionens meddelelse, "Retningslinjer for vertikale begrensninger", 2000/C 291/01, avsnitt 100

markedsrett fra produsenter som ikke er med i kartellet, mens økningen i markedsrett for deltakere i et vertikalt samarbeid er mer indirekte, og dette medfører en mindre risiko for økonomisk ineffektivitet⁷⁸. I en distribusjonsskjede vil videre hvert ledds handlinger kun få betydning for leverandørens produkt, ved at disse påvirker omsetningen til det etterfølgende ledd. Og som nevnt over, vil vertikale samarbeid kunne medføre konkurransefremmede fordeler. Kommisjonen mener dette vil kunne gi et incitament til å opprette et kartell i horisontale tilfeller, mens det for vertikale avtaler kan medføre at partene gis et motiv for forhindre at ett eller flere ledd misbruker sin markedsrett. Det presiseres imidlertid at denne antakelsen ikke bør overdrives⁷⁹. Den gir likevel noen utgangspunkt for den konkrete vurderingen av vertikale avtaler.

Dersom produsentens markedsandel er over 30% kommer ikke gruppeunntaket til anvendelse. Et moment av særlig betydning ved vurderingen av konkurransebegrensende samarbeid, er nettopp markedsretten leverandøren har; jo større denne er, jo større samlet effekt vil hans avtaler i det vertikale markedet ha⁸⁰. Derfor kan det ved slike forhold også være aktuelt å foreta en vurdering etter art. 54, for å finne ut om leverandøren har misbrukt sin dominerende stilling. Dette anses imidlertid å falle utenfor oppgavens tema.

To momenter det ofte henvises til ved vurderingen av vertikale samarbeid, er intra brand- og inter merke-konkurransen. Inter merke er de tilfeller hvor det er flere produsenter som fremstiller like eller subsidiære varer. Eksempelvis vil forbrukere anse lettmelk fra Q-meieriene for å være et fullgodt alternativ til lettmelk fra TINE BA, og disse konkurrerer derfor inter merke. Varemerkeprodusenter har som regel også flere produkter innenfor sitt sortiment, og disse produktene konkurrerer intra brand. Man kan i slike tilfeller si at produsenten konkurrerer med seg selv. Vertikale avtaler kan legge begrensninger både på konkurransen inter merke, om enn noe indirekte, og på konkurransen intra brand, noe det vil bli gjort rede for i det følgende.

⁷⁸ Giuliano Amato and Claus-Dieter Ehlermann, EC Competition Law: a critical assessment, side 82, note 4

⁷⁹ Premiss 101

⁸⁰ Olav Kolstad m.fl. "Norsk konkurranserett, bind 1", s. 454

4.2.1 Merkeeksklusivitet

Dersom distributøren pålegges å kjøpe en bestemt type produkt fra en bestemt leverandør, vil dette være en avtale som faller inn under kategorien merkeeksklusivitet. Avtakerens kapasitet bindes i slike tilfeller opp, og han har liten eller ingen mulighet til å kjøpe produkter fra andre leverandører. Slike avtaler vil som regel ikke medføre konkurransevriddinger i markedet, da det på de fleste områder vil være en rekke distributører leverandørene kan velge mellom til å videreselge deres varer. Foreligger det derimot flere likelydende kontrakter mellom flere leverandører og deres distributører, kan den samlede effekten bli at det er vanskelig å få tak i distributører. Videre kan det på et marked for en bestemt type vare eller tjeneste være vanskelig å etablere seg som distributør, og dermed vil en avtale om merkeeksklusivitet kunne være tyngende for konkurransen. Det kan også være at en leverandør knytter til seg flere distributører; i slike tilfeller må avtalenes samlede virkning på markedet vurderes opp mot art. 53, 1.ledd.

Eksempler på merkeeksklusivitet er avtaler om eksklusiv kjøpsplikt og mengdeforpliktelse. Ved eksklusiv kjøpsplikt blir distributøren pålagt å avta hele sitt årlige innkjøp hos den aktuelle leverandør, og har dermed ingen restkapasitet igjen. Foreligger det en mengdeforpliktelse, har distributøren sagt seg villig til å foreta en viss andel av sitt årlige innkjøp hos leverandøren. Forskjellen fra eksklusiv kjøpsplikt er således at distributøren ikke binder seg til å kjøpe avtalevaren eller –produktet kun fra en leverandør, men i det vesentlige fra denne. Man regner kjøpsforpliktelsen for kun å være en mengdeforpliktelse, dersom distributøren i henhold til avtale foretar mindre enn 80% av innkjøpet sitt hos en bestemt leverandør⁸¹. Også her vil restvolumet hos den enkelte distributør, eller i det vertikale markedet totalt, kunne bli så lite, at det får innvirkning på konkurransen. Avtaler som inneholder mengdeklausuler omfattes ikke av forskriften § 5a, slik at de kan strekke seg utover et tidsrom på 5 år, uten at dette fører til ugyldighet. Avtalens varighet kan dermed i seg selv ikke begrunne en konkurransebegrensende virkning, men må sees i sammenheng med øvrige faktorer.

⁸¹ Olav Kolstad m.fl. ”Norsk konkurranserett, bind 1”, s. 483

En tredje type begrensning som faller inn under denne kategorien er kombinasjonsklausuler, hvor kjøperen plikter å kjøpe to produkter og hvor kjøpet av det ene produktet er en betingelse for å kunne kjøpe det andre⁸².

4.2.2 Begrenset distribusjon

Retningslinjene har i premiss 109 listet opp noen eksempler på avtaler som går ut på å begrense distribusjonen. Eneforhandlingsavtaler innebærer at produsenten forplikter seg til å selge sine varer til kun en distributør innenfor et bestemt område. Kjøperens tildelte marked for videresalg kan også defineres ut fra en kundegruppe. Produsentens eksklusive leveringsforpliktelse kan videre begrenses til en enkelt distributør uavhengig av område, evt. at det inngås avtale om at produsenten skal selge en viss mengde av sine produkter til denne distributøren. Selektivt distribusjonssystem er definert i gruppefritakets § 1d som et system hvor distributørene må oppfylle visse kriterier bestemt av leverandøren, for å få tillatelse til å videreselge varene eller tjenestene. Et siste eksempel er begrensning i adgangen til å yte service på salgsvaren, gjennom å pålegge produsenten av deler restriksjoner med hensyn til videresalg. Dette omtales i Retningslinjene som ettersalgsservice.

4.2.3 Bindende videresalgspriser

Dersom avtakeren pålegges å videreselge den aktuelle varen eller tjenesten til en bestemt pris, kan dette medføre en økt prisgjennomsiktighet i markedet, og derigjennom fjerne aktørers usikkerhet med hensyn til konkurrentenes strategi. Intra brand-konkurransen reduseres også, ved at det er produsenten, og ikke etterspørerne, som bestemmer prisen på de ulike produktene innenfor et merke. Gruppeunntaket forbyr derfor priser som minstesalgspriser og faste priser, jfr. forskriften § 4a, mens veiledende priser og

⁸² Retningslinjene, avsnitt 106

maksimumspriser i utgangspunktet er unntatt. En innvirkning på konkurransen kan slike priser likevel ha, i henhold til de ovennevnte negative virkninger⁸³.

4.2.4 Markedsoppdeling

Markedsoppdeling innebærer restriksjoner på distributørens kjøps- og videresalgsgang. Avtaler om mengdeforpliktelser og eksklusive kjøpsforpliktelser utgjør således begrensninger av avtakerens valgfrihet med hensyn til hvem han kan foreta sine innkjøp hos. Tildeling av et eksklusivt salgsområde med forbud mot å bevege seg utenfor dette, vil regulere avsetningen.

Retningslinjene oppramser en rekke negative og positive virkninger som kan følge av disse avtalekategoriene⁸⁴. Av de uønskede konsekvensene fremheves særlig begrensninger på intra brand-konkurransen og økte muligheter for samordning på horisontalt plan, som felles virkninger for alle kategoriene. Samarbeid mellom konkurrenter muliggjøres gjennom å binde opp distributørleddet, slik at nye leverandører hindres tilgang til markedet. Med dette befester produsentene sin markedsposisjon gjennom vertikale avtaler, noe som skaper en statisk konkurransesituasjon hvor det blir enklere å samarbeide på hvert ledd. Å implementere en felles vilje blir også enklere dersom det er færre aktører på horisontalt plan. At nye leverandører møter store etableringshindringer får også innvirkning på prisen, ved at det ikke er fullgod konkurranse i markedet. Dette gjelder også på distribusjonsnivået, da det er færre avtakere som gis tilgang til å selge produsentens varer. Dersom produsenten legger føringer på hvor de ulike produktene hans selges, kan dette medføre en begrensning av intra brand-konkurransen. Kunder kan bli utestengt fra enkelte produktmarkeder dersom det ikke er noen utsalg av disse i nærheten av bostedet deres, evt. at de bare får ett eller noen få merker å velge mellom, i henhold til den avtalen distributøren i deres område har inngått.

⁸³ Retningslinjene avsnitt 111 og 112

⁸⁴ Retningslinjene, avsnitt 103 flg.

De positive virkningene som fremheves medfører at små produsenter kan komme seg inn på et marked uten å måtte redusere prisen så mye at virksomheten blir ulønnsom. Siden gruppefritaket ikke gjelder for leverandører med en markedsandel på over 30% på det relevante marked, bidrar åpningen for at disse avtaleklausulene kan implementeres til at små konkurrenter kan få innpass på markedet. Det påpekes at gjennom effektivisering og optimering av produksjons- og distribusjonsmetoder kan leverandørens sparte kostnader gi seg utslag i bedre driftsresultat. Forbedringen av varens eller tjenestens kvalitet vil også være en effekt av dette, og utgjøre et konkurranseparameter i seg selv⁸⁵. Eksemplene som følger tar ikke sikte på å være en uttømmende oppramsing.

Konkret vil ønskede konsekvenser blant annet være begrensning av antallet gratispassasjerer, dvs. leverandører eller distributører som benytter seg av teknologi og strategier utviklet av deres konkurrenter. Dersom det er enkelt å stjele ideer som andre aktører har brukt tid på og investert midler i, vil det være færre som ønsker å utvikle slike progressive metoder, noe som igjen fører til at effektivisering og forbedringer i teknologi og kvalitet stopper opp. Dårlig avkastning av investeringer kan også begrunne produsenters og distributørers tilbakeholdenhet med å utvikle metoder for eller gå til innkjøp av det retningslinjene kaller ”kundespecifikke investeringer”⁸⁶. Dette vil eksempelvis være utstyr som trengs for å levere eller fremstille en bestemt type vare, og som ikke vil være anvendelig i forhold til andre typer produkter. For å minske risikoen for tap, er det fordelaktig for aktørene å inngå avtaler om levering. Begrensning av distribusjonen kan også medføre stordriftsfordeler, ved at det blir færre avtakere å kjøre varene ut til. Varen eller tjenestens omdømme og tiltrekningskraft kan videre forsterkes ved å pålegge salgsrestriksjoner på distributørene. Produsentene søker av og til å gjøre et produkt mer attraktivt ved å sørge for at det selges sammen med tilsvarende produkter, eller varer med godt rykte og/eller av eksklusiv art.

⁸⁵ Retningslinjene, avsnitt 115

⁸⁶ Retningslinjene, avsnitt 116, nr. 4

Avtaler om eksklusiv kjøpsplikt

Avtaler om eksklusiv kjøpsplikt faller inn under kategorien merkeeksklusivitet, og har vært gjenstand for atskillige vurderinger i rettspraksis. I det følgende vises det derfor hva domstolene og konkurransemyndighetene har lagt vekt på i sin avgjørelse.

Hvorvidt en avtale eller et sett av avtaler om eksklusiv kjøpsforpliktelse har en konkurransebegrensende effekt må altså avgjøres konkret i henhold til art. 53, 1.ledd. Både direkte og indirekte forpliktelser må vurderes. Det avgjørende er hvorvidt avtalen har til formål eller virkning å skade konkurransen i markedet, og disse alternativene er som tidligere påpekt, alternative. Avtalen faller dermed bort dersom det er mulig å påvise at formålet til partene har vært å begrense konkurransen. Er ikke dette tilfellet, eller det ikke mulig å godtgjøre hva formålet har vært, må det foretas en virkningsvurdering. Dette ble gjort i Hydro Hegelstad-dommen⁸⁷. Her var forholdet at det var inngått en avtale mellom Hydro Texaco (heretter Hydro) og Ålgård Servicesenter AS, vedrørende eksklusiv levering av motordrivstoff og smøreprodukter. Hegelstad Eiendomsselskap Arvid B. Hegelstad (heretter Hegelstad) eide eiendommen bensinstasjonen ble drevet på. Avtalen var inngått for 10 år, med en automatisk forlengelse på 5 år, med mindre leverandøren sa opp avtalen. I tilfelle konkurs hos Hegelstad eller leietaker Ålgård, fikk Hydro rett til å kjøpe, evt. leie eiendommen. Da konkursbehandling ble åpnet hos Ålgård 7. desember 1994, benyttet Hydro seg av sin leierett i henhold til avtalen. Hegelstad gikk til søksmål mot Hydro, for å få sistnevnte til å fravike eiendommen. Gulating Lagmannsrett ønsket å klargjøre avtalens gyldighet i forhold til EØS-avtalen, og forela således en anmodning til EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. Denne kom først til at avtalen falt utenfor dagjeldende forordning om gruppeunntak for avtaler om eksklusiv kjøpsplikt, da den var inngått for en periode på over 10 år. Domstolen gikk deretter over til å vurdere avtalens innhold i henhold til art. 53, 1.ledd, og påpekte i den forbindelse at avtaler vedrørende eksklusiv kjøpsplikt ”må bedømmes ut fra den økonomiske og rettslige sammenheng de fungerer i og hvor de,

⁸⁷ Sak E-7/01, Hegelstad / Hydro Texaco

kombinert med andre avtaler, kan ha en samlet innvirkning på konkurransen⁸⁸. Den samlede effekten av lignende avtaler måtte således kartlegges, for å angi konkurrentenes muligheter til å komme inn på det relevante markedet eller til å øke sine markedsandeler. For å avgjøre dette måtte restkonkurransen defineres; var det tilstrekkelig mange salgssteder igjen i markedet til å avta det totale salgsvolumet? Det måtte også vurderes hvorvidt en ny konkurrent reelt hadde mulighet til å slutte seg til nettverket av avtaler som forelå og til sist måtte de øvrige konkurranseforholdene tas i betraktning⁸⁹. Den aktuelle leverandørs bidrag til den samlede virkningen måtte analyseres for å kunne avgjøre om dennes avtaler om eksklusivt kjøp var skadelige for konkurransen. Det ble i denne sammenheng uttalt at ”i henhold til art. 53(1) EØS må ansvaret for adgangen til markedet hindres tilskrives de produsentene som bidrar merkbart til dette. Avtaler inngått av leverandører hvis bidrag er ubetydelig for den samlede virkningen faller derfor ikke inn under forbudet i denne bestemmelsen⁹⁰. Vurderingen avhang av leverandørens markedsposisjon, samt varigheten av avtalene. Varigheten ble ansett å være særlig betydningsfull i bensinstasjonsmarkedet, da det bare var et merke i salg ved hver stasjon. Domstolen kom til at de fleste bensinstasjoner i Norge var knyttet opp mot en eksklusiv leverandør, men var ikke i besittelse av tilstrekkelig konkret informasjon til å foreta en fullstendig analyse, og anså det derfor som den nasjonale domstolens oppgave å vurdere den samlede effekten i markedet, herunder Hydro Texacos bidrag i dette henseende. Et eksempel på at de indirekte forpliktelsene må tas i betraktning gir Van den Bergh Foods Ltd.⁹¹ Her var forholdet at en irsk ledende iskremprodusent leiet ut frysere til detaljforhandlere med den klausul om at kun produsentens iskrem kunne oppbevares i den. Problemet var at mange av distributørene ikke hadde plass til mer enn en iskremfryser i sine lokaler, slik at andre produsenter i realiteten ble utestengt fra butikkene. Kommisjonen fant at det ikke bare var den saksøkende produsent som opererte med en slik eksklusivitetsklausul; hele 83% av forretningene hadde inngått en avtale av en slik art. Av

⁸⁸ Sak E-7/01, Hegelstad / Hydro Texaco, premiss 31

⁸⁹ Premiss 32-34

⁹⁰ Premiss 36

⁹¹ Sak T-65/98, Van den Bergh Foods Ltd. mot Kommisjonen

disse sto Van den Bergh Foods Ltd. for levering til 40%. Førsteinstansretten fastslo at adgangen til markedet for nye produsenter var vanskelig, da distributørene generelt disponerte små arealer, de foretrakk å leie iskremfryser fra en produsent fremfor å investere i en egen, samt at iskremen fra Van den Bergh var populær blant kundene. Disse faktorene medførte at distributørene ikke foretok undersøkelser for å finne ut om det var marked for andre produsenters iskrem, og således ikke ønsket å bytte ut fryseren fra Van den Bergh med egen eller andre produsenters fryser. Da Retten fant at produsentens avtaler reduserte konkurransen merkbart, samt at nødvendighetskriteriet i 3.ledd ikke var oppfylt, var EF-traktatens art. 81 (daværende art. 85) overtrådt.

Konkurransetilsynet fattet i 2007 et vedtak overfor TINE BA⁹², hvor det ble funnet at meieriselskapet hadde overtrådt konkurranseloven § 10. Vedtaket er imidlertid klaget inn for domstolen, som ventes å komme med en avgjørelse i løpet av høsten 2008. Saken er likevel tatt inn her, da det er interessant å se hva tilsynet har lagt vekt på i sin avgjørelse. TINE BA inngikk den 15.nov. 2004 en eksklusiv leveringsavtale vedrørende fast hvitost og brunost med Rema 1000 Norge AS, med virkning fra 1.januar 2005. Dette medførte at Synnøve Finden, som eneste reelle konkurrent til TINE, ble ekskludert fra Rema 1000s utsalgssteder. En lignende avtale ble forsøkt inngått med ICA Norge AS i samme tidsrom, men uten at forhandlingene kom i havn.

TINE hadde i 2005 en samlet omsetning på 14,7 millioner kroner, Synnøve Finden omsatte for 1251,4 millioner. TINE er således betydelig større enn sin konkurrent. Norges fire store dagligvarekjeder, ICA Norge AS, Norgesgruppen ASA, Coop Norge AS og Rema 1000 Norge AS er TINEs største distributører, og står for ca 80% av kjøpet fra produsenten. Rema 1000 hadde i 2005 en markedsandel på 17,3% av dagligvaremarkedet, mens ICAs markedsandel var på 20,2% samme år⁹³.

Vurderingen av TINEs opptreden i markedet, og selskapets inngåelse av avtaler om eksklusiv kjøpsplikt, ble i vedtaket hovedsakelig betraktet på bakgrunn av bestemmelsen

⁹² Vedtak V2007-2 – Tine BA – overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, jfr. §§ 10 og 11-konkurransbegrensende eksklusiv leveringsavtale, datert 19.02.2007

⁹³ Vedtakets side 2-4

om misbruk av dominerende stilling. Tilsynet kom imidlertid til at både krrl. §§ 10 og 11 var overtrådt, og foretok derfor også en evaluering i henhold til kartellforbudet.

Konkurransetilsynet påpekte i sin vurdering at det var særdeles vanskelig for nye konkurrenter å etablere seg i markedet, samt at eksisterende aktører har problemer med å utvide sin produksjon. Dette på bakgrunn av at TINE kjøper opp størstedelen av landets samlede melkeråvare; 98% i 2004⁹⁴. Selv om meierigiganten i henhold til vedtak fra landbruksmyndighetene har en forsyningsplikt av melkeråvare til konkurrenter, vanskeliggjøres dette av kvoteordningen og eierforholdet mellom TINE og melkeprodusentene. Det at konkurrerende foretak må kjøpe råvarene av TINE medfører også at konkurransen i markedet blir mindre effektiv⁹⁵. Det ble videre påpekt at selskapet har opparbeidet seg langsiktige kunderelasjoner med sine distributører, og i en årrekke har vært deres hovedleverandør av meierivarer. Således kan det anføres at dagligvarekjedene har et større lojalitetsforhold til TINE enn til selskapets konkurrenter.

Konkurransetilsynet brukte EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for vertikale begrensninger som rettskilde ved bedømmelsen av TINEs atferd⁹⁶, og anførte at leverandøren og distributørens markedsposisjoner ville være sentrale elementer i vurderingen, i likhet med etableringshindringer i markedet og konkurrentenes markedsposisjoner. I retningslinjene punkt 146 er det antatt at jo mer dominerende stilling leverandøren har, dess større utestengende effekt vil en avtale om eksklusiv kjøpsforpliktelse ha overfor foretakets konkurrenter. Videre uttales det at eksklusive leveranser på detaljnivå kan være mer skadelig for konkurransen, da det er vanskelig for en produsent å etablere egne utsalgssteder, samt at jo større markedsandeler leverandøren som inngår avtalen har i forhold til sine konkurrenter, dess større fare er det for utestengelse. I medhold av disse uttalelsene i Retningslinjene, samt henvisning til Synnøve Findens vanskelige økonomiske situasjon, kom Konkurransetilsynet til at avtalen mellom TINE og

⁹⁴ Vedtaket side 34

⁹⁵ Vedtaket side 35

⁹⁶ Vedtaket side 84

Rema 1000 var i strid med § 10. Vilkårene i paragrafens tredje ledd var ikke oppfylt, og avtalen var således å anse som ugyldig, jfr. 2.ledd⁹⁷.

Selektive distribusjonssystemer

Produsenter av merkeprodukter velger ofte selektive distribusjonssystemer for videresalg av sine varer⁹⁸ for å kunne ivareta merkets renommé, samt sikre at det når ut til målgruppen. Avtaletypen faller inn under kategorien begrenset distribusjon. Domstolenes behandling av slike vertikale avtaler har forekommet særlig hyppig på motorvognsektoren, noe som resulterte i at Kommisjonen utgav en forordning i 2002⁹⁹. Men også på andre markeder finnes slike avtaler, og det er derfor inntatt bestemmelser om dette i det generelle gruppefritaket, jfr. ovenfor i punkt 4.2.1 og 4.2.2.

Det skilles mellom kvalitativ selektiv distribusjon, som er systemer hvor forhandlerne velges ut fra objektive kriterier i henhold til produktets egenart og kvantitativ selektiv distribusjon, hvor produsenten føyer til flere utvelgelseskriterier enn de objektive. Man anser ikke fastsettelsen av rent objektive kriterier for å begrense konkurransen i særlig grad, da disse er nødvendig for å ivareta en effektiv distribusjon, samt sikre at kunder får tilstrekkelig kunnskaper om produktet¹⁰⁰.

Metro SB-grossmarkte GMBH & Co er en lavpriskjede som selger bl.a. elektronikkutstyr til forbrukere. Selskapet klagde produsenten Saba inn for Kommisjonen, på grunnlag av at det fikk avslag på sin søknad på å bli tatt opp som distributør. Saba ønsket kvalifiserte forhandlere og hevdet at Metro ikke oppfylte disse vilkårene.

EF-domstolen¹⁰¹ påpekte først at man måtte ta de øvrige distribusjonssystemene på markedet i betraktning ved vurderingen av om avtalen var i strid med kartellforbudet. Det måtte ses hen til hvorvidt det fortsatt var rom for øvrige distribusjonsavtaler. Et stort antall

⁹⁷ Vedtaket side 85-86

⁹⁸ Kommisjonens meddelelse, Retningslinjer for vertikale begrensninger 2000/C 291/01, avsnitt 184

⁹⁹ Kommissionens Forordning Nr. 1400/2002 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis inden for motorkøretøjsbranchen

¹⁰⁰ Retningslinjene, avsnitt 185

¹⁰¹ Sak 75/84, Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co mot Kommisjonen

selektive distribusjonssystemer på markedet var imidlertid ikke konkurransebegrensende i seg selv; det måtte avgjøres hvorvidt avtalene samlet sett fikk en så stor innvirkning på prisen at de andre positive virkninger som slike avtaler medfører, ble redusert¹⁰².

Domstolen anerkjenner altså at det legges restriksjoner på priskonkurransen der dette er nødvendig for å fremme den spesialiserte distribusjonen, som yter en mer kvalitativ service til forbrukerne¹⁰³. Dette ble ansett for å være særlig nødvendig der det gjelder produkter av høy kvalitet og avansert teknologi.

I AEG¹⁰⁴ gjorde EF-domstolen en vurdering av avtalens positive effekter opp mot de negative. Forholdet var at AEG-Telefunken AG fremstilte elektronikkprodukter og solgte disse via sine datterselskaper gjennom et selektivt distribusjonssystem. Dersom systemet hadde vært kvalitativt, skulle forhandlere som oppfylte de objektive vilkårene fått autorisasjon som distributør. En rekke forhandlere, særlig fra lavprisselskaper, klagde imidlertid AEGs praksis inn for Kommisjonen, med påstand om at dette ikke var tilfelle. Etter å ha funnet at det ikke var å anse som en ensidig handling fra produsentens side der han nekter å oppta distributører som oppfyller de fastsatte vilkår for videresalg, slik at det forelå en avtale, gikk EF-domstolen nærmere inn på vurderingen av de positive og negative effekter. Den uttalte således at de fordeler et selektivt distribusjonssystem fører med seg, slik som faglig kvalifisert spesialhandel som er i stand til å yte særlig service til kundene, ikke kan gjøres gjeldende der dette systemet misbrukes til å innføre tiltak som reduserer konkurransen i strid med lovens formål, slik som konkurransen på pris¹⁰⁵. Det er således et vilkår at de fordeler et selektivt distribusjonssystem medfører, faktisk tilsiktes av produsenten, og i saken fant man at AEG ikke oppfylte dette vilkåret.

Da reguleringen av selektive distribusjonssystemer i gruppefritaket på motorvognsektoren inneholder noen særegenheter for denne type distribusjon, er ikke alltid dommer

¹⁰² Premiss 40 og 41

¹⁰³ Premiss 45

¹⁰⁴ Sak 107/82, AEG-Telefunken AG mot Kommisjonen

¹⁰⁵ Premiss 33-36

vedrørende bilforhandleravtaler har en like stor overføringsverdi på en generell fremstilling av avtaletypen. Det gjøres likevel et unntak for Automec Srl.¹⁰⁶, da Førsteinstansretten kom med en generell uttalelse angående hvilke rettsfølger konkurransemyndighetene kunne ta stilling til dersom avtalepartene gikk ut over de rammene som er satt for selektive distribusjonssystemer. Her var faktum at BMW hadde opprettet et selektivt distribusjonssystem og Automec var produsentens distributør i en italiensk provins. Etter noen år ønsket BMW å bringe kontrakten til opphør, og informerte det italienske selskapet om dette. Automec klaget vedtaket inn for Kommisjonen og hevdet at det brøt med kartellforbudet, da selskapet oppfylte de kvalitative vilkårene som krevdes av distributørene, og med påstand om at BMW på dette grunnlag ikke kunne si opp avtalen. Førsteinstansretten uttalte at det av sivilrettslige følger av brudd på EF-traktaten art. 81, 1.ledd (daværende art. 85, 2.ledd), kun pålå Kommisjonen å eventuelt kjenne en avtale ugyldig i henhold til art 81, 2.ledd; øvrige rettsfølger må nasjonale domstoler ta stilling til¹⁰⁷. Kommisjonen og domstolen hadde derfor ikke den rette myndighet til å pålegge en kontraktsoppfyllelse mellom to parter.

¹⁰⁶ Sak T-24/90, Automec Srl. mot Kommisjonen

¹⁰⁷ Premiss 50

5 OPPSUMMERING OG VURDERING

I det foregående har det blitt redegjort for reguleringen av vertikale avtaler, og som vist er det et meget omfattende regelverk som ligger til grunn. Selv om loven er generelt utformet, er dens ordlyd nærmere fastlagt gjennom domstolspraksis og sekundærlovgivning.

Kommisjonens utarbeidelse av gruppefritak for vertikale avtaler, samt retningslinjer for den mer presise forståelse av dette, medfører at de foretakene som oppfyller vilkårene og dermed nyter godt av dette, langt på vei kan forutberegne lovligheten av sitt samarbeid.

Det vil i seg selv kunne medføre kostnadsbesparelser og bedre effektivitet grunnet tidsbesparelse ved opprettelse og inngåelse av kontrakter, samt at

konkurransemyndighetene får en enklere vurdering når de skal ta stilling til hvorvidt vilkårene er oppfylt. Ved at selskaper som ønsker avtaler unntatt i medhold av gruppefritaket, må fremlegge en søknad om dette for Kommisjonen, får man videre en avklaring før avtalen implementeres og distribusjonskostnadene realiseres.

For de tilfeller et samarbeid mellom produsenten og distributøren faller utenfor gruppefritaket, må det vurderes i henhold til loven hvorvidt det likevel kan gjennomføres. Også her hjelper Retningslinjene til, ved at den oppstiller avtalekategorier og fremhever de positive og negative virkningene ved hver av disse, slik at partene vet hva som legges til grunn. Enkelte avtale typer har også blitt grundig gjennomgått i rettspraksis, slik at domstolene langt på vei har klarlagt hvilke vilkår som gjelder.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om domstolene i enkelte tilfeller har gått for langt i retning av å bedømme en avtale eller samordnet opptreden til å være i strid med kartellforbudet. Som vist skal det lite til før noe anses som en avtale, på grunnlag at det foreligger en felles vilje i motsetning til et ensidig tiltak, selv om domstolene i visse tilfeller har moderert uttalelsene noe. Da det anses å foreligge et samarbeid der forhandlerne retter seg etter produsentens politikk i frykt for å bli sanksjonert, er dette en god illustrasjon på at forbudet tolkes strengt. Det kan riktignok ved skillet mellom samarbeid og ensidige handlinger påpekes at rettsvirkningen blir den samme. Er forholdet mellom partene å anse som et samarbeid som finnes å være i strid med konkurranseretten, blir rettsvirkningen ugyldighet, i henhold til 2.ledd. Foreligger det kun en ensidig handling

fra produsentens side, har man kommet frem til at avtalepartene ikke har innrettet seg etter dennes ønsker, og han kan heller ikke for fremtiden gjøre sin politikk gjeldende, dersom eksistensen av et samarbeid vil være konkurransebegrensende.

Tatt i betraktning av at det skal mer til før en vertikal avtale anses å være i strid med kartellforbudet enn ved horisontale forhold, skulle det kanskje være unødvendig å stille så strenge vilkår. Det er likevel viktig å utvikle reglene på en god måte for å opprettholde et indre marked, og gjennom dette ivareta forbrukernes interesser. EU- og EØS-samarbeidet baserer seg på fri flyt av varer og tjenester over landegrensene, og det må derfor sørges for at det ikke legges hindringer av vesentlig art på dette.

Litteraturliste

Juridisk litteratur

Olav Kolstad og Anders Ryssdal, *Norsk konkurranserett, bind 1 atferdsregler og strukturkontroll*, Oslo, 2006

Richard Whish, *Competition Law*, 5.ed. London, 2003

EC Competition Law, a critical assessment. Edited by Giuliano Amato and Claus-Dieter Ehlermann, Oxford, 2007

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

Valentine Korah and Denis O'Sullivan, *Distribution agreements under the EC competition rules*, Oregon 2002

Artikler

Hjelmeng, Erling *Informasjonsutveksling mellom konkurrenter og kartellforbudet i EØS-avtalen* i Tidsskrift for Rettsvitenskap (2003) s. 648

Kolstad, Olav *Konkurranseloven som virkemiddel til å fremme "forbrukernes interesser"*, TfR 2005 s.1

Hjelmeng, Erling *Avtalers ugyldighet og gruppefritak under EØS-avtalen artikkel 53 i Lov og Rett* (1998) s. 420

Dommer

Forende saker 40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114/73, Suiker Unie mot Kommissjonen

Sak 56/65, Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm

Sak 5/69, Völk mot Vervaecke

Sak 56 og 58/64, Consten & Grundig mot Kommissjonen

Sak C-41/69 ACF Chemiefarma mot Kommissjonen

Sak E-3/97, Jæger mot Opel Norge AS

Sak T-48/98, Acerinox mot Kommissjonen

Forente saker C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland AS m.fl. mot Kommissjonen

Forente saker T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 to T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 and T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij NV m.fl. mot Kommissjonen

Sak C-49/92, ANIC mot Kommissjonen, premiss 132 og 133

Forenede saker 48, 49 og 51-57/69, ICI mot Kommissjonen

Sak C-199/92 P, Hüls AG mot Kommissjonen

Forente saker T-202/98, T-204/98 og T-207/98, Tate & Lyle plc. m.fl. mot Kommissjonen

Forenede saker C-2/01 P og C-3-01 P, Kommissjonen mot Bayer AG

Sak T-41/96, Bayer AG mot Kommissjonen

Sag C-277/87, Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen

Sag 107/82, AEG mod Kommissionen

Forente saker 25 og 26/84, Ford Werke AG og Ford of Europe Inc. mot Kommissjonen

Sak C-74/04 P, Volkswagen mot Kommissjonen

Sak E-7/01, Hegelstad mot Hydro / Texaco

Sak T-112/99, Métropole Télévision m.fl. mot Kommissjonen

Sak C-279/87, Tipp-Ex mot Kommissjonen

Sak T-168/01, GlaxoSmithKline Services Unlimited mot Kommissjonen

Sak T-65/98, Van den Bergh Foods Ltd. mot Kommissjonen

Sak 75/84, Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co mot Kommissjonen

Sak T-24/90, Automec Srl. mot Kommissjonen

Annet

Vedtak V2007-2 – Tine BA – overtredelsesgebyr etter konkurranse-loven § 29, jfr. §§ 10 og 11- konkurransebegrensende eksklusiv leveringsavtale, 19.02.2007

