



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Nicolina Erickson

Distribution i ett fysiskt respektive e-
handelsperspektiv
Konkurrensrätten i förändring?

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Katarina Olsson

Termin för examen: HT2014

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Terminologi	7
1.3 Uppsatsens syfte och frågeställning	7
1.4 Metod	8
1.5 Material	8
1.6 Avgränsning	10
1.7 Disposition	11
2 VERTIKALA AVTAL INOM EU	12
2.1 Definitionen av ett vertikalt avtal	12
2.2 Förordning 330/2010	12
2.3 Effekter av vertikala avtal	13
2.3.1 Negativa effekter av vertikala avtal	14
2.3.2 Positiva effekter av vertikala avtal	14
2.4 Utformning av vertikala avtal	17
2.4.1 Leverantörens val av distribution	17
2.4.2 Selektiv distribution	17
2.4.3 Ensamåterförsäljaravtal	20
2.4.4 Icke-exklusiva avtal	21
2.4.5 Att avtala om territoriella begränsningar	22
2.4.6 Resultatet av vertikala avtals utformning	23
3 VERTIKALA AVTAL OCH FÖRSÄLJNING PÅ INTERNET	24
3.1 Skiftet från fysisk försäljning till e-handel	24
3.2 Särskilt svartlistade begränsningar vid e-handel	24
3.3 Pierre Fabre-fallet	26

3.4	Leverantörens möjlighet att ställa krav	28
3.5	Problematiken med snålskjutsåkning	29
3.6	Distributionsformens betydelse i ekonomiskt hänseende	31
4	GRÄNSDRAGNING MELLAN AKTIV OCH PASSIV FÖRSÄLJNING	34
4.1	Försäljningens aktivitet och passivitet	34
4.2	Gränsdragning vid fysisk försäljning	34
4.3	Gränsdragningen för virtuell försäljning	35
4.4	Passivitet respektive aktivitet vid marknadsföring	37
4.4.1	Bedömning av syftet vid virtuell marknadsföring	37
4.4.2	Fysisk marknadsföring – går det att se dess syfte?	39
4.5	Återförsäljarens utformning av hemsida	39
4.5.1	Hemsidans utformning som försäljningsstrategi	39
4.5.2	De förenade målen Pammer & Hotel Alpenhof	41
4.6	Möjligheter för återförsäljare att rikta sig till specifika områden	44
5	SAMMANFATTANDE ANALYS	45
5.1	Den framtida regleringen av gränsdragningen vid virtuell handel	45
5.2	Analys	46
5.2.1	Faktorer som påverkar gränsdragning vid virtuell försäljning	46
5.2.2	Gränsdragningens påverkan på EU:s marknad	48
5.2.3	Gränsdragningens påverkan på utformningen av vertikala avtal	48
5.2.4	Diskussion angående den virtuella gränsdragningens framtida utformning	50
6	RESULTAT	54
6.1	Den första frågan	54
6.2	Den andra frågan	55
6.3	Den tredje frågan	56
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	58
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	62

Summary

A majority of the people in the developed world use Internet on a daily basis. There is a shift from physical commerce to e-commerce, meaning that Internet as a market place is growing rapidly. This paper investigates online sales combined with the EU regulation regarding vertical agreements and its purpose is to investigate the legal consequences of online passive sales. In order to achieve the said purpose, the paper will give an account of how Regulation 330/2010 influences the wording of vertical agreements. Furthermore, it is also explained how the present regulation can enable a distributor to circumvent restraints stated in the vertical agreement regarding restrictions of active sales. Finally, the essay examines in what way the present regulation of vertical agreements can be altered, in order to better meet the commerce that occurs virtually as well as physically.

European competition law distinguishes between active and passive sales. Briefly explained, an active sale occurs when a distributor contacts a customer through, for example, advertising aimed at a specific territory. To the contrary, a passive sale takes place when a distributor responds to an unsolicited enquiry from a customer about a product. If there is a sale because of such a contact, the sale is considered to be passive. According to competition law, passive sales cannot be prohibited. Online sales are presumed to be passive; a supplier must therefore allow a distributor to engage in e-commerce. It is, however, possible to construct the agreement in a way that results in distributors, whose businesses only take place through websites, are excluded from the distribution network. The agreement will then contain clauses requiring the distributor to have one or more brick and mortar shops.

If a distributor takes measures to increase virtual sales and targets an area outside of his or her restricted territory, the sale resulting from such action may be defined as active instead of passive. It is of particular interest that online sales are considered to be passive even if the distributor's website is shown in languages other than the ones normally spoken in his or her exclusively assigned territory. The website can thus act as a tool to attract customers located outside of the assigned territory. In order to retain distribution networks containing exclusively assigned territories, the distinction between active and passive online sales needs to be given a clearer definition.

Internet reaches a global market where there are no said borders. Due to this, virtual sales need to include a plan for assessing the distributor's purpose behind taken marketing and sales strategies. Similarly, the purpose behind a specific design on the distributor's website needs to be investigated. It is then possible to assess whether the distributor is aiming the website towards specific areas, through, for example, language options. Inspiration on such assessment can be found in private international law and the joined cases *Pammer & Hotel Alpenhof*.

Sammanfattning

En majoritet av människorna i den industrialiserade delen av världen använder Internet varje dag. Det sker ett pågående skifte från fysisk handel till e-handel, vilket innebär att Internet i benämningen handelsplats växer snabbt. Denna uppsats behandlar försäljning på Internet i kombination med den EU-rättsliga regleringen av vertikala avtal. Syftet med arbetet är att utreda de rättsliga konsekvenserna av den passiva försäljningen på Internet. För att uppnå det valda syftet sker en redogörelse för hur förordning 330/2010 påverkar utformningen av vertikala avtal. Vidare redogör uppsatsen för hur den nuvarande regleringen kan göra det möjligt för en återförsäljare att kringgå begränsningar i avtalet som rör restriktioner av aktiv försäljning. Slutligen behandlar arbetet på vilket sätt den nuvarande regleringen om vertikala avtal skulle kunna kompletteras för att bättre tillgodose den handel som sker, såväl fysiskt som virtuellt.

Europeisk konkurrensrätten skiljer mellan aktiv och passiv försäljning. I korthet innebär aktiv försäljning att en återförsäljare söker upp en kund, exempelvis genom reklam som är riktad till ett specifikt område. Passiv försäljning innebär istället att en kund tar den initiala kontakten med en återförsäljare, exempelvis genom att be om att bli kontinuerligt informerad om nya varor. Om en försäljning sker med anledning av en sådan kontakt är den att klassificera som passiv. Försäljning som sker på Internet presumeras vara passiv och kan, enligt konkurrensrätten, inte förbjudas. Det är dock möjligt att utforma avtalet så att återförsäljare, vars verksamhet enbart sker genom e-handel, utesluts från distributionsnätverket. Detta görs genom att inkludera krav på att återförsäljaren har en eller flera fysiska butiker.

I de fall det kan påvisas att den virtuella försäljningen riktas till ett område som inte är tilldelat återförsäljaren kan dess karaktär förändras från passiv till aktiv. Det som är av särskilt intresse är att försäljning på Internet definieras som passiv även om återförsäljarens hemsida visas i andra språk än det eller de språk som vanligtvis talas i området där återförsäljaren är verksam. Hemsidan kan därför, beroende på dess utformning, vara ett verktyg för att attrahera kunder utanför det tilldelade området.

För att kunna bibehålla distributionsnätverk med exklusivt tilldelade områden behöver gränsdragningen mellan aktiv respektive passiv försäljning vid e-handel definieras tydligare. Internet har en global räckvidd utan några faktiska gränser. Med anledning av detta bör gränsdragningen vid virtuell försäljning inkludera en bedömningsgrund för att utreda syftet som ligger bakom en marknadsförings- eller försäljningsåtgärd. På liknande vis bör även syftet med återförsäljarens utformning av hemsidan utredas, exempelvis anledningen till ett erbjudet språkval. Inspiration för detta kan inhämtas från de bedömningsgrunder som kan ses i den internationella privaträtten, genom de förenade målen Pammer & Hotel Alpenhof.

Förord

Detta arbete markerar slutet på min studietid i Lund. För en utomstående kan fem år av lagboksbärande, tentaskrivande och cyklande i ur och skur låta som något som är dötrist och långtråkigt, men faktum är att det har varit alldeles, alldeles underbart!¹ Det har varit en fantastisk upplevelse att få vara en del av Lunds studentliv och det är ett minne som jag med glädje kommer att bära med mig.

Jag vill börja med att rikta ett stort tack till min handledare, Katarina Olsson, för hennes hjälp med att ge feedback och hennes utomordentliga förmåga att svara på frågor som inte har hunnit bli ställda. Jag vill även säga ett stort, stort tack till mina föräldrar och mina syskon. Tack för att ni alltid ställer upp, stöttar och hjälper mig när det behövs. Särskilt den där dagen i januari 2010 när ni var på plats i Lund för att ta emot nycklarna till min lägenhet när jag själv var upptagen med att åka skidor i Sälen.

Slutligen vill jag lyfta fram min sambo, Simon Niklasson. Tack för allt du gör för mig. Jag är glad att jag har fått dela studenttiden med dig!

Nu ser jag framemot nya äventyr!

Lund, 7 januari 2015



Nicolina Erickson

¹ Disneys ”Askungen” (1950). Det faktiska citatet från filmen lyder ”Vad är en bal på slottet? Den kan ju vara fruktansvärt långtråkig, och dötrist, och tråkig, och alldeles, alldeles underbar”.

Förkortningar

B2C	Business-to-consumer (företag till privatperson)
EEA	European Economic Area
EEA Agreement	Agreement on the European Economic Area
EG	Europeiska gemenskapen
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
EU	Europeiska unionen
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Förordning 330/2010	Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden
Förordning 2790/1999	Kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden
KL	Konkurrenslag (2008:579)
REG	Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt
RPM	Resale price maintenance (prisbindning)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Internet har transformerats från att vara ”[e]n fluga som kanske blåser förbi”² till att bli ett fenomen som få privatpersoner, företag och organisationer i världen skulle klara sig utan. Det som tidigare ansågs vara ett hjälpmedel till fysisk handel är idag ett strategiskt verktyg.³ Handeln som äger rum mellan företag och konsumenter har delvis genomgått ett skifte. Försäljning, som tidigare varit fokuserad till fysiska butiker, sker numera till stor del på Internet, det vill säga genom e-handel.

Riktlinjerna om vertikala begränsningar uppmärksammar och tar viss hänsyn till e-handel. Såväl användningen av Internet som e-handel växer och förändras konstant.⁴ Det finns därmed skäl att diskutera huruvida de juridiska aspekterna av försäljning på Internet kan komma att påverkas på grund av utvecklingen som sker vid e-handel. Diskussionen inkluderar även frågan om det nuvarande regelverket behöver förändras, för att bättre passa en marknad på virtuell nivå som är i en konstant tillväxtfas.

I riktlinjerna för vertikala begränsningar beskrivs Internet som ett kraftfullt verktyg för att, genom andra försäljningsmetoder än de traditionella, nå ut till ett större antal kunder.⁵ Den handel som sker på Internet ger därför ringar på vattnet inom den europeiska konkurrensrätten. Den nuvarande förordningen 330/2010 trädde i kraft 2010. De snart fem år som har gått sedan dess är en relativt kort tid i ett perspektiv som berör fysisk handel. Sett ur ett teknologiskt perspektiv motsvarar fem år närmast en evighet. E-handeln växer konstant och den geografiska marknaden krymper allteftersom konsumenter köper varor från återförsäljare över hela världen.

Arbetet behandlar dels vertikala avtal och dels e-handel. Vid vertikala avtal befinner sig avtalsparterna på olika led i en distributionskedja, i uppsatsen omnämns parterna som *leverantör* och *återförsäljare* eller *distributör*. Utformningen av avtalet beror delvis på hur leverantören vill att de avtalade varorna ska distribueras. Genom avtalet kan återförsäljaren exempelvis åläggas begränsningar för hur försäljningen av varorna ska gå till och i vilket särskilt område återförsäljaren får sälja produkterna.

Den del av e-handel som är i fokus för detta arbete är försäljning från återförsäljare till slutkonsument. Detta förkortas ofta som B2C, det vill säga business-to-consumer. Försäljningen delas upp i aktiv respektive passiv. Kort förklarat innebär aktiv försäljning att en återförsäljare själv söker upp

² Svenska Dagbladet - Näringsliv, s. 2, 12 maj 1996 (nr. 128).

³ Mohapatra, s. 10.

⁴ VanHoose, s. 26.

⁵ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 52.

en kund, exempelvis genom att skicka riktad reklam till ett särskilt område. Motsatsvis sker passiv försäljning när en kund söker upp en återförsäljare, exempelvis för att be om att bli uppdaterad på dennes sortiment. Om en sådan kontakt leder till att kunden köper varor klassificeras försäljningen som passiv. En längre redogörelse för aktiv och passiv försäljning, samt hur gränsdragningen mellan de två går till, sker i kapitel 4.

E-handel leder dels till att utbudet av varor ökar, dels till att passiv försäljning i viss mån förenklas. Enligt konkurrensrätten kan passiv försäljning inte förbjudas. Parterna till ett vertikalt avtal kan avtala om territoriella begränsningar, vilket innebär att återförsäljaren tilldelas ett avgränsat område där han eller hon aktivt får sälja leverantörens produkter. Återförsäljare kan dock kringgå begränsningen genom att använda sig av en hemsida och därmed öka sin passiva försäljning till kunder utanför det tilldelade territorier.

Virtuella verktyg, exempelvis utformningen av den hemsida där produkterna säljs, kan leda till ytterligare möjligheter att kringgå de territoriella restriktioner som avtalet medför. E-handel presumeras vara passiv, men riktade marknadsförings- eller försäljningsförsök mot en annan återförsäljares tilldelade område anses vara aktiva. Avsnitt 4.6 redogör för hur en återförsäljare kan rikta sig till specifika områden utan att försäljningen förvandlas till aktiv. En möjlighet att göra detta är att utforma hemsidan så att konsumenten själv kan välja vilket språk den visas i. Språkval påverkar nämligen inte att e-handelns passiva karaktär förändras till aktiv. Det är av intresse att konsumenter blir allt mer vana vid att söka efter virtuellt baserade återförsäljare i takt med att e-handeln ökar. Detta, i kombination med att det blir allt lättare för konsumenter att jämföra de priser och erbjudanden som olika nätbutiker erbjuder, leder till att marknaden öppnas upp. Det är därmed såväl viktigt som intressant att diskutera vad som sker när de juridiska aspekterna, i form av konkurrensrättslig reglering, inte utvecklas i samma takt som försäljningen och försäljningsstrategierna på Internet.

Försäljning på såväl Internet som i en fysisk miljö kan ske genom olika typer av distributionsformer. I avtal som sluts parterna emellan kan diverse begränsningar förekomma. Begränsningarna kan variera beroende på vilken typ av produkt som omfattas av avtalet. En leverantör kan exempelvis vilja att försäljning av de avtalade varorna sker på ett specifikt vis. Detta kan innebära att avtalet innehåller en begränsning som meddelar att en återförsäljare endast aktivt får sälja de avtalade produkterna inom ett avgränsat område.

E-handel är ett ämne som i hög grad är aktuellt eftersom försäljningen på Internet fortsätter att växa från år till år. Under arbetets gång har jag, vid ett flertal tillfällen, noterat att det pågår en diskussion om virtuell försäljning och virtuell marknadsföring, det vill säga försäljning och marknadsföring som sker på Internet. Dagstidningar har konstaterat att nätbutiker har

rekordökad sin julhandel och analytiker har konstaterat att konsumenterna är de stora vinnarna när priserna pressas genom konkurrensen på Internet.⁶

1.2 Terminologi

I uppsatsen används ett antal termer som inte är renodlat juridiska. De termer som är återkommande i texten kommer att definieras i detta avsnitt. Vissa termer används enbart vid ett eller ett fåtal tillfällen. I de fallen ges en förklaring av det använda uttrycket eller ordet i anknytning till det, exempelvis genom en fotnot. I uppsatsen används ett flertal ord som synonymer till det ”ursprungliga” ordet, dessa kommer nu att redogöras för.

Som förklarats i det inledande avsnittet 1.1 är *försäljning på Internet* att likställa med *e-handel*. Uttryck som *försäljning på nätet*, *försäljning genom nätbutik* samt *virtuell försäljning* används synonymt med detta. Med alla former av *virtuell* eller *virtuella* menas något som sker på Internet. *Virtuell marknadsföring* eller *virtuell försäljning* betyder därmed marknadsföring respektive försäljning som sker på Internet. Motsatsvis innebär *fysisk försäljning* en försäljning som sker i en fysiskt lokaliserad butik, det vill säga en butik som exempelvis är belägen i en stad eller i ett köpcentrum.

E-handel sker på Internet, genom en *webbplats* eller en *nätbutik*. I uppsatsen används ordet *hemsida* som en synonym till dessa två. Det ska noteras att en hemsida egentligen enbart är webbplatsen förstasida. Termen är dock så pass vedertagen och allmänt använd att den här används som synonym. Webbplats definieras särskilt i not 85 i avsnitt 3.2.

I uppsatsen nämns *försäljning* vid ett flertal tillfällen. Den försäljning som åsyftas är sådan som sker från en återförsäljares företag till en kund, det vill säga B2C. Synonymer till försäljning är *återförsäljning* samt *distribution*. På samma sätt likställs en *återförsäljare* med en *distributör*. Båda termerna förekommer därför i texten.

Slutligen, en redogörelse för hur marknadsföringsåtgärder kan påverka gränsdragningen mellan aktiv och passiv försäljning sker i avsnitt 4.4. Synonymer till *marknadsföring* är *reklam* samt *annonsering*.

1.3 Uppsatsens syfte och frågeställning

Juridiken tenderar ofta att vara ett steg bakom den tekniska utvecklingen. Syftet med uppsatsen är att utreda de rättsliga konsekvenserna av den passiva försäljningen på Internet. Detta inkluderar såväl utformningen av vertikala avtal som EU-rättens reglering av vertikala avtal och e-handel.

⁶ Se bland annat Dagens industri, s. 13, den 28 november 2014 (nr. 268), Dagens industri, s. 26, den 2 december 2014 (nr. 271) och Dagens industri, s. 40, den 10 december 2014 (nr. 278).

Med anledning av syftet kommer en del av uppsatsens analys att ha en relativt framåtblickande karaktär med förslag till möjliga förändringar.

För att uppfylla detta syfte utgår uppsatsen från följande frågeställningar:

- Hur påverkar den nuvarande regleringen, förordning 330/2010, utformningen av vertikala avtal vid försäljning på Internet?
- På vilket sätt kan den nuvarande regleringen möjliggöra för återförsäljare verksamma på Internet att kringgå begränsningar i avtal om restriktioner av aktiv försäljning?
- På vilket sätt skulle den nuvarande regleringen om vertikala avtal kunna kompletteras för att bättre tillgodose verklighetens fysiska handel och e-handel?

1.4 Metod

Detta arbete skrivs utifrån en rättsdogmatisk metod. Den valda metoden innebär, enligt Kellgren och Holm, både en perspektiv- och en handlingsorienterad nivå.⁷ Sett till ovanstående frågeställning är uppsatsens perspektiv riktad mot hur den nuvarande europeiska konkurrensrättsliga regleringen fungerar vid distribution på den virtuella marknaden. Redogörelsen, och därmed uppsatsens handlingsorienterade del, använder förordning 330/2010 som bas. Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar ger vägledning i hur vertikala avtal bedöms och definieras enligt förordning 330/2010 samt artikel 101 FEUF. Riktlinjerna används, med anledning av detta, flitigt som ett komplement till den nuvarande förordningen. Det ska dock noteras att riktlinjerna om vertikala begränsningar inte är bindande och används här i syfte att bättre förstå hur EU:s konkurrensregler bedömer vertikala avtal.

Den handlingsorienterade delen inkluderar även informations- och åsiktsinhämtande från doktrin. Jag ämnar att, med hjälp av arbetets frågeställningar, till viss del analysera om den EU-rättsliga regleringen behöver anpassas bättre till handel som sker på en virtuell marknad. Användning av en rättsdogmatisk metod ger möjlighet att såväl kritisera rättsläget som ge förslag på förändringar.⁸

1.5 Material

I arbetet används doktrinen såväl som en motpol som ett komplement till förordning 330/2010 och riktlinjerna om vertikala begränsningar. Doktrinen fungerar även som en bas i analysens för- och motargumentation. Uppsatsens avslutande analys är utformad för att bedöma hur regleringen

⁷ Kellgren & Holm, s. 47f.

⁸ Korling & Zamboni, s. 24.

för distribution på Internet stämmer överens med hur e-handel fungerar i praktiken, därefter besvaras frågorna som ställdes inledningsvis.

Det bör påpekas att praxis som behandlar distribution på Internet är knapphändig. Med anledning av detta används ett rättsfall som tillkom före den nuvarande förordning 330/2010.⁹ Fallet är dock relevant även när förordning 330/2010 diskuteras. I arbetets källförteckning ses också två förenade mål som behandlar den internationella privaträtten.¹⁰ Målen används för att exemplifiera användning av språkalternativ på en näringsidkares hemsida. Utöver det används de för att utreda när försäljning anses vara riktad till en specifik medlemsstat, vilket i konkurrensrätten innebär att försäljningen går från passiv till aktiv, på grund av nätbutikens utformning och innehåll. Från de förenade målen dras paralleller till hur den konkurrensrättsliga regleringen kan influeras för att bättre definiera gränsdragningen mellan aktivitet och passivitet vid virtuell försäljning.

Bristen på praxis på området kan antas bero på att tvister löses genom skiljeförfarande, varpå praxis inte blir allmänt tillgänglig. Vid samtal om ämnet påpekar yrkesverksamma jurister att gränsdragning mellan aktiv och passiv försäljning, samt leverantörers krav på att återförsäljare använder sig av fysiska butiker, inte är ett problem i praktiken. Ett flertal författares åsikter skiljer sig dock från denna uppfattning och menar att det i viss mån innebär problem för de återförsäljare som verkar genom virtuell handel.

I och med att arbetet behandlar konkurrensrätten på EU-nivå bör det poängteras att uppsatsen inkluderar rättskällor från EU-rätten. Inom EU-rätten görs skillnad mellan primär- och sekundärrätt. Utöver detta delas EU:s rättskällor upp i bindande och vägledande. I arbetet exemplifierar förordning 330/2010 bindande sekundärrätt. Den rättspraxis som redogörs för från EU-domstolen är också en bindande rättskälla. Den information som riktlinjerna om vertikala begränsningar tillhandahåller, samt generaladvokaters förslag till avgörande, är dock endast att se som vägledande och därmed inte bindande.¹¹ Riktlinjerna om vertikala begränsningar klassificeras, trots att de inte är bindande, som en mall och beaktas av såväl av domstolar som praktiserande jurister.

Det ska vidare noteras att en stor del av den konkurrensrättsliga doktrinen är skriven på engelska. Som ett förtydligande för läsaren, och för att undvika oklarheter och missförstånd, kan den engelska översättningen ses inom parentes när en viss term används för första gången i uppsatsen.

⁹ Mål C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS mot Président de l'Autorité de la concurrence och Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, REG [2011] s. I-9419 behandlas i kapitel 3.

¹⁰ Förenade målen C-585/08 och C-144/09 *Peter Pammer mot Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C-585/08)* och *Hotel Alpenhof GesmbH mot Oliver Heller (C-144/09)*, REG [2010] s. I-12527 redogörs för i kapitel 4.

¹¹ Hettne & Otken Eriksson, s. 40.

I avsnitt 2.3 behandlas effekter av vertikala avtal. Redogörelsen för de negativa respektive positiva effekter som ett vertikalt avtal kan innebära bygger främst på information från riktlinjerna. Ämnet behandlas enbart översiktligt i doktrin och det finns därför inte någon djupgående diskussion angående de möjliga effekterna. Detta leder till att det inte heller finns några konkreta exempel på effekterna, förutom de som finns att tillgå i riktlinjerna.

De källor som har använts till detta arbete anses vara trovärdiga och av relevans för ämnet. Det finns dock kritik som kan lyftas fram. Först och främst ska läsaren uppmärksammas på att en del av den använda doktrinen är utgiven kort efter att förordning 330/2010 trätt ikraft. Det innebär att omständigheterna till viss del har förändrats i och med e-handelns utveckling. Läsaren ska uppmärksammas på att vissa böcker och artiklar inte är att betrakta som strikt juridiska. Dessa fyller dock en funktion för uppsatsen och används för att förklara de mer ekonomiska aspekterna av det valda ämnet. Fortsättningsvis bör det framhållas att viss doktrin speglar andra delar av världen än de som uppsatsen fokuserar på, det vill säga områden utanför EU. De använda delarna av denna doktrin anses dock vara applicerbara för de flesta handelssituationer, även de som rör EU.

Vid redogörelsen för beslutet angående Bang & Olufsens förbud att sälja varor på nätet har sekundärkällor använts. Detta är på grund av att beslutet enbart finns att tillgå på franska, vilket är ett språk som jag inte behärskar. Sekundärkällorna stämmer dock väl överens med varandra, samt med den översättning av beslutet som kan tas fram med hjälp av elektroniska program, exempelvis Google Translate.

1.6 Avgränsning

Som så mycket annat kommer även detta arbete att ha ett slut. För att det ska kunna fullbordas inom de ramar som har getts, krävs det att vissa avgränsningar ställs upp. Som läsaren numera är införstådd med är fokus för detta arbete vertikala avtal och försäljning på Internet. Det finns dock andra typer av försäljning som sker via elektroniska media som också är av intresse, exempelvis försäljning genom appar¹². Med anledning av det givna utrymmet finns det dessvärre inte plats att inkludera dessa i behandlingen av ämnet. Uppsatsen fokuserar genomgående på produkter som säljs på Internet. Tjänster och produkter av digital karaktär, exempelvis antivirusprogram, exkluderas därför från den fortsatta framställningen. Produkter såsom mediciner ligger även de utanför uppsatsens ramar.

Som nämnts behandlar detta arbete distributionsavtal mellan en återförsäljare och en leverantör. Detta leder till att franchising- och agentavtal inte kommer att beröras i arbetet. Arbetet behandlar vidare den

¹² Med app menas här mobilapplikationer. En app är ett tillämpningsprogram som är menat att användas på mobila enheter, exempelvis surfplattor och smartmobiler.

försäljning som sker från en återförsäljare till en kund. Av denna anledning behandlas inte virtuella handelsplatser för privatpersoner, exempelvis Ebay och Blocket. Geografiskt sett är EU och dess medlemsländer i fokus.

Läsaren bör slutligen notera att prisbindning (RPM) inte är en central del av ämnesvalet och behandlas således enbart i korthet i anslutning till avsnitt 3.5 angående problematiken med snålskjutsåkning. Ett större utrymme tillägnas dock territoriella begränsningar, leverantörens möjlighet att ställa krav på återförsäljaren samt kostnadens relevans för den valda distributionsformen, vilket behandlas i avsnitt 2.4.5, 3.4 samt 3.6

1.7 Disposition

Kapitel två inleds med att dels definiera ett vertikalt avtal, dels presentera förordning 330/2010. Kapitlet behandlar därefter de effekter som vertikala avtal kan medföra, såväl negativa som positiva. Vidare redogör kapitel två för ett antal olika distributionsformer, samt de begränsningar som de kan inkludera. I kapitel tre introduceras e-handel och presenterar därmed Internet som en plats för försäljning. Kapitlet inkluderar en redogörelse för skiftet från fysisk försäljning till e-handel och fortsätter därefter med att redogöra för de särskilda svartlistade begränsningar som finns vid försäljning på Internet. Därefter går kapitlet in på en leverantörs möjligheter att ställa krav på en återförsäljare. En presentation av de problem som virtuell försäljning kan innebära, såsom snålskjutsåkning, görs också. Slutligen redovisas distributionsformens betydelse i ett ekonomiskt hänseende, det vill säga vilken påverkan distributionsformen har på de slutliga försäljningskostnaderna.

Kapitel fyra redogör för gränsdragningen mellan aktiv och passiv försäljning. I kapitlet definieras aktivitet respektive passivitet och beskriver skillnaderna mellan gränsdragningen vid fysisk respektive virtuell försäljning. Kapitlet behandlar därefter gränsdragningen och bedömningen av det bakomliggande syftet vid marknadsföring. Slutligen presenteras en leverantörs möjlighet att rikta sig till specifika områden, samt utformningen av hemsidans betydelse för detta.

I kapitel fem presenteras analysen av arbetet. Kapitlet inleds med att presentera åsikter från doktrin angående den framtida regleringen av gränsdragningen vid e-handel. Därefter presenteras mina egna analyser. Dessa behandlar vilka faktorer som påverkar gränsdragningen vid virtuell försäljning samt vilken påverkan gränsdragningen har på EU:s marknad. Vidare behandlar min analys även hur gränsdragningen påverkar utformningen av vertikala avtal och slutligen sker en analyserande diskussion angående hur den virtuella gränsdragningen kan utformas i framtiden. I kapitel sex redovisas resultatet på de tre frågor som ställdes inledningsvis. Svaren bygger dels på de teorier som framkommer i doktrinen och dels på egna synpunkter.

2 Vertikala avtal inom EU

2.1 Definitionen av ett vertikalt avtal

Vid vertikala avtal befinner sig avtalsparterna, till skillnad från en situation med horisontella avtal, på olika led i distributionskedjan.¹³ Ett vertikalt avtal definieras, enligt förordning 330/2010, antingen som ett faktiskt avtal eller som ett samordnat förfarande. Innehållsmässigt behandlar avtalet de villkor som finns för parternas försäljning, återförsäljning eller inköp av produkter.¹⁴ Detta kapitel redogör för förordning 330/2010 och de effekter, negativa så väl som positiva, som vertikala avtal kan medföra. Kapitlet fortsätter därefter med att beskriva utformningen av vertikala avtal och ett antal distributionsformer som försäljning kan ske igenom.

2.2 Förordning 330/2010

För att EU-rätt ska bli tillämplig måste samhandelskriteriet vara uppfyllt. Det innebär att det specifika avtalet ska påverka handeln mellan EU:s medlemsländer.¹⁵ Om avtalet endast påverkar handeln inom ett medlemsland eller i ett tredje land är avtalet inte reglerat av EU:s konkurrensrätt. I de fall detta sker bedöms avtalet mot bakgrund av nationell konkurrensrätt.¹⁶

Förordning 330/2010 om vertikala avtal är en gruppundantagsförordning. Tillämpning av förordningen kan leda till att det vertikala avtalet undantas från förbudsbestämmelserna i artikel 101.1 FEUF. För att detta ska kunna ske krävs först och främst att samhandelskriteriet är uppfyllt och att EU-rätt därmed är tillämplig. Det vertikala avtalet, som ska undantas från förbudet i artikel 101.1 FEUF, ska vara konkurrensbegränsande. Avtalet får dock inte innehålla några svartlistade begränsningar (eng. *hardcore restraints*). Vidare ska avtalet inte heller överstiga de tröskelvärden som anges i förordning 330/2010.¹⁷

Avtalet kan dock innehålla särskilda klausuler som inte omfattas av undantaget, exempelvis konkurrensklausuler. Det kan i så fall bli aktuellt med en individuell bedömning av de aktuella klausulerna i enlighet med artikel 101.3 FEUF. Notera att artikelns fyra kriterier är kumulativa, samtliga måste därför vara uppfyllda.¹⁸

¹³ Henriksson, s. 19.

¹⁴ Artikel 1(a) förordning 330/2010.

¹⁵ Wijckmans & Tuytschaever, s. 34.

¹⁶ Wijckmans & Tuytschaever, s. 34.

¹⁷ Henriksson, s. 35.

¹⁸ Henriksson, s. 35. Det ska påpekas att i de fall avtalet inte påverkar handeln mellan medlemsstaterna, och därmed faller under nationell rätt, kan det ändå dra fördel av

De olika klausulerna som kan ingå i ett avtal är inte alltid antingen tillåtna eller förbjudna. De kan snarare beskrivas som en färgskala av rött, gult och grönt. Klausuler som är svartlistade faller enligt en sådan färgskala under rött och är begränsningar. Även dessa omfattas av förordning 330/2010, men de leder till att avtalet inte undantas från förbudsbestämmelsen i artikel 101.1 FEUF. På grund av de svartlistade begränsningarna presumeras det att avtalet inte sannolikt kan uppfylla de villkor som ställs i artikel 101.3 FEUF. Detta leder till att avtalet faller utanför gruppundantaget.¹⁹ I artikel 4 förordning 330/2010 framgår ett antal begränsningar som är otillåtna.²⁰

I artikel 4 förordning 330/2010 kan även klausuler av mer gul karaktär finnas, det vill säga att de varken är röda eller gröna. De gula klausulerna kan till en början anses vara otillåtna, men blir accepterade med anledning av vissa villkor.²¹ Som exempel kan artikel 4(b) förordning 330/2010 användas. Trots att det enligt denna artikel inte är tillåtet att begränsa ett område för en återförsäljare, kan en begränsning ändå vara möjlig genom undantaget i artikel 4(b)(i) förordning 330/2010. Artikeln konstaterar att det är tillåtet att begränsa området i de fall leverantörens återförsäljare har tilldelats det exklusivt. Passiv försäljning måste dock alltid medges, även om ett område har tilldelats en återförsäljare exklusivt.²²

I de tre följande undantagen i artikel 4(b)(ii-iv) förordning 330/2010 tillåts dock både begränsning av så väl aktiv som passiv försäljning.²³ Hur gränsdragningen mellan passiv och aktiv försäljning görs kommer att redogöras för i kapitel 4. Undantagen i artikel 4(b) förordning 330/2010 kommer även att presenteras närmare i avsnitt 2.4.5, i samband med att möjligheterna att avtala om territoriella begränsningar utreds.

2.3 Effekter av vertikala avtal

I jämförelse med horisontella avtal är vertikala avtal inte lika troliga att begränsa konkurrensen på marknaden. Eftersom det vertikala avtalets parter befinner sig på olika nivåer av ett distributions- eller produktionsled är de inte, jämfört med parterna till ett horisontellt avtal, konkurrenter. I ett vertikalt förhållande kompletterar parternas verksamheter snarare varandra, det vill säga att den ena parternas produkt används för att utveckla den andra partens verksamhet. Resultatet blir att ett incitament uppstår för avtalets parter att förhindra att endera parten använder sin marknadskraft på ett negativt sätt mot den andra.²⁴

undantagsregler under nationell konkurrensrätt, exempelvis 2 kap. 2 § KL. Se exempelvis Wijckmans & Tuytschaever, s. 34.

¹⁹ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 47.

²⁰ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 50.

²¹ Se exempelvis artikel 4(b)(i-iv) förordning 330/2010.

²² Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 51.

²³ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 55.

²⁴ Riktlinjer om vertikala begränsningar, p. 98.

Läsaren bör notera att effekterna av vertikala avtal främst behandlas i riktlinjerna om vertikala begränsningar. I doktrinen redogörs de positiva och negativa effekter som vertikala avtal medför enbart översiktligt och det finns ingen djupgående diskussion på ämnet.

2.3.1 Negativa effekter av vertikala avtal

Även om vertikala avtal i princip inte beaktas som konkurrensbegränsande kan de ändå medföra negativa effekter. Riktlinjerna om vertikala begränsningar nämner fyra scenarier i vilka vertikala begränsning kan leda till negativa effekter på marknaden.²⁵ Första möjliga effekten är konkurrenshämmande utestängning av andra leverantörer eller andra köpare. Detta kan ske genom hinder för utvidgning eller inträde. Det innebär att nya aktörer får svårt att ta sig in på en ny marknad och de som har tagit sig in får därmed svårt att utveckla sin verksamhet.²⁶ Vidare kan konkurrensen mellan leverantören och dess konkurrenter mjukas upp, alternativt att samverkan dem emellan underlättas. Detta kallas för minskning av konkurrensen *mellan* varumärken.²⁷ På liknande vis kan konkurrensen mellan köpare och dennes konkurrenter också mjukas upp, alternativt underlätta samverkan mellan konkurrenterna. För de fall där konkurrensen rör återförsäljare av samma varumärke eller produkter från samma leverantör, kallas det för minskning av konkurrensen *inom* varumärken.²⁸ Slutligen kan vertikala begränsningar skapa hinder för marknadsintegration. Detta innebär framförallt begränsningar för konsumenternas möjlighet att köpa varor eller tjänster i vilken medlemsstat de vill.²⁹

Konsekvenserna av de negativa effekterna som innebär utestängning, samverkan mellan tillverkare och uppmjukning av konkurrensen kan skada konsumenterna på ett flertal vis. Möjliga följder är att grossistpriser höjs, produktutbudet och produktkvaliteten försämras eller att produktinnovationen minskar. I de fall samverkan istället sker på återförsäljarnivå kan resultatet bli att detaljistpriserna höjs, distributionsinnovationen minskar och konsumenten erbjuds färre alternativ av detaljisttjänster.³⁰

2.3.2 Positiva effekter av vertikala avtal

Vertikala avtal och begränsningar behöver inte nödvändigtvis innebära något negativt. De kan även medföra positiva effekter. I p. 108 i riktlinjerna för vertikala begränsningar konstateras att vertikala avtal, under vissa

²⁵ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 100. Se p. 101-105 i riktlinjerna om vertikala begränsningar för vidare utveckling av vertikala begränsningars negativa effekter.

²⁶ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 100(a).

²⁷ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 100(b).

²⁸ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 100(c).

²⁹ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 100(d).

³⁰ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 101.

omständigheter, sannolikt bidrar till såväl effektivitetsvinster som utveckling av nya marknader. Denna utgång kan även väga upp de eventuella negativa effekter som ett vertikalt avtal kan leda till. Vidare konstateras att en vertikal begränsning i vissa fall kan vara nödvändig, exempelvis för att förhindra snålskjutsåkning, så länge som leverantören säljer sin produkt till köparen.³¹ Kommissionen visar på nio exempel i vilka vertikala begränsningar kan vara motiverade. Dessa scenarier kommer kort att redogöras för nedan.³²

Vertikala begränsningar kan, först och främst, vara en lösning på det så kallade ”snålskjutsproblemet” (eng. *free riding*). Själva problematiken ligger i att en återförsäljare åker snålskjuts på de försäljningsfrämjande åtgärder som en annan återförsäljare har vidtagit.³³ Problemet med snålskjuts diskuteras närmare i avsnitt 3.5. Förutom att lösa ett snålskjutsproblem kan vertikala begränsningar bidra till att en tillverkare eller återförsäljare tar sig in på, alternativt öppnar upp, nya marknader. För att etablera märket på en ny marknad kan återförsäljaren av varan behöva göra vad som kallas för *förstagångsinvesteringar*. För dessa investeringar kan återförsäljaren bli beviljad områdesskydd. Skyddet innebär att återförsäljaren kan få en högre avkastning på de gjorda investeringarna genom att, under en tillfällig period, ta ut ett högre pris för de avtalade varorna.³⁴

Ytterligare en positiv effekt är att begränsningar i vertikala avtal kan användas för att styra valet av distributionskanal. Detta är särskilt vanligt i de fall varan är av hög kvalitet eller är tekniskt komplicerad. Genom att leverantören ställer krav på att återförsäljaren uppfyller vissa kriterier kan varans högkvalitativa anseende upprätthållas. Det finns därmed en större chans att marknadsintroduktionen blir lyckosam.³⁵ Selektiv distribution och de varor som säljs genom en sådan distributionsform presenteras i avsnitt 2.4.2.

Vertikala avtal kan leda till att det så kallade ”hold-up-problemet”³⁶ kan lösas. Leverantör eller köpare måste ibland göra investeringar som är specifika för särskilda kunder. En sådan investering kan exempelvis innebära inköp av ny utrustning eller ytterligare utbildning av personal för att tillgodose kundens krav. För att dessa investeringar ska göras kan ett särskilt avtal krävas, vilket innehåller bestämmelser om exklusivitet.³⁷ Särskilda hold-up-problem kan uppstå om betydande know-how har överförts. Till skillnad från en fysisk produkt kan inte kunskapen som know-how innebär återtas. För att säkerställa att know-how som har blivit

³¹ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 108.

³² För en mer detaljerad genomgång av de exempel som anges rekommenderas läsning av p. 107 i riktlinjerna om vertikala begränsningarna.

³³ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 107(a).

³⁴ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 107(b).

³⁵ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 107(c).

³⁶ För att få vidare beskrivning till vad ”hold up-problemet” innebär, se Bellamy & Child s. 416.

³⁷ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 107(d).

överförd inte ska användas av konkurrenter kan konkurrensklausuler anses motiverade.³⁸

Den så kallade frågan om vertikal externalitet kan dra fördel av vertikala avtal. Om en återförsäljare ökar sin vinst tack vare att han eller hon har vidtagit försäljningsåtgärder, kan en del av vinsten behöva betalas till leverantören. Låt säga att leverantörens grossistpris är högre än marginalproduktionskostnaderna. Om så är fallet är varje produkt som återförsäljaren säljer, genom att antingen sänka sitt pris eller öka sina säljinsatser, till fördel för leverantören. Detta innebär att det kan finnas en positiv externalitet för leverantören när återförsäljaren vidtar sådana typer av försäljningsåtgärder. Leverantören kan anse att återförsäljaren tar för höga priser för varorna eller vidtar för få säljinsatser. Om återförsäljaren tar för höga priser innebär det en negativ externalitet, vilket även kallas för ”problemet med dubbel marginalisering”. Genom att leverantören ålägger återförsäljaren ett högsta försäljningspris kan problemet undvikas. I avsikt att öka återförsäljarens säljinsatser kan begränsningar som selektiv distribution eller ensamåterförsäljaravtal vara till hjälp.³⁹

För att en leverantör ska kunna dra fördel av stordriftsfördelar, och på så vis fastställa att produktens återförsäljningspris blir lägre, kan leverantören vilja fokusera återförsäljningen av produkten till ett begränsat antal återförsäljare. Leverantören kan i ett sådant fall använda sig av vertikala begränsningar som ensamåterförsäljaravtal, exklusiva inköpsavtal, kvantitetsbegränsningar som innebär krav på köp av en minimumkvantitet eller selektiv distribution som inkluderar ett sådant krav.⁴⁰

När en investering ska göras finns det en risk att de kapitalkällor som vanligtvis används, exempelvis banker, inte tillhandahåller tillräckligt med kapital om de inte har all information om den situation som låntagaren befinner sig i, eller om säkerheten som kan ställas upp för lånet är otillräcklig. Till skillnad från exempelvis banker, kan en leverantör eller en återförsäljare ha mer information och få en extra säkerhet för en investering genom att de ingår i ett exklusivt förhållande. Detta innebär att om en leverantör väljer att låna ut kapital till en återförsäljare kan återförsäljaren åläggas konkurrensklausuler eller kvantitetsbegränsningar som säkerhet för leverantören. Om en återförsäljare motsatsvis lånar ut kapital till en leverantör kan det föreligga skäl för att leverantören åläggs klausuler om exklusiv leverans eller kvantitetsbegränsningar.⁴¹

Det slutliga exemplet på positiva effekter av vertikala avtal behandlar likformighet och kvalitetsstandardisering. Det är möjligt att skapa en märkesimage genom att använd vertikala begränsningar. Återförsäljarna åläggs i ett sådant fall förpliktelser som resulterar i en viss grad av likformighet och att kvaliteten standardiseras. Detta syftar till att göra

³⁸ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 107(e).

³⁹ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 107(f).

⁴⁰ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 107 (g).

⁴¹ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 107 (h).

produkten mer attraktiv för slutkonsumenten och därmed öka försäljningen. Denna typ av försäljningsstrategi förekommer exempelvis vid selektiv distribution och franchising.⁴²

För att återgå till p. 108 i riktlinjerna om vertikala begränsningar: Kommissionen menar att de nio exempel som redogjordes för ovan visar att vertikala avtals positiva effekter väger upp de negativa effekter som eventuellt kan uppstå. Detta beror på att vertikala avtal, under vissa omständigheter, sannolikt kan bidra till effektivitetsvinster och utveckling av nya marknader. Sannolikheten för att effekten ska bli positiv är därför som störst vid vertikala begränsningar som varar under en begränsad tid. Dessa vertikala begränsningar används för att skydda investeringar som är specifika till ett avtal eller bidrar till att introducera nya, komplicerade produkter.⁴³

De olika vertikala begränsningarna har en hög grad av utbytbarhet mellan sig. Det betyder att olika vertikala begränsningar kan lösa samma ineffektivitetsproblem, det vill säga att flera av de nio exempel som beskrivs ovan kan användas som lösning till samma problematik. De negativa effekter som kan uppstå kan dock variera, beroende på vilken vertikal begränsning som används. Detta är av betydelse för bedömningen som görs när begränsningens nödvändighet diskuteras mot bakgrund av artikel 101.3 FEUF.⁴⁴

2.4 Utformning av vertikala avtal

2.4.1 Leverantörens val av distribution

En leverantör har flera vägar att välja mellan när varorna ska ut till försäljning och därtill flera olika faktorer att överväga innan ett val görs. En möjlighet som finns är att distribuera produkterna genom återförsäljare. I denna del presenteras tre varianter av distributionsavtal närmare. Kapitlet inkluderar även de positiva och negativa effekter som presenterades i avsnitt 2.3 och redogör för hur de kan fungera i respektive distributionsform.

2.4.2 Selektiv distribution

Vid selektiv distribution bildas ett distributionsnätverk baserat på tillverkarens kriterier för försäljning av varorna. I nätverket ingår återförsäljare på såväl grossist- som detaljnivå.⁴⁵ Tillverkarens skäl att skapa ett nätverk för selektiv distribution kan vara att framhäva en särskild image för varan. Skäl kan också vara att själva försäljningen sker i kombination

⁴² Riktlinjerna för vertikala begränsningar, p. 107 (i).

⁴³ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 108.

⁴⁴ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 109.

⁴⁵ Goyder, s. 130.

med särskilda tjänster, exempelvis service såväl före som efter köpet.⁴⁶ De kriterier som tillverkaren sätter upp för nätverket kan vara baserat på butikens läge, krav på delaktighet i säljfrämjande verksamheter samt krav på utbildning av försäljningspersonalen.⁴⁷

En selektiv distributionsform används framför allt vid försäljning av lyxprodukter av högre kvalitet, exempelvis parfym.⁴⁸ Den används dessutom för varor av mer komplicerad karaktär, vilka kräver att återförsäljaren besitter kunskap för att bistå kunden med rådgivning före köpet. De mer komplexa varorna kräver även att säljaren kan erbjuda kunden diverse tjänster efter försäljning, exempelvis reparation och skötsel av produkten. Den sistnämnda typen av produkt inkluderar ofta elektroniska varor och fordon.⁴⁹

För att vidare utreda när ett selektivt distributionssystem kan vara berättigat hänvisar Jones och Sufrin till Metro-målet⁵⁰, i vilket det konstaterades att selektiv distribution är accepterat i branscher med högkvalitativa och tekniskt avancerade varaktiga konsumtionsvaror⁵¹. I fallet med produkter av hög kvalitet, vilket i praktiken innebär lyxvaror, måste två bedömningar göras. Den första behandlar vikten av att bibehålla märkets image och den andra rör behovet av att produkten fortsätter att uppfattas som exklusiv och prestigefull. I de fall produkten är av tekniskt komplicerad natur görs istället en bedömning huruvida produkten är så pass tekniskt avancerad att den kräver specialiserade återförsäljare.

Jones och Sufrin fortsätter vidare med att exemplifiera vilka typer av produkter som anses vara godkända att sälja genom ett selektivt distributionssystem. De nämner bland annat klockor⁵², lyxvaror som smink och parfym⁵³, bordsserviser⁵⁴, datorer⁵⁵ och bilar^{56, 57}. Det har särskilt

⁴⁶ Jones och Sufrin, s. 806.

⁴⁷ Goyder, s. 130.

⁴⁸ Detta fastställdes genom de två Leclerc-fallen; Mål T-19/92 *Groupement d'achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen ('YSL')*, REG [1996] s. II-1851 och Mål T-88/92 *Groupement d'achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen ('Givenchy')* REG [1996] s. II-1961. I dessa konstaterades att skönhetsprodukter och parfym från Yves Saint Laurent och Givenchy var både av så hög kvalitet och utstrålade sådan lyx att de rättfärdigade användning av selektiv distribution.

⁴⁹ Goyder, s. 130.

⁵⁰ Mål 26/76, *Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG mot Europeiska gemenskapernas kommission (Metro I)*, REG [1977], s. 1875.

⁵¹ I Metro-målet är högkvalitativa och tekniskt avancerad varaktiga konsumtionsvaror att likställas med "apparater inom underhållningselektronik", exempelvis färgTV.

⁵² Se Junghans, EGT L 30, 2.2.1977, s. 10-17. Det kan även vara av intresse att se mål 31/85, *SA ETA Fabriques d'Ébauches mot SA DK Investment m.fl.*, REG [1985] s. 3933 i vilket det konstaterades att ett selektivt distributionssystem inte var rättfärdigat för massproducerade klockor av märket Swatch.

⁵³ Se Leclerc-fallen i not 48.

⁵⁴ Villeroy & Boch, EGT L 376, 31.12.1985, s. 15-20.

⁵⁵ IBM, EGT L 118, 4.5.1984, s. 24-28.

⁵⁶ BMW, EGT L 29, 3.2.1975, s. 1-10.

⁵⁷ För uppräknings av ytterligare praxis som tillåter selektiv distribution, se Jones och Sufrin s. 810 och Bellamy & Child, s. 455-456.

betonats av både kommissionen och av domstolar i medlemsländerna att selektiva distributionssystem är förmånliga försäljningssätt för just produkter som drar fördel av särskilda försäljningsmiljöer eller av säljarens råd.⁵⁸

Selektiv distribution påverkar konkurrensen genom att den dels begränsar antalet auktoriserade återförsäljare, dels att möjligheterna till återförsäljning begränsas. Som kommer att ses i avsnitt 2.4.3 begränsar även ett ensamåterförsäljaravtal antalet återförsäljare. Skillnaden mellan de två typerna av vertikala avtal är dock att det selektiva distributionsavtalet använder urvalskriterier baserade på själva produkterna, istället för antalet områden, för att begränsa antalet återförsäljare.⁵⁹

De konkurrenshämmande risker som avtalet kan medföra är att konkurrensen inom varumärken möjligen minskar. Selektiv distribution riskerar även att stänga ute vissa typer av återförsäljare och underlätta samverkan mellan leverantör och köpare. För att kunna bedöma de konkurrenshämmande effekterna måste det göras skillnad på kvalitativ och kvantitativ selektiv distribution. Vid *kvalitativ* selektiv distribution står varans objektiva kriterier i fokus. Dessa kriterier ses i avsnittets tidigare stycken och består bland annat av försäljningspersonalens kunskap och butikens möjlighet att erbjuda service.

I de fall tre villkor uppfylls saknar rent kvalitativ selektiv distribution konkurrenshämmande effekter och anses därför falla utanför artikel 101.1 FEUF.⁶⁰ De tre villkoren består först i att produktens natur måste kräva ett system med selektiv distribution för att säkerställa att den används på rätt sätt och för att bevara varans kvalitet. Det andra villkoret innebär att valet av återförsäljare måste ske på grundval av objektiva, kvalitativa kriterier vilka är de samma och gällande för samtliga potentiella återförsäljare. Dessa kriterier får inte heller tillämpas på ett diskriminerande sätt. För det tredje får de fastställda kriterierna inte gå längre än nödvändigt⁶¹.

Vid *kvantitativ* selektiv distribution uppställs ytterligare kriterier vid urvalet som mer direkt begränsar det möjliga antalet återförsäljare. Detta sker bland annat genom att leverantören kräver en minimi- eller maximiförsäljning. Leverantören kan också fastställa antalet återförsäljare.⁶²

⁵⁸ Goyder, s. 131.

⁵⁹ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 174.

⁶⁰ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 175.

⁶¹ I not 52 i riktlinjerna för vertikala begränsningar, p. 175, belyses det sista villkoret i praxis, bland annat genom mål 31/80, *NV L'Oréal och SA L'Oréal mot PVBA "De Nieuwe AMCK"*, REG [1980], s. 3775 och mål 107/82, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG [1983], s. 3151.

⁶² Riktlinjerna för vertikala begränsningar, p. 175.

2.4.3 Ensamåterförsäljaravtal

Ett ensamåterförsäljaravtal innebär att leverantören väljer ut en återförsäljare inom ett specifikt område för återförsäljning av sina produkter. Samtidigt som återförsäljaren är den enda återförsäljaren av produkterna inom det tilldelade området, är återförsäljaren förbjuden att aktivt sälja till områden som är exklusivt tilldelade andra säljare.⁶³ Leverantören vid ett ensamåterförsäljaravtal har, till skillnad från ett selektivt distributionsavtal, begränsad kontroll över vilka marknadsföringsåtgärder som vidtas.⁶⁴

I *Consten och Grundig*⁶⁵ konstaterades att artikel 101 FEUF är tillämplig på vertikala avtal. En kort bakgrund till fallet är att Grundig tillverkade elektronisk utrustning, bland annat TV- och radioapparater. Grundig utnämnde Consten till återförsäljare av Grundigs produkter i Frankrike, med begränsningen att Consten inte fick leverera till någon, varken direkt eller indirekt, utanför Frankrike. I avtalet ingick också rätten för Consten att använda sig av varumärket "GINT" i Frankrike. Samma territoriella restriktioner som ålades Consten avtalades även med Grundigs återförsäljare i Tyskland och i övriga medlemsstater. Vidare förband sig Grundig till att inte leverera de avtalade varorna till någon annan än Consten i Frankrike.

Problematik uppstod när en annan återförsäljare, UNEF, började parallellimportera Grundigs produkter från andra länder. Parallellimporten var ekonomiskt lönsam eftersom att varorna var betydligt billigare i andra medlemsstater än i Frankrike. Consten stämde UNEF för illojal konkurrens samt för varumärkesintrång av varumärket "GINT". EU-domstolen konstaterade att avtalet mellan Consten och Grundig föll under artikel 101.1 FEUF med anledning av de klausuler som gav Consten absolut territoriellt skydd. Rätten meddelade även att den exklusiva rätten till varumärket "GINT" användes för att hindra parallellimport av varor.

Från ovanstående fall framstår det som att ett ensamåterförsäljaravtal enbart har negativa effekter på konkurrensen. Jones och Sufrin menar dock att ensamåterförsäljaravtal medför en rad positiva effekter och stimulerar själva konkurrensprocessen. Några fördelar som de nämner med avtalstypen är att eftersom antalet återförsäljare i området är begränsat är det lättare att få feedback av kunder, samt att avtalet kan lösa problemet med snålskjuts. En återförsäljare som har ensamrätt till att sälja varan inom området är dessutom mer benägen att marknadsföra och lyfta fram produkten när han eller hon vet att andra återförsäljare inte kan åka snålskjuts på de åtgärder som har vidtagits.⁶⁶ Ensamåterförsäljaravtal kan dock även innebära risker för konkurrenshämmande effekter. Dessa består i allmänhet av att

⁶³ Riktlinjerna för vertikala begränsningar, p. 151.

⁶⁴ Goyder, s. 78.

⁶⁵ Mål 56 och 58/64, *Établissements Consten S.A.R.L. och Grundig-Verkaufs-GmbH mot Europeiska ekonomiska gemenskapens kommission*, REG [1996], s. 429.

⁶⁶ Jones och Sufrin, s. 805.

konkurrensen mellan varumärkena minskar och att marknaden delas upp. Detta kan i sin tur leda till prisdiskriminering.⁶⁷

Försäljning genom ensamåterförsäljaravtal anses, i och med *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH*⁶⁸ vara tillåtet i de fall ensamrätten är nödvändig för att ta sig in på en ny marknad. För att avgöra om det aktuella avtalet var tillåtet togs det i fallet hänsyn till vissa faktorer. Dessa inkluderade varans natur, parternas marknadsandelar, huruvida avtalet innebar obegränsad eller begränsad tillgång till produkter, det territoriella skyddets styrka för återförsäljaren och slutligen huruvida avtalet var en del av ett flertal liknande avtal som tillsammans bildade ett distributionsnätverk. EU-domstolen menade att ett avtal som medger exklusiva distributionsrättigheter, men inte innebär ett absolut territoriellt skydd, inte faller under förbudet i artikel 101.1 FEUF. Absolut territoriellt skydd innebär att den exklusiva distributionen ges skydd även mot passiv försäljning, vilket bryter mot förbudet i artikel 101.1 FEUF.⁶⁹

2.4.4 Icke-exklusiva avtal

De avtalsformer som faller under beteckningen icke-exklusiva avtal kvalificerar sig varken som ett ensamåterförsäljaravtal eller ett selektivt distributionsavtal. Det betyder att icke-exklusiva avtal är en distributionsform som inte innebär någon ensamrätt för återförsäljaren.⁷⁰ I denna avtalsform åtnjuter inte återförsäljaren något territoriellt skydd för försäljning av varan. Ett icke-exklusivt avtal innebär vidare att leverantören inte är begränsad i sina möjligheter att utse ytterligare återförsäljare av varan, även om de skulle finnas i den ursprungliga återförsäljarens territorium. Genom ett icke-exklusivt avtal kan en återförsäljare inte heller få något skydd för aktiv och passiv försäljning som andra återförsäljare inom samma leverantörs distributionsnätverk ägnar sig åt. Det är dock, enligt gruppundantaget, möjligt att leverantören accepterar att inte konkurrera med sina återförsäljare som är bundna av ett icke-exklusivt avtal. Det innebär att en återförsäljare under ett icke-exklusivt avtal får samma skydd som en återförsäljare i ett ensamåterförsäljaravtal.⁷¹

Det är möjligt att begränsa en återförsäljare i ett icke-exklusivt avtal rent territoriellt. Begränsningen gäller aktiv försäljning och kräver att de tre kumulativa villkoren i artikel 4(b)(i) förordning 330/2010 är uppfyllda. Punkt 51 i riktlinjerna för vertikala begränsningar ger vägledning för villkorens uppfyllande. De begränsningar som detta skulle medföra kan innefatta de territorier som leverantören har förbehållit sig själv, eller tilldelat en annan återförsäljare genom ett ensamåterförsäljaravtal. Om

⁶⁷ Riktlinjerna för vertikala begränsningar, p. 151.

⁶⁸ Mål 56/65, *Société Technique Minière (L.T.M) mot Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, REG [1966] s. 337.

⁶⁹ Bellamy & Child, s. 441.

⁷⁰ Henriksson, s. 188.

⁷¹ Wijckmans & Tuytschaever, s. 204.

leverantören inte har några återförsäljare genom ensamåterförsäljaravtal är det endast möjligt att begränsa aktiv försäljning inom det området som leverantören har undantagit sig själv.⁷² Leverantören är förbjuden att direkt konkurrera med distributionsnätverket på så vis att leverantören själv säljer till kunder i återförsäljarens område.⁷³ Detta gäller för icke-exklusiva återförsäljaravtal på samma vis som för ensamåterförsäljaravtal.⁷⁴

Möjligheten finns även att en icke-exklusiv återförsäljare får samma kundrestriktioner som en ensamåterförsäljare. Detta innebär att en icke-exklusiv återförsäljare ges exklusiv tillgång till en särskild kundgrupp. Skyddet av den specifika gruppen inkluderar endast aktiv försäljning från andra återförsäljare, passiv försäljning är således fortfarande tillåten. För att exklusiviteten ska vara möjlig krävs att villkoren i artikel 4(b)(i) förordning 330/2010 är uppfyllda, med hjälp av vägledning från punkt 51 i de vertikala riktlinjerna.⁷⁵

2.4.5 Att avtala om territoriella begränsningar

Trots att klausuler om territoriella restriktioner ses som svartlistade begränsningar kan de ändå bli tillåtna med hjälp av de undantag som finns i artikel 4(b)(i-iv) förordning 330/2010. Det första undantaget i artikel 4(b)(i) förordning 330/2010 gör det möjligt för en leverantör att begränsa en återförsäljare rent territoriellt i de fall leverantören har ingått ensamåterförsäljaravtal med andra distributörer, alternativt om leverantören har förbehållit ett område för egen del. Det ska dock noteras att detta endast ger möjlighet att begränsa aktiv försäljning in i ett redan exklusivt tilldelat område. Passiv försäljning måste alltid medges i dessa fall.⁷⁶

De följande tre undantagen tillåter, till skillnad från det första, begränsningar av både aktiv och passiv försäljning. Artikel 4 (b)(iii) förordning 330/2010 behandlar begränsningar vid selektiv distribution. Undantaget tillåter en auktoriserad återförsäljare, som är del av ett selektivt distributionssystem, att inte sälja till en icke-auktoriserad återförsäljare. Detta gäller både i områden där det finns ett selektivt distributionssystem, men även där leverantören ännu inte har börjat sälja de varor som avtal har ingåtts om.⁷⁷

Undantagen i artikel 4(b)(ii) förordning 330/2010 respektive 4(b)(iv) förordning 330/2010 medger möjlighet till territoriell begränsning först och främst när en leverantör vill skilja på grossist- och detaljistförsäljning. Det är i de fall tillåtet att hindra en återförsäljare att sälja till slutkunder. Slutligen behandlar det sista undantaget så kallade komponenter. Med

⁷² Wijckmans & Tuytschaever, s. 205.

⁷³ Wijckmans & Tuytschaever, s. 202.

⁷⁴ Wijckmans & Tuytschaever, s. 205

⁷⁵ Wijckmans & Tuytschaever, s. 205.

⁷⁶ Riktlinjerna för vertikala begränsningar, p. 51.

⁷⁷ Riktlinjerna för vertikala begränsningar, p. 55.

komponenter avses alla typer av mellanprodukter⁷⁸. Undantaget innebär att en leverantör har möjlighet att hindra en köpare från att inhandla komponenter, när syftet med köpet är att producera varor som säljs vidare till leverantörens konkurrenter.⁷⁹

I kapitel 4 kommer bland annat skillnaden mellan aktiv och passiv försäljning att belysas ytterligare, tillsammans med gränsdragningar vid virtuell försäljning.

2.4.6 Resultatet av vertikala avtals utformning

Sammanfattningsvis beror valet av distributionsform och utformningen av det vertikala avtalet delvis på vilken typ av produkt som ska säljas. Vanligt förekommande produkter säljs exempelvis genom ett icke-exklusivt avtal, med anledning av de inte kräver något direkt skydd genom territoriella begränsningar. Produkter som däremot är av tekniskt avancerad karaktär eller klassificeras som lyxvaror säljs fördelaktigt genom ett selektivt distributionssystem. Leverantören kan i ett sådant distributionsnätverk enkelt kontrollera de marknadsförings- och försäljningsåtgärder som vidtas och den miljö som produkterna säljs i.

Om leverantören inte vill att marknaden fylls av återförsäljare, som samtliga säljer den avtalade produkten, utformas avtalet som ett exklusivt återförsäljaravtal. Leverantören kan därmed begränsa antalet återförsäljare och tilldela dessa särskilda områden i vilka aktiv försäljning får ske. Även i detta fall har leverantören möjlighet att kontrollera återförsäljarens marknadsföringssatsningar. Kontrollen sträcker sig dock inte fullt lika långt som vid en selektiv distributionsform.

De olika distributionssystemen inkluderar begränsningar som kan anses vara negativa. Förutsatt att utformningen av det vertikala avtalet passar den typ av produkt som ska säljas, och att avtalet i övrigt inte håller klausuler som kan anses falla under förbudet i artikel 101.1 FEUF, kan de negativa effekterna utebli och istället förvandlas till positiva. Som noterades i avsnitt 2.3.2 kan ett flertal vertikala begränsningar lösa samma typ av ineffektivitetsproblem. Det innebär att vissa klausuler är utbytbara och leder till ungefär samma resultat. Trots att de utbytbara begränsningarna löser samma problem kan de dock medföra olika typer av negativa effekter. En helhetsbedömning behöver därför göras, för att väga de positiva effekterna mot de negativa.

⁷⁸ En mellanprodukt är en vara som används särskilt för att producera andra varor.

⁷⁹ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 55.

3 Vertikala avtal och försäljning på Internet

3.1 Skiftet från fysisk försäljning till e-handel

Dagens samhälle blir allt mer beroende av elektronik. Internet är ett av många verktyg som används för att förenkla såväl arbetslivet som vardagen. En del av detta är att allt fler transaktioner sker i virtuell form genom e-handel istället för i fysiska butiker. Under 2013 ökade intäkterna från e-handel mellan företag och privatkonsumenter (B2C) på den europeiska marknaden med 16.3%. Antalet B2C webbutiker uppskattas även ha ökat till 650,000 vid slutet av 2013.⁸⁰

I föregående kapitel redogjordes för tre former av distributionsavtal. Utgångspunkten för redogörelsen var att samtliga avtal baserades på återförsäljare vars försäljning sker i ett fysiskt format, de bedriver därmed inte försäljning på nätet. Detta avsnitt tar därför steget vidare och kombinerar olika former av distribution med e-handel. Texten kommer även att utreda hur den nuvarande regleringen för vertikala avtal tillämpas på handel som sker virtuellt. Återförsäljarens virtuella försäljning kan leda till att särskilda klausuler får ny tyngd. Nedan kommer ett antal klausuler och villkor som, med anledning av e-handel, ingår i ett avtal att både presenteras och diskuteras.

3.2 Särskilt svartlistade begränsningar vid e-handel

I riktlinjerna om vertikala begränsningar beskrivs Internet som:

[...] ett kraftfullt verktyg för att nå ut till ett större antal kunder av olika slag än genom mer traditionella försäljningsmetoder, och därför behandlas vissa begränsningar som avser användning av Internet som begränsningar av (åter)försäljning.⁸¹

Detta innebär att riktlinjerna om vertikala begränsningar tillåter återförsäljare att sälja de avtalade produkterna genom en hemsida. Det är därmed förbjudet för leverantören att inte tillåta att återförsäljaren använder sig av en sådan försäljningsstrategi.⁸² Som nämndes i kapitel 2 är det i de

⁸⁰ Ecommerce Europe.

⁸¹ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 52.

⁸² Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 52.

flesta fall otillåtet att förbjuda passiv försäljning⁸³, så är även fallet för e-handel. Det finns fyra begränsningar som anses vara särskilt allvarliga vid återförsäljning som sker genom e-handel. Det är inte tillåtet att omdirigera⁸⁴ eller hindra kunder som besöker en (ensam)återförsäljares hemsida från ett annat, exklusivt tilldelat område till leverantörens eller andra (ensam)återförsäljares webbplatser⁸⁵. Det är dock fullt möjligt att en leverantör och en återförsäljare kommer överens om att återförsäljarens hemsida innehåller länkar till såväl andra återförsäljares som leverantörens hemsidor.⁸⁶ Vidare är det inte heller tillåtet att transaktioner som sker på (ensam)återförsäljarens hemsida avbryts om informationen på kundens betalkort visar en adress som ligger utanför återförsäljarens (exklusiva) område.⁸⁷

Det är tillåtet för leverantören att ställa vissa krav på återförsäljaren, exempelvis att ett visst belopp av återförsäljningen sker i en fysisk butik. Det är dock inte tillåtet att begränsa den virtuella försäljningen genom att kräva att e-handelns andel av den totala försäljningen ska begränsas.⁸⁸ Kommissionen anser att de exempel som precis nämnts är begränsningar som är särskilt allvarliga och förhindrar såväl passiv försäljning som återförsäljarens möjlighet att få tillträde till en större grupp med kunder.⁸⁹

En leverantör kan kräva att en viss del, exempelvis ett visst belopp, av återförsäljningen sker i återförsäljarens butik. Det är dock inte tillåtet att avtala om eller att kräva att e-handelns andel av den totala försäljningen ska begränsas. Slutligen är det förbjudet att leverantör och återförsäljare avtalar om att de produkter som ska säljas på nätet är dyrare för återförsäljaren att köpa in än de varor som är tänkta att säljas i en vanlig, fysisk butik.⁹⁰

E-handel klassificeras i de flesta fall som passiv försäljning.⁹¹ Det finns dock försäljningsåtgärder som leder till att försäljningen istället bedöms som aktiv. Ett exklusivt distributionssystem bygger på att återförsäljare har olika exklusiva områden. Med anledning av detta är det av vikt för leverantören att aktiva säljförsök som sker online, utanför en återförsäljarens avtalade område, kan hindras. Det är därför nödvändigt att kunna begränsa de försäljnings- och marknadsföringsåtgärder som leder till att försäljningen anses aktiv. Utan möjligheten att begränsa aktiv försäljning skulle det vara

⁸³ Gränsdragningen mellan passiv och aktiv försäljning kommer att presenteras närmare i kapitel 4.

⁸⁴ Om en kund omdirigeras från en hemsida innebär det att han eller hon automatiskt blir skickad till en annan hemsida. För att exemplifiera det blir kunden skickad till en sida som tillhör en återförsäljare inom det särskilda området kunden befinner sig i.

⁸⁵ En webbplats är texter, bilder och dokument som alla är samlade och lagrade på en webbserver. Samlingen kan nås genom kommunikation över Internet.

⁸⁶ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 52(a)

⁸⁷ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 52(b).

⁸⁸ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 52(c).

⁸⁹ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 52.

⁹⁰ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 52(d).

⁹¹ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 52.

komplikerat att upprätthålla den typ av distributionssystem som exklusiv distribution innebär, med de territoriella begränsningar som ingår.⁹²

Förbudet mot att inte tillåta en återförsäljare att sälja produkter på nätet syns tydligt i den franska konkurrensmyndighetens beslut mot Bang & Olufsen.⁹³ Bang & Olufsen hade sedan 2001 förbjudit sina återförsäljare att sälja de avtalade varorna på Internet.⁹⁴ Konkurrensmyndigheten ansåg att Bang & Olufsen, genom att förbjuda sina återförsäljare att sälja på Internet, ensidigt begränsat den kommersiella friheten för medlemmarna av Bang & Olufsens selektiva distributionsnätverk. Förbudet ledde till att återförsäljarnas möjlighet att sälja till fler kunder begränsades. Den franska konkurrensmyndigheten noterade även att Bang & Olufsen inte presenterade några objektiva skäl till förbudet, samt att de underlåtit att ansöka om ett individuellt undantag.⁹⁵ Förutom böter på €900,000 krävde konkurrensmyndigheten att samtliga av Bang & Olufsens selektiva distributionsavtal i Frankrike redigerades för att klargöra att deras återförsäljare gavs tillåtelse att verka på Internet.⁹⁶

3.3 Pierre Fabre-fallet

Frågan angående en leverantörs möjlighet att förbjuda försäljning på Internet tas upp i Pierre Fabre-fallet⁹⁷. Vid tidpunkten för fallet var den gamla förordningen, förordning 2790/1999, fortfarande gällande. Fallet är dock relevant även vid en diskussion under förordning 330/2010. I Pierre Fabre koncernen ingår bland annat Pierre Fabre Dermo-Cosmétique. Bolaget tillverkar och säljer kroppsvårdsprodukter och kosmetika och har flera dotterbolag. Varorna från bolaget, och dotterbolagen, säljs främst på apotek, både på den franska och på den europeiska marknaden, genom selektiv distribution.

I distributionsavtalen för produkterna specificerades att försäljning måste ske på fysisk plats. Pierre Fabre Dermo-Cosmétique ställde dessutom kravet att det skulle finnas en utbildad apotekare närvarande.⁹⁸ Kraven innebar att all form av e-handel uteslöts.⁹⁹ Den franska konkurrensmyndigheten konstaterade att ett förbud mot försäljning på Internet begränsade återförsäljarnas kommersiella frihet. Förbudet var även negativt för

⁹² Robertson II, s. 182.

⁹³ Decision 12-D-23 of 12 December 2012 on practices implemented by the Bang & Olufsen company in the sector of selective distribution of Hi-fi and home cinema equipment. Beslutet omnämns fortsättningsvis som franska konkurrensmyndighetens beslut.

⁹⁴ Franska konkurrensmyndighetens beslut.

⁹⁵ Utzschneider och Glatz, s. 55.

⁹⁶ Franska konkurrensmyndighetens beslut.

⁹⁷ Mål C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS mot Président de l'Autorité de la concurrence och Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, REG [2011] s. I-9419. Målet omnämns härnäst som Pierre Fabre.

⁹⁸ Pierre Fabre, p. 12.

⁹⁹ Pierre Fabre, p. 14.

konsumenter eftersom det begränsade valmöjligheterna för de kunder som ville handla på nätet. Det innebar ett hinder för de kunder som inte befann sig i återförsäljarens tilldelade, fysiska område. Med anledning av detta menade konkurrensmyndigheten att den avtalade begränsningen hade ett konkurrensbegränsande syfte.¹⁰⁰ Pierre Fabre Dermo-Cosmétique ålades att ta bort förbudet mot nätförsäljning i avtalet och att dessutom uttryckligen ange att återförsäljarna hade möjlighet att använda sig av Internet som distributionsmetod.¹⁰¹

Pierre Fabre Dermo-Cosmétique överklagade beslutet och yrkade i första hand ogiltigförklaring och i andra hand ändring av konkurrensmyndighetens beslut vid Cour d'appel de Paris.¹⁰² Cour d'appel de Paris beslutade att dels vilandeförklara målet och dels ställa en tolkningsfråga till EU-domstolen. Frågan gällde huruvida ett allmänt och absolut förbud för återförsäljare att sälja leverantörens produkter till konsumenter via e-handel var att beaktas som en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning och därför inte kunde omfattas av gruppundantagsförordningen, men eventuellt beviljas ett individuellt undantag med stöd av artikel 101.3 FEUF?¹⁰³

EU-domstolen menade att om produkternas egenskaper inte objektivt kunde motivera kravet på att försäljning endast skedde i fysisk butik i närvaro av utbildad apotekare, och därmed förbjöd nätförsäljning, skulle artikel 101.1 FEUF tolkas så att avtalsbestämmelsen ansågs ha till syfte att begränsa konkurrensen.¹⁰⁴ I generaladvokat Mazáks förslag till avgörandet i målet kan utläsas att "[e]ftersom dessa produkter inte klassas som läkemedel och därmed inte omfattas av monopolet för apotekare finns det dock inget hinder för att de saluförs fritt utanför apoteken".¹⁰⁵ Han fortsätter vidare med att konstatera att apotek må vara den främsta distributionskanalen för kosmetika och kroppsvårdsprodukter, men att försäljningen på Internet har ökat stort. Generaladvokat Mazák poängterar även att stora lyxmärken inom varuområdet har etablerat e-handelssidor under eget namn i både Frankrike och utomlands.¹⁰⁶

Rörande frågans andra del beträffande gruppundantaget samt det individuella undantaget, konstaterade domstolen att gruppundantaget inte är tillämpligt på ett selektivt distributionsavtal som innehåller en bestämmelse, vilken i praktiken innebar att återförsäljaren förbjöds att använda Internet som försäljningsmetod. EU-domstolen konstaterade dock att om villkoren i 101.3 FEUF var uppfyllda fanns det möjlighet att avtalet på individuell basis kunde omfattas av undantaget i nämnda bestämmelse.¹⁰⁷

¹⁰⁰ Pierre Fabre, p. 19.

¹⁰¹ Pierre Fabre, p. 27.

¹⁰² Pierre Fabre, p. 28.

¹⁰³ Pierre Fabre, p. 31.

¹⁰⁴ Pierre Fabre, p. 47.

¹⁰⁵ Generaladvokat Mazáks förslag till avgörande, p. 5.

¹⁰⁶ Generaladvokat Mazáks förslag till avgörande, p. 6.

¹⁰⁷ Pierre Fabre, p. 59.

I generaladvokat Mazáks förslag till avgörande konstaterades även att konkurrensstyrelsen fastställde att användningen av en webbplats är att klassificera som en alternativ försäljningsmetod och därmed inte ett försäljningsställe.¹⁰⁸ Detta konstaterande är av intresse för en leverantörs möjlighet att utesluta Internetbaserade återförsäljare från sitt distributionsnätverk och kommer att behandlas i den kommande analysen.

3.4 Leverantörens möjlighet att ställa krav

E-handel klassas vanligen som passiv försäljning. Som har konstaterats är det inte möjligt för en leverantör att begränsa försäljning som sker passivt. Även om en leverantör inte kan hindra återförsäljaren från att bedriva försäljning på Internet genom en hemsida, är det fullt möjligt för leverantören att kräva att webbplatsen uppfyller vissa kvalitetsstandarder. Detta sker särskilt när återförsäljaren är del av ett selektivt distributionsnätverk.¹⁰⁹

Av naturliga skäl är det inte fullt ut möjligt för en leverantör att ställa exakt samma krav på en återförsäljare som ägnar sig åt virtuell försäljning som på en återförsäljare vars handel sker i en fysisk butik. Kraven som ställs på de två försäljningsmetoderna bör dock ha samma syfte och nå resultat som är jämförbara. Exempelvis framgår det av punkt 56 i de vertikala riktlinjerna att leverantören kan kräva särskilda leveranstider för nätförsäljning. Dessa tidsramar kan, förståeligt nog, inte vara lika omedelbara som vid butiksförsäljning. De ska istället vara praktiskt genomförbara, det vill säga att tidsrymden kan bli längre. Servicemässigt kan en nätbutiks kundservice behöva flytta sitt fokus till att hjälpa kunder som returnerar varor och se till att betalning sker på ett säkert sätt. Ett sätt för leverantören att förhindra att försäljning sker till icke-auktoriserade återförsäljare är att sätta en kvantitetsspärr på antalet avtalsprodukter som säljs till en enskild slutanvändare. En sådan spärr kan bli aktuell för såväl fysisk som virtuell handel beroende på om det är enklast att få tag i den särskilda varan på Internet eller i en fysisk butik.¹¹⁰

Det är inte tillåtet att förbjuda en återförsäljare att sälja de avtalade varorna på nätet. Leverantören kan dock kräva att återförsäljaren inte enbart bedriver försäljning på Internet, utan att återförsäljaren även har en, eller flera, fysiska butiker (*eng. brick and mortar*).¹¹¹ Det är därigenom möjligt för leverantören att utesluta återförsäljare som endast verkar genom virtuella butiker (*eng. pure players*) från ett distributionsnätverk.¹¹² Skälet till att återförsäljaren ska bedriva försäljning i fysisk form kan exempelvis vara för att nå upp till de krav som selektiv distribution ställer upp för exempelvis butikspersonalens expertis och råd. Ytterligare en anledning kan vara att

¹⁰⁸ Generaladvokat Mazáks förslag till avgörande, p. 10.

¹⁰⁹ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 54.

¹¹⁰ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 56.

¹¹¹ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 54.

¹¹² Wijckmans och Tuytschaever, s. 229.

kravet på fysisk butik är en väg till att förhindra så kallad snålskjutsåkning, se mer om detta nedan i avsnitt 3.5.

Som kan utläsas i avsnitt 2.4.5 innebär ett distributionsnätverk ofta någon form av territoriell begränsning. För att bibehålla denna begränsning kan det vara av intresse att återförsäljaren existerar i fysisk form och verkar inom det tilldelade exklusiva området. Themelis anser att det är till återförsäljarens nackdel att leverantörer har möjlighet att utesluta distributörer som endast verkar genom webbutiker. Återförsäljaren får, med anledning av leverantörens eventuella krav på fysisk butik, inte själv bestämma hur han eller hon vill utvecklas på marknaden och därmed inte utnyttja e-handelns fördelar till fullo. Det kan därmed betraktas som paradoxalt att en leverantör, som inte själv bedriver någon form av distribution till slutkunder, har möjlighet att bestämma över vilken försäljningsstrategi återförsäljaren ska följa.¹¹³ Som påpekades i generaladvokat Mazáks förslag till avgörande i Pierre Fabre-fallet är användningen av en webbutik inte att likställas med ett försäljningsställe, utan med en försäljningsmetod.¹¹⁴ Det kan därför anses vara ännu mer begränsande att påtvinga en återförsäljare en försäljningsstrategi som inte passar dennes verksamhet.

Robertson menar dock att en leverantörs möjlighet att kräva att återförsäljaren har en fysisk butik innebär att de återförsäljare som endast bedriver e-handel kan komma att uteslutas från vissa leverantörers nätverk. Hon tycker vidare att det inte finns någon objektiv anledning att neka en virtuell återförsäljare tillträde till distributionsnätverk så länge leverantörens kvalitativa villkor är uppfyllda.¹¹⁵ Såväl denna fråga som skillnaden mellan försäljningsställe och försäljningsmetod kräver mer utrymme för diskussion och kommer således att belysas mer djupgående i analysen.

3.5 Problematiken med snålskjutsåkning

Snålskjutsåkning inträffar när en icke-auktoriserad återförsäljare drar nytta av de försäljnings- och marknadsföringsåtgärder som en leverantör eller auktoriserad återförsäljare vidtar.¹¹⁶ Genom e-handelns utveckling har det blivit betydligt lättare för konsumenter att jämföra priser, inhämta information och framförallt köpa produkterna från olika återförsäljare.¹¹⁷

De vertikala riktlinjerna framhäver att varan måste vara av sådan karaktär att kunden inte vet vad han eller hon vill ha med anledning av ett tidigare köp. Snålskjutsåkning kan endast förekomma under dessa förutsättningar. Produkten ska av den orsaken antingen anses vara relativt ny eller tekniskt komplicerad. Det är även möjligt att produktens anseende är av så stor

¹¹³ Themelis, s. 356f.

¹¹⁴ Generaladvokat Mazáks förslag till avgörande, p. 10.

¹¹⁵ Robertson II, s. 180.

¹¹⁶ Lidgard, not. 266, s. 153.

¹¹⁷ Goyder, s. 229.

betydelse att det påverkar efterfrågan. Varans värde ska dessutom vara så högt att det är lönsamt för en kund att få tillgång till information om varan i en butik, men sedan gå till en annan butik för att köpa den. Det sista kravet som riktlinjerna nämner är att det ska vara opraktiskt för leverantören att ingå avtal med sina återförsäljare som ställer krav på marknadsföring eller service före försäljning.¹¹⁸ Butiken där konsumenten slutligen köper produkten säljer förmodligen varan till ett lägre pris, vilket den kan göra med anledning av att återförsäljaren i det fallet inte har haft samma utgifter för försäljnings- och marknadsföringsåtgärder.¹¹⁹ Distributionsformens betydelse för återförsäljarens ekonomi är även den av intresse och kan ses i avsnitt 3.6.

Bellamy & Child pekar på att problematiken med snålskjutsåkning kan lösas med hjälp av olika vertikala avtal. Genom att begränsa antalet återförsäljare som får sälja till de specifika varorna, genom exempelvis selektiva eller exklusiva distributionsavtal, kan risken för snålskjutsåkning minskas. En minimerad risk för snålskjutsåkning leder till att återförsäljarnas motivation att investera i försäljningsåtgärder ökar. Ett ökat incitamentet att investera underlättar för nya återförsäljare och märken som vill ta sig in på marknaden.¹²⁰

Det ska dock uppmärksammas att den lösning som Bellamy & Child föreslår även kan vara en del av problemet. Snålskjutsåkning sker ofta, som Robertson noterar, på grund av att återförsäljaren gör större investeringar. Dessa investeringar kan exempelvis vara butikens utformning, utbildning av personal samt den service som äger rum före en försäljning. Investeringar likt dessa är vanligt förekommande i selektiva distributionssystem. Steget till att lösa problemet kan därför vara att lägga in ett krav på att återförsäljaren ska ha en fysisk butik och inte enbart verka inom e-handel.¹²¹

Problemet med snålskjuts drabbar inte enbart återförsäljare vars försäljning sker genom fysiska butiker. Både Goyder och Robertson påpekar att konsumenterna använder sig av elektroniska återförsäljare för att göra efterforskningar och få information om varan. Kunden köper sedan produkten i en fysisk affär och undviker på så vis frakttider.¹²² Goyder menar även att det inte enbart är konsumenterna som åker snålskjuts på elektroniska marknadsförings- och säljåtgärder. Hon poängterar att eftersom de försäljnings- och marknadsföringsåtgärder som vidtas i elektronisk form lättare kan riktas direkt mot en särskild konsument och därmed bli mer personliga, kan leverantörerna utnyttja detta och därmed åka snålskjuts på åtgärder vidtagna av återförsäljare inom e-handel.¹²³ Lösningen finns därmed inte alltid helt och hållet i vertikala avtal som exempelvis innehåller krav på fysisk butik.

¹¹⁸ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 107(a).

¹¹⁹ Bellamy & Child, s. 415.

¹²⁰ Bellamy & Child, s. 415f.

¹²¹ Robertson I, s. 134f.

¹²² Goyder, not. 15, s. 230, Robertson I, s. 135.

¹²³ Goyder, s. 230.

Ytterligare en problematik som kan uppstå är i de fall som en virtuell återförsäljare marknadsför varan utan att koordinera reklamens budskap med leverantören. VanHoose exemplifierar det med att leverantören vill framkalla en viss känsla med sin reklam för produkten, men den virtuella återförsäljaren låter sin marknadsföring förmedla ett motsäggande budskap.¹²⁴ Detta problem torde dock kunna lösas relativt enkelt genom vertikala avtal och tydliga klausuler gällande marknadsföringsstrategier.

3.6 Distributionsformens betydelse i ekonomiskt hänseende

I avsnitt 3.5 berörs den ekonomiska synvinkeln på ett distributionssystem i korthet. En återförsäljare i ett selektivt distributionssystem förväntas ofta göra diverse investeringar rörande exempelvis butikens layout och geografiska läge och tillhandahålla utbildningar för personalen för att medarbetarna ska kunna ge den service som kunden, och leverantören, förväntar sig. Tillverkare och leverantörer använder sig ofta av utomstående aktörer, exempelvis reklambyråer och återförsäljare, för att marknadsföra och distribuera produkten. VanHoose menar att anledningen till detta är att kostnaden för att samarbeta med marknadsförare och återförsäljare är lägre än att en leverantör anställer egen personal och själv övervakar hela processen från färdig produkt till försäljning.¹²⁵

Kostnaderna för återförsäljare som enbart fokuserar sin försäljning till en fysisk butik skiljer sig från en aktör som verkar på Internet. Kostnader för lokalhyra och lager kan vara betydligt högre för en återförsäljare vars verksamhet sker genom en fysisk butik. Detta är särskilt fallet när återförsäljaren är del av ett selektivt distributionsnätverk där affären, eller affärerna, förväntas ligga på en attraktiv och central adress. Som nämndes ovan är det möjligt för leverantören att utesluta återförsäljare som enbart säljer genom virtuella butiker.¹²⁶ I de fall som återförsäljaren enbart har en webbutik kan exempelvis personalkostnader gå ner,¹²⁷ samtidigt som kostnader för frakt, säkra betalningssystem och språkalternativ¹²⁸ på hemsidan istället ökar.¹²⁹

En kostnad som kan vara jämförbar med en fysisk butiks hyra är en webbutiks utgifter för servrar. Det finns två val som hemsidans ägare kan välja mellan, servern kan antingen placeras i återförsäljarens egna lokaler eller hos en tredje part. Om servern placeras hos en tredje part ansvarar

¹²⁴ VanHoose, s. 118.

¹²⁵ VanHoose, s. 117.

¹²⁶ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 54.

¹²⁷ Colino, s. 172.

¹²⁸ Möjligheten för återförsäljaren att erbjuda språkalternativ på hemsidan är av stort intresse för den kommande analysen och kommer att presenteras i 4.5.

¹²⁹ Gomez-Herrera et al, s. 84.

denna part för driften av servern. Om servern ska finnas på plats i återförsäljarens lokaler krävs det att tekniker finns på plats och kan sköta det dagliga arbetet av den. Driftskostnaderna som kommer av att ha servern i egna lokaler är betydligt högre än att placera den hos en annan part. Det är därför vanligare att e-handelsföretag väljer det senare alternativet och istället fokuserar fullt ut på själva affärsverksamheten.¹³⁰

En del av problematiken som snålskjutsåkning och minskad försäljning i fysiska butiker kan leda till är att återförsäljaren försöker dra ner på kostnader, exempelvis genom en förminskad personalstyrka. Detta löser dock inte problemet. En fysisk butiks fördel är, förutom att konsumenten kan känna på varorna, att kunden blir erbjuden personlig service. I de fall personal inte finns på plats för att hjälpa kunden försvinner den variabeln och kundens fokus flyttas istället över mot varans pris och tillgänglighet, vilket e-handel ofta kan dra fördel av. Detta leder till en negativ spiral: När försäljningen minskar svarar återförsäljaren med att minska på kostnaderna, exempelvis genom att minska personaltätheten. Resultatet blir att de kunder som handlar i butiken får, från ett serviceperspektiv, en ännu sämre upplevelse och väljer följaktligen att fokusera på de konkurrensmedel som en virtuell butik främst kan erbjuda, nämligen pris och bekvämlighet.¹³¹

En av de mer lönsamma aspekterna av e-handel är att marknaden blir, geografiskt sett, betydligt större.¹³² Det spelar inte lika stor roll vilken storlek aktören har. Återförsäljaren kan, trots en mindre storlek, nå en global marknad med hjälp av Internet.¹³³ Förutom den globala aspekten kan e-handel dra fördel av att det inte finns några öppettider för en webbutik. Medan en fysisk butik har konkreta tider under vilka försäljning kan ske har en virtuell butik möjlighet att sälja dygnet runt. Konsumenterna har möjlighet att välja när det passar dem att handla. Om de vill avvakta med sin beställning kan de enkelt placera varan i butikens kundkorg på hemsidan och återkomma vid ett senare tillfälle. De kan även, utan att flytta mer än en hand, jämföra priser, modeller och få inspiration.¹³⁴

Rigby kommer med flertalet innovativa idéer. En av dessa är att fysiska affärer ska omfamna teknologin i en vidare bemärkelse och bland annat använda sig av den för att göra såväl kundens shoppingsupplevelse som butikens skyltfönster mer interaktiva och levande. Ett av Rigbys förslag är att teknologi ska kunna ge både rekommendationer och ta upp beställningar även när affären är stängd.¹³⁵ Om hans idé skulle förvandlas till verklighet skulle samtliga av dygnets timmar kunna användas för att locka kunder till köp. En attraktiv, central adress där potentiella kunder passerar oavsett tid blir således till en ännu mer fördelaktig investering.

¹³⁰ Mohapatra, s. 30.

¹³¹ Rigby, s. 72.

¹³² Gomez-Herrera et al, s. 83.

¹³³ Mohapatra, s. 4.

¹³⁴ Mohapatra, s. 4.

¹³⁵ Rigby, s. 72.

Internetförsäljning definieras i de allra flesta fall som passiv försäljning, vilket gör att den inte kan begränsas oavsett om återförsäljaren befinner sig i ett exklusivt eller selektivt distributionsnätverk.¹³⁶ Poängen i att marknaden geografiskt sett blir större vid e-handel ligger i att det utökar konsumentens möjlighet till ett bredare utbud av varor men bjuder även in till en starkare konkurrens över varornas priser.¹³⁷ Så väl utbud som prismässig konkurrens torde vara till konsumentens fördel.

Ännu en möjlig lösning på problemet med snålskjutsåkning kan vara att avtala om prisbindning (*eng. resale price maintenance/RPM*). Prisbindning innebär en begränsning på återförsäljarens priser mot dennes kunder, antingen genom att bestämma ett fast eller ett lägsta pris alternativt en fast- eller lägsta prisnivå. Vanligtvis är detta att beakta som en särskilt allvarlig begränsning. Om avtalet inkluderar en prisbindning presumeras det begränsa konkurrensen och därmed falla under artikel 101.1 FEUF. Detta leder till att det uppstår en presumtion om att avtalet inte uppfyller de villkor som finns i artikel 101.3 FEUF och därmed inte kan omfattas av gruppundantaget.¹³⁸

Frågan är hur något som presumeras begränsa konkurrensen kan vara lösningen på ett snålskjutsproblem? Svaret ligger i att en prisbindning, som är leverantörsstyrd, kan ge effektivitetsvinster. Dessa bedöms enligt villkoren i artikel 101.3 FEUF.¹³⁹ Problematiken med snålskjuts ligger bland annat i att det snålskjutsåkande företaget inte har gjort de investeringar som försäljnings- och marknadsföringsåtgärderna kräver. Med anledning av detta har företaget inte heller haft samma kostnader som den investerande återförsäljaren. I praktiken kan det leda till att de pengar som inte har investerats istället kan användas för att pressa priserna och på så vis locka kunder. Prisbindning kan därför bidra till att minska snålskjutsåkning i återförsäljarledet genom att en klausul om just detta införs i avtalet. Parterna behöver vid ett sådant införande visa att alla villkor i artikel 101.3 FEUF är uppfyllda, samt att prisbindningen är ett incitament för att överkomma snålskjutsåkning och att konsumenterna har fördel av investeringen i service som sker före försäljningen.¹⁴⁰

¹³⁶ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 52.

¹³⁷ Gomez-Herrera et al, s. 83.

¹³⁸ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 223.

¹³⁹ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 225.

¹⁴⁰ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 225.

4 Gränsdragning mellan aktiv och passiv försäljning

4.1 Försäljningens aktivitet och passivitet

Definitionen av aktiv respektive passiv försäljning kan ses i punkt 51 i riktlinjerna om vertikala begränsningar. I korta drag innebär aktiv försäljning att en återförsäljare söker upp en potentiell kund, exempelvis genom riktad reklam. Motsatsvis sker passiv försäljning vid de tillfällen en kund självmant söker upp en återförsäljare. Den gränsdragning som sker mellan de två typerna av försäljning kan i praktiken påverka hur många kunder en återförsäljare har möjlighet att sälja till. Huruvida försäljningen ses som aktiv eller passiv påverkar även en leverantörs möjlighet att inkludera begränsningar i distributionsavtalet. Som noteras i avsnitt 2.2 är det till exempel inte möjligt att begränsa passiv försäljning. I den nuvarande regleringen definieras e-handel alltid som passiv. Det är därmed inte möjligt att förbjuda virtuell försäljning. En återförsäljares marknads- och säljstrategier kan dock påverka bedömningen av gränsdragningen mellan aktiva och passiva säljförsök. Detta kapitel syftar till att klargöra när försäljning klassificeras som aktiv eller passiv och hur strategier vid marknadsföring och försäljning påverkar gränsdragningen.

4.2 Gränsdragning vid fysisk försäljning

Vid fysisk försäljning är skillnaden mellan aktiv och passiv försäljning ganska logisk och enkel att förstå. Vid aktiv försäljning söker säljaren själv upp konsumenten. Bellamy & Child nämner som exempel ett scenario, i vilket en återförsäljare öppnar upp en butik i ett område som är tilldelat en annan exklusiv återförsäljare som säljer samma leverantörs produkter. Återförsäljarens syfte med att öppna upp butiken är att få fler kunder.¹⁴¹ Att öppna en butik är dock en relativt stor åtgärd. En mindre kostsam strategi, som även den definieras som aktiv försäljning, är om säljaren kontaktar kunder utanför sitt eget tilldelade område genom att skicka ut mail eller kataloger som inte är efterfrågade av kunden.¹⁴²

Logiskt nog är passiv försäljning i princip raka motsatsen. I ett sådant läge söker kunden upp återförsäljaren för att köpa produkten. Kunden kan också be om att få bli uppdaterad på kampanjer och nyinkomna varor. Om ett köp sker med anledning av sådan uppdatering anses även den försäljningen vara passiv.¹⁴³ Det är möjligt att marknadsföra produkterna utan att försäljningen ändras från passiv till aktiv. Villkoret för detta är att reklamen är allmän och

¹⁴¹ Bellamy & Child, s. 441.

¹⁴² Wijckmans och Tuytschaever, s. 155.

¹⁴³ Bellamy & Child, s. 441.

inte enbart riktar sig till en annan återförsäljares exklusiva område.¹⁴⁴ Som exempel kan en tidningsannons användas. Två återförsäljare är verksamma i olika delar av Sverige, en i Stockholm och en i Skåne. Dessa områden är exklusivt tilldelade var och en av återförsäljarna. Återförsäljaren i Stockholm väljer att annonsera i en tidning som har nationell räckvidd, till exempel Dagens Nyheter. Genom denna reklam får han eller hon kunder i den skånska återförsäljarens exklusiva område. Trots detta är försäljningen att bedöma som passiv. Anledningen är att mediet som har använts för marknadsföringen, det vill säga den nationella tidningen, inte riktar sig specifikt till kunder i Skåne. Försäljningen är därför inte att betrakta som aktiv.¹⁴⁵

Wijckmans och Tuytschaever poängterar att gränsdragningen mellan aktivitet och passivitet inte beror på om en försäljning faktiskt har gått igenom. De pekar på att det är den bakomliggande strategin som avgör, om det finns en sådan. Som nämntes i ovanstående stycke är oönskade mailutskick ett tydligt exempel på en aktiv försäljningsåtgärd som inte behöver leda till en försäljning. På samma sätt är försäljningen passiv om det är kunden som tar initiativet till kontakten, exempelvis för att beställa en katalog som sedan leder till försäljning av varor.¹⁴⁶

4.3 Gränsdragningen för virtuell försäljning

Internets karaktär gör att gränsdragningen mellan aktiv och passiv försäljning är beroende av ett flertal olika faktorer. Situationen blir med anledning av det mer komplicerad. Som har klargjorts tidigare presumeras försäljning på nätet vara passiv försäljning "[...] eftersom det är ett berättigat sätt att ge kunderna möjlighet att nå återförsäljaren".¹⁴⁷ Riktlinjerna om vertikala begränsningar framhäver även att kunder lätt kan komma åt en webbutik som drivs av en återförsäljare utanför deras område. Om kunden kontakter återförsäljaren, antingen för att direkt lägga en beställning, eller för att enbart hålla sig ajour med återförsäljarens sortiment, och senare lägger en beställning anses försäljningen vara passiv. Detsamma gäller om återförsäljaren på sin hemsida erbjuder kunden möjlighet att själv välja vilket språk hemsidan ska visas på.¹⁴⁸ Kritiskt sett kan möjligheten till språkval anses tvetydig och mer utrymme kommer att läggas på att presentera detta nedan i avsnitt 4.5.

Även om e-handel presumeras vara passiv så kan försäljningen skifta till att vara aktiv. Likt försäljning i fysisk butik beaktas det som en aktiv åtgärd att återförsäljaren skickar ut mail som inte har blivit efterfrågade av den

¹⁴⁴ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 51 st. 3.

¹⁴⁵ Wijckmans och Tuytschaever, s. 155.

¹⁴⁶ Wijckmans och Tuytschaever, s. 155.

¹⁴⁷ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 52.

¹⁴⁸ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 52.

potentiella kunden. Aktiv försäljning även anses ske när en återförsäljare kontaktar en särskild grupp konsumenter, alternativt konsumenter i ett särskilt område avskilt från återförsäljarens egna. Kontaktförsöken kan ske genom områdes- eller gruppsspecifik marknadsföring på nätet som riktar sig direkt till den önskade målgruppen.¹⁴⁹ Den specifikt riktade marknadsföringen kan exempelvis ske genom att en sökmotor¹⁵⁰ betalas för att visa reklamen för särskilda besökare. Förutom att visa specifika annonser kan marknadsföring ske via sökoptimering. Det innebär att särskilda nyckelord kopplas till företagets hemsida genom söktjänster. När en potentiell kund använder dessa ord vid en sökning kommer hemsidan att visas som en träff i sökresultatet.¹⁵¹ Annonser, så kallade banners, som ligger på en tredje parts hemsida, anses vara aktiv försäljning till området där reklamen visas.¹⁵² Annonserna kan även kopplas till de nyckelord som företaget har valt att använda sig av.¹⁵³ Till skillnad från ovanstående exempel med annonsen i den nationella tidningen kan syftet med en marknadsföring, placerad på Internet, lättare utredas. För att klargöra vem eller vilka som marknadsföringen riktar sig till kan det så kallade *attractive investment test*¹⁵⁴ användas.

Vid försäljning på nätet är skillnaderna mellan aktiv och passiv försäljning mer diffusa än vid försäljning genom fysiska butiker. Velez menar att det är alltför komplicerat att dra en konkret gräns mellan aktiv och passiv försäljning på nätet. Han poängterar att Internet i sig självt kan leda till att webbutiken blir en succé utan att återförsäljaren själv arbetat aktivt för ett sådant resultat. Kunderna har möjligheten att på egen hand jämföra priser och utföra sökningar, vilket sedan kan leda till att de efterfrågar nyhetsbrev innehållande erbjudanden. Dessa kunder befinner sig inte sällan utanför det område som återförsäljaren är exklusivt tilldelad.¹⁵⁵ Det är dock viktigt att notera att om återförsäljaren skickar ut nyhetsbrev som inte är beställda av kunden förändras passiviteten till aktivitet.¹⁵⁶ Robertson är noga med att påpeka att hon anser det viktigt att bibehålla presumtionen för e-handels passiva försäljning för att på så vis inte begränsa den. Genom att låta försäljningen vara passiv och därmed mer tillgänglig menar hon att de europeiska kunderna kan dra fördel av Internet och det vida utbud och konkurrenskraftiga priser som det erbjuder.¹⁵⁷

¹⁴⁹ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p.51.

¹⁵⁰ Sökmotorer upptäcker och indexerar webbsidor. De används som hjälpmedel till söktjänster. En söktjänst, exempelvis Google eller Bing, är en webbplats som söker efter information på Internet.

¹⁵¹ VanHoose, s. 188.

¹⁵² Faull & Nikpay, s. 1401.

¹⁵³ VanHoose, s. 188.

¹⁵⁴ Innebörden av testet förklaras närmare i avsnitt 4.4.1. I avsnittet presenteras även marknadsföring som är särskilt anpassad för e-handel.

¹⁵⁵ Velez, s. 217.

¹⁵⁶ Henriksson, s. 286.

¹⁵⁷ Robertson II, s. 181.

4.4 Passivitet respektive aktivitet vid marknadsföring

Som har klargjorts ovan kan marknadsföring innebära en betydande skillnad för gränsdragningen mellan aktiv och passiv försäljning. Kommissionen har i beslutet Google/DoubleClick¹⁵⁸ identifierat marknadsföring som sker online respektive offline¹⁵⁹ som två olika marknader.¹⁶⁰ Beslutet i sig behandlar Googles förvärv av DoubleClick, det är alltså ett horisontellt avtal och ett förvärv som är i fokus. Indelningen av marknadsföring som sker online och offline är dock applicerbart även i detta fall med vertikala avtal och kommer därför att redogöras för i avsnitt 4.4.1.

4.4.1 Bedömning av syftet vid virtuell marknadsföring

Det är inte alltid uppenbart när försäljning på Internet går från presumerat passiv till aktiv. En anledning som kan medföra att en förändring sker är marknadsföringsåtgärder. I punkt 51 i de vertikala riktlinjerna kan en uppdelning mellan aktiv och passiv försäljning beaktas. Wijckmans och Tuytschaever har valt att döpa denna uppdelning till ”*attractive investment test*”, vilket kan översättas till attraktivt investeringstest. Testet går ut på att gränsdragningen mellan aktivitet och passivitet vid marknadsföringsåtgärder bygger på huruvida det är lönsamt och attraktivt för återförsäljaren att genomföra en annonsering, även om den inte skulle nå potentiella konsumenter i andra återförsäljares exklusivt tilldelade områden. Om marknadsföringsåtgärden fortfarande är positiv för återförsäljaren, trots att den endast når kunder inom återförsäljarens tilldelade område, är svaret att försäljningen är passiv. Testet gör det möjligt att visa vad det bakomliggande syftet för en återförsäljares marknadsförings- eller försäljningsåtgärd är. Wijckmans och Tuytschaever konstaterar att testet därmed gör det möjligt för en leverantör eller en konkurrerande återförsäljare att hävda att aktiv, otillåten, försäljning har skett. De påpekar dock att även om möjligheten för en sådan diskussion finns kan det eventuellt vara oförnuftigt att lägga in subjektiva åsikter i ett test som möjligen resulterar i att försäljningsåtgärden definieras som en svartlistad begränsning.¹⁶¹

Det attraktiva investeringstestet går att liknas vid exemplet med marknadsföringen i den nationella tidningen. Även om mediet, genom vilket annonseringen sker, når ett stort område blir marknadsföringen inte

¹⁵⁸ Commission Decision of 11/03/2008 declaring a concentration to be compatible with the common market and the functioning of the EEA Agreement (Case No COMP/M.4731 - Google/DoubleClick), C(2008) 927 final. Beslutet omnämns vidare Google/DoubleClick.

¹⁵⁹ Med marknadsföring som sker offline avses marknadsföring i exempelvis fysiska tidningar, på reklampelare och genom radio som inte sänds på Internet.

¹⁶⁰ Google/DoubleClick, p. 45.

¹⁶¹ Wijckmans och Tuytschaever, s. 231.

nödvändigtvis aktiv. Skillnaden uppstår i de fall återförsäljarens marknadsföringsinvesteringar blir lönsamma först när de når konsumenterna i ett område som är exklusivt tilldelat en annan återförsäljare.¹⁶² För att exemplifiera detta pekar riktlinjerna på marknadsföring genom områdesbaserade banners på utomstående aktörers hemsidor. Riktlinjerna menar att det är ett sätt för initiativtagaren till reklamen att bli sedd; antingen av en särskild kundkategori eller inom ett visst område. På samma vis är det aktiv marknadsföring och därmed aktiv försäljning i de fall en återförsäljare betalar en sökmotor för att visa reklam för en särskilt utvald grupp internetanvändare utanför det tilldelade området.¹⁶³

I det ovanstående tidningsexemplet kan det vara svårt att klargöra vilken kundgrupp eller vilket område som annonsen egentligen riktar sig till. När åtgärder vidtas på Internet uppstår inte det problemet. Det är således lättare att urskilja syftet bakom reklamen och vilken målgrupp den riktar sig till. I Google/DoubleClick konstaterade kommissionen att marknadsföring som sker online, till skillnad från offline, är lättare att rikta mot en särskilt utvald grupp. Detta kan exempelvis göras genom att kombinera faktorer så som geografiskt område, intressen, tid på dagen när annonsen ska visas eller historik över gjorda sökningar och köpta föremål. Dessutom ger marknadsföring på Internet möjlighet att föra statistik på ett sätt som fysisk reklam inte erbjuder. Marknadsföraren kan följa virtuella annonser och se exakt hur många gånger som besökare har sett eller klickat på dem. Detta ger även möjlighet för marknadsföraren att ”återannonsera”¹⁶⁴ (eng. ”retargeting”) och på så vis öka marknadsföringens effektivitet.¹⁶⁵

I Google/DoubleClick poängterades också skillnaden som finns vid kostnadsuträkning för användande av fysisk respektive virtuell marknadsföring. Kostnader för reklam som placeras online baseras på antalet besökare som på ett effektivt sätt interagerat med annonsen, det vill säga de besökare som har klickat på den.¹⁶⁶ Detta delas upp i ”kostnader per klick” (eng. ”cost per click”/”CPC”) och ”kostnader per tusen intryck” (eng. ”cost per thousand impressions”/”CPM”). Det första alternativet innebär att det enbart uppstår en kostnad vid de tillfällen som en besökare klickar på annonsen. Det andra alternativet innebär att kostnaden uppstår när ett specifikt antal annonser har visats för besökare. Varje annons är att likställa med ett så kallat intryck.¹⁶⁷ Fysisk marknadsföring kan inte definiera priset på samma sätt, istället baseras kostnadsuträkningen på potentiella intryck som ett visst antal konsumenterna kan tänkas uppfatta.¹⁶⁸

¹⁶² Wijckmans och Tuytschaever, s. 231.

¹⁶³ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 53.

¹⁶⁴ Vid återannonsering visas annonserna för användare som tidigare har besökt återförsäljarens hemsida. Reklamen blir på så vis effektiv eftersom den endast visas för de personer som har visat intresse genom att besöka hemsidan. För vidare läsning om ämnet, se förslagsvis Lambrecht och Tucker.

¹⁶⁵ Google/DoubleClick, p. 45.

¹⁶⁶ Google/DoubleClick, p. 46.

¹⁶⁷ Google/DoubleClick, p. 15.

¹⁶⁸ Google/DoubleClick, p. 46.

4.4.2 Fysisk marknadsföring – går det att se dess syfte?

För att återigen ta upp det tidigare nämnda tidningsexemplet; det är tydligt att fysisk marknadsföring inte kan riktas på samma precisa sätt som virtuella annonser har möjlighet till. Som ses ovan kan marknadsföring online baseras på diverse intressefaktorer så som geografiskt läge, ålder, intressen och så vidare. I och med att marknadsföring på Internet ökar minskar intresset för att använda det fysiska alternativet.¹⁶⁹ Även om det finns ett flertal medier att annonsera genom på en fysisk nivå, exempelvis tidningar, affischtavlor, TV och radio, försvinner en betydligt större del av reklamens budskap utan att nå rätt konsumenter. Trots att de olika medierna kan ha tydliga målgrupper går det ändå inte att precisera målet lika tydligt som Internet ger möjlighet till.¹⁷⁰

Det faktum att syftet med fysisk marknadsföring inte kan specificeras lika tydligt som vid reklam genom Internet, leder till att det inte alltid går att konstatera att annonsen utgör försök till aktiv försäljning. Det är möjligt att återförsäljaren, i exemplet med tidningsannonsen, önskar locka till sig kunder från ett annat exklusivt tilldelat område än sitt eget. Eftersom tidningen är av nationsomfattande karaktär kan det dock inte klargöras att åtgärden var ämnad att rikta sig till ett specifikt område. Återigen kan det så kallade attraktiva investeringstestet bli användbart. Om återförsäljaren anser att den investering som tidningsannonsen innebär är lönsam endast om den når kunder i ett annat exklusivt tilldelat område, anses åtgärden som aktiv försäljning. Problemet är att ett sådant bakomliggande syfte är betydligt svårare att styrka vid fysisk marknadsföring, eftersom återförsäljaren inte kan rikta annonsen på samma sätt som är möjligt vid virtuell försäljning och marknadsföring.¹⁷¹

4.5 Återförsäljarens utformning av hemsida

4.5.1 Hemsidans utformning som försäljningsstrategi

Ovan har klargjorts att försäljning blir aktiv i de fall återförsäljaren, genom riktad reklam till ett exklusivt område som inte är dess eget, har fått till stånd en försäljning. Flertalet webbutiker erbjuder sina kunder möjligheten att själva välja vilket språk hemsidan ska visas i. Detta förändrar dock inte försäljningens passiva karaktär enligt punkt 52 i de vertikala riktlinjerna. Ett

¹⁶⁹ Google/DoubleClick, p. 44.

¹⁷⁰ Google/DoubleClick, p. 45. Faull & Nikpay, s. 1775.

¹⁷¹ Wijckmans och Tuytschaever, s. 155.

flertal författare ställer sig tveksamma till att tillåtelsen av språkalternativ inte ska förändra försäljningen från passiv till aktiv. Bland annat Wijckmans och Tuytschaever menar att det går emot det attraktiva investeringstestet, det vill säga de hänvisningar som ges i punkt 51 i de vertikala riktlinjerna.¹⁷² Båda författarna, samt Henriksson, anser att det är rimligt att erbjuda språkalternativ för de större och allmänt talade språken inom EU, exempelvis engelska. Syftet med möjligheten att göra ett val ifrågasätts dock i de fall en återförsäljare i exempelvis Grekland ger alternativet att visa sin hemsida på finska.¹⁷³ I praktiken torde detta innebära att återförsäljaren, genom språkalternativen, kan rikta sig mot ett specifikt land utan att det anses vara aktiv försäljning.

Möjligheten att själv välja vilket språk hemsidan ska visas i kan leda till att konsumenten väljer en hemsida vars återförsäljare finns utanför det området kunden befinner sig i. I ett meddelande från EU till konkurrenskommittén rörande ett rundabordssamtal om vertikala begränsningar för virtuell försäljning, påpekas att e-handel inte förenklar passiv försäljning eftersom "[I]t is very easy not to be found or not to be attractive in the abundance of offers on the Internet [...]".¹⁷⁴ I de vertikala riktlinjerna omnämner dock kommissionen Internet som ett kraftfullt verktyg för att nå ut till kunder.¹⁷⁵ På omvänt vis är Internet även till hjälp för konsumenterna att hitta en återförsäljare. E-handeln växer konstant och konsumenter blir allt mer vana vid att navigera över webben och finjustera sökningar för att passa sina önskemål. De har möjlighet att jämföra priser och återförsäljare över hela EU, för att inte tala om hela världen. Valet faller sedan på den webbutik som passar kunden bäst, utan att den nödvändigtvis behöver finnas i samma geografiska territorium som kunden själv.¹⁷⁶

Många författare anför att Internet förenklar möjligheten att starta upp en verksamhet och att med denna nå de stora marknaderna. Om denna lilla återförsäljare sedan väljer att låta konsumenten anpassa hemsidans språk kan chansen öka att kunden väljer att göra sina inköp just där.¹⁷⁷ Gomez-Herrera et al framhäver vikten av att erbjuda konsumenten språkalternativ. Inom EU delas endast ett fåtal språk av flera länder. För att återförsäljaren ska öka sin verksamhet över ett större geografiskt område krävs det därför att webbutiken kan ses i ett antal språk.¹⁷⁸ Robertson håller med om detta och konstaterar även att möjligheten att välja språk verkar för att utveckla EU:s inre marknad.¹⁷⁹

¹⁷² Wijckmans och Tuytschaever, s. 231.

¹⁷³ Wijckmans och Tuytschaever, s. 231. Henriksson, s. 287.

¹⁷⁴ Directorate for financial and enterprise affairs, Competition Committee, Roundtable on vertical restraints for on-line sales – Note by the European Union, DAF/COMP/WD(2013)18, s. 4f.

¹⁷⁵ Riktlinjerna om vertikala begränsningar, p. 52

¹⁷⁶ Henriksson, s. 287.

¹⁷⁷ Bieron & Ahmed, s. 546, Robertson II, s. 181.

¹⁷⁸ Gomez-Herrera et al, s. 93.

¹⁷⁹ Robertson II, s. 181.

4.5.2 De förenade målen Pammer & Hotel Alpenhof

Som noterades ovan ställer sig ett antal författare tveksamma till att konsumentens möjlighet att välja språk i webbutiken inte ska förändra försäljningens karaktär från passiv till aktiv. Velez ställer sig frågande till varför en återförsäljare väljer att stå för kostnaden som det innebär att såväl översätta hemsidan som att hålla den uppdaterad i ett flertal språk, om det inte är för att rikta sig till kunder utanför det tilldelade området. Han menar att språket borde vara en avgörande faktor för huruvida försäljningen definieras som passiv eller aktiv. Velez hävdar vidare att detta ger leverantören möjlighet att begränsa försäljningen till det området som är exklusivt tilldelat en återförsäljare.¹⁸⁰

Det dilemma som språkvalet till viss del innebär kan även utläsas i den internationella privaträtten. I de förenade målen Pammer & Hotel Alpenhof¹⁸¹ behandlas domsrättsfrågan när en näringsidkares verksamhet kan anses vara riktad mot den medlemsstat där konsumenten har hemvist. I målen ställs en tolkningsfråga till EU-domstolen som behandlar huruvida det är tillräckligt att en näringsidkares hemsida är tillgänglig på Internet för att verksamheten ska anses ”riktad” till den medlemsstat där konsumenten har hemvist.¹⁸² Det som är av intresse i dessa två mål är just denna tolkningsfråga och hur en riktad verksamhet bedöms, särskilt med tanke på att de vertikala riktlinjerna konstaterar att möjligheten till alternativa språk inte förändrar e-handels passiva karaktär. Generaladvokat Trstenjak påpekade i sitt förslag till avgörande att kommissionen hävdade att de vertikala riktlinjerna inte är relevanta för att tolka begreppet riktad verksamhet.¹⁸³ Det kan, detta till trots, vara av intresse att se närmare på vilka faktorer som vägs in vid tolkningen och definitionen av begreppet i den internationella privaträtten.

I korthet behandlar det första målet en konsument, Peter Pammer, med hemvist i Österrike, som bokade en resa med lastfartyg från Italien till Östasien. Resan bokades via ett förmedlingsbolag, vars verksamhet, bland annat, bedrivs genom Internet. Målets andra part, Reederei Karl Schlüter, är etablerat i Tyskland. Konsumenten Pammer vägrade att göra resan efter att ha upptäckt att den beskrivning av resan som uppgavs på hemsidan vid bokning inte stämde överens med de verkliga villkoren på fartyget. Reederei Karl Schlüter betalade endast tillbaka en del av beloppet, varpå Pammer väckte talan vid en österrikisk domstol i första instans. Reederei Karl Schlüter framförde en foruminvändning med anledning av att de inte bedriver någon yrkes- eller affärsmässig verksamhet i Österrike. Den

¹⁸⁰ Velez, s. 217.

¹⁸¹ Förenade målen C-585/08 och C-144/09 *Peter Pammer mot Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* (C-585/08) och *Hotel Alpenhof GesmbH mot Oliver Heller* (C-144/09), REG [2010] s. I-12527. De förenade målen omnämns vidare som Pammer & Hotel Alpenhof.

¹⁸² Pammer & Hotel Alpenhof, p. 24(2) och 31.

¹⁸³ Generaladvokat Trstenjaks förslag till avgörande, p. 29

österrikiska förstainstansen ansåg sig behörig att pröva målet eftersom förmedlingsbolaget hade vidtagit marknadsföringsåtgärder över Internet för Reederei Karl Schlüters räkning i Österrike. Efter överklagande via andra instans upp till Oberster Gerichtshof poängterade högsta instans att det är av relevans att känna till vilka kriterier som en hemsida ska uppfylla för att näringsidkarens verksamhet ska anses vara riktad till konsumentens medlemsstat. Målet vilandeförklarades av den anledningen och domstolen hänsköt bland annat frågan huruvida det är tillräckligt att näringsidkarens hemsida är tillgänglig på Internet, för att verksamheten ska anses vara riktad till medlemsstaten där konsumenten har hemvist, till EU-domstolen för tolkning.¹⁸⁴

I målet rörande Hotel Alpenhof består parterna av konsumenten Oliver Heller, bosatt i Tyskland, och sagda hotell vilket är beläget i Österrike. Heller fick kännedom om hotellet genom dess hemsida och bokade via e-mail ett flertal rum för en veckas vistelse. Den använda mailadressen fanns angiven på hemsidan. Bokningen bekräftades genom samma mail. Efter att ha utnyttjat hotellets tjänster gav sig Heller av utan att betala. Hotel Alpenhof väckte därför talan vid en österrikisk domstol. Heller framförde en foruminvändning på grund av att talan mot honom som konsument endast kan väckas i den medlemsstat där han har hemvist. Såväl första som andra instans fann att österrikisk domstol saknade behörighet att pröva målet. Oberster Gerichtshof vilandeförklarade målet med anledning av de ställda tolkningsfrågorna i målet Pammer och hänsköt en liknande tolkningsfråga, angående om näringsidkarens hemsidas tillgänglighet på Internet är tillräcklig för att verksamheten ska anses vara riktad till konsumentens medlemsstat, till EU-domstolen i detta mål.¹⁸⁵

EU-domstolen utreder frågan angående vilka kriterier som ska uppfyllas för att en näringsidkare betraktas rikta sin verksamhet till en medlemsstat, genom sin eller en förmedlares hemsida, samt huruvida de, i målen nämnda webbplatserna, riktas på så vis.¹⁸⁶ Om verksamheten anses vara riktad till medlemsstaten där konsumenten har hemvist betyder det att domstolen i hemviststaten är behörig att pröva målet.¹⁸⁷ Alla tydliga uttryck för att näringsidkaren har en vilja att sälja till konsumenter i en särskild medlemsstat kan visa att verksamheten därmed är riktad. EU-domstolen nämner särskilt att det kan antas att verksamheten är riktad mot konsumentens medlemsstat i de fall följande omständigheter föreligger: Näringsidkaren visar att dess kundkrets är internationell, exempelvis genom att visa omdömen från internationella kunder. Hemsidan anger telefonnummer med landsnummer, vägbeskrivningar som ges är anpassade från en eller flera andra medlemsstater. Den toppdomän som anges är en annan än den som vanligtvis används i näringsidkarens medlemsstat.¹⁸⁸ En näringsidkares användning av alternativa toppdomäner diskuteras ytterligare

¹⁸⁴ Pammer & Hotel Alpenhof, p. 14ff.

¹⁸⁵ Pammer & Hotel Alpenhof, p. 25ff.

¹⁸⁶ Pammer & Hotel Alpenhof, p. 47.

¹⁸⁷ Pammer & Hotel Alpenhof, p. 54.

¹⁸⁸ Pammer & Hotel Alpenhof, p. 81-83.

i avsnitt 4.6 och kopplas till huruvida försäljning ska definieras som aktiv eller passiv.

EU-domstolen går vidare och diskuterar innebörden av hemsidans språk. Den konstaterar att språket inte är en relevant faktor för att verksamheten ska anses vara riktad så länge som språket är det som normalt sett talas i näringsidkarens medlemsstat. Det blir dock en skillnad om hemsidan kan visas i olika språk och därmed ger konsumenten möjlighet att aktivt välja vilket språk som ska användas. Om så är fallet kan språket beaktas och även leda till att hemsidan och verksamheten bedöms vara riktad mot konsumentens medlemsstat.¹⁸⁹

I sitt förslag till avgörande påpekar generaladvokat Trstenjak att om det finns möjlighet att byta språk på hemsidan visar näringsidkaren en avsikt att ingå avtal med konsumenter från andra medlemsstater.¹⁹⁰ Hon poängterar samtidigt vikten av att grundligt utreda hemsidans språk även om det inte erbjuds ett flertal alternativ. Hon menar att problematik kan uppstå trots att hemsidans språk endast är officiellt i en medlemsstat. Frågan som därmed uppkommer är huruvida hemsidan ska anses riktad till den specifika medlemsstaten eller om den också riktas till de potentiella konsumenter som talar språket men bor i andra medlemsstater. Vid en motsatt situation, det vill säga i de fall det använda språket är utbrett och officiellt i ett flertal medlemsstater, går det inte att automatiskt konstatera att verksamheten är riktad till andra medlemsstater än den där näringsidkaren har sitt säte. Det är dock fortfarande nödvändigt att göra en samlad bedömning av fallets alla uppgifter.¹⁹¹

Det resonemang som ses ovan kan kopplas till Wijckmans, Tuytschaever och Velez tidigare nämnda åsikter. Språket kan, i och med den kostnad som det innebär att översätta och underhålla hemsidan, ses som en del av det attraktiva investeringstestet. Frågan blir därmed vad det bakomliggande syftet är.¹⁹² Generaladvokat Trstenjak förklarar i sitt förslag till avgörande att det ska göras en bedömning av hemsidan för att utreda om det framgår att näringsidkaren har ansträngt sig för att ingå distansavtal med kunder från andra medlemsstater.¹⁹³ Om de vertikala riktlinjerna erbjöd en liknande bedömning, skulle klargörandet av hur en gränsdragning ska göras för de hemsidor som använder sig av möjligheter att välja språk förenklas. Detta är dock en subjektiv åsikt och ges mer utrymme för diskussion i den kommande analysen.

I samband med hemsidans språk diskuterar EU-domstolen innebörden av att hemsidan erbjuder möjlighet att välja vilken valuta priset ska visas i. Detta diskuteras i samband med näringsidkarens domänval i avsnitt 4.6.

¹⁸⁹ Pammer & Hotel Alpenhof, p. 84.

¹⁹⁰ Generaladvokat Trstenjaks förslag till avgörande, p. 83.

¹⁹¹ Generaladvokat Trstenjaks förslag till avgörande, p. 82.

¹⁹² Wijckmans och Tuytschaever, s. 231, Velez, s. 217.

¹⁹³ Generaladvokat Trstenjaks förslag till avgörande, p. 78.

4.6 Möjligheter för återförsäljare att rikta sig till specifika områden

I målen Pammer & Hotel Alpenhof är en av faktorerna, för att en näringsidkare ska bedömas rikta sin verksamhet mot en särskild medlemsstat, att hemsidans toppdomän antingen är en annan än den som normalt sett används i näringsidkarens medlemsstat, eller att den är neutral. En neutral toppdomän är exempelvis ”com” medan en medlemsstats toppdomän kan exemplifieras genom Tysklands ”de”.¹⁹⁴ Generaladvokat Trstenjak anser att användandet av en annan medlemsstats toppdomän är en tydlig indikation på att näringsidkaren riktar sig mot den medlemsstat som domänen speglar. Hon poängterar dock att valet av en särskild medlemsstats toppdomän inte hindrar att verksamheten riktas mot ytterligare medlemsstater.¹⁹⁵ Vid användning av neutrala domäner kan verksamheten tänkas vara riktad mot såväl näringsidkarens egen medlemsstat som till andra. Detta räcker dock inte för att kunna dra slutsatsen att verksamheten riktas till samtliga medlemsstater. Bedömningen måste även här göras mot bakgrund av hemsidans innehåll.¹⁹⁶

Wijckmans, Tuytschaever och Henriksson för ett liknande resonemang som generaladvokat Trstenjak gällande gränsdragningen mellan aktiv och passiv försäljning. De tre menar att valet av toppdomän borde vara en indikation på att försäljningen är aktiv om domänen är en annan än återförsäljarens landsdomän. Författarna anser att det attraktiva investeringstestet återigen ska användas för att få veta återförsäljarens syfte med domänvalet. Henriksson menar att en tydlig indikering på att återförsäljarens hemsida är riktad, är vid de tillfällen som valet av toppdomänen matchar det valda språket.¹⁹⁷

I Pammer & Hotel Alpenhof tas även hemsidans valuta upp som en relevant faktor vid bedömning för huruvida verksamheten anses vara riktad eller inte. Likt språket är valutan inte av relevans om det är samma valuta som vanligtvis används i näringsidkarens hemland. Detta förändras dock om konsumenten har möjlighet att ändra valutan till en annan medlemsstat, vilket kan peka på att verksamheten riktas mot den medlemsstaten.¹⁹⁸ Ingen konkurrensrättslig författare har mig veterligen tagit upp detta som exempel på när en återförsäljares virtuella försäljning förändras från passiv till aktiv. Det är dock en fråga som kommer att diskuteras i kombination med ovan nämnda val av språk och toppdomän i analysen.

¹⁹⁴ Pammer & Hotel Alpenhof, p. 83.

¹⁹⁵ Generaladvokat Trstenjaks förslag till avgörande, p. 84.

¹⁹⁶ Generaladvokat Trstenjaks förslag till avgörande, p. 86.

¹⁹⁷ Wijckmans och Tuytschaever, s. 231, Henriksson, s. 287f.

¹⁹⁸ Pammer & Hotel Alpenhof, p. 84.

5 Sammanfattande analys

Detta kapitel syftar till att binda ihop arbetet och analysera den information som hittills har kommit fram i arbetet. Nedanstående avsnitt 5.1 är doktrinen tankar kring en potentiell framtida reglering rörande gränsdragningen vid handel som sker genom virtuella forum. I avsnitt 5.2 utgår analysen och diskussionen från personliga reflektioner.

5.1 Den framtida regleringen av gränsdragningen vid virtuell handel

Den nuvarande regleringen angående försäljning på Internet väcker, som kan ses, blandade åsikter. Ett flertal författare, bland annat Wijckmans och Tuytschaever, anser att hemsidans språk och möjlighet till att själv välja språk bör inkluderas i ett attraktivt investeringstest. Om testet används kan det leda till att e-handels passiva karaktär förändras till aktiv.¹⁹⁹ Velez samtycker till åsikten och anser att e-handels nuvarande passivitet är alltför långtgående. Han menar att passiviteten inte speglar den komplexa uppbyggnad som försäljning på Internet utgör.²⁰⁰

EU är dock tänkt att verka som en enhetlig marknad. Konsumentens möjlighet att välja språk kan därför ses som en fördel. Utöver att handel på Internet leder till att marknaden ökar rent geografiskt blir även utbudet större och priserna kan, tack vare hårdare konkurrens, pressas. Robertson skiljer sig från nämnda författare. Hon anser att e-handel, trots användningen av språkalternativ, ska fortsätta klassificeras passiv. Det är, enligt henne, ett fördelaktigt sätt att utveckla EU:s inre marknad.²⁰¹

Goyder menar att den nuvarande regleringen och dess gränsdragning mellan aktiv och passiv försäljning inte kan användas fullt ut på e-handel. Detta beror på att den virtuella marknaden är alltför komplex. Hon är av åsikten att den passivitet som karaktäriserar e-handel inte speglar konkurrensrättens perspektiv fullt ut, utan är en produkt av politiska överväganden. Goyder förutspår att framtiden innebär att leverantörer kommer att arbeta över större områden. Hon menar att det leder till att territoriella begränsningar minskar samtidigt som konsumenter kommer att kräva den bekvämlighet som e-handel medför. Resultatet och framtidsutsikterna blir, enligt henne, att dagens gränsdragning kommer att bli utdaterad i och med att kunderna riktar sina inköp mer mot Internet än mot fysiska butiker. Restriktioner på konkurrensen, exempelvis genom territoriella begränsningar i distributionsavtal, kommer inte att väga lika tungt längre.²⁰²

¹⁹⁹ Wijckmans och Tuytschaever, s. 231, Henriksson, s. 287f.

²⁰⁰ Velez, s. 216ff.

²⁰¹ Robertson II, s. 181.

²⁰² Goyder, s. 231f.

Likt Goyder påpekar Themelis att fysisk och virtuell handel måste särskiljas. Om Internet enbart definieras som ett hjälpmedel för fysisk försäljning kommer e-handel att bli bedömt efter vad som händer på den fysiska marknaden. Det leder till att utvecklingen av försäljning på nätet kommer att påverkas av influenser och hänsynstagande från den fysiska handeln, utan att nödvändigtvis ta hänsyn till utvecklingsmöjligheter i ett konkurrensperspektiv. Det är av vikt att förstå att Internet erbjuder ytterligare en plats för handel och inte enbart ett komplement till den nuvarande, fysiska försäljningen. Themelis menar att de fördelar som teknologi och Internet medför inte kommer till sin rätt så länge som användningen av Internet begränsas. Han anser följaktligen att konkurrenspolitiken bör främja e-handeln och minska differentieringen mellan fysisk och virtuell handel.²⁰³

Utvecklingen av den nuvarande regleringen är av stort intresse, särskilt i kombination med att handeln på Internet utvecklas allt snabbare. Åsikterna om den nuvarande regleringen är spridda och många anser att förordning 330/2010 skulle behöva kompletteras för att bättra passa dagens e-handel. Diskussionen kring regleringens framtida utseende och möjliga förändringar kommer därför att fortsätta i analysen.

5.2 Analys

Den del av regleringen som riktas mot fysisk försäljning anses i doktrin fungera väl, det finns inga större frågetecken vad gäller detta. Situationen är emellertid annorlunda vad gäller regleringen av e-handel. I doktrinen framförs synpunkter, många författare samtycker inte med förordning 330/2010 och dess riktlinjer. Mot bakgrund av detta kommer nedanstående analys främst att fokusera på virtuell försäljning och försöka utreda vad som skulle kunna förändras för att göra den bättre anpassad till verklighetens e-handel. Som utgångspunkt ställer analysen den nuvarande regleringen på området mot doktrinen för att kunna föra en argumentation från båda håll. I diskussionen vävs även personliga åsikter och analyser in.

5.2.1 Faktorer som påverkar gränsdragning vid virtuell försäljning

Det område som orsakar flest meningsskiljaktigheter är gränsdragningen beträffande aktiv och passiv försäljning på nätet. Detta inkluderar vilka konsekvenser språkalternativ på återförsäljarens hemsida kan medföra i praktiken. Sett till det attraktiva investeringstestet i punkt 51 i de vertikala riktlinjerna borde språkalternativ på en hemsida medföra att återförsäljaren aktivt riktar sig till konsumenter i de medlemsländer språket talas. En

²⁰³ Themelis, s. 363f.

parallell kan dras till den internationella privaträtten och de förenade målen Pammer & Hotel Alpenhof. I målen konstateras särskilt att om språket inte är det som vanligtvis talas i återförsäljarens medlemsland kan språkvalet, alternativt möjligheterna att byta språk, leda till att verksamheten bedöms vara riktad mot konsumentens medlemsstat.

I doktrinen framförs goda argument som framhäver att försäljningen borde anses vara aktiv i de fall hemsidan erbjuder kunden möjlighet att välja språk eller vid de tillfällen domänen snarare stämmer överens med konsumentens hemland istället för återförsäljarens. Likaväl som riktad marknadsföring resulterar i att virtuell försäljning förändras från passiv till aktiv, borde språk vara en faktor att beakta i ett attraktivt investeringstest.

Vad gäller konsumentens möjligheter att välja valuta vid e-handel saknas reflektioner i doktrinen. Det kan dock anses att även en sådan valmöjlighet borde ingå i en bedömning huruvida försäljning är riktad och klassificerad som aktiv eller passiv. Av samma anledning som en konsument kan tänkas välja en särskild återförsäljare på grund av att dess hemsida är översatt till ett särskilt språk, kan tillgången till en valutakonverterare vara den faktor som leder till ett köp. Såväl språk som valuta kan betraktas som igenkänningsfaktorer vilka gör att kunden känner sig mer bekväm och mer i kontroll över köpet. Språket leder till att konsumenten bättre förstår produktspecifikationer och villkor för köp och leverans. Valutan kan anses vara en mindre igenkänningsfaktor än språket, med anledning av att en stor del av EU har samma valuta. En valuta som vanligtvis används i kundens medlemsstat medför dock att kunden, till fullo, har vetskap om vilket pris han eller hon kommer att betala.

Personligen tycker jag att om en riktad annons leder till att en konsument hittar butiken, så är hemsidans trygghets- och igenkänningsfaktor en viktig faktor till varför ett köp sker. Även om kunden finner återförsäljaren på egen hand, genom exempelvis sökningar som är oberoende av återförsäljarens marknadsföringsstrategi, är det inte säkert att försäljning sker om kunden inte känner sig bekväm och trygg med det återförsäljaren presenterar på hemsidan.

Valet av toppdomän har, för att återknyta till resonemanget i avsnitt 4.6 samt de förenade målen Pammer & Hotel Alpenhof i avsnitt 4.5.2, tidigare varit uppe för diskussion. Den internationella privaträtten konstaterar, genom de nämnda målen, att användningen av en annan, än den egna medlemsstatens, toppdomän indikerar att näringsidkaren riktar sin försäljning mot den särskilda medlemsstaten. Användningen av en neutral toppdomän kan anses vara riktad till såväl den egna som övriga medlemsstater. Det bakomliggande syftet blir därmed inte lika tydligt. Bedömningen måste i ett sådant fall göras mot bakgrund av hemsidans innehåll. Som noteras i avsnitt 4.6 menar konkurrensrättsliga författare att återförsäljarens valda toppdomän bör inkluderas i ett attraktivt investeringstest. Jag är av åsikten att om återförsäljaren väljer en toppdomän som inte tillhör det exklusivt tilldelade området, är det bakomliggande syftet

förmodligen att rikta försäljning mot ett särskilt land. Motivet kan ses extra tydligt om valet av toppdomän dessutom kombineras med möjlighet att ändra språk och valuta på hemsidan, särskilt om dessa matchar den använda toppdomän.

5.2.2 Gränsdragningens påverkan på EU:s marknad

E-handel presumeras vara passiv och är därför, i princip, alltid tillåten enligt punkt 52 i riktlinjerna om vertikala begränsningar. Frågan som uppkommer i och med detta är hur en eventuell förändring av presumptionen för virtuell försäljning från passiv till aktiv, vid exempelvis användningen av språkval eller alternativ toppdomän, skulle kunna påverka EU som marknad? EU:s inre marknad är menad att vara öppen. Utifrån den aspekten är det naturligtvis positivt om all försäljning på Internet presumeras vara passiv. Resultatet blir att gränsöverskridande handel och fri rörlighet för varor ges större frihet, vilket gynnar ekonomin. Sett ur en leverantörs perspektiv skulle det dock vara mer positivt om försäljningsåtgärder, som är uppenbart riktade till en särskild medlemsstat, definieras som aktiva. Det skulle därmed vara möjligt att i större mån begränsa den försäljning som är aktiv.

För konsumenter framstår det främst som positivt om e-handel fortsätter presumeras vara passiv. Som nämndes ovan kan Internet och virtuell försäljning vara en del i att öppna upp marknaden över landsgränser. Virtuell handel erbjuder ett brett utbud av varor och har ofta en stark konkurrenskraft i form av lägre prissättning på varorna. Konsumenter har i och med detta enbart att vinna på att försäljning på Internet anses vara passiv. Om språkalternativ inte medför att presumptionen för passivitet förändras, ökar fördelarna i och med att antalet återförsäljare, vars hemsidor kunderna kan förstå, blir allt fler.

Den gränsöverskridande handeln kan dock medföra konsekvenser som inte är odelat positiva. Om konsumenter över hela EU kan handla under samma villkor, exempelvis pris, innebär det en fördel för kunder från rikare länder. Det skulle kunna tänkas öka klyftor mellan mer och mindre välbärgade länder och även påverka konkurrensen negativt eftersom starka företag har större möjligheter att pressa priserna och på så vis tvinga ut svagare aktörer från marknaden.

5.2.3 Gränsdragningens påverkan på utformningen av vertikala avtal

Som nämnts i arbetet är det inte tillåtet att förbjuda passiv försäljning. Om försäljning anses vara aktiv, exempelvis på grund av att återförsäljaren genom sina marknadsförings- eller säljstrategier riktat sig till en kund, kan leverantören begränsa distributören. Med anledning av Internets passiva

karaktär får virtuell försäljning inte förbjudas. Leverantören har delvis möjlighet att begränsa e-handel genom att utesluta så kallade pure players från ett distributionsnätverk. Detta görs genom att inkludera klausuler i distributionsavtalet som kräver att återförsäljaren har en eller flera fysiska butiker. Ett flertal författare motsätter sig den nuvarande regleringen och anser att uteslutning av strikt virtuella återförsäljare innebär att dessa inte själva kan bestämma över sin försäljningsstrategi. Författarna menar att det inte bör vara ett problem att enbart ha en webbutik, så länge som en leverantörs kvalitativa krav på hemsidan är uppfyllda.

Som nämndes i avsnitt 3.3 är e-handel inte att definiera som ett försäljningsställe, utan som en försäljningsmetod. Ett distributionsavtal kan således inte klassificera Internet som ett försäljningsställe som en återförsäljare kan begränsas från att använda. Med tanke på hur omfattande e-handeln är, anser jag att en leverantör gör sig själv en tjänst genom att helt utesluta återförsäljare som inte har en fysisk butik. Kravet på att inte enbart bedriva virtuell försäljning är en möjlighet för leverantören att knyta en viss del av distributörens handel till ett exklusivt tilldelat område. Internets passiva karaktär gör det svårare att ställa krav på en återförsäljare att förhålla sig till fysiska gränser, men det är svårt se att en nätbutik skulle vara till leverantörens nackdel. Spridningen av försäljningsmetoder kan, genom virtuella återförsäljare, maximeras och öka möjligheterna till försäljning.

Motsatsvis kan avsaknaden av fysisk butik vara ett problem. En nätbutik är alltid tillgänglig för köparen, vilket i de flesta fall ses som positivt. Charmen med vissa varor, exempelvis sådana som vanligtvis säljs genom selektiv distribution, är att de ska anses vara svåruppnåeliga. Dessa varor är lite lyxigare, lite mer tekniskt komplicerade och säljs i butiker som utstrålar en särskild aura med serviceinriktad och kunnig personal. En leverantör av sådana varor skulle därför inte mena att nackdelarna med virtuellt verkamma återförsäljare uppväger fördelarna med distribution genom fysiska butiker.

Konsekvenserna som kan uppkomma av att utesluta strikt elektroniska återförsäljare från ett distributionsnätverk kan vara såväl positiva som negativa. En av fördelarna med att ställa krav på fysisk butik är att det eventuellt kan lösa en del av snålskjutsproblematiken. Ännu en fördel är att de exklusivt tilldelade territorierna upprätthålls enklare. De negativa konsekvenserna kan främst tänkas drabba konsumenter samt mindre återförsäljare. Konsumenterna påverkas eftersom den virtuella marknaden inte kan utvecklas till fullo om återförsäljare, som enbart verkar på nätet, utesluts gång efter gång. Det drabbar även mindre återförsäljare eftersom de får svårare att komma in på marknaden.

Problematiken med snålskjutsåkning är ytterligare en anledning till att leverantörer ställer krav på återförsäljare att ha fysiska butiker. Att enbart sälja varorna genom exklusiva eller selektiva distributionsnätverk, kan tänkas minska risken för snålskjutsåkning. Det är visserligen möjligt att

delaktighet i ett distributionsnätverk, som ställer höga krav på återförsäljaren, samt klausuler, som kräver fysisk butik, kan vara en lösning på snålskjutsproblemet. Det ska dock poängteras att snålskjutsåkning inte enbart drabbar återförsäljare med fysiska butiker. Ett antal författare påpekar att potentiella kunder inte sällan gör efterforskningar genom nätbutiker för att tillhandahålla information och få varan recenserad av andra kunder, för att därefter köpa den i en fysisk butik. Det är även möjligt att en kund väljer att få varan efterskickad genom en fysisk butik, istället för att beställa den från en virtuell återförsäljare. På så vis slipper kunden kostnader för frakt och eventuell retur.

Den påverkan som gränsdragning kan ha på utformningen av vertikala avtal bygger till viss del på hur e-handel klassificeras. Nuvarande reglering stadgar att även om återförsäljaren erbjuder språkalternativ på sin hemsida, är försäljningen ändå att beakta som passiv. Detta leder till att leverantörer får svårare att begränsa återförsäljare, eftersom regleringen klargör att språkvalet inte innebär aktiva säljförsök. Om regleringen skulle ändras och inkludera val och alternativa valmöjligheter av exempelvis språk, toppdomän eller valuta i ett attraktivt investeringstest, blir resultatet förmodligen annorlunda. Det är i så fall sannolikt att försäljningen bedöms vara aktiv, vilket ger leverantören större möjligheter att begränsa en återförsäljare. Bortsett från att kravet på fysisk butik i nuläget beaktas som en potentiell lösning på snålskjutsproblematiken, skulle en sådan klausul eventuellt inte väga lika tungt om det finns chans till att begränsa återförsäljarens e-handel på annat vis.

Även om en ny reglering skulle skapas, i vilken val av språk leder till att försäljning förändras från passiv till aktiv, bör det kunna antas att det fortfarande föreligger en presumtion för att e-handel i grunden definieras som passiv. Detta innebär att en leverantör inte har möjlighet att begränsa en återförsäljares användning av Internet utan att ha belägg för att denne på något vis riktar sig till kunder utanför det exklusivt tilldelade området. Allt eftersom nätförsäljning växer kan det vara möjligt att tänka sig att ett distributionsavtal även inkluderar allt striktare klausuler vad gäller marknadsförings- och försäljningsstrategier, och därigenom förbjuder återförsäljaren att aktivt rikta sig till kunder utanför sitt eget exklusiva område.

5.2.4 Diskussion angående den virtuella gränsdragningens framtida utformning

Min åsikt är att en återförsäljares användning av språkalternativ på företagets hemsida syftar till att bredda kundkretsen. På samma vis anser jag att ett aktivt val att erbjuda valutakonverterare samt en toppdomän, som skiljer sig från återförsäljarens vanliga, indikerar att distributören riktar sig mot ett specifikt territorium. Med detta i åtanke kan det diskuteras huruvida gränsdragningen mellan aktiv och passiv virtuell försäljning bör förändras

eller inte. Det leder till en intressekonflikt där konsumenter och återförsäljare befinner sig på en sida och leverantörer på den andra.

Som påpekades ovan innebär en fortsatt presumtion för passiv försäljning, trots språkval, att marknaden öppnas upp. För konsumenter är detta en fördel i och med att utbudet ökar. För återförsäljare är det positivt eftersom de når en större grupp kunder utan att bli begränsade av en leverantör. Sett från en leverantörs perspektiv är resultatet det motsatta. Om en återförsäljares språk-, valuta- eller domänval skulle leda till att försäljningen definieras som aktiv, blir det möjligt för leverantören att kräva att återförsäljaren upphör med åtgärder som anses vara aktiva och riktade, och istället håller sig inom det exklusivt tilldelade området.

Frågan som kan ställas är vilket intresse som främst ska tillgodoses? En öppen marknad bidrar till att komma ett steg närmare målet med EU:s inre marknad och fri rörlighet av varor. Det kan vidare diskuteras vilket intresse som är mest skyddsvärt. Konkurrensrätten syftar delvis till att främja och skydda konsumenten. Detta inkluderar inte att skydda konkurrenter, däremot ska konkurrensen fungera effektivt. Internet kan i viss mån anses vara konsumentens marknad. Geografiska områden har ingen större inverkan på om köp sker eller inte, istället är det ofta priset som är den avgörande faktorn. Ett skyddsintresse skulle av den anledningen kunna vara den fysiska handeln. Det är osannolikt att den helt skulle försvinna på grund av e-handel. Nätbutikerna har dock en stark konkurrenskraft i sina prissättningar och jämförelsevis låga kostnader.

Om regleringen på området inte skulle genomgå någon förändring, och e-handel fortsätter att vara presumerat passiv, uppkommer frågan om territoriella gränser kommer att existera i framtiden? Naturligtvis försvinner inte områdesgränser, frågan siktar istället mot om det kommer att vara möjligt att avtala om exklusiva territorier? I teorin finns det inget som hindrar en leverantör och en återförsäljare att avtala om begränsningar. Vid fysisk försäljning är det relativt enkelt att upprätthålla kraven på att aktiv försäljning enbart sker inom det tilldelade området. Problematiken uppstår istället genom näthandeln. Det är inte marknadsförings- och försäljningsåtgärder som gör gränsdragningen svår, dessa kan bedömas vara riktade och därmed klassificeras som aktiv försäljning. Det är istället den passiva försäljningen som gör att klausuler om territoriella begränsningar blir verkningslösa.

Vad händer dock om återförsäljaren enbart använder sig av annonsering inom sitt område, och istället kombinerar detta med att rikta språk och eventuellt toppdomän till en särskild region? Med den nuvarande regleringen kan leverantören inte göra särskilt mycket för att stoppa en sådan åtgärd, eftersom den eventuella försäljningen regleras som passiv. I avsnitt 4.5.1 uppmärksammades ett meddelande rörande ett rundabordsamtal där det påpekades att det är enkelt att inte bli hittad på Internet. Jag skulle vilja vara så pass rättfram och mena att det snarare är relativt svårt att inte bli hittad. Om en konsument är ute efter en specifik

produkt är det inte svårt att hitta ett flertal återförsäljare av denna, oavsett om distributörerna använder sig av sökoptimering eller inte. Som poängterades ovan är språkvalen ett sätt att göra återförsäljaren mer tillgänglig för konsumenten, en kund i norra Europa kan på så vis beställa varor från södra Europa utan svårigheter.

Det är inte aktiv försäljning om det är kunden som söker upp återförsäljaren istället för tvärtom. Till exempel kan en potentiell kund be säljaren om att bli automatiskt uppdaterad på kommande kampanjer och nyinkomna varor. Om en försäljning sker med anledning av en sådan kontakt är den att klassificeras som passiv. I samband med att betalningsuppgifter och leveransadress matas in vid ett köp kan kunden, i en stor del av alla virtuella transaktioner, kryssa för en ruta om han eller hon önskar få nyhetsbrev till sin email. Det kan vara värt att fundera över om initiativet till dessa mailutskick har tagits av kunden eller säljaren. Det är uppenbarligen den säljande parten som ger möjligheten, genom kryssrutan, men det är kunden som genomför en aktiv handling och kryssar för den. Detta kan jämföras med de tillfällen kunden behöver kryssa för en ruta om denne *inte* vill ta del av återförsäljarens informationsbrev och framtida kampanjer. I det avseendet kan det lättare argumenteras för att det är återförsäljaren som tar ett initiativ till att kunden ska välja att bli uppskriven på en kundlista. På samma vis har vissa nätbutiker så kallade pop up-fönster²⁰⁴ i vilka besökaren kan skriva in sina kontaktuppgifter för att få utskick om nya varor och kampanjer på email. En sådan åtgärd borde rimligtvis bedömas som att säljaren tar initiativet till en fortsatt kontakt.

Mig veterligen har ovanstående strategier för en fortlöpande kundkontakt varken behandlats av doktrinen eller av kommissionen. Det kan argumenteras såväl för att det är en åtgärd som utgör en passiv försäljning, det vill säga en kontakt som har tagits av kunden, som att det är en aktiv marknadsföringsinsats. Ett flertal företag drar dock godkännandet av att skicka ut nyhetsbrev alldeles för långt och befinner sig ibland i daglig kontakt med kunden. Fenomenet att anmäla sig till nyhetsbrev, på uppmaning av återförsäljaren, kan följaktligen anses vara en gråzon som skulle dra fördel av att utvecklas ytterligare i såväl doktrin som i praxis. För att fullständigt klargöra vad som gäller för gränsdragningen och vad som bedöms vara en aktiv respektive passiv försäljningsåtgärd vid en sådan situation är även reglering och riktlinjer på området välkommet.

När jag läser förordning 330/2010 och riktlinjerna om vertikala begränsningar, ser jag, som kan förstås av ovanstående, potentiella problem och svårigheter. Jag ser dessa problem särskilt i och med att virtuell försäljning definieras som passiv oberoende av vilket språk hemsidan visas i. Under arbetets gång samtalade jag med en advokat som är specialiserad inom konkurrensrätt. Han påpekade för mig att det i praktiken knappt uppkommer några problem med anledning av regleringen, eller på grund av virtuell försäljning för den delen. Han framhöll visserligen att kravet på

²⁰⁴ Ett pop up-fönster visas framför hemsidan som besöks, utan att besökaren har vidtagit en åtgärd för att det ska öppnas.

fysisk butik ställs främst när återförsäljarna ingår i ett selektivt distributionssystem och säljer tekniskt avancerade varor. Leverantören ställer kravet därför att återförsäljaren behöver ha en butik i vilken produkterna kan demonstreras och specifikationer kan förklaras för kunder. Den konkurrensrättsliga advokaten såg inga problem med detta och menade att tekniskt intresserade kunder accepterar att betala ett eventuellt högre pris, men att därmed få tillgång till personalens kunskap och service, istället för att enbart köpa en liknande vara på nätet.

Det kan vara möjligt att just kravet på fysisk butik inte medför någon problematik, men vad händer vid de tillfällen när varorna som säljs inte är tekniskt avancerade, utan det istället är priset som är en avgörande faktor för om ett köp sker eller ej? Bristen på praxis kan bero på att regleringen, som jag i teorin anser utgör en potentiell problematik, fungerar felfritt i praktiken. Om så är fallet finns det ingen anledning för praxis att uppstå. Det är även möjligt att praxis inom ämnet inte existerar på grund av att företag ofta föredrar att lösa tvister genom skiljedomsförfarande. Resultatet av ett sådant förfarande blir inte offentligt.

6 Resultat

Som framgår av inledningen syftar detta arbete till att utreda de rättsliga konsekvenserna av passiv försäljning på nätet. Uppsatsen har redogjort för hur den nuvarande regleringen ser ut, och hur den påverkar leverantörers möjligheter att ställa krav på både fysiska och virtuella återförsäljare. Arbetet har vidare behandlat distributörers förmåga att rikta sin verksamhet mot särskilda kundgrupper och områden. För att uppfylla uppsatsens syfte ställdes tre frågor. Dessa har delvis fungerat som en stomme i dispositionen och kommer att få sina svar nedan. Denna del kommer att redogöra för svaren, men även väva ihop subjektiva åsikter med doktrin, särskilt för den tredje och sista frågan som har en mer framåtblickande och hypotetisk karaktär.

6.1 Den första frågan

Den första frågan behandlar hur den nuvarande regleringen, det vill säga förordning 330/2010, påverkar utformningen av vertikala avtal vid försäljning på Internet. I uppsatsen framgår det att passiv försäljning inte får förbjudas. Det innebär att en leverantör enbart kan förbjuda aktiv försäljning, vilket exempelvis kan göras genom att en återförsäljare tilldelas ett exklusivt område inom vilket denne fritt kan distribuera sina varor. För att utesluta återförsäljare som enbart är verksamma på Internet kan distributionsavtalet inkludera klausuler som ställer krav på att återförsäljaren har en eller flera fysiska butiker. En anledning till att leverantören vill utesluta strikt virtuella återförsäljare kan vara att dessa lättare kan sälja över områdesgränser utan att det definieras som aktiv försäljning. E-handel presumeras vara passiv och enbart i fall där återförsäljaren kontaktar kunder eller riktar sig specifikt till territorier utanför det tilldelade området är försäljningen att betraktas som aktiv. Detta gäller även för de fall där återförsäljaren visar sin hemsida i ett annat språk än det som talas i dennes område, eller erbjuder konsumenten att göra språkval på hemsidan. Ytterligare ett skäl att ställa krav på att återförsäljaren har en fysisk butik kan vara att förhindra snålskjutsåkning.

De krav som leverantörer kan ställa syftar i viss mån till att förhindra passiv försäljning. Att utesluta återförsäljare som enbart existerar i form av nätbutiker kan eventuellt leda till att konkurrensen snedvrids. Fysiska butiker är mer kostsamma än virtuella och kan därmed innebära ett stort hinder för en ny näringsidkare som vill ta sig in på en marknad. Försök att förhindra passiv försäljning genom att minimera användningen av e-handel kan leda till att EU:s mål med den inre marknaden motverkas. De territoriella begränsningarna kommer att stå fast och det kan tänkas bli svårare för kunder i andra områden att handla över gränser. Vissa författare anser i doktrin att leverantörer inte har någon vinning i att utesluta virtuella återförsäljare, medan andra författare menar att det snarare främst är

återförsäljare som förlorar på att inte inkluderas. Det går att diskutera utifrån båda ståndpunkterna, men den gemensamma nämnaren är att det förmodligen är konsumenterna som i slutänden blir de som påverkas mest. Uteslutning innebär att det geografiska området som återförsäljare är verksamma inom eventuellt kan minska, vilket kan leda till att utbudet blir sämre. Dessutom blir priserna inte lika pressade om marknaden består av ett mindre antal aktörer.

6.2 Den andra frågan

I svaret på fråga ett kan ses att utformningen av vertikala avtal till viss del syftar till att förhindra eller begränsa passiv försäljning. Uppsatsens andra fråga behandlar hur den nuvarande regleringen kan möjliggöra för en återförsäljare att kringgå begränsningar som rör restriktioner av aktiv försäljning. Aktiv försäljning kan förbjudas och tillåts ofta enbart inom det område som återförsäljaren har blivit tilldelad. Marknadsförings- och försäljningsåtgärder, som riktas mot ett annat område eller en kundgrupp i ett annat område, klassificeras som aktiv försäljning och är därför inte tillåtna.

Vid en första anblick verkar det som att det inte är möjligt att kringgå begränsningar som förhindrar aktiv försäljning. Det finns dock sätt som förvandlar, vad som skulle kunna anses vara, en aktiv försäljning till passiv. Internetförsäljning är, som tidigare noterats, presumerat passiv. En återförsäljares val av språk eller toppdomän på hemsidan förändrar inte detta. I doktrinen konstateras att sådana typer av val borde förmodas innebära att återförsäljaren avser att rikta sig mot ett specifikt område, särskilt vid de tillfällen språk- eller toppdomänval inte har någon anknytning till säljarens eget territorium. Jag är av samma åsikt och ser även paralleller till den internationella privaträtten och de förenade målen Pammer & Hotel Alpenhof. Målen redogör grundligt för i vilka avseenden en återförsäljare, genom sin hemsida, kan bedömas rikta sig mot en konsuments medlemsstat.

Så länge som regleringen inte förändras vad gäller den presumerade passiviteten för e-handel, är det därmed möjligt att kringgå begränsningar om aktiv försäljning genom att rikta sig via en hemsida och användning av språk eller toppdomäner. I offentliga dokument har det påpekats att det är svårt för ett företag att bli hittat på webben och att val av språk eller toppdomän därför inte utgör något problem. Försäljnings- och marknadsföringsstrategier som riktas mot områden som ligger utanför återförsäljarens, definieras likt åtgärder som görs av en fysisk återförsäljare och bedöms således vara aktiva. Det är dock möjligt att bli hittad på Internet utan att använda sig av gränsöverskridande hjälpmedel. En stor del av dagens konsumenter är vana nätshoppare och om de vet vad de är ute efter har de alla möjligheter att hitta en återförsäljare av en viss specifik vara.

6.3 Den tredje frågan

Den tredje och sista frågan anknyter delvis till fråga nummer två. Den behandlar hur den nuvarande regleringen möjligen kan kompletteras för att bättre tillgodose den handel och e-handel som sker i verkligheten. Detta är en diskussionsfråga och har dels behandlats under arbetet, dels i den ovanstående analysen.

Jag anser att det först och främst är en fråga som handlar om vilka som ska gynnas av regleringen: Är det återförsäljare och konsumenter eller leverantörer? Skälet till denna uppdelning är att min åsikt är att e-handel inte kan presumeras vara passiv om återförsäljaren gör aktiva val som inbegriper förändring av språk, toppdomän samt eventuellt valuta på hemsidan. Sådana åtgärder pekar tydligt på att försäljningen riktas mot ett eller flera särskilda områden. Bedömning måste naturligtvis göras i varje fall. Neutrala toppdomäner och allmänt talade språk kan hänföras till ett flertal kundgrupper och territorium. Så är även fallet för euro som valutaval. Jag anser dock att det är anmärkningsvärt att syftet med åtgärderna inte ifrågasätts och att detta behöver tydliggöras i reglering och riktlinjer. Förslagsvis kan blickar vändas mot den internationella privaträtten och de förenade målen Pammer & Hotel Alpenhof för att inhämta inspiration till hur en gränsdragning för passiv och aktiv försäljning kan göras med anledning av återförsäljarens utformning av sin hemsida.

I analysen påpekade jag att om en kund uppsöker en återförsäljare och ber om att bli informerad om exempelvis framtida kampanjer, och sedan köper varor räknas det som en passiv försäljning. Min tankegång kretsade kring situationen när en kund beställer varor från en virtuell återförsäljare. Vid betalning kryssar kunden för att han eller hon vill få nyhetsbrev på mail från återförsäljaren. Jag funderar kring hur denna situation definieras i konkurrensrätten och hur den skulle behandlas genom förordning 330/2010. Det borde, definitionsmässigt, bli en skillnad beroende på om kunden aktivt kryssar i att denne vill ha reklam, gentemot om aktivitet krävs för att meddela att han eller hon inte vill ha nyhetsbrev till sin email. Varken dagens riktlinjer, reglering eller doktrin ger någon vägledning i vad som gäller i ett sådant skede. Riktad marknadsföring och sökoptimeringstjänster är väl behandlade i riktlinjerna om vertikala begränsningar genom gränsdragningen för vilka försäljnings- och marknadsföringsåtgärder som klassificeras som aktiva respektive passiva, men de gråzoner som mailutskick och anmälan till nyhetsbrev kan innebära är lämnade åt slumpen.

För att återgå till uppdelningen angående vilka som ska gynnas av regleringen så anser jag att konsumenter är en särskilt skyddsvärd grupp. Vid e-handel är det dessutom ofta de som kan dra fördel av det stora utbudet och konkurrensen mellan de många aktörerna. Trots detta anser jag att bedömningen av försäljningens aktivitet respektive passivitet, samt den framtida regleringen av gränsdragning vid virtuell försäljning, ska ske mot bakgrund av det bakomliggande syftet. Detta betyder att svaret på fråga tre

innebär att jag tycker att regleringen bör inkludera en bedömningsgrund för e-handels gränsdragning som liknar den som påvisats i den internationella privaträtten genom de förenade målen Pammer & Hotel Alpenhof. En sådan bedömning kan tänkas innebära att en del av återförsäljares försäljning går från att vara passiv till aktiv. Detta är gynnsamt för leverantörer eftersom de därigenom kan begränsa den del av försäljningen som sker utanför det tilldelade territoriet. Internet är en global marknad utan några fasta gränser. Med anledning av detta är det nödvändigt att dra upp egna gränser. Det innebär att aktiv och passiv försäljning på en virtuell nivå behöver definieras tydligare, för att kunna bibehålla distributionsnätverk med exklusivt tilldelade områden.

Käll- och litteraturförteckning

Rättsakter

Kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, EGT L 336, 29.12.1999, s. 21-25

Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, EUT L 102, 23.4.2010, s. 1-7

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (konsoliderad version), EUT C 326, 26.10.2012, s. 47-390

Offentligt tryck

Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EUT C 130, 19.5.2010, s. 1-46

Directorate for financial and enterprise affairs, Competition Committee, Roundtable on vertical restraints for on-line sales – Note by the European Union, DAF/COMP/WD(2013)18

Litteratur

Bieron, Brian, Usman, Ahmed, *Regulating E-commerce through International Policy: Understanding the International Trade Law Issues of E-commerce*, 46 Journal of World Trade, 2012, nr 3, s. 545-570

Colino, Sandra Marco, *Vertical agreements and competition law: a comparative study of the EU and US regimes*, Hart, Oxford, 2010

Faull, Jonathan, Nikpay, Ali & Taylor, Deirdre (red.), *Faull & Nikpay: the EU law of competition*, 3. uppl., Oxford University Press, Oxford, 2014
(Cit. Faull & Nikpay)

Gomez-Herrera, Estrella, Martens, Bertin, Turlea, Geomina, *The drivers and impediments for cross-border e-commerce in the EU*, Information Economics and Policy, 2014, 28(1), s. 83-96
(Cit. Gomez-Herrera et al.)

Goyder, Joanna, *EU distribution law*, 5. uppl., Hart, Oxford, 2011

Henriksson, Lars, *Distributionsavtal: vertikala avtal och konkurrensrättsliga aspekter*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2012

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011

(Cit. Hettne & Otken Eriksson)

Jones, Alison & Sufrin, Brenda, *EU competition law: text, cases, and materials*, 5. uppl., Oxford University Press, Oxford 2014.

(Cit. Jones och Sufrin)

Kellgren, Jan & Holm, Anders, *Att skriva uppsats i rättsvetenskap: råd och reflektioner*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2007

(Cit. Kellgren & Holm)

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013

(Cit. Korling & Zamboni)

Lambrecht, Anja, Tucker, Catherine, *When Does Retargeting Work? Information Specificity in Online Advertising*, *Journal of Marketing Research*, 2013, vol. 50, nr 5, (oktober), s. 561-576

(Cit. Lambrecht och Tucker)

Lidgard, Hans Henrik, *Competition classics: [material & cases on European competition law and practice]*, Maria Magle Publishing, Lund, 2011

Mohapatra, Sanjay, *E-Commerce Strategy [Elektronisk resurs]: Text and Cases*, Springer US, Boston, MA, 2013

Rigby, Darrell, *The Future of Shopping*, *Harvard Business Review*, 2011, December 2011, Vol. 89 Nr 12, s. 64-75

Robertson, Viktoria, H.S.E., *Online sales under the European Commission's Block Exemption Regulation on vertical agreements: Part 1*, *E.C.L.R.*, 2012, 33(3), s. 132-137

(Cit. Robertson I)

Robertson, Viktoria, H.S.E., *Online sales under the European Commission's Block Exemption Regulation on vertical agreements: Part 2*, *E.C.L.R.*, 2012, 33(4), s. 179-184

(Cit. Robertson II)

Rose, Vivien, Bailey, David, Christopher W. & Child, Graham D. (red.), *European Union law of competition*, 7. uppl., Oxford University Press, Oxford, 2013.

(Cit. Bellamy & Child)

Themelis, Andreas, *After Pierre Fabre: the future of online distribution under competition policy*, International Journal Of Law & Information Technology, 2012, vol. 20, nr. 4, (2012-12-01), s. 346-369

Utzschneider, Yann, Glatz, Alexandre, *France: anti-competitive agreements – audio and visual products*, E.C.L.R., 2013, 34(4), s. 55-56
(Cit. Utzschneider och Glatz)

VanHoose, David D., *E-commerce economics*, 2. uppl., Routledge, New York, 2011

Velez, Mario, *Significant changes to the block exemption on vertical restraints*, E.C.L.R., 2011, 32(4), s. 212-219

Wijckmans, Frank & Tuytschaever, Filip, *Vertical agreements in EU competition law*, 2. uppl., Oxford University Press, Oxford, 2011
(Cit. Wijckmans & Tuytschaever)

Elektroniska källor

Ecommerce Europe, *European E-commerce Grew by 16% to € 363 Billion in 2013*, utgiven 2014-06-17

<http://www.ecommerce-europe.eu/press/european-e-commerce-grew-by-16-to-363-billion-in-2013>

Besökt 14:47 den 28/10 2014

Decision 12-D-23 of 12 December 2012 on practices implemented by the Bang & Olufsen company in the sector of selective distribution of Hi-fi and home cinema equipment

http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=418&id_article=2009

Besökt 14:07 den 29/10 2014

Övrigt

Afroditi Logothetis, *E-handeln klappar ihop*, Dagens industri, 2014, den 10 december 2014, nr. 278, s. 40

Amster, Harry, Froste, Calle, *Begränsad tid för informationstekniken*, Svenska Dagbladet - Näringsliv, 1996, 12 maj 1996, nr 128, s. 2

Klingbert, Patrik, *Genombrott för julhandeln på nätet*, Dagens industri, 2014, den 28 november 2014, nr. 268, s. 13

Mitelman, Henrik, *Marginalerna bättre IRL*, Dagens industri, 2014, den 2 december 2014, nr. 271, s. 26

Rättsfallsförteckning

Avgöranden från EU

Mål 56 och 58/64, *Établissements Consten S.A.R.L. och Grundig-Verkaufs-GmbH mot Europeiska ekonomiska gemenskapens kommission*, REG [1996], s. 429

Mål 56/65, *Société Technique Minière (L.T.M) mot Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, REG [1966] s. 337

Mål 26/76, *Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG mot Europeiska gemenskapernas kommission (Metro I)*, REG [1977], s. 1875

Mål 31/80, *NV L'Oréal och SA L'Oréal mot PVBA "De Nieuwe AMCK"*, REG [1980], s. 3775

Mål 107/82, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG [1983], s. 3151

Mål 31/85, *SA ETA Fabriques d'Ébauches mot SA DK Investment m.fl.*, REG [1985] s. 3933

Mål T-19/92 *Groupement d'achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen ('YSL')*, REG [1996] s. II-1851

Mål T-88/92 *Groupement d'achat Édouard Leclerc mot Europeiska kommissionen ('Givenchy')* REG [1996] s. II-1961

Förenade målen C-585/08 och C-144/09 *Peter Pammer mot Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C-585/08) och Hotel Alpenhof GesmbH mot Oliver Heller (C-144/09)*, REG [2010] s. I-12527

Förslag till avgörande av generaladvokat Verica Trstenjak i mål C-585/08 *Peter Pammer mot Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* och Mål C-144/09 *Hotel Alpenhof GesmbH mot Oliver Heller*, REG [2010] s. I-12527

Mål C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS mot Président de l'Autorité de la concurrence och Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, REG [2011] s. I-9419

Förslag till avgörande av generaladvokat Mazák i mål C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, REG [2011] s. I-9419

Kommissionsbeslut

75/73/EEC: Commission Decision of 13 December 1974 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/14.650 - Bayerische Motoren Werke AG) – BMW, EGT L 29, 3.2.1975, s. 1-10

77/100/EEC: Commission Decision of 21 December 1976 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/5715 - Junghans) – Junghans, EGT L 30, 2.2.1977, s. 10-17

84/233/EEC: Commission Decision of 18 April 1984 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/30.849 IBM personal computer) – IBM, EGT L 118, 4.5.1984, s. 24-28

85/616/EEC: Commission Decision of 16 December 1985 relating to a proceeding pursuant to Article 85 of the EEC Treaty (IV/30.665 – Villeroy & Boch) – Villeroy & Boch, EGT L 376, 31.12.1985, s. 15-20

Commission Decision of 11/03/2008 declaring a concentration to be compatible with the common market and the functioning of the EEA Agreement (Case No COMP/M.4731 – Google/DoubleClick), C(2008) 927 final