

Forholdet mellom konkurransefremjande tiltak gitt med heimel i konkurranselova § 14 og direktivet om urimeleg handelspraksis

professor dr juris Tore Lunde



UNIVERSITETET I BERGEN

Problemstillinga

- Set direktivet om urimelig handelspraksis grenser for kva for konkurransefremjande tiltak som med heimel i konkurranselova § 14 kan innførast for å betre konkurranseforholda i eit marked?

Direktivet om urimelig handelspraksis (dir 2005/29)

- Harmonisering av reglar om urimeleg handelspraksis i EU/EØS
- Reglar om urimeleg handelspraksis og praktiseringa av slike som handelshindringar

Særtrekk ved direktivet

- Omfattande reguleringsregime, for all handelspraksis
- Totalharmonisering
- Generalklausul
- Særlige utfordringar for harmoniseringsformålet

Betydning for norsk rett

- Innlemma i EØS-avtalen
- Gjennomført i norsk rett ved marknadsføringslova kapittel 2.
- Tredelt struktur i dei materielle reglane:
 - Generelt forbod mot urimeleg handelspraksis
 - Villeiande eller aggressiv praksis er urimeleg
 - «svarteliste» – former for handelspraksis som i alle tilfelle skal reknast som urimeleg.

Kritikk og skepsis mot direktivet

- Er målsetjinga om full harmonisering realistisk?
- Inga regulering av privatrettslege verknader
- Rettsøkonomisk perspektiv – overoptimisme.

Virkeområdet

- «... foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere ... før, under og etter en handelstransaksjon knyttet til et produkt».
- «handelspraksis» - art 2 bokstav d)
 - «enhver handling, utelatelse, atferd eller framstilling, kommersiell kommunikasjon, herunder reklame og markedsføring, fra en næringsdrivendes side, som er direkte knyttet til å fremme salget av, selge eller levere produkt til forbrukerne».
- Forbrukarane sine «økonomiske interesser»

Virkeområdet (2)

- Var «salsfremjande tiltak» omfatta av direktivet?
 - Framlegg til forordning om fjerning av nasjonale restriksjonar på salsfremjande tiltak
 - Framlegget omfatta alle former for rabattar, kombinasjonstilbod, tilgift, salsfremjande konkurransar og spel

EU-domstolens praksis (1)

- Generelle nasjonale forbod mot tilgift – sameinte saker C-261/07 og C-299/07 Total Belgium
 - «handelspraksis»
 - generelt forbod mot tilgift, utan krav om **konkret vurdering** av om den aktuelle praksisen er urimeleg, er i strid med direktivet

EU-domstolens praksis (2)

- Generelle nasjonale forbod mot kjøp som vilkår for deltaking i forbrukarkonkurransar og spel – sak C-304/08 Plus Warenhandelsgesellschaft
 - Var det generelle forbodet i tysk rett mot kjøpsbetinga konkurransar i strid med direktivet?
 - Salsfremjande kampanjar er «handelspraksis» i direktivets forstand.
 - Vern av forbrukarane sine «økonomiske interesser», eller vern for konkurrentar mot urimeleg handelspraksis?

EU-domstolens praksis (3)

- Forbrukernes «økonomiske interesser» forts.
 - «Udelukket fra det pågældende anvendelsesområde er, som det fremgår af sjette betragtning til direktivet, alene de nationale love om urimelig handelspraksis, som **udelukkende** skader konkurrenters økonomiske interesser, eller som vedrører transaktioner mellem erhvervsdrivende» (avsnitt 39)
 - Nasjonale tiltak som har **dobbelt formål** om å verne både forbrukarar og konkurrentar vil vere omfatta av direktivet.
 - Krav til konkret vurdering av om den enkelte kjøpsavhengige konkurranse er i strid med direktivet.

EU-domstolens praksis (4)

- Generelle nasjonale forbod mot koblingshandel, sak C-522/08 Telekomunikacja Polska
 - generelle forbod mot koplingshandel i den polske telekommunikasjonslova var i strid med direktivet.

EU-domstolens praksis (5)

- Generelle nasjonale forbod mot gratisytingar – sak C-540/08 Mediaprint
 - Handelspraksis
 - Var det nasjonale forbodet omfatta av direktivet når det også hadde anna formål enn forbrukarvern?
 - Urimeleg handelspraksis berre pga. utsikten til gevinst er avgjerande motivasjon for å kjøpe hovudproduktet?

Samanfatning av EU-domstolens praksis

- Begrepet «handelspraksis» eit svært vidtrekkande materielt omgrep.
- Nasjonale reguleringar som har blanda formål, og som er gitt for å ivareta også andre omsyn enn forbrukarane sine økonomiske interesser, er omfatta av direktivet.
- Nasjonale, generelle forbod mot handelspraksis som er omfatta av direktivet, men som ikkje er inntatt i «svartelista», er i strid med direktivet dersom reglane ikkje krav **konkret** vurdering.

Samanfatning av EU-domstolens praksis (2)

- EU-domstolen nyttar prinsippet om totalharmonisering konsekvent, slik at nasjonale tiltak som gir forbrukarvern utover det som direktivet tillet, vert rekna som stridande mot direktivet, jf. artikkel 4.
- Formålet om forbrukarvern har vore relativt klart til stades i dei omtvista nasjonale føresegnene, sjølv i dei tilfella der føresegnene også skal ivareta andre interesser.

Kjernespørsmålet

- Er nasjonale regler om handelspraksis som *indirekte* verner forbrukarane sine økonomiske interesser omfatta av direktivet?
- Ytterpunkta
- Mellomgruppa; herunder konkurranselova §14
- Forskrift om forbod mot bonusprogram i innanriks luftfart (FOR-2007-06-20-684).
- Er slike generelle nasjonale reguleringar i strid med direktivet?

Er «bonusforskriften» i strid med direktivet om urimeleg handelspraksis? (1)

- Bonusprogram = «handelspraksis»
- Tar forbudet mot bonusprogram sikte på å verne forbrukarane sine økonomiske interesser, eller har det «udelukkende» til formål å verne konkurrentars/næringsdrivande sine interesser?
- Høyringsnotatet: omsynet til å verne konkurransen i flymarknaden er det sentrale omsynet som ligg til grunn for forskrifta.
- Betyr det at forskrifta ikkje vernar forbrukarane sine økonomiske interesser? Eller vernar forskrifta fleire interesser?

Er «bonusforskriften» i strid med direktivet om urimeleg handelspraksis? (2)

- Vilkåra for opptening er problemet, ikkje bonusprogram i seg sjølv.
- Innelåsande effekt?

Er «bonusforskriften» i strid med direktivet om urimeleg handelspraksis? (3)

- Rettleiinga punkt 1.7 – dual aim of protecting consumers and competitors.
 - «Thus, national rules regulating commercial practices such as below-cost selling/selling at a loss, **for which the sole rationale is to ensure fair competition in the market space**, do not fall within the scope of the Directive.
 - However, only measures which protect **exclusively** competitors' interests fall outside the scope of the Directive. Where consumers' and competitors' interests coincide and national measures regulate a practice with the **dual aim** of protecting consumers **and** competitors, such national measures are covered by the Directive.
- Høyringsnotatet fokuserer på vern av konkurransen.

Er «bonusforskriften» i strid med direktivet om urimeleg handelspraksis? (4)

- Noko uvisst om slikt indirekte vern er omfatta av «forbrukernes økonomiske interesser»
- Tysk juridisk teori
- Samanlikning av bonusforskrifta med omtvista nasjonale forbod i EU-domstolens praksis
- Plus Warenhandelsgesellschaft avsnitt 40 – fokus på formål om forbrukarvern.
- Rettleiinga som rettskjelde
- Motsett tolkingsresultat ville innebære vesentleg innsnevring av adgangen til å setje i verk tiltak for å betre konkurransetilhøva.

Konklusjon

- Gode grunnar talar for at nasjonale reguleringar som tar sikte på å betre og sikre konkurransetilhøva, men som samstundes på ein meir indirekte måte bidrar til å sikre forbrukarane sine økonomiske interesser, ikkje kan reknast for å vere omfatta av direktivet.
- Bonusforskrifta kjem ikkje i konflikt med direktivet.