

NOU

Norges offentlige utredninger **2013:6**

God handelsskikk i dagligvarekjeden

Norges offentlige utredninger 2013

Seriens redaksjon:
Departementenes servicesenter
Informasjonsforvaltning

1. Det livssynsåpne samfunn.
Kulturdepartementet.
2. Hindre for digital verdiskaping.
Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet.
3. Pensjonslovene og folketrygdreformen III.
Finansdepartementet.
4. Kulturutredningen 2014.
Kulturdepartementet.
5. Når det virkelig gjelder ...
Justis- og beredskapsdepartementet.
6. God handelsskikk i dagligvarekjeden
Landbruks og matdepartementet.

NOU

Norges offentlige utredninger **2013:6**

God handelsskikk i dagligvarekjeden

Utredning fra et utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 26. oktober 2012

Avgitt til Landbruks- og matdepartementet, Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet og Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet 30. april 2013

ISSN 0333-2306
ISBN 978-82-583-1172-7

07 Xpress AS

Til Landbruks- og matdepartementet, Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet og Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet

Ved kongelig resolusjon av 26. oktober 2012 ble det oppnevnt et utvalg som skulle utrede hvordan prinsippet om god handelsskikk i dagligvarebransjen og hensynet til forbrukerne best kan ivaretas i lovgivningen.

Dagligvarelovutvalget legger med dette fram sin innstilling.

Oslo, 30. april 2013

Erling Hjelmeng (leder)

Knut Thonstad

Toril Melander Stene

Tina Søreide

Thea Susanne Skaug

Tommy Staahl Gabrielsen

Olav Kolstad

Sekretær
Torild Jacobsen

Innhold

1	Utvalgets mandat, sammensetning og arbeid	9	6.5	Nærmere om maktbegrepet	41
1.1	Bakgrunn	9	6.6	Utvalgets avgrensning og presisering	43
1.2	Utvalgets mandat	9			
1.3	Utvalgets sammensetning og arbeid	9	7	Utvalgets vurderinger av handelspraksis	45
2	Sammendrag	12	7.1	Innledning	45
2.1	Sammendrag av utredningens hovedinnhold	12	7.2	Virkningsvurdering	45
2.2	Merknad fra medlemmene Stene og Thonstad	14	7.2.1	Virkninger for kontraktspartene ...	45
			7.2.2	Virkninger for forbrukerne	47
			7.3	Vurdering opp mot allmenne forretningsverdier	65
3	Overordnede betraktninger	15	7.4	Utvalgets diagnose: Uklare kontrakter, mangelfull forståelse og kontraktsbrudd	67
4	Matkjedeutvalgets funn og anbefalinger	16	8	Anvendelse av gjeldende lovgivning i dagligvaresektoren	69
4.1	Overordnede anbefalinger	16	8.1	Innledning	69
4.2	Potensielt problematisk handelspraksis	18	8.2	Avtaleloven	69
4.2.1	Oversikt	18	8.3	Kjøpsloven	71
4.2.2	Kontraktsutforming	19	8.4	Pristiltaksloven	71
4.2.3	Innsyn og gjennomsiktighet/ forretningshemmeligheter	20	8.5	Ulovfestede kontraktsrettslige prinsipper	74
4.2.4	Delisting	21	8.6	Immaterialretten	75
4.2.5	EMV	21	8.7	Markedsføringsloven	76
4.2.6	Oppsummering	22	8.7.1	Innledning	76
			8.7.2	Bestemmelser som skal beskytte forbrukernes interesser (kapittel 1-5)	77
5	Markedsutviklingen og strukturelle rammer	23	8.7.3	Bestemmelser som skal beskytte næringsdrivendes interesser (kapittel 6)	77
5.1	Innledning	23	8.8	Erstatningsrettlige normer	81
5.2	Landbrukspolitiske føringer	23	8.9	Oppsummering og utvalgets vurdering	81
5.3	Forbrukerpolitiske utfordringer ...	24	9	Anvendelse av konkurranseloven i dagligvaresektoren	84
5.4	Konkurransopolitiske utfordringer	24	9.1	Innledning	84
5.4.1	Innledning	24	9.2	Oversikt over virkemidler i konkurranseloven	84
5.4.2	Leverandørleddet	25	9.3	Konkurranselovens formål og forholdet til utvalgets mandat	85
5.4.3	Detaljleddet	27	9.4	Konkurranseloven § 10	86
5.4.4	Distribusjons- og grossistleddet ...	30	9.5	Konkurranseloven § 11	87
5.5	Oppsummering	33	9.5.1	Dominerende stilling	87
			9.5.2	Misbruk	88
6	Utvalgets tilnærming til problemstillingene	34	9.6	Konkurranseloven § 14	92
6.1	Innledning	34	9.7	Konkurranseloven § 16	94
6.2	Det empiriske grunnlaget	34			
6.3	Forbrukerinteresser og effektivitet	36			
6.3.1	Innledning	36			
6.3.2	«Rimelighet» vs. effektive forhandlinger	36			
6.3.3	«Rimelighet» i forbrukerpolitikken	38			
6.3.4	Oppsummering	39			
6.4	Avgrensning mot konkurransepolitikken	40			

9.8	Konkurransetilsynets overvåking av dagligvaremarkedet	95	13	Nærmere om innholdet i en god-skikk-standard	113
9.9	Konklusjoner	96	13.1	Generelt om god-handels- skikkstandarden	113
10	Særreguleringer i andre jurisdiksjoner	97	13.2	Forutberegnelighet/ensidige endringer av avtaler/terminering .	113
10.1	Reguleringsinitiativer fra EU	97	13.3	Tilgang til relevant informasjon	114
10.2	Medlemsstater	98	13.4	Varemerkerettigheter/kopiering/ beskyttelse av	
10.3	Oppsummering	99		forretningshemmeligheter	114
11	EØS-rettslige skranker for nasjonal regulering	100	13.5	Andre forhold – er regulering hensiktsmessig eller mulig?	114
11.1	Innledning	100	13.6	Utvalgets vurdering og forslag	116
11.2	EØS-konkurranseloven	100	13.6.1	Generelle bestemmelser	116
11.2.1	Innledning	100	13.6.2	Spesielle bestemmelser	117
11.2.2	Samhandelskriteriet	101	13.6.3	Tolkningen av god-handelsskikk- standarden	119
11.2.3	«Konkurranselovgivning»	101		Virkeområde	120
11.2.4	Begrensingen gjelder kun avtaler m.m. og ikke ensidig atferd	103	14	Håndhevelse og sanksjoner	122
11.2.5	Konklusjon	103	14.1	Innledning	122
11.3	Fri bevegelighet	103	14.2	Utvalgets vurderinger	123
11.3.1	Restriksjonsforbudet	103	14.2.1	Innledning	123
11.3.2	Tvingende allmenne hensyn	106	14.2.2	Nærmere om sanksjonsutforming	123
12	Utvalgets vurdering av behovet for en lovregulering	107	14.2.3	Kompetanse	125
12.1	Reguleringsbehovet	107	14.2.4	Personell kompetanse	127
12.2	Reguleringsform	109	14.2.5	Klageadgang	128
12.2.1	Nærmere om frivillige forretningsstandarder og håndhevelse	109	14.3	Privat håndhevelse	129
12.2.2	NorgesGruppens forslag om selvdømmeordning	111	14.4	Evaluerings	129
12.2.3	Utvalgets oppsummering og forslag	112	15	Økonomiske og administrative konsekvenser	131
			16	Utvalgets forslag	132

Forkortelser, ord og uttrykk

B2B	Business-to-business
Delisting	Varen faller ut av vareregisteret til innkjøpsavdelingen i dagligvarekjeden
D-pris	Prisen paraplykjeden setter ut til detaljist
D-prismodell	Prismodell der paraplykjedene beregner enkelte rabatter eller bonuser av D-pris i motsetning til av leverandørens grunnpris
DLF	Dagligvareleverandørens Forening
ECN	European Competition Network
EMV	Paraplykjedene i handelen sine egne merkevarer. Produkter hvis resept og merke eies av en dagligvarekjede
EP	Europaparlamentet
EU	Den europeiske union
EØS	Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet
Forhandlingssystemet	Summen av forhandlinger knyttet til å få en vare inn i butikkenes sortiment
Franchise	En metode for distribusjon av helhetlige forretningskonsepter. I utgangspunktet et avtafestet, tidsbestemt partnerskap mellom to selvstendige parter, franchisegiver (her paraplykjeden) og franchisetaker
GSCOP	Groceries Supply Code of Practice. Britisk standard som oppstiller prinsipper for forretninger mellom leverandører og forhandlere (kjeder),
JM - Joint marketing	Felles markedsføringstiltak mellom leverandører og paraplykjeder
KBS	Kiosk, bensinstasjon og servicehandel
Makt over utfall	Makt der en aktør har kontroll over utfall eller resultater.
Monopol	En bedrift som er eneselger av et produkt det ikke finnes substitutter for.
Monopsoni	Kjøpermonopol. Markedsform med én stor, dominerende etterspørter (kjøper) med stor markedsrett og posisjon til å presse prisene i markedet
Oligopol	Et marked hvor bare få foretak konkurrerer, og hvor adgangen for nye foretak er sterkt begrenset.
Portvoktermakt	Makten til å avgjøre om andre skal få bringe sitt produkt ut i markedet
Pristransmisjon	Prisoverveltning mellom leddene i verdikjeden
Predatoradferd/predasjon	Aggressiv adferd der hensikten er å ta over eller ekskludere andre.
Regimakt	Situasjoner der en aktør har avgjørende innflytelse over de rammer andre markedsaktører gjør sine valg innenfor.

Rt	Norsk Retstidende
Samfunnsøkonomisk effektivitet	Fordeling av samfunnets knappe ressurser som gir den høyeste avkastningen sett fra samfunnets side. En tilstand hvor det, gitt teknologi og ressurstilgang, ikke er mulig å bedre situasjonen for ett individ uten at samtidig minst ett annet individ får det verre. Denne definisjonen av økonomisk effektivitet inneholder ingen betraktninger om hvilke goder som bør produseres, ei heller noe om fordelingen av disse godene.
TEUV/TFEU	Traktaten om den europeiske unions virkemåte /Treaty on the functioning of the European Union
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
Transaksjonssystemet	De samlede økonomiske transaksjonene knyttet til å få varer inn i butikkenes sortiment.
UTP	Unfair Trading Practices. Urimelig handelspraksis
Vertikal integrasjon	Eiermessig integrasjon eller samarbeid mellom aktører i ulike ledd i verdikjeden, f.eks. mellom distributører, leverandører og selgere.
Vannseffekten	En teori som beskriver hvordan en stor kjøper utnytter sin kjøpermakt til å få lavere priser fra sine leverandører og der dette fører til høyere priser for konkurrentene.

Kapittel 1

Utvalgets mandat, sammensetning og arbeid

1.1 Bakgrunn

Ved kongelig resolusjon oppnevnte regjeringen 26. oktober 2012 et utvalg som skal utrede hvordan prinsippet om god handelsskikk i dagligvarebransjen og hensynet til forbrukerne best kan ivaretas i lovgivningen.

Bakgrunnen for utvalget er funnene som det såkalte Matkjedeutvalget (Steensnæs-utvalget) gjorde i sine undersøkelser, og de anbefalinger som ble gitt i rapporten Mat, makt og avmakt, NOU 2011: 4.¹ Utvalget skal slutføre sitt arbeid innen 1. mai 2013.

Utvalgets arbeid er fokusert på to hovedprinsipper: Et prinsipp om god handelsskikk og et forbrukerprinsipp. Hovedspørsmålet for utvalget er om hvordan disse to hensynene er ivaretatt i gjeldende lovgivning, og om det er behov for en egen bransjespesifikk lov om god handelsskikk

1.2 Utvalgets mandat

Utvalgets mandat er beskrevet i Boks 1.1.

1.3 Utvalgets sammensetning og arbeid

Utvalget er nedsatt som et ekspertutvalg, og har hatt 7 medlemmer:

- Erling Hjelmeng (leder), Bærum, Professor ved Universitetet i Oslo
- Tommy Staahl Gabrielsen, Bergen, Professor ved Universitetet i Bergen
- Olav Kolstad, Oslo, Advokat i Advokatfirmaet Schjødt
- Thea Susanne Skaug, Bærum, Advokat i Arntzen de Besche Advokatfirma AS
- Toril Melander Stene, Oslo, Juridisk direktør i Forbrukerrådet
- Tina Søreide, Bergen, Postdoktor ved Universitetet i Bergen
- Knut Thonstad, Bærum, Spesialrådgiver i Landsorganisasjonen i Norge.

Utvalget har avholdt syv møter, i tillegg til et dialogmøte med interesserte parter. Utover dette er det avholdt møter med foreningene Dagligvareleverandørenes Forening og Virke, i tillegg til at utvalgets leder har hatt bilateral kontakt med representanter både for kjedene og leverandører. Utvalget har ikke mottatt innspill til epostadressen dagligvarelov@lmd.dep.no, som har vært linket opp fra Landbruks- og matdepartementets hjemmeside mens utvalget har arbeidet.

Utredningen er ført i pennen av utvalgets medlemmer. Utvalgets sekretariat har vært lagt til Landbruks- og matdepartementet med seniorrådgiver Torild Jacobsen som utvalgets sekretær.

¹ I det følgende omtales Matkjedeutvalget, dvs. Steensnæs-utvalget, gjennomgående som «Matkjedeutvalget». Utvalget som har forfattet denne NOU, omtales som «Utvalget»/«utvalget», eventuelt *dette utvalget* der dette er nødvendig for å markere hvilket utvalg det er tale om.

Boks 1.1 Mandat

Det vises til NOU 2011: 4 «Mat, makt og avmakt – om styrkeforholdene i verdikjeden for mat» avgitt 13. april 2011. Flertallet i Matkjedeutvalget anbefaler at en atferdskodeks hjemles i en ny Lov om forhandlinger og god handelsskikk i dagligvaresektoren mv. Utvalgets flertall mener at en regulering av forhandlingsmekanismen bør ta utgangspunkt i et prinsipp om god handelsskikk, som bør kombineres med et prinsipp om at forbrukeren skal sikres en rimelig andel av ytelsene.

Utvalgets flertall mener at et generelt prinsipp om god handelsskikk i dagligvarebransjen kan ha følgende innhold:

«Aktørene i verdikjeden for mat må til enhver tid behandle hverandre i tråd med prinsippet om god handelsskikk. Prinsippet om god handelsskikk innebærer at foretak vil opptre redelig, basere forretningsforhold på gjensidighet, unngå urimelige forretningsvilkår, tilstrebe en rimelig risikofordeling og respektere andre parter immaterielle rettigheter.»

Flertallet mener at et forbrukerprinsipp kan ha følgende innhold:

«Forbrukerne skal sikres en rimelig andel av ytelser i verdikjeden for mat gjennom pris, utvalg, kvalitet og tilgjengelighet.»

I tråd med anbefalingen fra flertallet i Matkjedeutvalget har Regjeringen vedtatt å nedsette et lovutvalg (ekspertutvalg) som skal utrede hvordan prinsippet om god handelsskikk og hensynet til forbrukerne best kan ivaretas i lovgivningen ved å gjennomgå gjeldende lovgivning, samt vurdere og foreslå nye regler.

Formålet med lovutvalgets utredning og forslag skal være:

- Forbrukernes interesser ivaretas med hensyn til pris, utvalg, kvalitet og tilgjengelighet i dagligvaremarkedet
- Aktørene i markedet skal handle med hverandre i samsvar med prinsippet om god handelsskikk

Med utgangspunkt i formålet skal utvalget beskrive og vurdere hvordan gjeldende lovgiv-

ning regulerer forhandlinger og ivaretar prinsippet om god handelsskikk mv. i dagligvaresektoren. Temaer som skal beskrives og vurderes er:

- Skrifflighet og forutsigbarhet i avtaler
- Risikofordeling mellom partene
- Hylleplassbetaling og felles markedsføringsaktiviteter («listing-fees», joint marketing mv.)
- Forholdet mellom kjedenes egne merkevarer (EMV) og produsentenes merkevarer, herunder eventuell regulering av salg med tap
- Ivaretakelse av immaterielle rettigheter
- Om det er tilstrekkelig innsyn i og kunnskap om forhandlingene og forretningsmessige forhold for berørte parter
- Om endringer i kjøpermakt har endret mulighetene for balanserte avtaleforhold i tråd med god forretningsskikk, jf. egen utredning av kjøpermakt
- Håndheving av gjeldende lovgivning
- Andre forhold utvalget mener er relevante.

For forhold som utvalget vurderer ikke er tilfredsstillende regulert, skal utvalget vurdere om formålet med utredningen best oppnås med en ny lov og/ eller endring av gjeldende regelverk. Utvalget skal i forbindelse med sine forslag vurdere hvilken lovteknikk som best fremmer utredningens formål, herunder vurdere detaljert lovgivning, eller en hjemmelslov med reguleringskompetanse til forvaltningen. Utvalget kan eventuelt også vurdere ulike sider ved bransjeavtaler og bransjeorganer innenfor rammen av ny eller eksisterende lovgivning. Utvalget skal beskrive hvordan den foreslåtte reguleringen bedre ivaretar formålet med utredningen og forholdene nevnt i pkt. a)-i) ovenfor enn gjeldende lovgivning. Utvalget skal foreslå virkeområde for sine forslag. Dersom utvalget går inn for vedtakelse av en ny lov eller lovendringer, skal forslag til lovtekst fremsettes.

Utvalget skal avklare grensesnittet mellom forslag til ny regulering og gjeldende lovgivning, herunder særlig avtaleloven og alminnelig kontraktsrett, pristiltaksloven, konkurranseloven, markedsføringsloven og relevante deler av immaterialretten.

Boks 1.1 (forts.)

Utredning av aktuelle tiltak for å sikre effektiv håndheving av reglene skal inkluderes i utvalgets arbeid. Matkjedeutvalget peker på frykt for represalier som hinder for at kontraktparter påberoper seg rettigheter i henhold til gjeldende rettsregler. Lovutvalget skal vurdere hvordan eventuell ny regulering kan håndheves effektivt, herunder om det bør etableres et eget håndhevingsorgan for sektoren, slik Matkjedeutvalget foreslår.

Utvalget skal i sitt arbeid se hen til utredningen av kjøpermakt, som vil pågå parallelt og som skal analysere hvilken betydning dagligvarekjedenes økte kjøpermakt har hatt.

Utvalget skal i sitt arbeid se hen til internasjonale utredninger av tilsvarende tema, herunder arbeidet som foregår i EU og lovreguleringen og tilsynsmodellen som er etablert i Storbritannia.

Utvalget skal vurdere sine forslag opp mot Norges forpliktelser i henhold til EØS-avtalen.

Utvalget skal utrede økonomiske og administrative konsekvenser, jf. utredningsinstruksen. Konsekvensutredningen skal gjøre rede for andre relevante konsekvenser, herunder konsekvenser for forbrukerne og for konkurransesituasjonen i verdikjeden for mat.

Utvalget skal i sitt arbeid se hen til Matkjedeutvalgets utredning og innkomne høringsuttalelser, samt innhente synspunkter fra berørte aktører, inkludert ved å avholde minst ett høringsmøte.

Utvalget skal avgi sin utredning innen 1. mai 2013. Dersom det oppstår tvil knyttet til mandatet, kan utvalget ta dette opp med Landbruks- og matdepartementet

Kapittel 2

Sammendrag

2.1 Sammendrag av utredningens hovedinnhold

Utvalget foreslår en lov om god handelsskikk og opprettelse av et Handelstilsyn for å forestå tilsyn med og håndhevelse av loven. Handelstilsynet foreslås lagt til Konkurransetilsynet. Forslaget til en lov om god handelsskikk i dagligvarekjeden bygger et stykke på vei på forslaget til regulering fremsatt i NOU 2011: 4, men inkorporerer et tydeligere forbrukerperspektiv. Utvalget har søkt å forene de to hovedprinsippene i mandatet – god handelsskikk og hensynet til forbrukerne – ved å legge opp til en forståelse og regulering av «god handelsskikk» som også bidrar til at forbrukerne kommer bedre ut i form av lavere priser, bedre utvalg, tilgjengelighet og kvalitet.

Hovedideen bak loven er at dersom det legges til rette for effektive forhandlinger og kontrakter mellom leverandører og kjeder, vil dette lede til samfunnsøkonomisk effektive løsninger, der overskuddet videreføres til forbrukerne gjennom konkurransen mellom dagligvarekjedene. Utvalget anser at en vurdering av tiltak for ytterligere å skjerpe konkurransen mellom kjedene ligger utenfor utvalgets mandat. Medlemmene *Stene* og *Thonstad* har en særmerknad hvor de bl.a. foreslår at utvalget følges opp med vurderinger av ytterligere tiltak.

Utvalget anser at *symmetrisk informasjonstilgang ved kontraktsinngåelse, forutberegnelighet innenfor kontraktsforholdet, samt visshet om at egenutviklede forretningskonsepter ikke kopieres*, representerer de viktigste forutsetningene for å realisere effektive løsninger i forhandlingene mellom kjeder og leverandører. I analysen av de påpekninger som Matkjedeutvalget gjorde vedrørende god handelsskikk, finner utvalget at det i stor utstrekning er sammenfall mellom en god – handelsskikk – standard og forutsetningene for effektive forhandlingsløsninger. Et bærende hensyn i forslaget er likevel at lovgivningen må sette partene i stand til *selv å oppnå effektive løsninger*, og ikke diktere hva løsningene skal gå ut på.

Hovedanliggendet er at informerte parter har insentiver og forutsetninger for å søke effektive løsninger («bake den største kaken»), og at kjedenes forhandlingsstyrke («kjøpermakt») bidrar til at fordelene videreføres til forbrukerne i henhold til konkurranseintensiteten mellom kjedene.

Utvalget anser også at lovgivningen bør være nøytral mht. fordeling av overskuddet av verdiskapningen, i den forstand at en tvungen fordeling av verdiskapningen mellom kjeder og leverandører ikke er ønskelig å regulere i lov. I denne sammenheng understrekes det at en regulering som kanaliserer overskuddet til leverandørene vil være skadelig for forbrukerne, mens en regulering som kanaliserer overskuddet til kjedene vil kunne dempe konkurransen og dermed også skade konkurransen.

I *kapittel 3* beskriver utvalget noen overordnede betraktninger for arbeidet, herunder parallellt arbeid bl.a. i EU.

I *kapittel 4* beskrives Matkjedeutvalgets funn og anbefalinger nærmere.

Kapittel 5 inneholder en beskrivelse av de strukturelle rammene i markedet, med et fokus på konkurranse- og forbrukerpolitiske utfordringer. Her drøftes bl.a. utfordringer knyttet til utviklingen i markedet, f.eks. konsentrasjonsøkning og vertikal integrasjon. Det påvises at den viktigste faktoren som bidrar til høye priser og begrenset utvalg i norske dagligvarebutikker er tollvernet. Utvalget tar dette for gitt, og søker å utvikle løsninger som med disse forutsetninger likevel kan ivareta forbrukernes interesser. Utvalget påpeker at det har skjedd en betydelig konsentrasjonsøkning på flere ledd i dagligvarekjeden i de senere årene.

I *kapittel 6* redegjøres det for utvalgets tilnærming til problemstillingene reist i mandatet. Her drøftes sammenhengen mellom «god handelsskikk» og forbrukerhensynet, og utvalget forklarer bakgrunnen for sin analytiske tilnærming. Samtidig forklares det hvordan effektivitetshensynet forener hensynet til «rimelighet» i forholdet mellom næringsdrivende med hensynet til at for-

brukerne skal sikres en rimelig andel av fordelene ved en slik standard. Kapittel 6 danner følgende grunnlaget for utvalgets synspunkt om at god handelsskikk og forbrukerhensynet møtes i et prinsipp om at effektive forhandlinger basert på god handelsskikk maksimerer verdiskapningen mellom kjeder og leverandører, og at dette er til forbrukernes beste. Herunder påpekes det også at regulering som skaper omfordeling mellom kjeder og leverandører virker skadelig for forbrukerne.

Kapittel 7 redegjør nærmere for virkningene av ulike typer praksis mellom kjeder og leverandører. Her identifiseres først virkningene for leverandørene, før virkningene for forbrukerne analyseres nærmere. Hovedfunnet her er at en flerhet av de former for handelspraksis som er påpekt som problematiske av Matkjedeutvalget ikke entydig kan sies å være skadelige for forbrukerne. Derimot identifiserer utvalget flere former for atferd som bidrar til ineffektive løsninger i forholdet mellom kjeder og leverandører, og at disse langt på vei sammenfaller med etablerte begreper om redelighet og lojalitet i kontraktsforhold. Dette gjelder f.eks. tilbakeholdelse av informasjon og uforholdsmessig korte frister for å avslutte eller endre eksponeringen av produkter («delisting»).

Avslutningsvis i dette kapitlet presenterer utvalget også sin «diagnose» med sikte på uroligheten i bransjen. Dette anses å være uklarheter i kontraktsutformingen, mangelfull forståelse av forpliktelser p.g.a asymmetri i informasjon og mulige kontraktsbrudd.

Kapittel 8 og 9 redegjør for bruken av annen lovgivning på de problemstillinger som er definert i mandatet. Kapittel 8 gjennomgår kontraktslovgivning samt immaterialrett (herunder markedsføringsloven) og prisregulering. Det konkluderes med at denne lovgivningen rammer mange enkelttilfeller som er beskrevet i Matkjedeutvalgets innstilling, men at den representerer en fragmentarisk tilnærming som ikke er egnet for det «oppdragende» formål som utvalget anser at bransjen har behov for. Selv om enkeltkonflikter kan løses innenfor det eksisterende rammeverket, etterlyser den fragmentariske tilnærmingen både solide håndhevelsesorganer med et helhetlig perspektiv, og også en klarere definisjon av spesifikke normer. I kapittel 9 gjennomgås konkurranseloven, som i varierende utstrekning fanger opp de problemstillinger utvalget er bedt om å utrede.

I *kapittel 10* gjennomgås initiativer fra EU samt enkelte andre lands særreguleringer. Utvalget skulle gjerne kartlagt andre lands løsninger bedre, men har grunnet tiden som har blitt stilt til

rådighet prioritert å finne frem til gode løsninger innenfor norsk rett. Det bemerkes at Europakommisjonen i høringen av Grønnboken om «unfair trading practices» har etterlyst nettopp beskrivelser av ulike nasjonale løsninger, og at resultatet av denne høringen vil gi oppdragsdepartementene en tilstrekkelig kunnskapsbase på dette punkt. Utvalget har imidlertid beskrevet og relatert sitt forslag til løsningen i Storbritannia, som har fått mye oppmerksomhet også her hjemme.

I *kapittel 11* drøftes det hvorvidt EØS-avtalen oppstiller skranker for en regulering. Spørsmålet vurderes ift. EØS-konkurranseloven (om at avtaler mellom foretak ikke kan reguleres strengere enn det som følger av EØS artikkel 53) og reglene om fri bevegelighet. Utvalget finner ikke at det oppstår EØS-rettslige problemstillinger ut fra den regulering som er foreslått, men presiserer at det kan komme harmoniseringsdirektiver som kan endre dette utgangspunktet.

I *kapittel 12* begrunner utvalget forslaget til lov om god handelsskikk, ut fra det behovet som utvalget ser for seg. Det er grunn til å understreke at utvalget ikke har detaljerte opplysninger om utbredelsen av mulige uheldige eller uønskede utslag av handelspraksis. Utvalget anser at en flerhet av de problemer som er påpekt av Matkjedeutvalget og i utvalgets mandat, adresseres av eksisterende lovgivning, likevel slik at denne fremstår som fragmentarisk og ute av stand til å sørge for en nødvendig *oppdragelse* i bransjen. En slik regulering som utvalget foreslår vil derfor avbøte eventuelle uheldige utslag, og dessuten legge til rette for en mer effektiv verdikjede i dagligvarehandelen.

Utvalget beskriver innholdet i sitt forslag i *kapittel 13*. Her beskrives innholdet i god – skikkstandarden nærmere, i tillegg til at utvalget presiserer hvilke former for handelspraksis som *ikke* bør reguleres nærmere.

Utvalget foreslår en lov med en generalklausul om god handelsskikk, som gjør verdiene «redelighet, forutberegnelighet og gjensidig respekt for immaterielle rettigheter» obligatoriske. Videre foreslås det mer spesialiserte presiseringer av denne, særlig myntet på dagligvarebransjen. Utvalgets forslag bryter på noen områder med etablert kontraktsrett, men det antas at det forbrukerinitierte effektivitetsimperativet i alle fall på dette området bør ha forrang. Samtidig gir utvalgets forslag en unik mulighet til å styre kontraktsinngåelser i en mer effektiv retning.

I *kapittel 14* drøftes håndhevelse og sanksjoner. Utvalget finner at Handelstilsynet bør ha mulighet til å ilegge overtredelsesgebyr, men

bare for overtredelser av de mer spesifikke reglene utvalget foreslår, samt for brudd på vedtak eller forskrifter etter loven. Utvalget har vurdert flere modeller for vedtakskompetanse og sanksjonering, men har kommet til at den mest effektive løsningen vil være at Handelstilsynet selv ilegger sanksjoner i første instans, og at det deretter åpnes for klage til Markedsrådet. Kapittel 14 tar også opp spørsmålet om hvordan loven kan forventes å påvirke markedsaktørenes atferd.

Kapittel 15 og 16 inneholder utvalgets vurdering av økonomiske og administrative konsekvenser, samt utvalgets forslag til lovregulering.

Utvalgets innstilling er enstemmig, men medlemmene *Stene* og *Thonstad* har en særmerknad der de sier at det er behov for ytterligere regulering av bransjen.

2.2 Merknad fra medlemmene *Stene* og *Thonstad*

Utvalget er blitt enig om et forslag til lov om god handelsskikk. En slik lov vil være en svært viktig oppfølging av en av anbefalingene fra Matkjedeutvalget og være et bidrag til ryddige forhold i dagligvarebransjen. I løpet av utvalgets arbeid har det imidlertid etter vårt syn blitt klart at det er behov for ytterligere regulering av bransjen og klargjøring av rammebetingelser. Det er naturlig at en regulering av strukturelle forhold i bransjen ses under ett og skjer i tilknytning til konkurranseloven.

Utvalget har i begrenset grad vurdert om endringene i maktforholdene i bransjen har endret mulighetene for balanserte avtaleforhold, slik som spurt i mandatet, eller diskutert hvordan utviklingen påvirker andre viktige samfunnshensyn. Omtalen av dagligvarenæringen er fokusert på historisk utvikling og inneholder ingen analyse av utviklingen framover.

Opp til et punkt kan markedskonsentrasjon og vertikal integrasjon bidra positivt for forbrukerne og samfunnet gjennom stordriftsfordeler, effektiv vareflyt og kjøpermakt. Eksistensen av få aktører med store markedsandeler kan imidlertid redusere konkurransen, og vertikal integrasjon kan bidra til etableringshindringer. Dagligvarebransjen i Norge er allerede blant de mest konsentrerte i Europa. Matkjedeutvalget var bekymret for trenden med sterk konsentrasjon og vertikal integrasjon i paraplykjeder. Utviklingen er forsterket gjennom ytterligere oppkjøp, overtakelse av

distribusjon og sist med NorgesGruppen/ICA-avtalen, som reflekterer en ny markedssituasjon. Det har også oppstått stor usikkerhet i markedet som følge av foreløpig manglende avklaring om lovligheten av avtalen.

At ICA går med underskudd og mister store markedsandeler virker selvforsterkende. Konkurransen i dagligvaremarkedet kan derfor bli svekket framover. I tilfelle godkjenning av en avtale mellom NorgesGruppen og ICA får vi én stor dominerende konstellasjon med en samlet svært høy markedsandel. Godkjennes den ikke, kan vi likevel ende med kun tre større grupperinger. Alle løsninger kan gi mindre konkurranse enn tidligere og dermed ytterligere overskudd og makt hos en eller noen få aktører/kjeder på bekostning av viktig samfunnsinteresser.

Kjedene kan bruke sin markedsrett (kontroll over distribusjonsleddet/butikkhylla) bl.a. til å overta virksomheter oppstrøms, (f.eks. etter å ha redusert verdien gjennom delisting) eller til å stenge leverandører med nye produkter ute. Det er generelt lite ønskelig med ytterligere vertikal integrasjon fra paraplykjedene slik strukturen i dagligvarebransjen nå er blitt.

Det dreier seg om en uønsket samfunnsutvikling på flere ulike måter. En videre utvikling i retning integrerte kjeder fra fabrikk til forbruker svekker situasjonen for små og mellomstore bedrifter, kan gi skjeve fordelinger av inntekt og konsentrasjon av makt og formue på få hender, et smalere varetilbud og høyere etableringshindringer for nye produkter/leverandører på detaljistleddet.

Det er kommet ulike innspill til lovutvalget, bl.a. forslag om å redusere terskelen for hva som anses å være dominerende aktør, strukturelle grep til fordel for bestemte produktgrupper (små og mellomstore aktørers adgang til markedet), terskler på markedsandeler og/eller eierandeler eller regler som vektlegger en kombinasjon av vertikal integrasjon og konsentrasjon. I lys av mandatet var det ikke naturlig at utvalget vurderte slike forslag.

Myndighetene bør imidlertid følge utviklingen i dagligvaremarkedet nøyer enn tidligere og bruke de virkemidler som foreligger. I tillegg bør myndighetene sørge for at konkurranseloven og forskrifter i medhold av konkurranseloven vurderes slik at konkurranselovgivningen mer aktivt kan benyttes til å sikre en gunstig utvikling i denne sektoren.

Kapittel 3

Overordnede betraktninger

Utvalget ble nedsatt 26. oktober 2012, og har levert rapporten 30. april 2013. Dette gir en effektiv utredningsperiode på i underkant av seks måneder. Dette legger nødvendigvis en del begrensninger på den foreliggende rapporten, ikke minst mht. innhenting av faktum og en nærmere økonomisk analyse. I denne perioden har det også skjedd betydelige endringer i markedet, særlig i form av konsolidering og konsentrasjon både på detaljist- og leverandørleddet. Det har også vært ytterligere vertikal integrasjon. På det rettslige nivået har Europakommisjonen lansert en Grønnbok om urimelig handelspraksis som langt på vei overlapper med utvalgets mandat.¹

Utvalget har forholdt seg til de påpekninger som er gjort av Matkjedeutvalget, samt materiale som har fremkommet som ledd i Kommisjonens undersøkelser. Det synes videre å være et generelt fokus på ulike former for urimelig handelspraksis (UTP – Unfair Trading Practices) i Europa, riktignok med en ganske ulik tilnærming i ulike land. Det synes imidlertid å være enighet om en del grunnleggende problemstillinger, både mht. *hva* som er problematisk og *hvorfor* det er problematisk.

Utvalget har gjennomført sin egen analyse av de problemstillinger som er påpekt, i tråd med mandatet det er gitt. Innledningsvis vil utvalget fremheve at misnøye med handelspraksis i matkjeden fremkommer i flere kilder, herunder rapporter fra Kommisjonen. På generelt grunnlag opplever utvalget likevel slik misnøye som vanskelig å definere konkret, og det har fremstått som noe vanskelig å skille mellom *kommersiell* misnøye med forhandlingsresultater og *reelle* innvendinger mot handelspraksis som også skader forbrukerne. Vedrørende de empiriske undersøkelsene som foreligger (Rapportene til Matkjedeutvalget, Kommisjonens «stakeholder survey»), finner utvalget metodiske svakheter, som gjør det vanskelig å legge disse rapportene fullt ut til grunn som premisser for utredningen. Utvalget har i liten utstrekning lagt vekt på enkeltpåstander som ikke er belagt eller står uimotsagt. Derimot har utvalget identifisert flere tendenser, både på nasjonalt og europeisk nivå, som danner grunnlag for drøftelsen og som begrunner utvalgets forslag.

Parallelt med utvalgets arbeid er det utarbeidet en rapport om kjøpermakt, på oppdrag fra Fornyings-, administrasjons-, og kirke departementet. Utvalget har fått presentert hovedfunnene fra dette arbeidet, og har sett hen til konklusjonene i sitt arbeid. Siden kjøpermaktrapporten er ferdigstilt omtrent samtidig med den foreliggende NOUen, er den imidlertid ikke løpende integrert.

¹ COM 2913(37) final, Green Paper on unfair trading practices in the Business-to-Business food and non-food supply chain in Europe.

Kapittel 4

Matkjedeutvalgets funn og anbefalinger

4.1 Overordnede anbefalinger

Det såkalte Matkjedeutvalget ble satt ned 19. februar 2010 og avleverte sin innstilling 13. april 2011. Utvalget var bedt om å «Gjennomføre en utredning om styrkeforholdene i verdikjeden for mat som skal bidra til åpenhet og innsyn, samt sikre forbrukerinteressene og en tilfredsstillende samfunnskontroll.» De overordnede målsetningene ble definert som følger:

«Det skal gjennomføres en utredning om styrkeforholdene i verdikjeden for mat. Hovedmålet er å beskrive hvilke konsekvenser utviklingen innen matvarekjeden har hatt og vil kunne ha framover. Utvalget skal legge til grunn effektiv ressursbruk som et overordnet formål for utredningen. Utvalget skal foreslå tiltak som kan ivareta:

- Forbrukernes interesser med hensyn til pris, kvalitet, vareutvalg og tilgjengelighet.
- Mulighetene for åpenhet og innsyn i hele matvarekjeden som sikrer tilstrekkelig og tilfredsstillende samfunnsmessig kontroll og effektiv bruk av samfunnets ressurser.»¹

Matkjedeutvalgets rapport, NOU 2011: 4 *Mat, makt og avmakt* gir først og fremst en grundig utredning av maktforholdene innenfor omsetning av dagligvarer i Norge. Et hovedfunn er at de fire dagligvarekjedene besitter betydelig (forhandlings)makt, og at dette representerer en skjevhet i matkjeden. Matkjedeutvalget foreslår flere tiltak for å begrense maktutøvelsen, herunder en særlov om god handelsskikk for sektoren. Videre foreslår Matkjedeutvalget enkelte andre grep for å sikre konkurranse og ivareta hensynet til forbrukerne. Samlet sett foreslo Matkjedeutvalgets fler-tall tiltak på syv punkter:

1. Innføring av prinsipper og retningslinjer for forhandlinger mellom aktørene i matvarekje-

den, lov om forhandlinger og god handelsskikk i dagligvaresektoren mv.

2. Etablering av et ombud for dagligvarebransjen
3. Etablering av en dagligvareportal
4. Tiltak innenfor matmerking
5. Endring i konkurranselovens fusjonskontroll (overgang til en konsumentvelferdsstandard)
6. Utredning om eierskapsbegrensning i dagligvarehandelen
7. Andre tiltak, som innbefatter å:
 - Vurdere nærmere konkurranseforholdene innen storhusholdning og servicemarkedet.
 - Ta initiativ til en studie av pristransmisjonen i matkjeden.
 - Utvikle kostnadsreducerende distribusjonsløsninger for småskalaprodusenter.
 - Følge utvikling i EU nøye med tanke på tiltak som kan være relevante for å fremme balanserte maktforhold og en sunn konkurranse i den norske matkjeden.
 - Vurdere nærmere behovet for en norsk franchiselov.

Enkelte av disse anbefalingene er fulgt opp, herunder pkt. 3 om dagligvareportal, der det er et arbeid i gang, hvor bl.a. Forbrukerrådet deltar. Pkt. 5 om endret standard i fusjonskontroll er adressert i NOU 2012: 7 *Mer effektiv konkurranselov*.² Herværende NOU adresserer primært pkt. 1 om normer for god handelsskikk og pkt. 2 om håndhevelse av slike normer, og vi skal derfor komme mer inn på Matkjedeutvalgets funn på disse punkter.

Mht. spesifikk forretningspraksis støtter Matkjedeutvalget seg primært på en kvalitativ undersøkelse foretatt av utvalgets sekretariat, og en dybdeundersøkelse basert på anonyme intervjuer utført av KPMG.³ Undersøkelsene avdekker

¹ Utvalgets fulle mandat er gjengitt i NOU 2011: 4, s. 7-8.

² Et forslag som ikke er fulgt opp av departementet i Prop. 75 L (2012-13) Endringer i konkurranseloven, som ble fremlagt 15. mars 2013.

³ Hhv. særskilt vedlegg nr. 15 og 16 til NOU 2011: 4.

en tydelig uttalt misnøye fra leverandørsiden overfor matkjedenes forretningspraksis. Dette gjelder bl.a. trusler, usaklig oppsigelse (delisting), krav om uforholdsmessige ytelser i form av rabatter, markedsføringsbidrag (joint marketing – JM) og hylleplassbetaling, misbruk av forretningshemmeligheter og uklare, komplekse og ensidig utformede avtaler.

Det empiriske grunnlaget for å si noe om omfanget av disse utfordringene er imidlertid begrenset. KPMG skriver i sin rapport at

«Det er KPMGs forståelse og i henhold til instruksjoner fra sekretariatet at formålet med KPMGs arbeid har vært å identifisere temaer og innhente informasjon, men ikke å verifisere faktum. Hovedpoenget har vært å gi bidragsyterne en anledning til å gi hva de anser som sensitiv informasjon på en trygg måte. KPMG bringer dette kun videre. KPMG har heller ikke verifisert opprinnelsen til fremlagt dokumentasjon eller etterregnet fremlagte tall og kalkyler.»⁴

Matkjedeutvalget skriver om faktainnhentingene at

«Selv om det som fremkommer i de kvalitative undersøkelsene i de fleste tilfellene fremstår som subjektive oppfatninger og utsagn som ikke kan dokumenteres i tilstrekkelig grad, finner utvalget det lite tvilsomt at denne kartleggingen har avdekket forhold som er uheldige for en [sic] utviklingen av en robust norsk matkjede.»⁵

På denne bakgrunn finner Matkjedeutvalgets flertall at det er

«påkrevd å introdusere nødvendige konkrete, obligatoriske tiltak for å rette opp påpekte skjevheter.»⁶

Matkjedeutvalgets flertall foreslår på denne bakgrunn en lov om god handelsskikk. Prinsippet foreslås å ha følgende innhold:

«Aktørene i verdikjeden for mat må til enhver tid behandle hverandre i tråd med prinsippet om god handelsskikk. Prinsippet om god handelsskikk innebærer at foretak vil opptre redelig, basere forretningsforhold på gjensidighet,

unngå urimelige forretningsvilkår, tilstrebe en rimelig risikofordeling og respektere andre parters immaterielle rettigheter.»⁷

Innholdet i denne standarden beskrives som følger:

«Prinsippet om god handelsskikk relaterer seg til redelighet og god skikk i forhandlingsprosessen. Prinsippetets kjerne er at forhandlingene skal gjennomføres på en redelig måte, og at den sterke part i et kontraktsforhold ikke skal benytte sin forhandlingsposisjon til å sikre seg urimelige fordeler. En urimelig fordel kan for eksempel være betaling for markedsføringstiltak som ikke følges opp med reelle tiltak rettet mot forbrukerne, kreve overtakelse av strategiske verktøy som for eksempel distribusjon eller konkurransesensitiv informasjon som resepter, innovasjonsplaner mv.

En konsekvens av dette prinsippet er at partenes rettigheter og plikter må fremgå klart av avtaleforholdet.

Ytelse og motytelse bør beskrives klart, og det skal være et balansert forhold mellom ytelse og motytelse. Dette vil være en forutsetning for at ytelsene også skal komme forbrukeren til gode. Det generelle prinsippet om god handelsskikk bør derfor kombineres med et prinsipp om at forbrukerne skal sikres en rimelig andel av ytelsene.»⁸

Prinsippet om at forbrukerne skal sikres en rimelig andel av «ytelsene» er formulert som følger:

«Forbrukerne skal sikres en rimelig andel av ytelser i verdikjeden for mat gjennom pris, utvalg, kvalitet og tilgjengelighet.»

Matkjedeutvalget peker på en rekke andre konkrete forhold som det anbefales at blir vurdert nærmere mht. lovregulering. Et mindretall foreslo også ytterligere regulering gjennom forbud mot salg med tap.

Matkjedeutvalgets flertall foreslår videre at håndhevelsen av en slik lov legges til et ombud. Om dette heter det:

«Reglene som skal sikre god handelsskikk i dagligvarebransjen og forbrukernes interesser i en velfungerende forhandlingsmekanisme gjennom hele verdikjeden, vil være av både

⁴ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 144.

⁵ NOU 2011: 4, s. 108.

⁶ L.c.

⁷ NOU 2011: 4, s. 120.

⁸ NOU 2011: 4, s. 119-120.

markedsførings-, kontrakts- og forbrukerrettslig karakter. Håndhevingen av reglene bør derfor legges til en egen instans, et ombud, som organisatorisk legges inn som en del av forbruker- og matmyndighetene.

Alle aktører i matkjeden, det vil si primærprodusenter, leverandører, paraplykjeder og kjøpmenn, kan melde saker til ombudet. Også arbeidstakere og forbrukere bør ha en slik adgang. Ombudet skal også på eget initiativ aktivt overvåke og rapportere etterlevelsen av loven. Ombudet skal ha myndighet både til å påpeke brudd på regelverket og myndighet til å pålegge en part å rette opp brudd på regelverket, om nødvendig ved sanksjon. Ombudets avgjørelser må ha en klageadgang. Utvalget mener denne naturlig kan legges til Markedsrådet.»⁹

Et mindretall på to medlemmer avviste behovet både for en lov og et ombud. Mindretallet begrunner sitt syn som følger:

«Hensynet til forbrukerne er bl.a. sikret i konkurranseloven hvor det fremgår av lovens formålsbestemmelse at et av hensynene med loven er å ivareta forbrukernes interesser. I markedsføringsloven ivaretas forbrukerne blant annet av generalklausulen om urimelig handelspraksis. Det er således ikke behov for ytterligere lovregulering for å sikre forbruksinteresser.

Dagens lovgivning legger videre begrensninger i partenes handlinger i avtaleforhandlinger. Markedsføringsloven kapittel 6 oppstiller et forbud mot å foreta handling som strider mot god forretningsskikk, noe som blant annet rammer illojale konkurransehandling. Det er videre inntatt bestemmelser i avtaleloven og alminnelige kontraktsrettslige regler som legger bånd på partene. En egen lovregulering av forhandlingene i dagligvarebransjen vil ikke nødvendigvis bidra til å sikre en bedre gjennomføring av forhandlingene enn i dag.

Videre er handel mellom næringsdrivende basert på et grunnleggende prinsipp om avtalefrihet som omfatter både forhandlinger forut for avtaleinngåelsen og det nærmere innhold av avtaler. Prinsipielt bør man derfor være varsom med å gripe inn i denne avtalefriheten ved lovgivning. Også av denne grunn bør forslaget til en egen lov om god handelsskikk forkastes.»¹⁰

⁹ NOU 2011: 4, s. 120-121.

Motstanden mot etableringen av et ombud begrunnes som følger:

«Det bestrides at det er behov for økt tilsyn på dette området utover det allerede eksisterende. Forutsatt at det er behov for økt kontroll må man unngå å bygge opp nye instanser og byråkrati. Dagligvarebransjen har over flere år rapportert og gitt innsyn til Konkurransetilsynet. Dersom man ønsker å gå inn for økt kontroll av dagligvarebransjen og forhandlingene mellom kjedene og leverandørene, bør man styrke Konkurransetilsynet fremfor å etablere nye instanser.»¹¹

4.2 Potensielt problematisk handelspraksis

4.2.1 Oversikt

Matkjedeutvalget foreslår at følgende bør reguleres i en lov om god handelsskikk, innenfor det generelt formulerte prinsippet om god handelsskikk:

- Felles markedsføring (JM).
- Prisdrivende kalkylemodeller.
- Hylleplassbetaling.
- Delisting, herunder vilkår, varsling og tidsfrister.
- Risikofordeling.
- Bruk av sanksjoner i kontraktsforholdet, herunder krav om balanse og ikke preg av straff.
- Innsyn i kalkyler, bl.a. der kjeden markedsfører egne konkurrerende produkter (EMV).
- Diskriminering mellom kjedenes EMV og andre produsenters varer.
- Kopiering av merkevarer (immaterielle rettigheter).
- Skriftlige avtaler og avtaler med tilbakevirkende kraft.
- Langsiktighet og forutsigbarhet i avtaleforhold.
- Uspesifiserte rundsumbetalinger.¹²

Utvalget vil i det følgende gå gjennom disse forhold, med hovedvekt på de momenter som er listet opp i utvalgets mandat. Gjennomgangen bygger på de funn som fremkommer i KPMGs undersøkelse for Matkjedeutvalget og i NOU 2011: 4. Grunnlaget for disse funnene problematiseres i 6.2.

¹⁰ NOU 2011: 4, s. 121.

¹¹ L.c.

¹² NOU 2011: 4, s. 120.

Utvalget har søkt å gruppere påstandene noe, for bedre å kunne gripe fatt i generelle problemstillinger. Således beskrives først påstander knyttet til kontraktens utforming og balansen mellom ytelser. Deretter vurderes mer spesifikke problemstillinger; innsyn og forretningshemmeligheter, delisting og problemstillinger knyttet til EMV. Utvalget understreker at det er en nær sammenheng og til dels overlapp mellom de ulike problemstillingene.

4.2.2 Kontraktutforming

4.2.2.1 Innledning

Det er vanlig praksis i dagligvarebransjen at kontraktene forhandles for ett år om gangen, i løpet av høsten (kalt «høstjakt»). Det finnes ulike «vinduer» for prisjustering og eventuelt oppsigelse (delisting) gjennom året. Prismodellene i kontraktene er ofte utformet slik at leverandøren yter ulike rabatter og betaling for ytelser, f.eks. markedsføring. Det synes ikke å være noen fast praksis mellom de enkelte kjedene, og rabatter figureer under ulike navn som grossistrabatt, varelinjerabatt, forsterkningsrabatt, funksjonsrabatt, koderabatt mv.¹³ Enkelte rabatter følger varen til butikknivå (varelinjerabatt), andre er ment å kompensere for kostnader (grossistrabatt som utgjør «betaling» for grossisttjenesten der denne forstås av kjeden), mens andre igjen er rene prisavslag. I KPMG-rapporten fremheves det at det synes å være en «begreps- og definisjonsuenighet» i bransjen, ved at de ulike rabatter og bonuser omtales ulikt av ulike aktører.¹⁴ I sin tur bidrar dette til å redusere presisjonsnivået i forpliktelsene, på en måte som kan gi grobunn for uenighet og misforståelser.

Påstander som går på *avtalenes innhold* er først og fremst knyttet til to forhold: Forpliktelse til ytelser av typen JM/rabatter/hylleplassbetaling og kontraktens kompleksitet og tvetydighet. I sin tur har dette sammenheng med påstander om at kontrakter «endres» ensidig i kontraktperioden eller at inngåtte kontrakter ikke respekteres. Samtidig foreligger det mange enkeltutsagn om misnøye med kontraktspartens anvendelse av ytelser, som f.eks. JM. Det synes å være en klar sammenheng mellom uklar kontraktutforming (f.eks. at kontrakten ikke klart stipulerer hvilke markedsføringsaktiviteter leverandøren skal betale for) og påstander om ensidige endringer og manglende

etterlevelse av kontrakt. KPMG-rapporten og sekretariatets kvalitative undersøkelse indikerer også at partene i flere tilfeller har ulik oppfatning av kontraktens innhold.¹⁵

4.2.2.2 Joint marketing

KPMG-rapporten avdekker at en del leverandører klager over at JM-midler ikke brukes til markedsføringstiltak, men at det dels utgjør en ren verdioverføring til kjedene (paraplykjedene), at de benyttes til å finansiere priskriger og også til å finansiere EMV.¹⁶ Det er også gitt opplysninger om at kjeders revisor har anbefalt at beløpene ikke fullt ut regnskapsføres som markedsføring, men som bruttorabatt.¹⁷ Det er imidlertid også eksempler på at leverandører har uttrykt tilfredsstillelse med bruken av JM-midler.¹⁸ Bildet er dermed ikke entydig negativt.

4.2.2.3 Beregningsgrunnlaget for rabatter og bonuser

KPMG-rapporten vier en del plass til den såkalte D-prismodellen (detaljistprismodellen). I korthet går denne ut på at rabatter og bonuser ikke beregnes av leverandørens listepreis, men av kjedens pris til detaljist. Den grunnleggende mekanismen er at rabattene kalkuleres av internprisen i kjeden, og at forhandlingene bare dreier seg om den prosentvise størrelsen på rabatten/bonusen. Nettopp denne mekanismen har sammenheng med den misnøyen som er uttrykt i relasjon til forutberegnelighet, mulighet for ensidig endring av kontrakter, upresis definisjon av ytelser (f.eks. omfanget av markedsføringstiltak, påstått misbruk av JM-midler) og prisdrivende effekter. Nærmere bestemt lister KPMG-rapporten følgende påstander:

- «Leverandører har i hovedsak ytret ulike kritiske oppfatninger av prismodellen, herunder at:
- modellen er fordyrende
- produktene blir overpriset som følge av påslaget
- leverandører kjenner ikke til kalkulasjonen for påslaget
- leverandør kan ikke påvirke påslaget
- enkelte leverandør kjenner ikke påslaget ved forhandlinger eller har kun et omtrentlig tall

¹³ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 155.

¹⁴ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 155.

¹⁵ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 121 og 155 ff.

¹⁶ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 155-158, 164.

¹⁷ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 156.

¹⁸ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 158.

- påslaget kan endre seg uten varsel i løpet av avtaleperioden.»¹⁹

Dette utvalget har ikke sikker kunnskap om utbredelsen av denne modellen, men forstår det slik at den hovedsakelig benyttes av NorgesGruppen. Vedrørende mulig prisdrivende effekter av modellen sies det i KPMG-rapporten at

«Særlig problematisk finner leverandørene den kalkulerte prisen fra grossist i forhold til innvirkningen på prisøkninger. Da rabatter, JM og bonuser er beregnet som prosent av omsetningen av den kalkulerte prisen fra grossist, vil en prisøkning av listepriis føre til høyere kalkulert pris fra grossist som igjen vil medføre økte kostnader til JM og bonus. Leverandørene oppfatter at den kalkulerte prisen fra grossist utgjør en multiplikator som er med på å redusere deres ønskede effekt av prisøkningen, og dette medfører at leverandører må melde en høyere prisøkning for å ta høyde for «kostnaden» ved bonus og JM. I tillegg krever ofte kjedene rabatter av prisøkninger som gjør at prisene settes enda høyere og genererer mer «luft» i kalkylene. Spørsmålet flere leverandører har stilt er hvorfor kjedens pris skal øke tilsvarende i prosent som en kostnadsøkning på en råvare eller en avgiftsøkning har medført fra leverandør.»²⁰

Relevant i henhold til dette utvalgets mandat er også påstanden om at modellen muliggjør ensidige endringer i forpliktelsene, og at kontraktsparter ikke er kjent med beregningsgrunnlaget ved forhandlingene.

4.2.2.4 Risikofordeling/ensidighet

Ubalanse mellom ytelser er ikke i KPMG-rapporten direkte fremhevet som et selvstendig problem. Aktørene synes å være mer opptatt av at inngåtte forpliktelser faktisk etterleves, og misnøye med særlig kjedenes bruk av overførte midler/rabatter, noe som delvis kan skyldes manglende presisjon i avtaleverket. Derimot er fordeling av risiko for svinn og risikoen ved introduksjon av produkter, fremhevet som problematisk.

Spørsmålet om risikofordeling har også sammenheng med påstander om kontraktsvilkår som gir kjedene ensidige rettigheter, f.eks. til å sette

ned prisen for leverandørens regning for å bli kvitt restlager.»²¹

4.2.2.5 Avtaleverkets kompleksitet

Også avtalenes kompleksitet er trukket frem som et selvstendig problem, f.eks. ved at det er vanskelig å sette seg inn i hva som reelt er avtalt.²² KPMG-rapporten kan indikere at leverandører, kanskje særlig de mindre eller lite erfarne, lar seg presse til å godta ufullstendige eller uklare og komplekse avtaler.

Leverandører tar også selvkritikk på dette punktet. I KPMG-rapporten sies det f.eks. at

«Det er fra leverandørsiden påpekt et mulig kompetansegap mellom forhandlere på leverandør og handelssiden. Dette tillegges ekstra betydning ettersom kontraktsverket beskrives som mer sammensatt og komplisert nå enn tidligere. Enkelte kilder innrømmer at de har «sovet i timen» og ikke hatt en full forståelse av effekten av de ulike leveransebetingelsene, både de kvantitative og kvalitative.»²³

Utvalget kommer tilbake til disse forholdene i vurderingen av behovet for regulering.

4.2.3 Innsyn og gjennomsiktighet/forretningshemmeligheter

I KPMG-rapporten er det påpekt misnøye med informasjonsinnhenting/informasjonsdeling i litt ulike kontekster. En innvending på dette punktet er at kjeder etterspør/krever informasjon om kalkyler og resepter; i rapporten beskrevet som «alle kostnadsdrivere».²⁴ Rapporten skriver videre at

«I følge leverandøren ville dette medføre at handelen da ville sitte på all informasjon om de ulike produktene som de kan bruke til å presse priser ytterligere i forhandlinger, planlegge egen EMV-produksjon og true med å deliste produkter kjedene dermed vet at leverandøren har bedre marginer på.»²⁵

Denne innvendingen innebærer eventuelt at leverandør gir fra seg informasjon som er essensiell å beholde konfidensiell med sikte på forhandlinger

¹⁹ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 172.

²⁰ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 173.

²¹ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 152.

²² Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 152.

²³ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 151.

²⁴ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 161.

²⁵ L.c.

og også for å beskytte egen konkurranseposisjon i markedet. Det er også indikasjoner i rapporten på at kjeder etterspør informasjon for å kartlegge konkurrenters vilkår. Rapporten sier følgende om hvordan informasjon etterspørres

«Ett eksempel på informasjonsinnhenting er et skjema fra en handelsaktør som leverandører skal fylle ut før årsforhandlinger. Skjemaet inneholder detaljerte angivelser av denne aktørens andel av omsetning i forhold til leverandørens totalomsetning, tilhørende rabatter, bonuser og JM-ytelser, mv. I neste omgang bes leverandøren om å angi nettoppris til handelaktørens konkurrenter. Andre eksempler inkluderer skjemaer som innhentes i forbindelse med dokumentasjon av prisendringer, og hvor disse skal inneholde en spesifikasjon på råvarekostnad ned til innsatsfaktor og mengde. Det er KPMGs forståelse at de fleste leverandører motsetter seg å innfri informasjonskravet på dette nivået, regelmessig med henvisning til konkurranselovgivningen. Enkelte kilder mener likevel å kjenne andre leverandører som har gitt etter, enten som et resultat av frykt for å miste kontrakten og/eller som en følge av manglende forhandlingskompetanse.»²⁶

Det fremkommer også misnøye/påstander om at forretningshemmeligheter er misbrukt i sammenheng med EMV-produksjon.²⁷

4.2.4 Delisting

En tilbakevendende problemstilling i KPMG-rapporten og NOU 2011: 4 er såkalt «delisting». Dette omtales som følger innledningsvis i KPMG-rapporten:

«Det er en utbredt oppfatning blant de intervjuede leverandørene at «trusler» om delisting av varer aktivt benyttes av kjedene som et ledd i sin maktdemonstrasjon i forbindelse med forhandlinger og prisendringdiskusjoner. Delisting innebærer at kjeder trekker enkeltvarer, varegrupper eller hele porteføljen til en leverandør ut av kjedens sortiment. En annen variant er å endre en vares status fra plikt- til valg-sortiment.»²⁸

Gjennom rapporten har leverandørsiden beskrevet delisting «som en trussel, pressmiddel eller sanksjon som benyttes av kjedene der de ser seg tjent med det.»²⁹ Fra leverandørsiden gis det eksempler på trussel om delisting ved uenighet i årsforhandlinger om priser, rabatt eller andre ytelser og ved prisforhandlinger gjennom året. Det oppfattes som problematisk at kjedene kan dekke sitt salg overfor forbruker ved å benytte EMV. Videre har leverandørsiden gitt eksempler på delisting som sanksjon der leverandører har nektet å gå inn på eksklusivavtaler.³⁰ På sin side har kjedene påpekt at også leverandører benytter «delisting» gjennom trusler om å trekke produkter for å gjennomtvinge prisøkninger. Det vises for øvrig til omtalen av delisting i KPMG-rapporten.

4.2.5 EMV

Fremveksten av EMV (egne merkevarer) har vært betydelig de seneste årene, og er relativt bredt omtalt i Matkjedeutvalgets rapport.³¹ I KPMGs rapport fremkommer det litt ulike oppfatninger av EMV og betydningen av dette.³² Leverandørsiden har påpekt at den også kan være tjent med at det innføres EMV, f.eks. som en «price fighter».

Av særskilt relevans for utvalget er påstander om forskjellsbehandling mellom EMV og leverandørens merkevare (både ved at merkevaren prises høyere og gis dårligere hylleplassering) og påstander om kopiering/misbruk av forretningshemmeligheter. På dette punkt sies det f.eks. at

«Eksempelvis hevder leverandører å ha blitt «fratatt» ideer og konsepter etter samarbeid eller at kjeder benytter informasjon fra nyheter og lignende i egen EMV-produksjon.»³³

Videre heter det:

«Leverandørene oppfatter videre kjedenes krav til detaljerte kalkyler for produksjonskostnader som konkurransehennende. Dette skal kjedene ha startet med å etterspørre for ca. fem – seks år siden. Kjedene ønsker informasjon om alle kostnadsdrivere, inkludert resepter. På denne måten blir kjedene, i følge leve-

²⁶ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 150.

²⁷ Se bl.a. Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 165.

²⁸ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 147. Se nærmere s. 153-154.

²⁹ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 153.

³⁰ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 154.

³¹ NOU 2011: 4, pkt. 3.4.

³² EMV er omtalt i Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 162-166.

³³ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 162.

randørene, i stand til selv å utvikle og prissette sine EMVprodukter i direkte konkurranse med leverandørene som har oppgitt informasjonen i fortrolighet.»³⁴

Leverandørsiden har også på flere måter uttrykt misnøye om påstått forskjellsbehandling mellom EMV og merkevarer, både mht. pris, plassering og markedsføring. Det er også uttrykt misnøye med at JM-midler benyttes for å subsidiere EMV.

4.2.6 Oppsummering

Et fellestrekk i de påpekninger som ble gjort av Matkjedeutvalget er usikkerhet om egne og andres rettigheter og plikter etter avtalene. Dette gjelder f.eks. ytelser som skal leveres av kjedene (typisk markedsføring), men også størrelse på rabatter ytt av leverandøren (dersom disse kalkuleres av beløp leverandøren ikke har kunnskap om ved kontraktsinngåelse). Klager over manglende etterlevelse av kontrakter synes også å ha sammenheng med uklar utforming eller komplek-

sitet. Direkte skjeve og urimelige vilkår synes først og fremst å være knyttet til risiko for svinn eller usolgte varer.

KPMG-rapporten viser at forhandlingene mellom leverandører og kjeder oppleves som tøffe. Mange leverandører opplever dette som en utfordring, men kjedene peker også på at de opplever forhandlingene med enkelte sterke leverandører som en utfordring.

Påstander om direkte maktbruk er først og fremst knyttet til delisting, der dette benyttes for å oppnå urimelige vilkår eller fordeler, eventuelt som represalie for uønsket atferd. Det er også uttrykt misnøye med at varer delistes på kort varsel. I tilknytning til EMV er det i første rekke kopierings- og diskrimineringsproblematikk (herunder dårligere hylleplassering) som er løftet frem, samt at informasjon om kalkyler etc. benyttes i prisforhandlinger på merkevarer.

Utover dette inneholder særlig KPMG-rapporten en rekke mishagsyttringer knyttet til videre-salgpris (undersalg/dumpingsalg), at prispress ødelegger for innovasjon, krav om betaling for hylleplass, samt en rekke påpekninger av absolutte krav og «ubehagelig» atferd i forhandlinger.

³⁴ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 163.

Kapittel 5

Markedsutviklingen og strukturelle rammer

5.1 Innledning

I det følgende vil utvalget kort si noe om markedsutviklingen og de strukturelle rammene for dagligvareomsetning i Norge og adressere noen konkurranse- og forbrukerpolitiske utfordringer. Det vises forøvrig til NOU 2011:4 kapittel 3, som behandler dette mer i detalj. Avsnittet er ikke direkte motiverende for utvalgets drøftelse eller forslag, men tjener som et viktig bakteppe dels for utvalgets avgrensning av sin utredning, dels for å sette utvalgets utredning i perspektiv til andre utfordringer i bransjen.

I det følgende redegjøres det først for de landbrukspolitiske forutsetningene, før hhv. forbruker- og konkurransepolitiske utfordringer drøftes. Den konkurransepolitiske analysen fokuserer særlig på konsentrasjonsøkning og vertikal integrasjon.

5.2 Landbrukspolitiske føringer

Vilkårene for matvareproduksjon i Norge er krevende sammenliknet med de fleste andre land. Samtidig er det bl.a. ambisiøse mål knyttet til inntekt og produksjon. Et viktig virkemiddel er importvernet. Dette er intendert for å øke markedsrett og inntekter til norsk landbruk. En effekt av importvernet er også at det blir mer krevende å etablere konkurranse nedover i verdikjeden p.g.a etableringshindringene det skaper. Et sentralt virkemiddel for å sikre inntekter til norske bønder er de bondeide samvirkene, bl.a. Nortura og TINE. Både p.g.a sin størrelse, sin rolle som markedsregulator og andre reguleringer som f.eks. importvernet, sikrer samvirkene at bøndene får betydelig høyere inntekter enn hva ellers ville ha vært tilfelle. Dette er en viktig del av landbrukspolitikken, men bidrar samtidig til konsentrasjon på både leverandør- og detaljistsiden. I St.meld. nr. 19 (1999-2000) er reguleringen omtalt som følger:

«Samvirkets prisansvar og markedsreguleringen gir jordbruket et virkemiddel til å ta ut priser i samsvar med jordbruksavtalens forutsetninger. Det er muligheten til å iverksette reguleringstiltak, finansiert av omsetningsavgift, og importvernet som gir jordbruksavtalens målpriser reell verdi. Sammen med importvernet har både markedsreguleringen og målprisene betydning for råvarekostnadene til næringsmiddelindustrien. Siden målprisene også er maksimalpriser, er systemet ikke til hinder for å sikre konkurransevilkårene for industrien. For senere ledd i verdikjeden er det etterspørselsforholdene og konkurransesituasjonen som betyr mest for prisdannelsen.» (s. 85).

Markedsreguleringen består bl.a. av reguleringseksport av kjøtt og melkeprodukter, og av innenlands prisreduksjon, lagring og overføring fra overskudds- til underskuddsområder. Melkeområdet er mest regulert, med prisutjevning til bøndene på tvers av melkeprisene i ulike sluttanvendelser. Blant viktige mål for markedsreguleringen er stabile priser og avsetningsmuligheter for produsentene, stabile forsyninger til relativt ens pris, målet om at produsentene oppnår priser i tråd med jordbruksavtalens forutsetninger, samtidig som prisen i markedet holdes på et, eller under, avtalt nivå som gjennomsnitt for året.

Hvilke målsettinger som har vært vektlagt i landbrukspolitikken har variert over tid. I St.meld. nr. 9 (2011-2012) sies det at de fire overordnede målene for norsk landbruks- og matpolitikk er matsikkerhet, landbruk over hele landet, økt verdiskaping og bærekraftig landbruk. Blant elementer i disse overordnede målsettingene er mål om konkurransedyktige inntekter. Matkjedeutvalget la til grunn at det var utenfor utvalgets mandat å vurdere tiltak som er etablert for å nå landbrukspolitiske mål, men hadde en fyldig omtale av sentrale rammebetingelser i jordbrukspolitikken.¹ Også dette utvalget tar importvernet og land-

¹ NOU 2011: 4, s. 62-64.

brukspolitikken for gitt, men påpeker at det dan-
ner en sentral premiss for diskusjonen om priser
og vareutvalg i det innenlandske markedet.

5.3 Forbrukerpolitiske utfordringer

Forbrukerinteressene på matområdet er betyde-
lige og knytter seg til den rollen mat har i mennes-
kers liv, både som et middel til overlevelse, som
kulturell markør og som andel av vårt hushold-
ningsbudsjett. Vareutvalg, pris og tilgjengelighet
utgjør sentrale elementer for forbrukernes vel-
ferd. Vareutvalget i Norge har økt med de økte
valgmuligheter det gir. Innen spesielt ferske varer
har det skjedd og skjer en betydelig endring der
det har blitt introdusert nye produkter på områ-
der som fjærkre, kjøttdeig og ferskt rent kjøtt.
Samtidig er utvalget i Norge dårligere enn i
mange andre land. Matkjedeutvalget fikk gjen-
nomført studier av vareutvalg og priser med tilsva-
rende data i Sverige og Danmark. Undersøkelsen
viser at en gjennomsnittsbutikk i Sverige har dob-
belt så mange produktvarianter som i Norge for
det vareutvalget som er med i undersøkelsen. For-
skjellene er minst for nærbutikker (superetter),
men øker jo større butikkene blir.²

Norge er også av de landene der størst andel
av maten kjøpes inn gjennom dagligvarekjedene.
Det finnes svært få andre distribusjonskanaler for
mat i det norske markedet, som slaktere, fiskebu-
tikker og bakerier. Bondens marked, gårdsutsalg,
hjemlevering/internettbestilling og «innvandrers-
butikker» er distribusjonskanaler med tiltakende
omsetning og popularitet, men utgjør likevel en
marginal andel av den totale dagligvareomsetnin-
gen i Norge.³ Lavprisbutikkene står for over 50 %
av omsetningen i det norske dagligvaremarkedet,
og er den desidert viktigste salgskanalen for nor-
ske forbrukere.⁴

Dagligvarebransjen er av de bransjer som
kommer relativt dårlig ut i BIs årlige kundeunder-
søkelse av bransjer og bedrifter. Som bransje lig-
ger den lavere enn snittet der 8000 kunder er bedt
om å rangere bransjer og bedrifter etter tilfreds-
het og lojalitet (Kundebarmometeret 2012). Frukt
og grønnsaker sammen med kjøtt og kjøttproduk-
ter, er for norske forbrukere markeder som er lite
tilfredsstillende i 2012 undersøkelsen. Tilfredshe-

ten med frukt- og grønt-markedet er nest dårligst
av alle målte markeder. EUs Consumer Market
Scoreboard gir tilsvarende inntrykk. Hensikten
med Consumer Market Scoreboard er å identifisere
markeder som ikke fungerer tilfredsstillende
for forbruker.⁵

Forbrukerrådets kartlegging av norske hand-
levaner i 2012 viser at når hverdagsmaten skal
handles inn, er butikkens beliggenhet viktig.⁶ At
butikken er innenfor naturlig handleavstand er
den viktigste årsaken til valg av butikk for 3 av 4
forbrukere (76 %) når de gjør innkjøp i hverdagen.
Aller viktigst ser dette ut til å være for den yngste
aldersgruppen 18-29 år (88 %) og for de som bor i
Oslo og Akershus (84 %), samt for de som handler
hver dag (82 %). Andelen som er enig i påstanden
om at «jeg er fornøyd med utvalget av matvarer i
den butikken jeg handler oftest» er 2 %, mens 46 %
er delvis enig.

Forbrukere er mennesker i mer eller mindre
tidsklemme, som må få innkjøpsrundene til å
passe inn i et liv og en økonomi der handleturen
blir preget av kompromisser hvor nærhet er viktig
når butikkvalg foretas, selv om den nærmeste
butikken ikke nødvendigvis har den riktige vare-
sammensetting eller riktig pris på de mest rele-
vante varer. Dagligvarebransjen preges av komplekse
samarbeidsformer mellom handel og pro-
dusenter, og mellom ulike produsenter om profile-
ring og eksponering overfor forbrukerne. Super-
markedenes hyller har fått en særlig
framtrødende rolle som utstillingsvindu for varene
fra primærprodusenter og industri. Der hvor det
er få eller ingen alternativer, eller der hvor alter-
nativene er vanskelig å få øye på, kan forbrukerne
neppe utøve noen form for makt og innflytelse.
Det kan de heller ikke hvis informasjon om priser,
kvaliteter og alternativer er mangelfull, utydelig,
uklar eller lite troverdig. Forutsetningene om frie,
informerte forbrukervalg er da ikke oppfylt.

5.4 Konkurransopolitiske utfordringer

5.4.1 Innledning

Organiseringen av matvareproduksjon, distribu-
sjon, engros- og detaljistvirksomhet har avgjø-
rende betydning for kvaliteten og bredden i mat-
varetilbudet og for kostnader og priser. I Norge er

² NOU 2011: 4, s. 76-77.

³ Utvalget har ikke hatt kapasitet til å prioritere en nærmere
kartlegging av hjemleveringstjenester som godtlevert.no
og retthjem.no.

⁴ Dagligvarehandel og mat 2013 s. 31, utgitt av NILF.

⁵ The Consumer Market Scoreboard 2012: http://ec.europa.eu/consumers/consumer_research/editions/docs/monitoring_consumer_markets_eu_2012_en.pdf s. 120.

⁶ Se http://www.forbrukerradet.no/_attachment/1143135/binary/15628.

det sterke markedskonsentrasjon både på leverandørsiden og på detaljleddet. Det har skjedd en prosess der detaljistene, etter å ha blitt konsentrert i få kjeder, også har overtatt engrosvirksomheten og mesteparten av distribusjonsvirksomheten samt noe av leverandørindustrien. Denne integrasjonen har bidratt til effektivisering, men har også økt kjedenes innkjøpsmakt ettersom konsentrasjonen på detaljistleddet har økt. På leverandørsiden står typisk få leverandører for en stor del av produksjonen i hvert sitt segment, men det er også mange mellomstore og små leverandører. Samtidig er markedene for distribusjon av matvarer til kiosker og storhusholdninger også konsentrerte. Kombinasjonen av vertikal og horisontal integrasjon gir paraplykjedene betydelig kjøpermakt overfor spesielt små og mellomstore leverandører, men også potensielt markedsmakt overfor forbrukerne fordi det kan gjøre det vanskelig å etablere nye kjeder og alternative produkter.

Matkjedeutvalget var bekymret for denne utviklingen og spesielt makten det gir kjedene over forbrukere og små leverandører. Det pekte på at Norge trolig er det landet i Europa med størst konsentrasjon på detaljistleddet. Etter at Matkjedeutvalget avga sin innstilling i 2011, har utviklingen fortsatt med ytterligere konsentrasjon i leverandørmarkedene (bl.a. Orkla-Rieber)⁷, kjeder som integrerer vertikalt (f.eks. Norgesgruppen/Bakers og REMA 1000/Stange) og leverandører som går over til kjededistribusjon (f.eks. Coca-Cola og Hennig Olsen). To kjeder (ICA og Norgesgruppen) har inngått en innkjøps- og distribusjonsavtale, som er under vurdering av Konkurransetilsynet.

De konkurransepolitiske utfordringene er delvis knyttet til konsentrerte markeder både på detalj-, grossist- og leverandørleddet, men også til det sterke importvernet som mange norske matvaremarkeder er preget av. Importvernet er en sentral del av norsk landbrukspolitikk, og bidrar til høyere priser på landbruksprodukter innenlands. Det fungerer også som en etableringshindring på grossist- og detaljistnivå, og gjør at vi lettere enn andre land kan få markedskonsentrasjon.

I det følgende skal vi beskrive ulike ledd i dagligvaremarkedet ved hjelp av ulike konsentrasjonsmål som i hovedsak er hentet fra NOU 2011: 4, men med noen oppdaterte tall. Slike mål kan være nyttige for å få en første pekepinn på hvor og om det kan eksistere mulige konkurranseproblemer. Konsentrasjonsmål må imidlertid

tolkes med en viss forsiktighet. Grunnen til det er at høy markedskonsentrasjon kun er en indikator på redusert konkurranse under helt spesielle omstendigheter.⁸ Under priskonkurranse og horisontalt differensierte produkter (som i detaljomsætning av dagligvarer) sier markedskonsentrasjon i utgangspunktet ingenting om faren for redusert konkurranse som følge av såkalte ikke-koordinerte effekter. Mål på markedskonsentrasjon kan imidlertid fortelle noe om faren for såkalte koordinerte effekter, men heller ikke her er det slik at økt konsentrasjon entydig medfører økt fare for koordinerte effekter. Grunnen til dette er at også *fordelingen* av markedsandeler er viktig i vurderingen av faren for slike virkninger.

5.4.2 Leverandørleddet

5.4.2.1 Innledning

Matkjedeutvalget har gjort en grundig gjennomgang av norske leverandørmarkeder og sammenhengen med importvernet.⁹ Vi finner liten grunn til å overprøve de vurderingene Matkjedeutvalget har gjort på dette området, og vi vil derfor her nøye oss med å oppsummere hovedfunnene, og knytte noen kommentarer til disse.

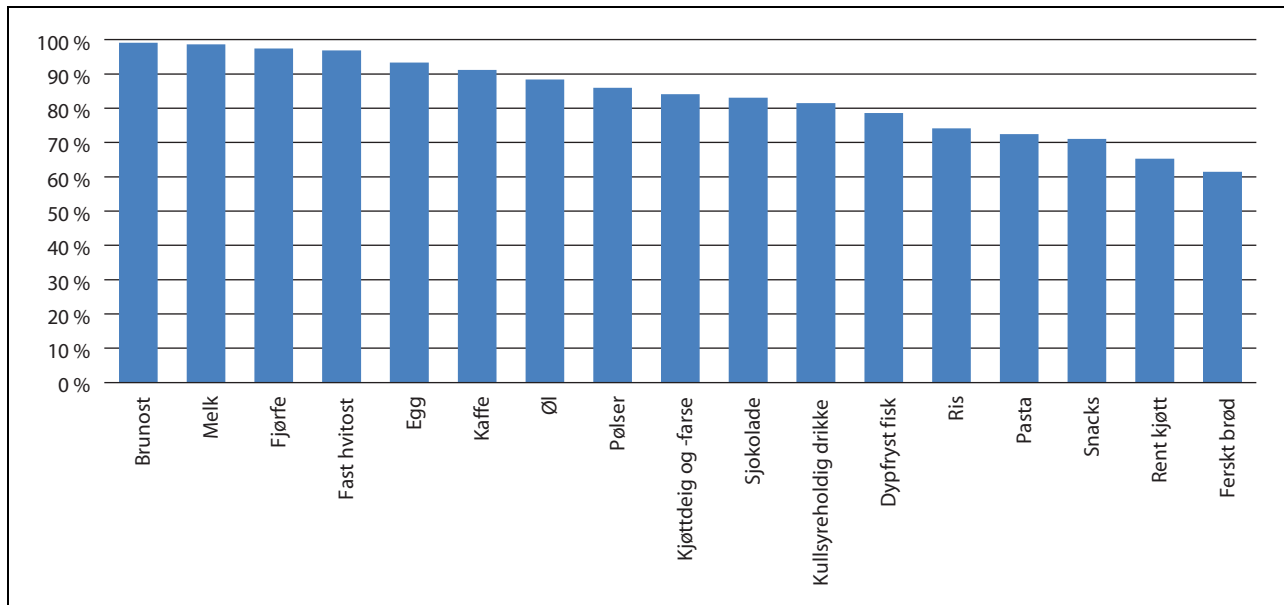
5.4.2.2 Leverandørkonsentrasjon

Som påpekt av Matkjedeutvalget er mange leverandørmarkeder svært konsentrerte. Utvalget påpeker også at mangfoldet er betydelig større enn på kundesiden. Matkjedeutvalget har gått detaljert gjennom markedskonsentrasjonen på leverandørleddet for en rekke ulike produktgrupper. De finner at markedsandelen for de tre største leverandørene (CR3) som regel er på over 80 %, og at en markedsandel på under 70 % er unn-

⁸ HHI-indeksen, eller Herfindahl-Hirshman indeksen, er et mye brukt mål på markedskonsentrasjon. HHI-indeksen framkommer som summen av de kvadrerte markedsandelene til aktørene i det relevante markedet. Under nærmere bestemte betingelser kan det vises at en høyere HHI-indeks tilsier en høyere profitt i det relevante markedet, slik at høyere HHI tilsier at konkurransen er mer begrenset. Denne sammenhengen er vist å gjelde dersom bedriftene er i) helt like og produserer helt like produkter, ii) kapasitetsbegrenset i slik en grad at konkurransen foregår som kvantumskonkurranse. Dette er svært strenge forutsetninger. Dersom markedet er preget av priskonkurranse under tilsvarende forutsetninger vil ikke HHI-indeksen si noe som helst om profitten og konkurranseintensiteten i markedet. Derfor benyttes HHI-indeks i moderne konkurranseanalyse med forsiktighet. En høy HHI brukes oftest kun som en første indikasjon på konkurranseproblemer i et marked.

⁹ NOU 2011: 4, særskilt vedlegg 12.

⁷ I skrivende stund ennå ikke godkjent av Konkurransetilsynet.



Figur 5.1 Markedsandel for de tre største leverandørene i hver produktgruppe i 2010.

Kilde: NOU 2011: 4

take. Den laveste markedsandelen til de tre største leverandørene Matkjedeutvalget har funnet er over 60 %. Matkjedeutvalget peker på markeder som er omfattet av importvern skiller seg ut med en spesiell høy konsentrasjon, men at det også finnes unntak fra denne regelen. De fleste norske leverandørmarkedene er svært konsentrerte. Alle unntatt én av de undersøkte produktgruppene har en konsentrasjonsindeks (HHI) på over 2 000, som indikerer høy konsentrasjon som igjen kan indikere konkurranseproblemer. Det samme bildet får vi ved å betrakte markedsandelen for de tre største aktørene samlet (CR3). Figur 5.1 viser markedsandelen til de tre største leverandørene samlet (CR3).

Matkjedeutvalget viser også at markedsandelen til den største leverandøren er betydelig i mange leverandørmarkeder. Figur 5.2 viser markedsandelen for den største leverandøren i en rekke viktige produktmarkeder.

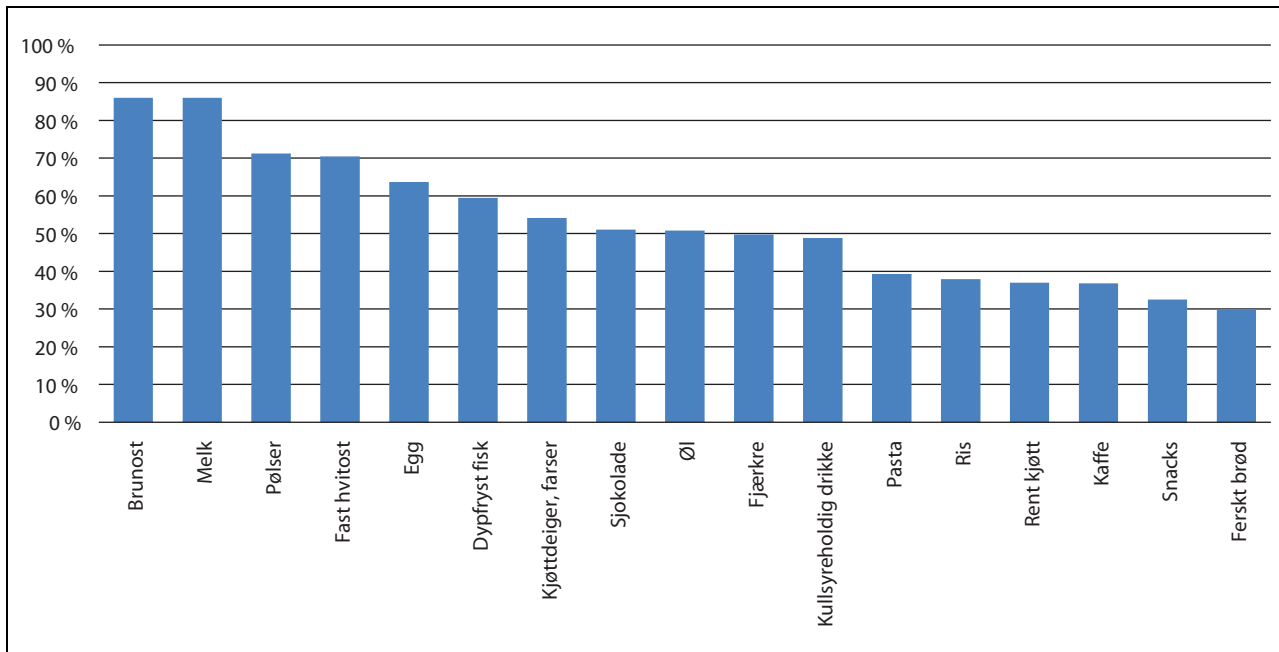
Samtidig med at de største leverandørene har en stor markedsandel, er det også til sammen et par tusen mellomstore og små leverandører av matvarer. Den sterke konsentrasjon (og fremveksten av én stor aktør) i mange viktige markeder, er etablert ut fra hensyn både til markedsregulering og inntektssikring for bøndene, men framtrer i en forbrukerpolitisk sammenheng som en konkurranseutfordring i det norske dagligvaremarkedet. Det må antas at sterke leverandører i mindre grad trenger å se hen til sine mindre konkurrenter når de setter sine priser i markedet. Sterke

leverandører vil også i mindre grad kunne la seg presse til lavere salgspriser av matvarekjedene. Dette medfører antakeligvis at det i mange viktige varegrupper forekommer priser som er betydelig høyere enn om leverandørleddet hadde vært mindre konsentrert.

5.4.2.3 Importreguleringer

Matkjedeutvalget peker også på at importreguleringer og annen lovgivning må antas å ha hatt betydning for struktur og konkurranseforhold innen flere norske leverandørmarkeder. I tillegg framheves det at andre forhold – som forbrukerpreferanser, befolkningsstørrelse og et spredt bosettingsmønster – også har bidratt til konsentrerte leverandørmarkeder med betydelige innslag av norske produsenter. Utvalget peker også på at dette ikke bare gjelder varer som er omfattet av importvernet, men også for andre produkter.

I tillegg påpekes at importreguleringene også kan tenkes å ha innflytelse på strukturen i andre ledd av distribusjonskjeden. Importreguleringer kan også tenkes å ha hatt påvirkning på strukturen på f.eks. detaljistleddet. Dersom reguleringene gjør det vanskelig for kjeder som ønsker å etablere seg i Norge å ta med seg leverandøravtaler som de har ute, vil disse kunne utgjøre en etableringsbarriere som vil kunne virke uheldig på konkurransesituasjonen på detaljleddet. Matkjedeutvalget er selv inne på dette når det skriver:



Figur 5.2 Markedsandel til den største leverandøren i 2010.

Kilde: NOU 2011: 4, vedlegg 20 i særskilt vedlegg.

«Importvernet for landbruksprodukter kan utover det som er hensikten, også utgjøre en etableringshindring for utenlandske dagligvarekjeder som ønsker å etablere seg i Norge. Disse kan ikke fullt ut dra nytte av eksisterende avtaler med utenlandske matleverandører, fordi importtoll gjør det ulønnsomt å importere en rekke matvarer. Også vanskelig tilgang på egnede lokaler kan begrense nyetablering for kjeder som ønsker å etablere seg raskt i det norske markedet. Alternativet kan være å knytte til seg kjøpmenn som eier eller leier sin butikk, men bindingstid i franchisekontraktene setter skranker også for slik vekst.

Den utenlandske kjeden Lidl, med virksomhet i en rekke europeiske land, forsøkte fra 2004 å etablere seg i Norge som en nasjonal kjede, men trakk seg ut av det norske markedet fire år senere. Kjeden har etablert seg med mellom 1,5 og 5 pst. markedsandel i tre av de andre nordiske landene (Sverige, Danmark og Finland). Lidls avvikling i Norge kan indikere at det er særlig vanskelig å etablere seg i det norske dagligvaremarkedet.»¹⁰

ICAs problemer på det norske markedet kan kanskje også sees i dette perspektivet. ICAs situasjon på det svenske markedet er diametralt motsatt til den situasjon man har i Norge. Det virker trolig at

ICAs situasjon i Norge hadde vært betydelig lettere dersom ICA-Norge kunne benytte seg av innkjøpsavtalene til ICA i Sverige. Dette fremstår imidlertid ikke som aktuelt under dagens landbrukspolitiske regime.

5.4.3 Detaljistledet

5.4.3.1 Innledning

Matkjedeutvalget har også gjort en grundig gjennomgang av det norske detaljistmarkedet.¹¹ I det følgende oppsummeres hovedfunnene, og det knyttes noen kommentarer til dem.

5.4.3.2 Detaljistkonsentrasjon

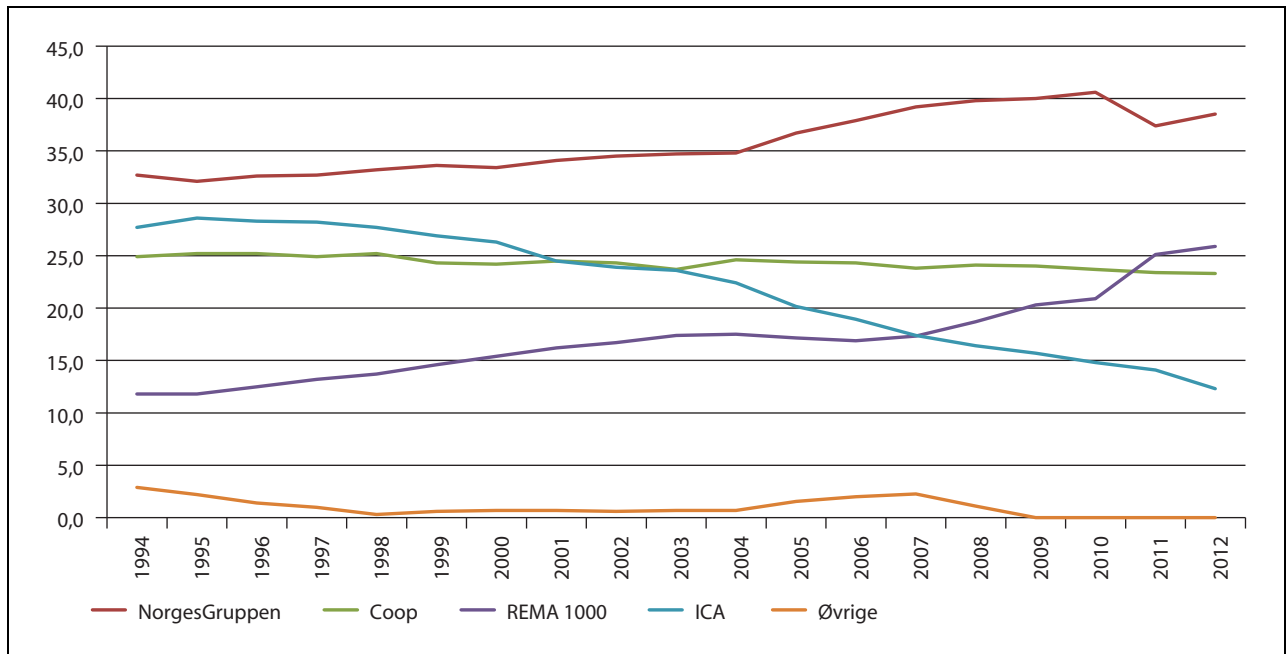
Det norske dagligvaremarkedet er sterkt konsentrert. Fire landsdekkende kjeder (NorgesGruppen, ICA, REMA 1000 og Coop) står for 99,3 % av omsetningen.¹² Konsentrasjonen på detaljistledet i Norge er blant de høyeste i Europa. Figur 5.3 viser utviklingen av markedsandeler for de fire store dagligvaregrupperingene fra 1994 og fram til 2012. Bunnpris inngår i NorgesGruppen fram til 2010, og deretter som en del av REMA 1000.

Selv om de fire store samlet sett har en ganske stabil samlet markedsandel, ser vi at over tid er

¹⁰ NOU 2011: 4, s. 33.

¹¹ NOU 2011: 4, vedlegg 9 og 13, særskilt vedlegg.

¹² Konkurransetilsynet, Betaling for hylleplass, 2005.

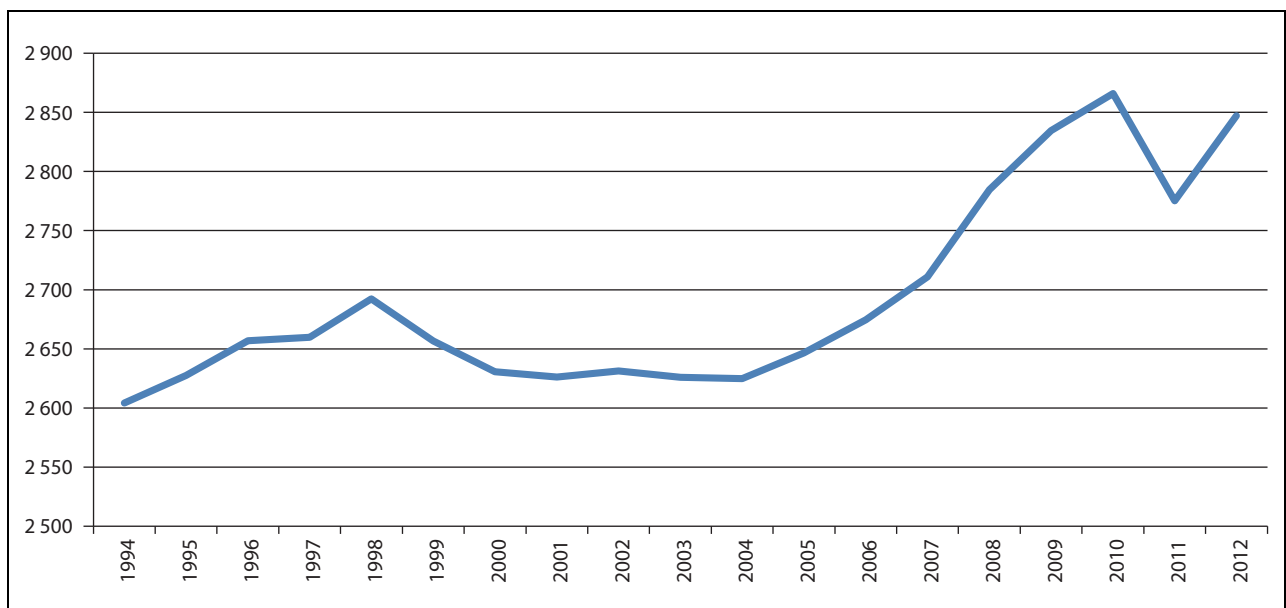


Figur 5.3 Utvikling i markedsandeler for dagligvaregrupperingene 1994-2012.

Kilde: Nielsen Norge

det ganske store omfordelinger kjedene imellom. NorgesGruppen har hatt en jevnt stigende markedsandel gjennom hele perioden, mens ICA faller tilsvarende jevnt. Coops markedsandel har vært relativt stabil, mens REMA 1000 øker gjennom perioden. I 2010 gikk Bunnpris fra NorgesGruppen til REMA 1000, noe som ga NorgesGruppen en nedgang i markedsandel i 2011 for første gang på lenge. Figur 5.4 viser HHI for kjedeledet for 1994-2012.

Den relativt høye og økende markedskonsentrasjonen på detaljnivå betyr for det første at kjedene etter alt å dømme har en ikke ubetydelig kjøpermakt i forhold til deler av leverandørindustrien. Dette gjelder kanskje primært i forhold til små og mellomstore leverandører. Større leverandører, og leverandører som selger et stort og variert produktutvalg, vil ha betydelig forhandlingsmakt og vil i større grad kunne motstå utøvelse av kjøpermakt fra kjedene. Markedskonsentrasjonen



Figur 5.4 HHI for dagligvareledet 1994-2012. Bunnpris i NorgesGruppen til 2010, deretter del av REMA 1000.

kan for det andre indikere en fare for redusert konkurranse i form av koordinerte effekter mellom kjedene overfor sluttkundene.

Det har lenge vært oppmerksomhet om faren for koordinerte effekter (også kalt stilltiende samarbeid) i detaljsalg av dagligvarer, og Konkurransetilsynet har ved flere anledninger advart mot denne faren.¹³ Ifølge økonomisk teori vil denne type priskoordinering generelt bli lettere jo færre konkurrenter som møtes i markedet, jo mer symmetriske disse er, jo færre produkter disse selger og jo likere produktene mellom konkurrentene er. Det at det er kun fire detaljkjeder i markedet skulle tale for at slik stilltiende koordinering vil være lettere enn med et mer fragmentert detaljledd. På den annen side vil det at hver av kjedene selger mange tusentalls produkter, at vareutvalget er forskjellig og at en betydelig andel produkter er unike for hver enkelt kjede, tilsa at slik stilltiende koordinering er betydelig vanskeligere enn det en skulle tro når det er bare fire kjeder. Matkjedeutvalget er også inne på faren for koordinerte effekter når de skriver:

«Med en konsentrasjonsindeks (HHI) på over 2 000 kan markedet karakteriseres som sterkt konsentrert. Høy konsentrasjon i et marked kan isolert sett svekke konkurransen, og øker sannsynligheten for at aktørene kan lykkes med konkurransedempende samarbeid eller andre konkurransedempende strategier.»

Som nevnt over vil en høy HHI i utgangspunktet tale for fare for koordinerte effekter, men kun dersom markedsandelene er likt fordelt mellom aktørene. Et eksempel kan illustrere dette. Med to bedrifter i markedet vil en fordeling av markedsandeler på 50-50 (lik markedsandel) gi betydelig større fare for koordinering enn dersom markedsandelene er 90-10. Grunnen til dette er at den siste situasjonen vil gi den minste bedriften (med 10 % markedsandel) relativt sterke insentiver til å bryte koordineringen med å sette ned sine priser for å vinne markedsandeler. Derfor vil asymmetriske markedsandeler tendere mot å destabilisere koordinering. HHI-målene av de to situasjonene fanger ikke opp dette. Med 50-50 fordeling vil HHI være 5000, mens HHI med 90-10 fordeling vil være 8200. HHI kan gi inntrykk av at 90-10 markedet er utsatt for mye større fare for koordinerte effekter

¹³ Se AC Nielsen-saken (Tilsynets brev til ACNielsen av 17. april 2007, tilgjengelig på www.ktno.no under Uttalelser 2007), og rapporten Konkurransen i Norge, tilgjengelig på <http://www.konkurransetilsynet.no/Publikasjoner/skriftserien/Konkurransen-i-Norge/>.

enn markedet med 50-50 fordeling, hvilket ikke er tilfelle. Dette illustrerer at HHI-tall må tolkes med forsiktighet også når det gjelder koordinerte effekter.¹⁴

Det er selvfølgelig på generelt grunnlag vanskelig å fastslå hvor reell faren for stilltiende koordinering er. Matkjedeutvalget har påpekt at norske priser på dagligvarer er høye, og at vareutvalget er begrenset sammenlignet med mange andre land. Dette er i seg selv forenlig med at det foregår et stilltiende samarbeid mellom kjedene. Prisnivået kan imidlertid like gjerne skyldes høye leverandørpriser som kunstig høye marginer i kjedene. Det er også andre kjennetegn med markedet som ikke tilsier fare for koordinerte effekter. Som figur 5.3 viser har markedsandelene til de ulike kjedene endret seg over de siste 10-20 årene. Mens Norgesgruppen og REMA 1000 jevnt over har økt sine markedsandeler gjennom perioden, har ICA tapt. ICA hadde på midten av 90-tallet nesten 30 % markedsandel, men denne er redusert til ned mot 12.7 % i 2012 ifølge uoffisielle tall fra Handelsbladet FK.

Denne utviklingen isolert er ikke forenlig med at det hittil har foregått koordinering i markedet. I tillegg er det allment kjent at ICA-kjeden gjennom en årrekke har gått med tap på norske markedet, noe som heller ikke er forenlig med at det skal foregå koordinert atferd. Dersom stilltiende (eller eksplisitt prissamarbeid) mellom kjedene er en vesentlig forklaringsfaktor for et høyt norsk prisnivå skulle en også forvente at dette dukket opp i form av høy lønnsomhet hos dagligvarekjedene.

Matkjedeutvalget undersøkte ikke eksplisitt dette spørsmålet. I etterkant av Matkjedeutvalgets rapport leverte Norsk Institutt for Landbruksøkonomisk Institutt (NILF, 2011) en rapport (skrevet på oppdrag av Virke) som bl.a. undersøker dette spørsmålet.¹⁵

Vagstad (2011a) finner i denne rapporten ingen indikasjoner på at lønnsomheten i norsk dagligvaresektor er spesielt høy verken sammenliknet med andre norske sektorer eller i sammenlikning med andre land i EU.¹⁶ F.eks. var gjennomsnittlig driftsmargin på detaljistleddet i EU

¹⁴ Dette er også grunnen til at det er en internasjonal trend å fokusere mer på en UPP-analyse (Upward-Pricing-Pressure) istedenfor enn å avgrense markedet og regne på HHI-verdier.

¹⁵ Det vises også til kjøpermaktutredningen som er utarbeidet parallelt med utvalgets arbeid.

¹⁶ Lønnsomhet i leveringskjeden for matvarer, i *Pettersen, I. og Gabrielsen, T.S.* (red): Produktivitetsutvikling i leveringskjeden for matvarer 2011: Perspektiver på verdikjedene for matvarer, NILF.

4,5 % i 2007, og nivået i Norge 3,25 %. På grossistleddet var nivået i EU i perioden 2000-2007 rundt 4 %, og i Norge rundt 2,5 %.

Når Vagstad (2011a) oppsummerer sine funn skriver han (s. 63):

«For å oppsummere, viser dagligvarehandelen i Norge lav lønnsomhet i de senere år, uansett sammenligningsgrunnlag. Sammenlignet med andre norske næringer, varehandel generelt, matindustri og industri generelt, viser detaljhandelen med matvarer en relativt beskjeden lønnsomhet målt ved kapitalrentabilitet og ved driftsmarginer. Sammenligner vi med utvalgte europeiske land og gjennomsnitt for alle 27 EU-land over tid, har norsk dagligvarehandel og engroshandel med matvarer relativt lave driftsmarginer.»

Ifølge Vagstad (2011b) kan dagligvarehandelen også vise til sterk produktivitetsvekst sammenliknet med tilgrensede norske næringer (særlig matindustrien, men også industri generelt).¹⁷ Han anslår at produktivitet per arbeidstime i varehandelen økte med 83 % fra 1995 til 2009 (mot 8 % i matvareindustrien) og kom opp fra 53 % av nivået i næringsmiddelindustrien i 1995 til 72 % i 2009.

Vagstad (2011b) peker også på alternative forklaringer til den høye anslåtte produktivitetsveksten i dagligvarehandelen, nemlig at kjedene (p.g.a kjøperkraft) har overtatt en del av fortjenesten som tidligere lå lengre oppe i verdikjeden, (i matindustrien). En annen mulighet i samme retning er at industrien kan ha overtatt noe av den bearbeidingen som tidligere skjedde i varehandelen, f.eks. i form av at matvarer i dag leveres langt mer emballert ut fra fabrikkene enn hva som var tilfelle på 1970-tallet.

Relativt lave marginer på detaljleddet i dagligvaresektoren finner man også i andre internasjonale studier. I en rapport fra European Central Bank fra 2011 heter det:

«On the basis of profit margins being unadjusted for the imputed labour income of the self-employed, it is found that profit margins are highest in the retail sub-sector (7.6%), and especially in non-grocery retailing (9.5%), while they are lowest (4.3%) in grocery retailing.»¹⁸

¹⁷ Produktivitetsutvikling i leveringskjeden for matvarer, i *Pettersen, I. og Gabrielsen, T.S.* (red): Produktivitetsutvikling i leveringskjeden for matvarer 2011: Perspektiver på verdikjedene for matvarer, NILF.

Også Europakommisjonen viser til relativt lave marginer for detaljistvirksomheten i dagligvaresektoren i medlemslandene.¹⁹ Utvalget viker tilbake for å karakterisere marginene som «høye» eller «lave» i absolutt forstand. Når grossist- og detaljistleddet viser høye overskudd, er det uansett nærliggende å anta at dette også har sammenheng med høye volum.

Utvalget ser at det vil være usikkerhet knyttet til både tall og karakteristikken av tallene vi har referert over. Utvalget ser det ikke som en del av mandatet å gjennomføre en fullstendig konkurranseanalyse av konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet, og ser det heller ikke naturlig å ta endelig stilling til spørsmålet om konkurranseintensitet i bransjen. Utvalget registrerer imidlertid at de tall for lønnsomhet som er referert over og utviklingen i markedsandeler mellom kjedene over tid, ikke i seg selv gir indikasjoner på at markedet er preget av koordinerte effekter. Etter utvalgets vurdering er det behov for mer inngående studier for å kunne konkludere endelig når det gjelder konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet. Uansett konklusjon på dette spørsmålet vil koordinerte effekter i dette markedet kunne håndteres under konkurranseloven.

5.4.4 Distribusjons- og grossistleddet

5.4.4.1 Innledning

Hverken Matkjedeutvalget eller konkurransemyndighetene har i særlig grad fokusert selvstendig på distribusjons- og grossistleddet. Matkjedeutvalget skriver om dette:

«I hovedsak har paraplykjedene allerede overtatt distribusjon fra fabrikk til grossistlagre og videre distribusjon ut til butikk. De viktigste unntakene er flytende meieriprodukter, øl mineralvann og brød. I tillegg har leverandørene om lag 56 pst. av distribusjonen i storhusholdningsmarkedet, men for mange leverandører oppleves grossistdistribusjon av Norges-Gruppen (ved ASKO) som eneste reelle alternativ i dette markedet ... Leverandørene oppgir at distribusjon i realiteten handler om å ha makt over verdikjeden. Dette er etter deres

¹⁸ Occasional Paper Series No 128 / September 2011, Structural Features of Distributive Trades and their Impact on Prices in the Euro Area, tilgjengelig på <http://www.ecb.int/pub/pdf/other/structuralfeaturesdistributivetrades201109en.pdf>, s. 49.

¹⁹ Se http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/publication16065_en.pdf, s. 7.

oppfatning en helt avgjørende del av den infrastruktur som trengs for å få varene ut til forbrukerne.»²⁰

Dagligvarer vil kunne distribueres på tre måter; av kjedene selv (dvs. at grossistfunksjonen er integrert), av leverandørene selv (direkte distribusjon) eller ved selvstendig grossister.

Kontroll over distribusjonsleddet kan ha en betydelig strategisk og også konkurransepolitisk betydning.²¹ Samtidig er det en tendens at det i stadig større utstrekning etableres «lukkede» kanaler direkte mellom kjeder og produsenter, i kombinasjon med en økende vertikal integrasjon fra kjedenivå og oppstrøms. I senere år har det vært en tiltagende tendens at de fire dagligvarekjedene selv har overtatt distribusjonen av dagligvarer, slik at leverandørene kun leverer sentralt på kjedenivå. I den senere tid har større leverandører som bl.a. Coca-Cola og Hennig-Olsen overlatt sin distribusjon til kjedene, og således avvirket sitt eget distribusjonsnett. TINE og bryggeriene er blant de få leverandører som fortsatt har et eget distribusjonsapparat. For ti år siden var fordelingen mellom grossist- og leverandørdistribusjonen omtrent lik, mens i dag står dagligvarekjedene selv for den største delen av distribusjonen.

Innenfor storhusholdning har NorgesGruppen ca. 70 % av grossistmarkedet, mens Servicegrossistene, som eies av en rekke selvstendige grossister, har en markedsandel på ca. 24 %. TINE og Servicegrossistene offentliggjorde i november 2012 konkrete planer om et nytt selskap i markedet for fullsortimentsgrossister rettet mot storhusholdningsbransjen.²²

I det følgende vurderes denne utviklingen ut fra to ulike perspektiver; for det første effektivitet i

distribusjonstjenesten, og for det andre betydningen av vertikal integrasjon.

5.4.4.2 Effektivitet i distribusjon

Det synes klart at det i de fleste tilfeller eksisterer åpenbare stor- og samdriftsfordeler knyttet til at distribusjonstjenestene sentraliseres. Kostnadsfordelene innebærer antakelig at det kun er de største leverandørene som rent kostnadsmessig vil kunne konkurrere med et sentralisert grossist- og distribusjonsapparat.

En kan i prinsippet tenke seg at leverandører samarbeidet om grossist- og distribusjonstjenestene, eller at disse tjenestene ble utført av en uavhengig tredje part. Uavhengig grossistdistribusjon var på mange måter det systemet en hadde før paraplykjedene for en stor del overtok denne funksjonen. En klar ulempe med en uavhengig grossistfunksjon er at når grossisttjenestene skal prises av uavhengige aktører vil det oppstå et insentiv for disse til å utnytte den eventuelle markedsrett de måtte ha. Når flere ledd i en distribusjonskjede skal hente inn sin fortjeneste gjennom prispåslag oppstår det som er kjent som problemet med doble marginer.

Dette kan føre til at prisene ikke bare blir for høye for konsumentene, men også for høye for aktørene i den vertikale kjeden som helhet. Dersom grossistfunksjonen er vertikalt integrert med kjedene, vil det ikke være ønskelig for kjeden å utnytte markedsrett på grossistleddet ettersom dette vil svekke kjedens konkurransekraft i detaljmarkedet. Dersom vertikal integrasjon av grossist- og kjedefunksjonen eliminerer doble marginer vil dette være en gunstig effekt både for aktørene i den vertikale strukturen og for konsumentene.

5.4.4.3 Vertikal integrasjon av grossist- og distribusjonstjenester

Leverandører anser det som vesentlig å ha tilgang til distribusjon for å få varene ut til forbrukerne. Distribusjon i denne sammenheng må antas å omfatte både tilgang til grossisttjenester, transport ut til butikkene og hylleplass i selve butikkene. Det å ha tilgang til egen distribusjon i form av grossisttjenester og transport ut til butikk synes imidlertid å være av liten verdi dersom leverandøren ikke har tilgang til hylleplass i selve butikken. Tilgang til grossisttjenester, transport inn til butikk og hylleplass må derfor anses som komplementære tjenester. I tråd med økonomisk teori vil derfor integrasjon av disse tjenestene

²⁰ NOU 2011: 4, s. 46.

²¹ Den konkurransepolitiske betydningen av distribusjonstjenesten er bl.a. diskutert i Konkurransen i Norge, s. 117 (tilgjengelig på http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVaultFiles/id_1817/cf_5/Konkurransen_i_Norge.PDF, rapporten The supply of groceries in the UK market investigation (2008), s. 126 (tilgjengelig på http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2008/fulltext/538.pdf, og Nordic Food Markets - a taste for competition, rapport fra de nordiske konkurransemyndighetene, 2005, s. 63 (tilgjengelig på http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/392450/NORDIC_FOOD_MARKETS.PDF). Se også Tommy Staahl Gabrielsen: Betydningen av ulike vertikale relasjoner på konkurranseforhold i verdikjeden for mat, særskilt vedlegg nr. 20 til NOU 2011: 4, s. 10. Matkjedeutvalgets vurderinger finnes i NOU 2011: 4, s. 31-33 og 112.

²² Konkurransetilsynet har pålagt partene å levere fullstendig melding. I skrivende stund er dette etter det utvalget kjenner til ennå ikke gjort.

kunne løse koordineringsproblemer, og i så fall føre til lavere priser.

Det kan også hevdes at dersom en kjede har kjøpermakt i tilbudet av én av disse tjenestene, vil kjeden kunne utnytte denne makten uavhengig av om leverandøren driver med egendistribusjon eller ikke. For å si det på en annen måte, i et marked der det etterspørres skruer og muttere vil en monopolselger av muttere kunne utnytte sin makt uavhengig av om det er konkurranse i skruemarkedet eller ikke. Det er heller ikke slik at denne selgeren kan doble sin markeds makt gjennom å være monopolist på både skruer og muttere; monopolprofitten kan bare hentes ut en gang. Dette betyr i så fall at leverandørene må se en merverdi av å håndtere grossistfunksjonen på egen hånd som går ut over det å få tilgang til konsumentene.

En grunn til at enkelte leverandører insisterer på egendistribusjon kan være at de også har vesentlig distribusjon til kunder utenom dagligvaresegmentet. Overføring av distribusjonen til kjedegrossistene kan medføre at disse leverandørene mister stor- og samdriftsfordeler og vil sitte igjen med høyere kostnader for den distribusjonen som ikke inngår i kjededistribusjonen. På samme måte kan det tenkes at kjeden har tilsvarende stordriftsfordeler som de bedre kan utnytte jo større del av distribusjonen de tar hånd om. Slike forhold vil kunne forklare den tilsynelatende spenningen som synes å eksistere mellom kjedene og enkelte leverandører i synet på egen versus kjededistribusjon. Det er således vanskelig på generelt grunnlag å si hvilken distribusjonsform som vil være samfunnsøkonomisk optimal.

Innenfor ulike grupper ferskvarer kan det også tenkes å være av stor verdi for en leverandør å kunne følge varen helt fram til butikkhyllen. Dette fordi leverandøren da kan forsikre seg om at tiden fra produksjon til salg blir så kort som mulig, og at hyllene kan etterfylles raskt eller at produkter som går ut på dato kan fjernes. På den annen side kan det hevdes at kjedene også vil kunne ha insentiver til å presentere et ferskest mulig produktvalg, og at det ikke står varer i hyllene som er gått ut på dato. En mulig forklaring på at dette kan svikte, kan være at kostnadspresset innenfor detaljsalg gjør at kjedene holder utilstrekkelig bemanning til å overvåke at varebeholdningen innenfor helt spesifikke produkter er tilstrekkelig fersk og stor nok. Dette kan gjøre at enkelte leverandører derfor ønsker å håndtere dette selv.

Et potensielt problem med vertikal integrasjon mellom grossist/distribusjon og kjedene er mulig-

heten for hel eller delvis eksklusjon av aktører i markedet. Uten tilgang til distribusjonstjenester er det mulig at det vil kunne oppstå utestengelser både oppstrøms og nedstrøms.²³ Dersom grossistfunksjonene for vesentlige deler av markedet er integrert i kjedene, vil nye aktører på detaljistleddet kunne mangle alternative frittstående fullsortimentsgrossister å henvende seg til. Eventuelle nye aktører blir i så fall henvist til de etablerte kjedenes grossistfunksjon og blir avhengig av leveranser fra de etablerte konkurrentene. Når nye aktører i tillegg begrenses av importvernet vil et slikt avhengighetsforhold kunne svekke nye aktørers konkurransekraft.

Vertikal integrasjon som fører til utestengelse av produkter som er verdsatt av konsumentene, vil medføre et tap for konsumentene. Ved vurderingen av utestengning, er det et sentralt spørsmål å kartlegge hvilke insentiver aktørene har til å utestenge andre aktører.²⁴ Spørsmålet er derfor om eksklusjon er mulig, om aktørene har insentiver til å ekskludere, og eventuelt hvilken effekt dette har på konsumentvelferden. Det er altså ikke tilstrekkelig bare å peke på at utestenging er mulig og at det i så fall vil ha negativ effekt på konsumentvelferden.

Dersom f.eks. en dagligvarekjede skulle utestenge en produsent av en vare som er svært ettertraktet av konsumentene, kan en stille spørsmålet om det er i kjedens interesse å gjøre dette. I utgangspunktet skulle en tro at utestenging av slikt produkt ville stille kjeden i en forverret konkurranse situasjon i forhold til andre kjeder som selger dette produktet, og at det derfor ikke vil være ønskelig å gjøre dette. Utestenging av produkter vil derfor kun være lønnsomt for kjeden dersom dette ikke rammer kjeden vesentlig i konkurransen på detaljnivå. Dersom kjeden ikke rammes i konkurransen av en eventuell utestenging kan skyldes enten: i) at produktet faktisk ikke er sterkt etterspurt av konsumentene, eller ii) at konkurransen mellom kjedene ikke fungerer.

Sentraliserte innkjøp og sentraliserte forhandlinger i fire paraplykjeder kan også føre til at terskelen for mindre leverandører kan være høy for å komme inn i det obligatoriske sortimentet. For de minste leverandørene og småskalaprodusenter kan kjedenes frivillige sortiment være et alternativ. I dag er det imidlertid betydelig forskjeller mellom de ulike paraplykjedene når det gjelder

²³ Begrepene oppstrøms og nedstrøms betegner forhold hhv. oppover og nedover i verdikjeden.

²⁴ Dette følger logikken i det såkalte MIE-skjemaet (Mulighet, Insentiv, Effekt).

den enkelte kjøpmanns muligheter for å ta inn lokale produkter. Gjennomgående kan det synes som det er få incitamenter i det sentralstyrte sortimentet for å ta inn lokale produkter fra sentralt hold. Dette kan føre til at småskalaprodusenter blir avhengige av lokal etterspørsel og den enkelte kjøpmanns interesse og velvilje for å få tilgang til markedet.

Utfordringene for små produsenter på dette området kan også tilskrives det at de største leverandørene i sterkere grad blir premissgivere for hele varekategorier, f.eks. gjennom utformingen av planogrammer. Dette kan synes som en uheldig utvikling med tanke på varemangfoldet og forutsetningene for konkurranse mellom ulike kvaliteter og prissetting i de enkelte varekategorier. Mulighetene for å ekspandere i et regionalt, eventuelt nasjonalt, marked med økte volumer kan således være begrenset. Utvalget har likevel merket seg en viss positiv endring på dette området, antageligvis som følge av en økt etterspørsel etter lokalproduserte produkter i premiumsegmentet. Utvalget vil uansett peke på at terskelen for markedsadgang for mindre leverandører med egne merker og småskala produsenter generelt sett synes høy.

5.5 Oppsummering

Norske dagligvarepriser er høye i en internasjonal sammenheng og vareutvalget er mindre enn i andre land. Politiske, institusjonelle, strukturelle og geografiske ulikheter bidrar til å forklare forskjeller i det generelle prisnivået. Norsk avgiftspolitik, landbrukspolitikk og et sterkt importvern er noen av de viktigste årsakene til prisforskjellene på dagligvarer mellom Norge og våre handelspartnere. Høye matpriser i Norge må også sees i sammenheng med det generelt høye kostnadsnivået i Norge, og den politiske viljen til å beskytte norsk landbruksproduksjon. Landbrukspolitikken og spesielt importvernet skaper etableringsbarrierer på leverandørleddet som på sett og vis er tilsiktet, men også etableringsbarrierer på detaljistleddet som ikke er tilsiktet. Disse faktorene synes likevel ikke å forklare hele prisforskjellen.

Utvalget har pekt på høy konsentrasjon både i viktige leverandørmarkeder og på detaljmarkedet. Sterk konsentrasjon kan være en indikasjon på at konkurransen er begrenset som følge av koordinerte effekter og kan potensielt kunne forklare at

prisene er høye. Når det gjelder leverandørleddet vil enkelte leverandører kunne utnytte betydelig selgermakt til tross for den innkjøpsmakt som kjedene representerer, og dermed holde høyere priser enn det de hadde kunnet dersom konkurransen var sterkere i leverandørmarkedet. Som nevnt over er makten til bøndenes samvirkeorganisasjoner i stor grad tilsiktet, og et viktig element i landbrukspolitikken.

På kjedeledet er også konsentrasjonen sterk og med en økende tendens, noe som skulle tilsi at faren for redusert konkurranse er betydelig også her. Det finnes imidlertid en del indikasjoner på at konkurransen likevel er sterkere enn det markeds-konsentrasjonen skulle tilsi. Markedsandelene har skiftet over de senere år. NorgesGruppen og REMA 1000 vinner markedsandeler, mens ICA taper. I tillegg har ICA gått med store underskudd i mange år, noe som ikke er forenlig med at konkurransen er svak og marginene unormalt store.

Konsentrasjonen på alle ledd i dagligvaremarkedene er altså sterk og økende, og med økende innslag av vertikal integrasjon. Dette gir grunnlag for å overvåke faren for at konkurransebegrensninger kan oppstå. Utfordringen knyttet til å få til økende konkurranse og mindre konsentrasjon i leverandørleddet synes først og fremst å være knyttet til det sterke norske importvernet, mens konsentrasjonen på kjedeledet er knyttet dels til importvernet (jf. Lidl's manglende mulighet til å ta med leverandøravtaler «inn» i Norge), dels til naturlige etableringshindringer og dels til de siste tiårs konsolidering på dette leddet.

Matkjedeutvalget var bekymret for denne utviklingen og spesielt makten det gir kjedene over forbrukere og små leverandører. Matkjedeutvalget uttalte at dersom utviklingen i Norge fortsetter i samme takt og retning, der handelens paraplykjeder kan diktere mer eller mindre ensidige betingelser i avtalesettene, vil en slik utvikling være uheldig for en sunn konkurranse og et balansert maktforhold i matkjeden. Utvalget er ikke uenig i at det kan være slik, men mener at spørsmålet om virkninger for forbrukere og konkurransen bør analyseres grundigere ut fra økonomiske sammenhenger og insentivvirkninger før det kan trekkes endelige konklusjoner. For de spørsmål utvalget er bedt om å se på gjennomføres en slik vurdering i 7.2. Det vises dessuten til utredningen om kjøpermakt som er utarbeidet parallelt med utvalgets arbeid.

Kapittel 6

Utvalgets tilnærming til problemstillingene

6.1 Innledning

Utvalgets mandat er knyttet til to forhold, dvs. hvordan man i best kan ivareta (i) «prinsippet om god handelsskikk» og (ii) «hensynet til forbrukerne» i lovgivningen. I det følgende avsnittet vil utvalget gå gjennom disse hensynene og sammenhengen mellom dem. Innledningsvis vil imidlertid utvalget fremheve at det primære hensynet i mandatet er hensynet til forbrukerne (formål), mens gjenstanden for vurdering og eventuelt forslag om regulering (reguleringsobjekt), er de vertikale kontraktsrelasjonene mellom leverandører og kjeder. Reguleringsobjekt og formål må ses i sammenheng. Dette innebærer at utvalget må vurdere hvilke virkninger den praksisen som er trukket frem av Matkjedeutvalget vil kunne ha for forbrukerne, og på det grunnlaget vurdere nødvendigheten av regulering. Det er dermed i første rekke forbrukerhensynet som vil være avgjørende for hva som vurderes som skadelig eller uønsket. På samme måte ser utvalget forbrukerhensynet som en skranke for hva som kan reguleres, dvs. at utvalget ikke vil foreslå regulering som kan føre til at forbrukerne kommer dårligere ut på de parametre som er oppstilt i mandatet, dvs. pris, kvalitet, utvalg og tilgjengelighet. Utvalget vil imidlertid også fremheve at enkelte former for atferd som er løftet frem av Matkjedeutvalget på selvstendig grunnlag må anses som uredelig eller illojalt. Utvalget vil inkludere slike aspekter i vurderingen av behovet for regulering, men vil påpeke at forbrukerhensynet setter en ytre ramme for hva som kan foreslås regulert.

Før utvalget går nærmere inn på disse hensynene og sammenhengen mellom dem, vil utvalget si noe om det empiriske grunnlaget utvalget bygger på.

6.2 Det empiriske grunnlaget

KPMGs rapport representerer en kvalitativ intervjuundersøkelse med ulike aktører i sektoren. Undersøkelsen er beskrevet som følger:

«Dette dokumentet inneholder ingen evalueringer av de problemstillingene som Matkjedeutvalget skal vurdere under sitt mandat. KPMGs rolle har utelukkende vært å videreformidle informasjon til sekretariatet fra kilder som KPMG har hatt kontakt med. Ressursbruk, prioriteter og fremgangsmåte har fortløpende vært avstemt med sekretariatet.

KPMGs primære rolle har bestått i å gjennomføre såkalte «lukkede» intervjuer på vegne av sekretariatet, samt å foreta en innsamling av data og dokumenter som kildene har stilt til disposisjon. KPMG har også deltatt i enkelte av sekretariatets åpne intervjuer.

KPMG har gjennomført i overkant av 50 intervjuer og samtaler med rundt 60 ulike personer. Det er gjennomført intervjuer med ulike aktører innenfor verdikjeden til dagligvaresektoren, storhusholdningssektoren og kiosk, bensin og servicesektoren (KBS).»¹

En slik anonym intervjuundersøkelse vil nødvendigvis kunne være beheftet med feilkilder. Som KPMG selv påpeker i sin rapport, er de rundt 50 intervjuene blitt utført med personer «som har signalisert at de er villig til å dele sensitiv informasjon» eller som har tatt direkte kontakt med KPMG fordi «de har ønsket å bidra i prosessen». Noen er kontaktet på «anbefaling fra andre intervjuobjekter», andre er personer som er videreformidlet gjennom sekretariatet. Ifølge KPMG var det stor pågang av intervjuobjekter etter et møte arrangert av Matkjedeutvalget 6. desember 2010 da «mulige bidragsytere» ble bedt om å melde seg.² Med andre ord, utvalget av intervjuobjekter

¹ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 143.

² Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4: 141-145.

i undersøkelsen ser hovedsakelig ut til å ha blitt gjort gjennom selv-seleksjon av intervjuobjektene selv. KPMG bekrefter at det ikke foreligger noen bruk av metode for å sikre statistisk eller representativt utvalg, og skriver at de har fungert nærmest som en «varslingskanal eller mottak for parter som ønsker å uttale seg.» Ifølge rapporten kan dette ha ført til «en mulig skjevfordeling mellom bidragsyterne i forhold til hvor de sitter i de ulike leddene av verdikjeden og i forhold til andre faktorer som eiertilhørighet, bransje, størrelse, mv.»³

Siden utvalget ikke kan betraktes som representativt, og det ikke foreligger opplysninger som kan si noe om hvilke ubalanser som finnes, har KPMG i sin presentasjon av undersøkelsen lagt vekt på at resultatene kun identifiserer problemstillinger uten «å verifisere faktum». Det påpekes at opplysninger er kontrollert i forhold til enkelte av intervjuene, men rapporten gir ikke noe konsistent inntrykk på dette punkt. KPMG fremhever at de av hensyn til konfidensialitet ikke kunne sende rapporten til involverte parter for gjennomgang eller kontradiksjon. Konsekvensen av disse forholdene er at sannhetsverdien av resultatene ikke kan tas for gitt.

Metoden gir ingen mulighet til å vurdere de påståtte problemenes omfang. I rapporten står det ikke hvor mange av intervjuobjektene som har kommet med en bestemt påstand. Et slikt antall ville selvsagt ikke ha vært representativt i noen forstand, men det kunne ha vært nyttig å vite om en påstand er lagt frem av mer enn én person. KPMG skriver at de har «vært nødt til å generalisere informasjonen,» igjen for å ivareta intervjuobjektets konfidensialitet, men det er uklart hvordan denne generaliseringen har påvirket presentasjonen av resultater. Med disse utgangspunktene, er det ikke overraskende at bildet av bransjen fremstår som svært nedslående.

Rapporten Matkjedeutvalgets sekretariat leverte til Matkjedeutvalget 11. februar 2011, er preget av tilsvarende metodeutfordringer,⁴ selv om denne rapporten beskriver et mer balansert utvalg av informanter. Den gir en samlet oppsummering av resultatene fra deres «mer enn 34 åpne intervjuer med om lag 50 personer» og KPMGs 50 lukkede intervjuer. Også Matkjedeutvalgets Sekretariat lister grundig de metodiske svakhetene, inkludert at resultatene ikke gir noen indi-

kasjon på utfordringenes omfang og at informanter «kan ha hatt interesse av å tegne et uspesifisert bilde av en bransje full av hemmelighet og konflikter». De understreker at hensikten med de kvalitative undersøkelsene «kun er å forstå et fenomen».

Selv om de metodiske svakhetene påpekes i rapportene, er og blir informasjonsgrunnlaget om hva som faktisk foregår av dårlig handelsskikk for tynt for å kunne trekke konklusjoner. Likevel kan det se ut som om noen av Matkjedeutvalget anbefalinger er begrunnet av resultater i dette materialet. I *dette* utvalget baserer vi oss som sagt på Matkjedeutvalgets konklusjoner, men betrakter resultatene i de kvalitative undersøkelsene primært som en liste med potensielle utfordringer. Utvalget gir råd om hvordan de bør håndteres i tilfelle de skulle representere et reelt problem, og har også drøftet eventuelle andre utfordringer som kan oppstå i kontrakts- og forretningsrelasjonen mellom næringsmiddelindustri og dagligvarekjeder, gitt bransjens rammevilkår.

Utvalget presiserer således at de metodiske svakhetene listet i KPMG-rapporten og sekretariatets rapport til Matkjedeutvalget er notert, og at det i nåværende rapport ikke tas stilling til troverdigheten av enkeltpåstander som kommer frem i den rapporten. Utvalget bygger også på samtaler med hhv. Virke og Dagligvareleverandørenes forening, samt på synspunkter som fremkom på utvalgets offentlige dialogmøte 1. mars 2013.⁵ Videre har utvalget sett hen til påpekninger som er gjort i rapporter fra EU.⁶ Utvalget sier ikke med dette at de former for atferd som er påpekt har betydelig utbredelse eller forekommer hyppig.⁷ Utvalget påpeker imidlertid at dersom disse formene for praksis forekommer, vil de uansett kunne ha uheldige virkninger. Dette legges også til grunn i vurderingen av om det er nødvendig å foreslå lovregulering, jf. nedenfor.

³ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4: 144.

⁴ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4 nr. 15: 104-139.

⁵ En del av funnene i det norske materialet bekreftes også av Stakeholder Survey fra 2009, se Commission Staff Working Document Competition in the food supply chain, SEC(2009) 1449 (28. oktober 2009), vedlegg til COM(2009) 591 A Better Functioning Supply Chain in Europe, s. 3.

⁶ Se f.eks. Commission Staff Working Document Competition in the food supply chain, SEC(2009) 1449 (28. oktober 2009), vedlegg til COM(2009) 591 A Better Functioning Supply Chain in Europe.

⁷ Utvalget er forelagt rapporter i regi av Virke, men som er utarbeidet av uavhengige tredjepersoner, som gir et annet bilde.

6.3 Forbrukerinteresser og effektivitet

6.3.1 Innledning

Utvalgets mandat er fokusert på to forhold; god handelsskikk og fordeler for forbrukerne. I mandatet er prinsippet om god handelsskikk beskrevet som følger:

«Aktørene i verdikjeden for mat må til enhver tid behandle hverandre i tråd med prinsippet om god handelsskikk. Prinsippet om god handelsskikk innebærer at foretak vil opptre redelig, basere forretningsforhold på gjensidighet, unngå urimelige forretningsvilkår, tilstrebe en rimelig risikofordeling og respektere andre parters immaterielle rettigheter.»

Om forbrukerprinsippet heter det:

«Forbrukerne skal sikres en rimelig andel av ytelser i verdikjeden for mat gjennom pris, utvalg, kvalitet og tilgjengelighet.»

Utvalget ser det som essensielt å identifisere ulike og muligens kryssende hensyn mellom disse prinsippene.

6.3.2 «Rimelighet» vs. effektive forhandlinger

Utgangspunktet er at det skal tilstrebes «rimelige» løsninger i forholdet mellom bedrifter (business-to-business, heretter omtalt som B2B), samtidig som forbrukerne skal sikres en «rimelig andel» av fordelene.⁸

Som utgangspunkt tilsier økonomisk teori at leverandører og kjeder som forhandler seg imellom vil ha felles interesse av å inngå avtaler som maksimerer den totale verdiskapningen som kan dannes på grunnlag av relasjonen mellom dem – gitt rammebetingelsene satt av samfunnet for øvrig. De vil normalt være uenige om fordelingen av verdiskapningen, men det hindrer ikke at de vil ha felles interesse av å maksimere den totale verdiskapningen. Grunnen til dette er at uansett hvordan denne verdien fordeles, vil minst en av partene komme bedre ut av forhandlingene dersom de kan gjøre noe som øker den samlede verdiskapningen. Sagt på en annen måte: Partene vil ha felles interesse av å bake den største mulige

kaken, men vil normalt være uenige om hvordan kaken skal fordeles. Dersom forhandlingssituasjonen tilsier at partene deler utfallet likt, dvs. 50 – 50, blir det åpenbart at begge parter har insentiver til å gjøre hva de kan for å øke den totale verdien som kan skapes i relasjonen. En standard basert på «rimelighet» vil ofte fokusere på nettopp fordelingen, dvs. resultatet av forhandlingene.

Antagelsen om at partene i en forhandlingssituasjon vil ha insentiver til å slutføre forhandlinger som fører til maksimert verdiskapning i relasjonen, kalles gjerne effektive bilaterale forhandlinger. En viktig forutsetning for effektivitet er at partene har fullstendig og symmetrisk informasjon. Uten dette vil det oppstå ineffektiviteter ved at den informerte part utnytter sin informasjonsfordel på en slik måte at den totale kaken minker, men den informerte part oppnår en større andel. Det kan altså være bedre å få en større andel av en litt mindre kake, men det forutsetter en eller annen form for asymmetrisk informasjon mellom partene.⁹

Et perspektiv basert på effektivitet i forhandlinger ignorerer tilsynelatende forbrukerne ettersom disse ikke inngår som forhandlingspart i relasjonen mellom kjeder og leverandører. En tolkning av hvordan forbrukerprinsippet skal ivaretas i en slik sammenheng kan da være at uansett hva som forhandles fram i forhandlingene mellom kjeder og leverandører, skal en rimelig andel av den samlede gevinsten som skapes i relasjonen mellom disse tilflyte konsumentene på en eller annen måte. Det kan være i form av at forhandlingene skaper noe av verdi for konsumentene i form av lavere pris, bedre kvalitet, nye produkter eller bedre tilgjengelighet. Et kjernespørsmål synes derfor å være hvorvidt effektive bilaterale forhandlinger fører til et utfall som også tilgodeser konsumentene. Dette spørsmålet kan omformuleres til spørsmålet om bedriftsøkonomisk effektivitet samtidig fører til samfunnsøkonomisk effektivitet, i den forstand at de forhandlingsutfall som er effektive for partene i en B2B relasjon samtidig tilgodeser forbrukerinteressene i en eller annen forstand. Poenget i denne sammenheng er at dersom forhandlingsløsningene mellom de næringsdrivende er effektive, betyr dette at det skapes større verdier (det «bakes en større kake»), og dermed øker også verdiene som potensielt kan tilflyte for-

⁸ Den siste formuleringen er parallell med formuleringen knyttet til effektivitetsgevinster etter unntaksregelen i konkurranseloven § 10 tredje ledd, jf. nedenfor.

⁹ Det kan selvsagt også tenkes at det bedriftsøkonomisk rasjonelle for partene er samfunnsøkonomisk ulønnsomt; f.eks. kan det være lønnsomt for konkurrenter å inngå pris-samarbeid selv om dette er skadelig for samfunnet. Det presiseres at utvalget selvsagt ikke vil legge til rette for annet enn samfunnsøkonomisk effektive løsninger.

brukerne gjennom fordeling av overskuddet i forhandlingene. Forutsetningen for at forbrukerne skal oppnå fordeler, er at kjedene har tilstrekkelig forhandlingsmakt til å sikre sin del av «kaken», som deretter videreføres til forbrukerne gjennom konkurransetrykket på detaljistleddet.

Flere av disse aspektene ved rimelighetshensynet kan illustreres med et enkelt eksempel. Sett at relasjonen mellom en leverandør og en kjede styres av en enkel grossistpris per en enhet av varen som omsettes i relasjonen, og at forhandlingene dreier seg om nivået på denne. Da vil fortjenesten til partene avhenge av nivået på grossistprisen på en slik måte at en høyere grossistpris vil gi mer fortjeneste til leverandøren, mens en lavere pris vil gi mer fortjeneste til kjeden. Samtidig er det på det rene at ettersom kjeden også videreselger produktet til sine kunder, vil grossistprisen være bestemmende for konsumentprisen på en slik måte at en lavere grossistpris vil gi en lavere konsumentpris, alt annet likt. Her vil kjedens forhandlingsmakt være en fordel for konsumentene ettersom de vil få lavere forbrukerpris.

Det kan tenkes at forhandlingsmakten til kjeden er så stor at fordelingen mellom kjeden og leverandøren kommer i strid med en norm basert på rimelig fordeling, f.eks. fordi grossistprisen havner på et så lavt nivå at leverandøren knapt får kostnadsdekning. Dersom en ut fra en rimelighetsbetraktning skulle avgjøre at grossistprisen av den grunn må økes, er det rimelig klart at en slik regulering kommer i konflikt med forbrukerprinsippet, ettersom konsumentprisen i så fall vil måtte øke som følge av at grossistprisen økes.

Eksempelet over viser altså at det er potensiell konflikt mellom en norm om rimelighet i B2B relasjoner og rimelighet i forhold til forbrukerinteressene. Dersom vi i stedet for å anta at forhandlingene mellom kjeden og leverandøren kun dreier seg om en enkelt grossistpris, og i stedet antar at de også kan avtale ulike typer faste betalinger seg imellom, endrer bildet seg.¹⁰ Da kan partene fort bli enige om effektivitet ved at grossistprisen settes på et lavt nivå, og dernest at fordelingen av den gevinsten som da skapes gjennom en lav forbrukerpris og et høyt salg gjøres gjennom forhandlinger om faste betalinger. Fremdeles kan fordelingen mellom kjeden og leverandøren støte mot en fordelingsbasert rimelighet-

snorm, f.eks. fordi kjeden overfører for lite dekningsbidrag til leverandøren. I denne situasjonen vil likevel ikke en omfordeling mellom kjeden og leverandøren påvirke konsumentene negativt.

På den annen side vil ikke ivaretagelsen av en rimelighetsnorm i B2B relasjonen påvirke konsumentene positivt heller, og det kan reises spørsmål om det ikke er en konflikt mellom et prinsipp om god handelsskikk og forbrukerprinsippet slik det er formulert av Matkjedeutvalget. I så fall må en velge mellom rimelighet i forhold til leverandører og rimelighet i forhold til konsumenter. En omfordeling av forhandlingsmakt fra kjede til leverandør vil uansett føre til at mer av overskuddet blir igjen hos leverandørene, noe som ikke fremmer forbrukernes interesser i lavere priser.

Dette eksempelet illustrerer noen potensielle spenninger mellom rimelighet, slik det kan tolkes etter et prinsipp om god handelsskikk, og rimelighet i forhold til forbrukerprinsippet. Det fremgår imidlertid også at dersom man sammenlikner de to situasjonene i eksempelet over – altså med og uten faste betalinger – vil en overgang til effektive forhandlinger der faste betalinger tillates ivareta rimelighet i forhold til konsumentene, som får lavere priser, mens rimelighet i B2B relasjonen håndteres uavhengig av dette. I så fall er ikke prinsippene i konflikt.

God handelsskikk i form av at selv aktører med stor maktposisjon holder seg innenfor oppfattede spilleregler for handelen, kan være viktig for de forbrukerhensynene som er listet i mandatet. Stadige konflikter kan trekke fokus vekk fra det å levere gode produkter. Dersom konfliktene innebærer store kostnader for de involverte, f.eks. hvis en sak kommer opp for rettsapparatet, er dette utgifter som gjerne rammer forbrukere i form av høyere priser. Konflikter som fører til at leverandører tas ut av en kjede, er et uheldig tap for forbrukere hvis beslutningen ikke er resultat av redusert etterspørsel. Her er det imidlertid ikke bare pris som kommer inn, men også kvalitet, utvalg og tilgjengelighet.

Prinsippet om god handelsskikk innebærer at partene i B2B forhandlinger skal sørge for at kontraktene som inngås ivaretar en rimelig risikofordeling mellom partene. Ifølge økonomisk teori vil optimal risikofordeling innebære at risikoaverse parter forsikres.¹¹ Det er derfor nærliggende å tolke rimelig risikofordeling som optimal risikofordeling. I utgangspunktet foreskriver økonomisk teori at parter i en B2B relasjon vil ha de

¹⁰ Kombinasjonen med et grossistpris og en fast betaling – en såkalt todelt tariff – er brukt som et eksempel. Poenget er at kontrakten er fleksibel nok til å løse de to hovedhensynene; effektiv detaljpris og fordeling. Det finnes mange kontrakter som er fleksible nok til å løse dette. En todelt tariff er bare ett eksempel på en slik kontrakt.

¹¹ Det at en person misliker risiko, og dermed søker løsninger som minimerer den risiko personen påtar seg.

nødvendige insentiver til å fordele risikoen på en optimal måte. Resonnementet som begrunner dette er det samme som over; gjennom å fordele risikoen på en optimal måte sikrer en at begge parter vil bidra til verdiskapning i relasjonen slik at størst mulig verdier realiseres (dvs. bake den største mulige kaken). En aktør som føler at han bærer for mye risiko vil typisk være mer tilbakeholden med å bidra med ressurser, og dette demper den verdiskapende effektiviteten i relasjonen.

Unntaket i dette resonnet er knyttet til såkalte *agentproblemer*. Agentproblemer er problemer som skyldes at en part i relasjonen (agenten) kan forta handlinger som påvirker gevinsten av relasjonen, men der disse handlingene ikke kan observeres eller verifiseres av den annen part (prinsipalen), og som dermed ikke kan kontraktsfestes. I så fall er det ofte en avveining mellom hensynet til effektivitet og hensynet til optimal risikofordeling. Dersom en av partene kan påvirke sannsynligheten for negative utfall, bør denne parten bære risiko selv om parten selv misliker å bli stilt overfor risiko. Et eksempel på en slik avveining finnes i mange forsikringskontrakter. Mange forsikringer innebærer at forsikringstaker må betale en egenandel ved skade. Egenandelen sikrer effektivitet ved at forsikringstaker motiveres til å prøve å hindre at skaden oppstår, men kan også føre til at forsikringstaker tar for mye risiko i forhold til hva som er optimalt dersom agentproblemet ikke hadde eksistert.

I dagligvarehandelen kan det være ulike typer agentproblemer, f.eks. i forhold til svinn og konsumenterstatning p.g.a klager. Optimale kontrakter tilsier da at det må foretas en avveining av effektivitet og faren for ugunstige handlinger av en part. Partene vil imidlertid selv være tjent med å tegne kontrakter som balanserer hensynet til effektivitet og ugunstige handlinger, og det er i utgangspunktet ingen grunn til å regulere dette.

Når det likevel framkommer påstander om kontrakter med urimelig risikofordeling i dagligvarehandelen er det vanskelig å komme med iøynefallende forklaringer på dette. Noen leverandører synes f.eks. å mene at de bærer for stor risiko i forhold til varesvinn, og i noen tilfeller kan det synes som om kontraktene innebærer at leverandøren må ta all risiko for svinn. I den grad kjedene kan påvirke graden av svinn – noe som synes som en rimelig antakelse – vil kontrakter som lar all risiko for svinn falle på leverandørleddet være suboptimale. Når leverandøren ser at kjedene kan ha insentiver til ugunstige handlinger som går ut over leverandøren, skulle en kunne anta at leverandøren (alt annet likt) vil kreve en høyere gros-

sistpris for å inngå en avtale, sammenlignet med en situasjon der risikoen for svinn er delt mellom kjeden og leverandøren. I verste fall kunne leverandøren i en slik situasjon vegre seg for å inngå en avtale der hele risikoen faller på ham selv. For å unngå slike utfall, er det i kjedens egeninteresse å ta bort noe av denne risikoen for leverandøren. En slik omfordeling av risiko vil bedre effektiviteten i relasjonen som begge parter i prinsippet skal kunne høste av.

Det at slik omfordeling av risiko ikke skjer *kan* skyldes at partene ikke har nok kunnskap om hvordan risiko bør håndteres i B2B relasjoner med agentproblemer. Mangel på kunnskap kan ikke reguleres, men antakeligvis vil slik kunnskap øke over tid ettersom man oppdager negative sider ved de kontrakter som inngås. Her kan det være at kjedene har en informasjonsfordel ettersom de er mer stabile i slike relasjoner, mens ulike leverandører oftere byttes ut. Det kan derfor ikke utelukkes at disse problemene skyldes en asymmetri i erfaring og kunnskap mellom kjedene og mindre leverandører, og at kjedene kan utnytte denne asymmetrien slik at mindre leverandører «lures» til å inngå kontrakter der de bærer for mye risiko. Når det gjelder større leverandører som er i markedet over lengre tid, antar utvalget at slik asymmetri er mindre relevant.

Uansett er det en utfordring å regulere seg fram til optimal risikofordeling enten det er med eller uten agentproblemer. Grunnen er at det finnes ulike måter risikoen skal fordeles på fra marked til marked. I noen tilfeller er agentproblemet på kjedeledet, mens i andre tilfeller finnes det på leverandørleddet. Partene selv er de best informerte til å finne ut av dette; for utenforstående ville det være en betydelig utfordring å finne den rette balansen. Løsningen på problemet synes derfor å være å legge til rette for større profesjonalitet i kontraktsforhandlingene blant mindre leverandører. Samtidig understreker utvalget at tilbakeholdelse av informasjon i en forhandlings-situasjon vil kunne være ineffektiv. Jf. 7.2.2.8 anser utvalget at en rekke problemstillinger som er brakt opp i diskusjonen – og kanskje de mest relevante for utvalget – nettopp skyldes slik informasjonsasymmetri.

6.3.3 «Rimelighet» i forbrukerpolitikken

Rimelighetsbegrepet i forbrukerpolitikken synes å ha et annet innhold enn i en økonomisk eller effektivitetsbasert (konkurransopolitisk) kontekst. I forbrukerpolitikken kan det synes som om rimelighet i større grad er knyttet til rettferdig-

hetsbetraktninger. Som i konkurransepolitikken legger forbrukerpolitikken vekt på å legge til rette for rammevilkår som kan sikre lave priser, godt utvalg og høy kvalitet. Et hovedargument i Forbrukerrådets innspill til Matkjedeutvalgets konklusjoner, var nettopp at det må gjøres enda mer for å fremme konkurranse i matvaresektoren og at Konkurransetilsynets rolle godt kan styrkes av hensyn til forbrukerne.¹²

Typisk for forbrukerpolitikken er imidlertid at forbrukernes interesser defineres noe bredere enn hva konkurransepolitikken legger til grunn. Forbrukere kan være opptatt av matvaremerking, miljøspørsmål, at menneskeretter respekteres, at produktene ikke produseres ved hjelp av barnearbeid, og også at ulike parter i en relasjon får sin rettmessige andel av verdiskapningen. De siste 10-20 årene har forbrukere blitt mer interesserte i slike fakta om produksjonen av de varene og tjenestene de kjøper. Forbrukere kan med andre ord ha en *egeninteresse* i at forhold oppstrøms i sektorens verdikjede er «rimelig gode». Utfordringer i forholdet mellom leverandører av matprodukter og kjedene som selger dem videre til forbrukere – knyttet til f.eks. uenigheter om hylleplassering, uforutsigbar tolkning av kontrakter, og utformingen av prismekanismer – er imidlertid ikke blant de utfordringene som skaper størst forbrukerengasjement. De involverte aktørene blir sjelden oppfattet som så svake at de må beskyttes mot overtramp. Stort sett kan vi anta at uenighetene oppstrøms (mellom leverandør og kjede) ikke oppfattes som en kostnad for forbrukere, med mindre de påvirker tilbudet til forbrukerne.

I spørsmålet om rimelighetsbetraktninger i forhold til forbrukere kan vi dermed legge til grunn at god handelsskikk er viktig for forbrukere i den utstrekning det har noe å si for de forholdene som er listet i mandatet, nemlig pris, utvalg, kvalitet og tilgjengelighet. I spørsmålet om rimelighetsbetraktninger, ser vi dermed betydelig overlapp mellom en forbrukerpolitisk tilnærming til spørsmålet og en tilnærming basert på samfunnsøkonomisk effektivitet. Konkurransepolitikkenes fokus på samfunnsøkonomisk effektivitet og en snevrere forbrukerinteresse henger sammen med mandatet i konkurranseloven som grunner i et syn om at andre forbrukerinteresser enn det konkurranse indirekte legger til rette for, håndteres av andre politikkområder og reguleringer enn konkurransepolitikken selv.

På lignende vis, vil konkurransepolitikken være et komplementært politikkområde til f.eks. miljøpolitikken. Dersom en produksjon har negative miljømessige eksternaliteter bør dette håndteres med miljøpolitiske virkemidler (kvoter, avgifter etc.), og det er ingen motsetning mellom en slik politikk og det å ha en effektiv konkurransepolitikk i bunn og som grunnlag for en effektiv miljøpolitikk. På denne måten sikrer en at de miljømessige gevinstene oppnås til en minst mulig kostnad for samfunnet som helhet. Dersom miljøproblemer skulle håndteres av en slakkere konkurransepolitikk ville en kunne få den samme miljømessige effekten, men til en større samfunnsøkonomisk kostnad i form av sløsing og andre ineffektiviteter i monopoliserte næringer.

Forskjeller mellom konkurranse- og forbrukerpolitikken kommer likevel godt til syne i spørsmål om kjøpermakt. Mens forbrukermyndigheter i kraft av sine mandater har en tendens til å fokusere på negative effekter av kjøpermakt; f.eks. press på miljøfiendtlig produksjon, innføring av barnearbeid og andre brudd på menneskerettigheter, lav lønnsomhet og dermed lav lønn i leverandørindustrien, etc., vil konkurransepolitikken legge til grunn at mange av disse problemene må håndteres av andre politikkområder; miljøpolitikk og lover og regler for arbeidslivet. Et grunnleggende hensyn til forbrukeren er likevel felles for disse perspektivene.

Ut fra utvalgets mandat anser utvalget at det relevante hovedfokuset er forbrukerinteresser definert gjennom pris, kvalitet, utvalg og tilgjengelighet. Utvalget anser det likevel som riktig også å vurdere reguleringsobjektet (den vertikale relasjonen mellom kjeder og leverandører) opp mot andre grunnleggende verdier, for å klarlegge om slike eventuelt vil stå i motsetning til eller bidra til å ivareta de spesifikke forbrukerhensynene pris, kvalitet etc. Utvalget understreker at de forbrukerinteresser som er nevnt i mandatet representerer skranker for hvilke reguleringer som kan forestås etter en slik verdibasert vurdering. Andre interesser som mattrygghet, etisk handel med den tredje verden etc., anser utvalget at ligger utenfor reguleringsobjektet.

6.3.4 Oppsummering

Oppsummeringsvis skal det påpekes at det består en spenning mellom et hensyn til balanserte og rimelige forretningsforhold mellom kjeder og leverandører på den ene siden, og hensynet til forbrukerne på den andre. For å sikre fordeler for forbrukerne i form av lave priser, bedre kvalitet,

¹² Se Forbrukerrådets innspill til Matkjedeutvalgets konklusjoner: http://www.regjeringen.no/pages/16798593/045_Forbrukerradet.pdf.

tilgjengelighet og utvalg, må rimelighet i den første relasjonen forstås slik at det må legges til rette for effektive forhandlinger og kontrakter. Dersom verdiskapningen i verdikjeden på denne måten maksimeres vil dette skape en større kake til fordeling, og dermed indirekte fordeler for forbrukerne. For at et konsept om «god handelsskikk» skal passe inn i denne logikken, må det fokuseres på atferd som nettopp fører til samfunnsøkonomisk ineffektive løsninger, mens rent fordelingsmessige forhold holdes utenfor. Slik det vil fremgå i det følgende, anser utvalget at det er høy grad av sammenfall mellom atferd som kan betegnes som uredelig, og atferd som fører til samfunnsøkonomisk ineffektive forhandlingsløsninger.

6.4 Avgrensning mot konkurransepolitikken

En fungerende konkurransepolitikk vil være viktig for å sikre forbrukerne et effektivt utkomme. Det er også på det rene at forbrukerhensyn står sterkt i norsk og europeisk konkurranselovgivning.¹³ Matkjedeutvalgets innstilling og anbefalinger har imidlertid et mindre tydelig konkurransepolitisk tilsnitt. Matkjedeutvalget presenterer sin vurdering av en «konkurransepolitisk tilnærming» på s. 107 flg. Fra vurderingen hitsettes:

«Utvalget vurderer rollene til aktørene i matkjeden som varig endret. Kjøpermakten er i utgangspunktet positivt for å balansere ut selgermakten. Dette bidrar til en mer effektiv allokering av samfunnets ressurser. Imidlertid er det bare et fåtall leverandører som kan balansere paraplykjedenes økte forhandlingsmakt med tilsvarende selgermakten. Dersom leverandørene eller kjedene har en atferd og gjennomfører tiltak i markedet som begrenser konkurransen i strid med konkurranselovens § 10 og § 11, vil disse bestemmelsene komme til anvendelse. Dersom kjøpermakten benyttes til å presse gjennom forretningsatferd, som er urimelig, men som ikke nødvendigvis rammes av konkurranseloven, mener utvalget at det er behov for å problematisere følgende forhold:

- Økt oppmerksomhet og åpenhet om hvordan maten produseres og hvordan verdiene fordeles og brukes.

- Utvikle spilleregler for god forretningskikk som reduserer inntrykket av urimelig kryssprising og subsidiering.
- Sette grenser for det samarbeid mellom konkurrenter som oppstår når kunden blir leverandørens viktigste konkurrent.
- Legge til rette for utvikling av nye markeder som øker markedsadgangen og omsetningen av nye produkter fra små og mellomstore leverandører.
- En helhetlig vurdering som ser de ulike markedskanalene under ett.
- Stille krav til eksklusivitetsavtaler i vertikale relasjoner, særlig med vekt på ytterpunktene i verdikjeden.
- En mer åpen prosess om hvordan strategier for kategoriutvikling settes med tanke på å involvere mindre leverandører og forbrukerinteresser.

Det er i seg selv positivt for konkurransen at framveksten av landsdekkende dagligvarekjeder og integreringen av grossister, distributører og detaljister har bidratt til å svekke den dominerende posisjon som enkelte større leverandører hadde for snart 20 år siden. I realiteten kunne de største leverandørene den gang bestemme mye av betingelsene og prisene i butikkene til mange små og frittstående kjøpmenn. I det norske markedet er det fortsatt en sterk leverandørkonsentrasjon innen flere varekategorier som bør følges nøye.

Paraplykjedenes integrasjon gir økt kontroll med varestrømmen, og paraplykjedene har større innflytelse over prissettingen og betingelsene på flere ledd i verdikjeden. Ved at enkelte paraplykjeder også har sterke engasjementer innen andre markedskanaler (storhusholdning og KBS), vil dette gi ytterligere forhandlingsmakt overfor leverandørleddet. De ulike omsetningskanalene representerer en mulighet for mange leverandører til omsetning av sine produkter på andre arenaer enn i dagligvareforretningene. Hotell- og restaurantmarkedene er ofte en attraktiv omsetningskanal for småskalaprodusenter. I storhusholdningssektoren er mange av aktørene organisert i innkjøpsgrupperinger. Dette gir mulighet til økt kjøpermakten overfor grossistvirksomhetene og leverandørene i sektoren.

For øvrig kan det stilles spørsmål ved hvorfor ikke flere grossister lykkes med å etablere seg i storhusholdningsmarkedet når undersøkelsene viser at det [er] mulig å ta ut høyere

¹³ Inngående om problematikken *Olav Kolstad*, Konkurranseloven som virkemiddel til å fremme «forbrukernes interesser», Tidsskrift for Rettsvitenskap 2005 s. 1-94.

priser i dette markedet sammenliknet med detaljistmarkedet.»¹⁴

Matkjedeutvalget gir ikke i denne vurderingen noe uttrykk for en helhetlig konkurransepolitisk tilnærming til det norske matmarkedet, hverken i analysen eller mht. virkemidler. Typiske konkurransepolitiske problemstillinger kommer imidlertid til uttrykk enkelte andre steder i utvalgets rapport.¹⁵ Utvalget foreslo likevel ingen spesifikke konkurransepolitiske grep, utover forslagene om å regulere maktbruken i bransjen og et forslag om å legge større vekt på forbrukerhensyn i fusjonskontrollen. Likevel fremstår virkemidlene som utvalgets flertall foreslår, et stykke på vei som konkurransepolitisk begrunnet i den forstand at en regulering av maktbruk i henhold til Matkjedeutvalgets flertall vil bidra til balanse i matkjeden som i sin tur motvirker en utvikling som vil «være uheldig i forhold til en sunn konkurranse» i matkjeden.¹⁶

Dette utvalget vil ikke drøfte rent konkurransepolitiske grep eller problemstillinger. Utvalgets fokus vil være praksis i forretningsforholdet mellom kjeder og leverandører (definert som reguleringsobjektet ovenfor), og hvilke direkte eller indirekte effekter dette kan ha for forbrukerne. En forutsetning for at gevinster oppnådd gjennom mer effektive forhandlinger mellom kjeder og leverandører skal føres videre til forbrukerne, er at konkurransen på detaljistleddet fungerer. Det ville sprengte rammene for utvalgets arbeid å gjennomføre en full konkurransepolitisk analyse av nedstrøms konkurranseforhold i det norske dagligvaremarkedet, og slike vurderinger faller også utenfor det reguleringsobjektet som er angitt i mandatet. Utvalget legger til grunn at Konkurransetilsynet følger markedet tett, og at eventuelle behov for ytterligere konkurransepolitiske grep kan håndteres ved forskrifter etter konkurranseloven § 14, jf. 9.6.

6.5 Nærmere om maktbegrepet

Matkjedeutvalgets utredning fokuserer på makt som den sentrale faktoren i analysen.¹⁷ Utvalget

definerer ulike former for makt, og viser hvordan denne makten opptrer og utøves i verdikjeden for dagligvarer. Samtidig som Matkjedeutvalget lar sine vurderinger og anbefalinger – i alle fall delvis, jf. ovenfor – motiveres av konkurransepolitiske problemstillinger, er diskusjonen i NOU 2011: 4 preget av en tosidig vurdering av utfordringene. Mens det understrekes at det må legges til rette for konkurranse, refereres det således til «urimelige forhandlingsutfall» og behov for «bedre maktbalanse» i bransjen. Bl.a. Konkurransetilsynet har i sin høringsuttalelse lagt for dagen betydelig skepsis mot rapporten, særlig begrunnet i at den ikke har fokusert på konkurransepolitiske og samfunnsøkonomiske problemstillinger, men i stedet benyttet en analysemodell utviklet for studier av politisk makt.¹⁸

Utvalget anser at Matkjedeutvalgets maktbegrep er for snevert til å adressere virkninger for forbrukerne av ulike former for praksis mellom kjeder og leverandører. Dette gjelder enten man legger til grunn en rent konkurransepolitisk eller en forbrukerpolitisk tilnærming. Slik det er påpekt anser utvalget at formålet med en eventuell regulering er å styrke effektiviteten i leveringskjedene for matvarer til beste for både samfunnet og forbrukerne, dvs. i motsetning til å endre maktfordelingen som sådan. Da er det ikke, så langt utvalget oppfatter, vist at andre maktbegreper enn markedsmaktbegrepet gir bedre utgangspunkt for drøftelsen. Til dette kommer at de konkrete forslagene som Matkjedeutvalget vurderte som konkrete reguleringer i en ny lov om god handelsskikk, representerer forhold som ikke vil være relevante eller problematiske i en situasjon uten markedspekt, gitt et overordnet forbrukerperspektiv.

I forhandlingssituasjoner vil markedspekt ofte betegnes som forhandlingspekt, og i vertikale relasjoner snakker vi gjerne om selger- og kjøperpekt. I den aktuelle konteksten vil både leverandører og kjeder kunne ha selgerpekt (dvs. leverandørens makt over kjedene og kjedenes makt over forbrukerne). Når det snakkes om kjøperpekt, handler det om den makt kjeden har over sine leverandører, eller den makt konsumentene

¹⁴ NOU 2011: 4, s. 107-108.

¹⁵ Se særlig NOU 2011: 4, avsnitt 3.3.9 Konkurransen i det nasjonale markedet.

¹⁶ NOU 2011: 4, s. 108 (Flertallets vurdering). Dette utvalget bemerker at «sunn konkurranse» riktignok også innbefatter andre aspekter enn rent konkurransepolitiske hensyn.

¹⁷ Se særlig NOU 2011: 4, avsnitt 3.2 Analytisk vurdering av makt og styrkeforhold.

¹⁸ Høringsuttalelsen er tilgjengelig på <http://www.konkurransetilsynet.no/no/Vedtak-og-uttalelser/Uttalelser/Horingssvar-rapport-fra-matkjedeutvalget-NOU-20114/>. Ifølge Konkurransetilsynet er det reelle problemet i norsk dagligvareomsetning snarere importvernet i kombinasjon med konsentrasjon på leverandørleddet, mer enn kjedenes kjøperpekt. Dette spørsmålet går utvalget ikke nærmere inn på, idet reguleringsobjektet er den vertikale relasjonen mellom leverandør og kjede og hva *denne* eventuelt vil ha å si for forbrukerne.

har når de er kjøpere hos kjedene. Både kjøpermakt og selgermakt kan være stor eller liten, og sontringen mellom disse maktformene vil ha stor betydning når en skal vurdere effektene for forbrukerne.

Kontraktene mellom leverandører og kjeder avgjøres i forhandlinger. Noen av kontraktene forhandles årlig, mens enkelte har lenger varighet. I forhandlinger vil forhandlingsmakt være et sentralt element. Den forhandlingsmakt som en part besitter avgjøres for en stor del av hvilke alternativer forhandlingsmotparten har. Dersom en leverandør selger et produkt som det er vanskelig for kjeden å erstatte med et produkt fra en annen leverandør, vil dette gi leverandøren en betydelig forhandlingsmakt. Motsatt, dersom produktet fra leverandøren lett lar seg erstatte av produkter fra andre leverandører vil leverandøren ha begrenset forhandlingsmakt. På samme måte vil kjedene ha stor forhandlingsmakt dersom leverandøren er svært avhengig av å få en avtale med en kjede. I økonomisk terminologi snakkes det gjerne om en parts «utsidealternativ». Utsidealternativet er den fortjeneste en part kan oppnå dersom forhandlingene med en motpart skulle bryte sammen. Jo bedre utsidealternativ en part har, jo sterkere vil han stå i forhandlingene. Grunnen er at en part alltid vil sikre seg en løsning som tilsvare utsidealternativet i verdi. I tillegg kan det være eksogene (ytre) faktorer som bestemmer en part sin forhandlingsstyrke. Eksogene faktorer kan være erfaring, dyktighet i forhandlinger, evne til å bløffe etc. Det er derfor vanlig i økonomisk teori å modellere forhandlinger slik at utfallet av forhandlingene både bestemmes av partenes utsidealternativer og eksogene faktorer.

En effektiv forhandlingsløsning er en løsning som maksimerer gevinsten partene kan realisere, og som fordeler denne mellom partene slik at begge minst får sitt utsidealternativ, men at resten deles etter styrken i den eksogene forhandlingsmakten. Dersom gevinsten som kan oppnås i relasjonen er så liten at begge partene ikke kan oppnå minst sitt utsidealternativ (det de kan oppnå ved å bryte kontakten), vil partene imidlertid ikke oppnå enighet, noe som da vil være effektivt.

I Europakommisjonens rapport er ulikhetene mellom forhandlingsmakt og kjøpermakt beskrevet nærmere. Her heter det:

«It should be noted that unequal bargaining power does not always present a «buyer power» problem, in terms of competition law; therefore, the two concepts should be carefully distinguished.

«*Unequal bargaining power*» is present whenever one party to a proposed contract, be it either the seller or the buyer, can «drive a hard bargain»; that is, can impose upon the other contracting party terms and conditions that are deemed unfavourable by that other party. There can be numerous reasons for the first party's ability to do so without risking that its counterpart decides not to enter into the proposed contract: significant difference between the relative sizes and turnover of the contracting parties (e.g., atomised small sellers), economic dependency arising out of long term business relationships (e.g., sole supplier/off-taker relationship), significant sunk costs already incurred by one of the parties (e.g., upfront investments), and last but not least changing supply/demand conditions in the relevant market. Unequal bargaining power often leads to commercial dealings that appear to be unjust, unfair or undesirable from a social or political point of view. This has in turn triggered legislative responses in many Member States such as, for example, the adoption of unfair trading practices laws aiming to subdue the behaviour of the powerful contracting party (e.g., Austria, Belgium, France, Germany, Portugal, Slovakia) or the introduction or envisaged adoption of codes of good practice establishing a set of rules in the transactions between large retailers and their suppliers (e.g. Czech Republic, Hungary, Lithuania, Portugal, Romania, Slovakia, Spain, UK). Section 4.4 below further tackles these practices (e.g. late payments, unilateral changes in contracts, ad-hoc changes to contractual terms, upfront payments as entry to fees to negotiations etc.).

«*Buyer power*» may have either beneficial or adverse effects on consumers. Buyer power is often exercised by buyers as a countervailing power to achieve better prices and terms from suppliers. When such savings are passed on to consumers downstream in the supply chain, buyer power has beneficial effects for consumers. Buyer power may also increase output in the upstream markets and thus increase the welfare of consumers on the long run. The exercise of buyer power which leads to lower prices upstream is therefore not to be considered per se anti-competitive. Generally, with sufficiently intense competition on downstream markets, lower prices obtained on upstream markets will be passed on to consumers. On the other hand, if a buyer possesses monopsony power (i.e., he is the only buyer in the

relevant market) or considerable buying power/ market power on the upstream purchasing markets, which is coupled with significant market power on the downstream resale markets, a competition problem may arise if the buyer does not pass onto consumers any significant part of the benefits obtained on the upstream market from his suppliers. Moreover, if the exercise of buyer power is found to lead to a lower profitability for suppliers (e.g. suppliers' sale price being below their costs), this may, in specific circumstances, induce suppliers to invest less in new products and may lead to a loss in product diversity and quality for end consumers. This aspect is also taken into account by EC competition policy when assessing the impact of the exercise of buyer power on consumers. Consumer welfare encompasses prices, diversity and quality.»¹⁹

Ifølge Europakommisjonen kan kjøpermakt i utgangspunktet føre til lavere priser for konsumentene. Dersom en sterk kjøper også har markedsrett kan det likevel være at konsumentene ikke får del i de positive effektene som følger av lavere innkjøpsrett. Dette problemet reduseres imidlertid ikke ved å angripe den vertikale kjøpermakten. Tvert imot vil det å angripe kjøpermakten i en slik situasjon der kjøperen har markedsrett lett kunne forverre situasjonen for forbrukerne. Det grunnleggende problemet er horisontalt ved at kjøperen også har markedsrett i detaljmarkedet, og da ligger løsningen i å fjerne markedsretten her.

Det framgår også av sitatet over at sterk utnyttelse av kjøpermakt i noen tilfeller kan føre til svekkede innovasjonsinsentiver hos leverandørene. For det første kan dette skje når kjøpermakten utnyttes så sterkt at leverandørene ikke får dekket sine kostnader, og for det andre når kjøpermakten fører til manglende beskyttelse av leverandørenes investeringer av den innovasjon det utfører. Dette kommer utvalget tilbake til i 7.2.2.1.

Tosidigheten reflektert i NOU 2011: 4 refererer ikke bare til en konkurransepolitisk versus maktbasert tilnærming, som diskutert over, men også et spørsmål om hvordan *rimelige* forhandlingsutfall kan sikres. Det er *dette perspektivet* som reflekteres i dette utvalgets mandat, gjengitt i

kapittel 1, der det foreslås et forretningsprinsipp som skal bidra til «å unngå urimelige forretningsvilkår» og «tilstrebe en rimelig risikofordeling». Dette rimelighetskravet forstår utvalget som nevnt slik at det må legges til rette for effektive forhandlinger som leder til fordeler for forbrukerne. Utvalgets fokus vil derfor være hvordan bruk av kjøpermakt vil kunne slå ut i avtalevilkår som er uheldige for forbrukerne.

6.6 Utvalgets avgrensning og presisering

Utvalget bemerker at gitt et overordnet formål om forbrukerhensyn målt ved «pris, utvalg, kvalitet og tilgjengelighet», vil utvalgets vurdering bare adressere en del av den overordnede problemstillingen som Matkjedeutvalget opprinnelig ble bedt om å utrede.²⁰ Mandatets fokus ligger på det handelsmessige, og mer spesifikt på kontrakts- og forretningsrelasjonen mellom næringsmiddelindustri og dagligvarekjeder. Primærprodusentenes rolle og rammevilkår, herunder adgangen til markedet gjennom eksisterende eller nye kanaler berøres ikke. Det samme gjelder den enkelte kjøpmanns stilling i forhold til kjedene, jf. Matkjedeutvalgets forslag om en franchiselov. Mandatet adresserer heller ikke konkurransepolitiske spørsmål mer i sin alminnelighet.

I henhold til utvalgets mandat er formålet med utredningen todelt; (i) å ivareta forbrukernes interesser mht. pris, utvalg, kvalitet og tilgjengelighet, og (ii) at aktørene skal handle i samsvar med et prinsipp om god handelsskikk. Dette er målsetninger som i utgangspunktet er uavhengig av hverandre, men hvor det avhengig av regulering likevel vil kunne være en sammenheng. Utvalget legger til grunn at målsetningen om et best mulig resultat for forbrukerne realiseres best ved at det hersker virksom konkurranse i markedet. Et prinsipp om god handelsskikk i den vertikale relasjonen vil, avhengig av utforming, både kunne bidra til og kunne svekke hensynet til forbrukerne. F.eks. vil en regulering som forskyver makten fra kjeder til leverandører kunne lede til økte priser for sluttbrukere. Tilsvarende vil regulering som fører til ineffektive kontrakter i den vertikale kjeden kunne skape problemer med dobbelt marginalisering, noe som også vil kunne slå negativt ut for forbrukerne.

Effektive forhandlinger mellom leverandører og kjeder fordrer at partene har symmetrisk og

¹⁹ Commission Staff Working Document Competition in the food supply chain, SEC(2009) 1449 (28. oktober 2009), vedlegg til COM(2009) 591 A Better Functioning Supply Chain in Europe, s. 17-18.

²⁰ NOU 2011: 4, s. 7-8.

mest mulig fullstendig informasjon om relevante parametre for den handel som skal finne sted. Likeledes er det en forutsetning for effektivitet at partene rår over et tilstrekkelig sett av kontraktsinstrumenter til å kunne realisere et størst mulig samlet overskudd samt fordele dette mellom seg. Konkurransen – på alle ledd – vil føre til at de gevinstene som kan realiseres under effektive forhandlinger i større eller mindre grad tilflytter konsumentene. Dersom forhandlingene gjennomføres under asymmetrisk informasjon og/eller at partene ikke rår over nødvendige kontraktsinstrumenter, vil utfallet av forhandlingene kunne resultere i ineffektiviteter som uansett konkurranseintensitet vil kunne ramme forbrukerne i form at høyere priser og dårligere vareutvalg. Dårlig handelsskikk som skaper ineffektiviteter i kontraktsrelasjonen og som til syvende og sist går ut over forbrukerne, vil være viktig å identifisere. Samtidig vil det være viktig å identifisere hvilke tiltak og reguleringer som kan bedre effektiviteten i forhandlingene, og ikke minst hvilke reguleringer som kan føre til det motsatte og dermed skade forbrukerne.

Det kan være vanskelig å identifisere og kategorisere hvilke former for urimelig næringslivsutførelse som faktisk resulterer i høyere priser eller dårligere utvalg for forbrukere. På generelt grunnlag kan det fastslås at så sant god handelsskikk skaper bedre rammevilkår for effektiv produksjon (sammenlignet med dårlig handelsskikk), vil god handelsskikk være relevant for forbrukernes interesser. Mandatets henvisninger til rimelighetsbetraktninger må dermed forstås som en oppfordring til å fokusere på avvik fra god handelsskikk som påvirker rammevilkår for effektiv produksjon negativt (med potensielle negative konsekvenser for forbrukere). Forhold som ensidig rammer leverandører eller kjeder uten negative konsekvenser for forbrukere, vil være sekundære tema, som likevel vil være relevante dersom praksis strider mot f.eks. etiske krav som det må antas at forbrukerne vil ønske. Dette betyr at vi langt på vei kan forstå mandatets rimelighetsnorm som et forbrukerhensyn. Mandatets referanse til Matkjedelovutvalget og behovet for «rimelig risikobalanse» og nødvendigheten av å unngå «uri-

melige forretningsvilkår» forstår vi som en forventning om å forsvare viktige verdier for forbrukerne. Spørsmålet om hva som skal legges i behovet for balanserte forretningsvilkår, tolker utvalget på samme måten. Poenget er at forretningsforholdet må være balansert på en slik måte at spillereglene (som bidrar til å holde nede kostnader forbundet med konflikt) respekteres samt at inngåtte forretningsvilkår er forstått av begge parter; og ikke slik at alle skal sikres et «rettferdig» utfall av forhandlinger. En slik oppfatning av balanserte forhold inkluderer også hensynet til at informasjonstilgangen bør være balansert, dvs. mest mulig symmetrisk.

Utvalget vil fremheve at en absolutt forutsetning for å sikre forbrukernes interesser er at det legges til rette for virksom konkurranse i alle ledd. Konkurransen må sikres horisontalt mellom kjedene så vel som på leverandørsiden, og det er viktig å identifisere og reagere i forhold til vertikale forhold mellom kjeder og leverandører som kan hindre slik konkurranse. Utvalget ser derfor at det kan være behov for å overvåke de vertikale relasjonene nærmere, for å unngå praksis eller avtalevilkår som kan begrense konkurransen. Utvalget anser likevel at det ligger utenfor mandatet å foreslå nærmere konkurransepolitiske grep av atferds- eller strukturmessig art for å sikre konkurranse i markedet. Dette gjelder også konkurranseforholdene på detaljistleddet.

Utvalget vil således fokusere på kontraktsrelasjonen mellom leverandører og kjeder, men vil ikke vurdere andre tiltak som i og for seg kunne ha virket positivt for forbrukerne. Dette gjelder også muligheten for bedre gjennomsiktighet for forbrukerne, f.eks. gjennom en dagligvareportal.

God handelsskikk som samtidig skal bidra til å gi forbrukerne fordeler vil måtte fokusere på hensynet til å oppnå effektive forhandlingsløsninger. Samtidig er gjennomsiktige og forutsigbare kontrakter essensielt for å legge til rette for innovasjon og investeringer. Det samme gjelder beskyttelse av forretningsidéer. Det er mot disse hensynene at utvalget i det følgende vil vurdere den handelspraksis som er påpekt av Matkjedeutvalget.

Kapittel 7

Utvalgets vurderinger av handelspraksis

7.1 Innledning

Matkjedeutvalget påpeker en rekke former for forretningspraksis som kan karakteriseres som uheldig/uønsket. Utvalgets egne undersøkelser og samtaler bekrefter at den praksis som er påpekt forekommer i markedet, men uten at utvalget har grunnlag for å si noe om utbredelse. Både leverandører og kjeder har uttrykt misnøye med forholdene i dagligvarekjeden. Misnøyen synes størst på leverandørsiden. Denne misnøyen ligger på ulike plan, og er dels knyttet opp mot forhandlingsresultat og balanse i avtaleforholdene, dels til opptreden i forhandlinger, og dels til kontraktspartens forretningsatferd (f.eks. prisdumping). Misnøye fra kjedene dreier seg i liten utstrekning om kontraktens innhold og utforming, men om at også leverandører truer med forretningsnektelse og at norsk leverandørindustri er for konsentrert og for lite effektiv.

Innvendingene kan grovt sett grupperes i tre:

- Misnøye med opptreden i forhandlinger
- Misnøye med innholdet i kontrakter
- Misnøye med atferd i kontraktperioden, herunder manglende etterlevelse av forpliktelser/ uklare forpliktelser

En del av innvendingene må anses som uttrykk for misnøye av kommersiell art, med for dårlig oppnådd pris, at ens produkter benyttes som lokkevarer, og at en møter konkurranse fra vertikalt integrerte aktører. Samtidig avdekker gjennomgangen et generelt problem knyttet til usikkerhet om egne og andres forpliktelser i kontrakt, samt usikkerhet knyttet til utnyttelse av innovasjoner og investeringer. Dette er funn som bekreftes av undersøkelser gjengitt av Europakommisjonen i grønnboken om urimelig handelspraksis.¹

I dette kapittelet vil utvalget vurdere virkningene av de forhold som er løftet frem ovenfor. For sin vurdering finner utvalget først og fremst å

knytte an til tre vurderingstemaer. For det første vurderes virkningene for de berørte parter selv, dvs. leverandører og kjeder.

For det andre vil utvalget vurdere mulige virkninger for forbrukerne. I henhold til mandatet skal utvalget vurdere «hvordan prinsippet om god handelsskikk og hensynet til forbrukerne best kan ivaretas i lovgivningen». Forbrukerhensynet kommer som nevnt inn på to måter; ved at skadevirkninger for forbrukerne vil være et argument for å regulere atferd under en god – skikk-standard, og som skranke for regulering ved at en regulering ikke skal føre til at forbrukerne kommer dårligere ut.

For det tredje må praksis vurderes opp mot allmenne verdistandarder, dvs. hva som etter en redelighetsvurdering kan anses som akseptable forretningsmetoder. Denne vurderingen er ikke økonomisk i sin natur, men legger til grunn at redelig og lojal forretningsatferd representerer en egenverdi – som også forbrukerne etterspør – som det er særlig viktig å hegne om for å sikre at det ikke utvikler seg utiltalende forretningskulturer.

7.2 Virkningsvurdering

7.2.1 Virkninger for kontraktspartene

I dette avsnittet ses det nærmere på hvilken betydning de former for praksis og avtalevilkår som er beskrevet i 7.1 vil ha for aktørene i den vertikale kjeden. I denne vurderingen tas det ikke hensyn til andre effekter, dvs. virkninger på konkurransen og for forbrukerne. Disse aspektene analyseres på selvstendig grunnlag i 7.2.2.

I utgangspunktet vil det kunne foreligge tre relevante virkninger for partene i den vertikale kjeden:

- Tapt salg, f.eks. p.g.a delisting eller kopiering av merkevarer
- Dårligere inntjening, p.g.a lavere inntekt/økte kostnader (lavere pris, samt rabatter, JM og hylleplassbetaling)
- Overtakelse av risiko (ensidige endringer).

¹ COM (2013)37.

Tabell 7.1 Buyer power abuses and effects on suppliers

Abuses	Effects on suppliers
<i>Listing fees</i> To be on a list of suppliers	<ul style="list-style-type: none"> – Additional costs to supplier – Risk of stocking new products passed to supplier
<i>De-listing/threat of de-listing</i> When suppliers refuse to reduce prices or make other payments and concessions	<ul style="list-style-type: none"> – Threats of de-listing create uncertainty, weaken suppliers' bargaining position and inhibit their ability to plan – Actual de-listing can mean substantial loss of volume to the supplier
<i>Slotting fees</i> To gain access to shelf space	<ul style="list-style-type: none"> – Additional costs to supplier – Risk of stocking new products passed to supplier
<i>Demanding extra or unforeseen discounts or payments from suppliers</i> For marketing, store openings or remodelling, new packaging, and retailer initiated promotions	
<i>Demanding retrospective payments, extra on to supplier discounts, and after-sale rebates</i> Deducting a percentage of the total sales of a particular supplier for that year; compensation for profit margins being less than expected; 'managing [retailers'] profitability'	<ul style="list-style-type: none"> – Unexpected costs, less than expected income and increased uncertainty passed
<i>Return of unsold goods to supplier</i> At the supplier's expense, including fresh produce that cannot be resold	<ul style="list-style-type: none"> – Cost and risk of retailers' forecasting errors passed back to supplier
<i>Late payments</i> For products already delivered and sold	<ul style="list-style-type: none"> – Adversely affects suppliers' cash flow – Leads to additional finance costs and uncertainty over how much they will be paid
<i>Retrospective changes to agreed terms</i> Retrospective discounts on agreed price, changes to quantity and/or specification without compensation	<ul style="list-style-type: none"> – Risk and cost of changes and/or retailer's forecasting errors borne by supplier – Leads to increasing costs and uncertainty
<i>Below cost selling</i> Unscheduled promotions, to clear over-ordered stock or to outsell rivals	<ul style="list-style-type: none"> – Puts suppliers' profits under pressure – May result in demands for lower prices from other customers – Distorts consumers' perceptions of product value
<i>Influencing product availability to, or raising the costs of, other retailers</i> By demanding lower buying prices than all other retailers or demanding limitations on supplies to other retailers	<ul style="list-style-type: none"> – Increases the costs to competitors, affects the availability of products to other retailers, and thus constrains the volumes available to suppliers
<i>Promotion of retailers' own brands</i> Squeezing out third-party brands; some copy-cat packaging issues; requiring brand owners to divulge development intentions so that retailers can pass them on to their own brand suppliers	<ul style="list-style-type: none"> – Loss of volume and profitability – Loss of IP rights, leading to a lower rate of innovation

I rapporten «The relationship between supermarkets and suppliers: What are the implications for consumers» fra Consumers International er ulike former for atferd og praksis som dekker en rekke av de påpekninger Matkjedeutvalget gjorde drøftet mht. virkninger for leverandørene. Tabell 7.1² er hentet fra rapporten.

Et fellestrekk ved de typer praksis som er listet i tabellen, er at leverandørens marginer reduseres. I definisjonen av god handelsskikk, som utvalget er bedt om å arbeide ut fra, er det imidlertid ikke relevant å inkludere rene fordelingsbetraktninger i form av en vurdering av hva som er en rimelig fordeling av overskuddet mellom leverandører og kjeder. God – skikk- eller redelighetsstandarder retter seg mer mot de ytre rammene, dvs. forhandlingsprosessen og etterlevelse av forpliktelse. Hovedelementer her vil være sikkerhet mot villedning og ensidige endringer i forpliktelser, klarhet i hva forpliktelser går ut på, og sikkerhet for at inngåtte avtaler etterleves. Videre vil manglende eller skjev informasjon ved kontraktsinngåelse kunne motvirke effektive forhandlingsløsninger.

Hovedpoenget er dermed at resultatet kan svi for leverandørene, men at dette ikke i seg selv er problematisk når det relevante hensynet er forbrukerinteresser og ikke omfordeling av makt i kjeden som sådan. (Virkninger på insentiver til innovasjon adresseres nedenfor).

Utover direkte uredelighet eller illojalitet, som utvalget vurderer i 7.3, vil effektene for aktørene selv således ikke vektlegges, med mindre de også har innvirkning på «størrelsen på kaken» og dermed også for forbrukernes interesser.

7.2.2 Virkninger for forbrukerne

7.2.2.1 Generelle problemstillinger knyttet til kjøpermakt

Kjøpermakt som begrep er behandlet i 6.5. I innværende avsnitt vil utvalget si noe om betydningen av kjøpermakt, særlig med henblikk på sammenhengen mellom effektive forhandlinger mellom kjeder og leverandører/god handelsskikk i B2B-relasjonene, og virkninger for forbrukerne.³

I utgangspunktet kan kjøpermakt og utøvelse av denne være positivt sett fra et forbrukerperspektiv.⁴ Kjøpermakt vil gi kjedene lavere innkjøpspriser, og dette kan føre til lavere priser for norske dagligvarekunder både på kort og lang sikt. Spesielt vil dette gjelde dersom konkurransen på detaljleddet er effektiv ettersom kjeden da vil bli tvunget til å videreføre sine kostnadsbesparelser til konsumentene gjennom lavere priser. Dersom konkurransen på detaljleddet er begrenset, kan kostnadsbesparelsene avleire seg som økt profitt på detaljleddet i stedet for lavere konsumentpriser. En utfordring er at styrking av kjøpermakt fra kjedene mot leverandører gjennom vertikal og horisontal integrasjon i praksis også innebærer en forsterkning av kjedenes markedsrett overfor forbrukerne.

Det er mange kilder til kjøpermakt. En kilde til kjøpermakt kan være at kjøperen er stor i forhold til markedet han betjener. Den størst mulige kjøpermakt vil innehas av en detaljist som har monopol i nedstrømsmarkedet, dvs. til forbrukerne. I et slikt tilfelle vil den selgerrett som kjøperen har overfor konsumentene være negativ for konsumentene, mens kjøperretten vil være positiv. Fra en konsumentens synspunkt skulle en derfor ønske at detaljisten kunne beholde sin kjøpermakt, men miste sin selger- eller markedsrett overfor konsumentene. Kjøpermakt er altså i utgangspunktet en *positiv* rett i en vertikal relasjon, sett fra konsumentenes side, mens selger- eller markedsrett er et horisontalt problem som er *negativt* for konsumentene. Det er altså viktig å være klar over hva som er årsak og hva som er virkning når det gjelder disse to begrepene.

For forbrukerne kan derfor kjøpermakt være et tveegget sverd; f.eks. dersom positiv kjøpermakt oppstrøms fordrer negativ markedsrett nedstrøms. Dersom man skulle finne ut at de positive virkningene av kjøpermakt er mindre enn de negative virkningene av det som skaper kjøpermakt, nemlig markedsrett, så må man adressere dette ved å ta tak i markedsretten, ettersom det er den som skaper de negative virkningene. Det er i alle fall ikke fornuftig å prøve og bedre konsumentvelferden med å angripe kjøperretten. Kjøperretten er i utgangspunktet positiv for konsumentene, mens problemet er at den kan være konsekvensen av noe som er negativt.

² Consumers International: The relationship between supermarkets and suppliers: What are the implications for consumers?, s. 6 (tilgjengelig på <http://www.consumersinternational.org/media/998055/the%20relationship%20between%20supermarkets%20and%20suppliers.pdf>).

³ På generelt grunnlag vises det også til kjøpermaktutredningen som er utarbeidet parallelt med utvalgets arbeid.

⁴ Deler av den økonomiske analysen i det følgende er hentet fra Tommy Staahl Gabrielsen, Lov om god handelsskikk – En vurdering av virkninger for norske forbrukere av utvalgte forslag, trykket i Dagligvarehandel og mat (NILF, 2013), s. 91-116.

Selv om kjøpermakt i vertikale relasjoner i utgangspunktet anses som positivt for konsumenten, fordi det kan skape motmakt mot leverandørmakt, finnes det også eksempler på at kjøpermakt kan ha negative konsekvenser i seg selv og uavhengig av hva som er årsaken til at kjøpermakten har oppstått. Et eksempel på negativ kjøpermakt er den tradisjonelle økonomiske monopsoni-modellen. Ideen her er at en detaljist med monopol i nedstrømsmarkedet står overfor et innkjøpsmarked der han kan kjøpe så mye han vil, men der innkjøpskostnaden stiger jo mer han kjøper. På samme måte som en monopolselger vil holde tilbake kvantum for å presse konsumentprisen opp, vil monopsonisten holde tilbake innkjøp for å presse innkjøpsprisen ned. Med en monopolist i forbrukermarkedet som også er en monopsonist i innkjøpsmarkedet vil forbrukerne derfor komme dårlig ut både p.g.a markedsmakten og kjøpermakten fordi begge maktformene gir detaljisten insentiver til å redusere salget. Detaljisten vil holde tilbake salget fordi det både øker prisen i sluttmarkedet og fordi det reduserer prisen i innkjøpsmarkedet.

Modellens resultater avhenger imidlertid av en rekke forutsetninger som gjør at det kan stilles spørsmål ved om den er egnet til å belyse effekter av kjøpermakt i det norske dagligvaremarkedet. En kritisk forutsetning er f.eks. at transaksjonen oppstrøms kun reguleres av en enkel grossistpris. En annen er at innkjøpsprisen stiger jo mer monopsonisten kjøper. Begge deler gir grunnlag for å reise tvil om denne modellens verdi som illustrerende for forhold i det norske dagligvaremarkedet.

Et annet argument der kjøpermakt kan ha negative konsekvenser for norske forbrukere baserer seg på den såkalte vannsengteorien.⁵ Ideen er at dersom det er flere detaljister i et marked og der en av dem har spesielt høy kjøpermakt, vil denne store kjøperen kunne forhandle seg fram til så gunstige vilkår at vilkårene for de andre detaljistene blir forverret. I denne modellen forhandler man også kun om en enkel grossistpris, og når den store kjøperen får en lavere pris, må leverandørene dekke inn dette gjennom å ta en høyere pris til de andre kjøperne. I detaljmarkedet oppstår det da to effekter. Detaljisten med høy kjøpermakt får reduserte innkjøpspriser, og alt annet likt vil han ønske å sette lavere detaljpriser. På den andre siden vil detaljistene som får

økte innkjøpspriser få et insentiv til å sette opp sine priser. Det oppstår altså to motstridende effekter for konsumentene; noe trekker i retning av lavere priser og noe i retning av høyere priser. De negative effektene vil da dominere de positive, og konsumentene vil oppleve vannsengeffekten som skyldes kjøpermakt, som negativ.

Det er likevel ikke slik at vannsengeffekten alltid er negativ for konsumentene. I mange tilfeller vil kjøpermakten også være positiv for konsumentene til tross for en slik effekt. Spørsmålet om modellens relevans knytter seg først og fremst til at skadehypotesen forutsetter at detaljistene og leverandøren kun kan forhandle om en enkel grossistpris. Dersom forhandlingene også kan omfatte andre elementer, f.eks. ulike faste betalinger, vil effekten forsvinne ettersom kjøpermakten da vil gi seg utslag i økte faste betalinger og dermed ikke influere på marginale grossistpriser. Potensialet for negative vannsengeffekter vil i et slikt perspektiv tilsi at bruk av fleksible kontrakter er positivt for forbrukerne.

Kjøpermakt og utøvelse av denne kan også tenkes å ha negative langsiktige effekter ved at den hemmer innovasjon og nye prosesser og produkter på leverandørleddet.⁶ I denne sammenheng er det uttrykt bekymring av to hovedtyper. For det første er det hevdet at utøvelse av kjøpermakt innebærer en overføring av profitt fra leverandører til kjeder, og frykten er at dette vil påvirke innovasjonstakten i leverandørindustrien negativt. Det andre er et problem som skyldes ufullstendige kontrakter og det man kaller hold-up problemet.

Til det første poenget skriver Matkjedeutvalget:

«Det er også mulig at nedgang i absolutt profitt som følge av økt kjøpermakt til kjedene, fører til at noen produsenter reduserer innovasjons-satsingen, men dette er langt fra sikkert. Resonnementet over ser bort fra at det ikke er det absolutte profittnivået som avgjør insentivene til å innovere, men forskjellen på hva en produsent kan forvente i gevinst dersom det satses på innovasjon i forhold til om dette ikke skjer. Så sant overskuddet ikke synker til et nivå som gjør det umulig for produsenten å finansiere innovasjon, er det derfor mulig at kjedenes satsing på EMV også kan føre til at

⁵ *Inderst, R. og T. M. Valletti* (2011): Buyer Power and the «Waterbed Effect», *Journal of Industrial Economics*, 59, 1-20.

⁶ Se også Commission Staff Working Document Competition in the food supply chain, SEC(2009) 1449 (28. oktober 2009), vedlegg til COM(2009) 591 A Better Functioning Supply Chain in Europe, s. 18.

produsenten øker innovasjonsinnsatsen, ikke reduserer den. Innovasjon er et av produsentens sterkeste våpen i konkurransen mot kjedenes EMV. Økt EMV-satsing kan føre til at produsentene innoverer raskere enn før, for å skape avstand til kjedenes EMV-kopier.»

Matkjedeutvalget påpeker også at det er mulig at redusert profitt på produsentleddet kan føre til redusert innovasjon, og dermed motvirke at nye produkter blir utviklet og introdusert på markedet. Virkningen forsterkes, ifølge Matkjedeutvalget, ved at kjedenes egne merkevarer er kopier av produsentenes produkter. Matkjedeutvalget anser svekket innovasjon som en reell fare dersom EMV-innslaget blir særlig høyt.

Det kan derfor synes at det først og fremst er når kjøpermakten utnyttes så sterkt at leverandørene ikke har mulighet til å finansiere FoU-aktivitet i det hele tatt, at dette problemet kan oppstå. Mer moderat utnyttelse av kjøpermakt vil ha de samme virkningene som økt konkurranse; de vil normalt stimulere til mer innovasjon. Dette er også i tråd med hva økonomisk litteratur sier om dette.⁷

Hold-up problemet, som refererer til situasjoner der en av kontraktspartene må foreta en investering som er relasjonsspesifikk, f.eks. en investering i FoU, synes også å ha en viss relevans. I det øyeblikk investeringen er foretatt, kan kjeden utnytte det faktum at leverandøren i en viss forstand er innelåst i relasjonen, til å framtvinge gunstigere betingelser. Når leverandøren innses dette, vil han vegre seg for å foreta investeringen, eller i alle fall underinvestere i forhold til det som er optimalt. Dette problemet kan utmerket godt tenkes å gi seg utslag i mindre innovasjon i leverandørindustrien enn hva som er samfunnsøkonomisk optimalt, og til skade for konsumentene. Problemet finnes også i ulike andre varianter. Det kan f.eks. være snakk om en produktinnovasjon der kjeden skaper en hold-up ved å kreve at denne implementeres som et EMV.

Problemet oppstår fordi det ikke inngås en bindende kontrakt om hva som skal skje når innovasjonen er foretatt. Det grunnleggende problemet er altså manglende beskyttelse av relasjonsspesifikke investeringer. Dette er først og fremst et kontraktsproblem, og bør løses enten ved å utforme en mer fullstendig kontrakt eller ved ver-

tical integrasjon. Dersom problemet oppstår i strid med inngåtte kontrakter, er det et håndhevingsproblem.⁸ I en viss forstand er det da likevel knyttet til kjøpermakt, dersom det er denne som hindrer håndheving av kontrakten. Ut fra den praksis som er løftet frem av Matkjedeutvalget, synes den reelle problemstillingen å være knyttet opp mot mangelfull informasjon ved kontraktsinngåelse og uklare kontrakter.

7.2.2.2 *Delisting*

Utvalget behandler først delisting som sådan, dvs. betydningen av retten til å velge hvilke varer en kjede skal forhandle. Delisting i strid med inngåtte forpliktelser, eller uredelig bruk av delisting, behandles deretter.

Når det gjelder delisting forstår utvalget det slik at det normalt finnes faste delistingsvinduer i leverandørkontraktene. På disse tidspunktene kan kjedene, etter nærmere bestemte vilkår, deliste produkter som av en eller annen grunn ikke selger forventet kvantum. Kjedene kan også deliste produkter i forbindelse med årsforhandlingene. Denne type delisting må anses som helt normal forretningsmessig atferd, og ha til hensikt å optimalisere vareutvalget samt å skape konkurranse mellom ulike leverandører. Dette synes klart å være i konsumentenes interesse. Den type delisting som har vært i fokus er imidlertid delisting som skjer utenfor de avtalte vinduene og som har karakter av represalier og/eller trusler. Dersom delisting skjer i strid med kontrakten uten at leverandøren kompenseres for det tap han eventuelt lider p.g.a dette, vil dette måtte anses som et kontraktsbrudd. Utvalget ser det slik at normal delisting som ikke kan karakteriseres som kontraktsbrudd, er et sentralt element i å opprettholde konkurranse mellom ulike leverandører, noe som igjen vil komme forbrukerne til gode gjennom lavere priser enn det en ellers ville ha sett. Å legge unødige begrensninger på kjedenes muligheter til selv å bestemme sitt vareutvalg gjennom en mulighet til å ta ut – eller la vær å ta inn – enkeltprodukter i butikkene vil derfor virke uheldig for konsumentene.

⁷ Se *Dalen, D.M. og C. Riis*: Konkurransen for innovasjon, http://www.bi.no/InstitutterFiles/Samfunns%20b0konomi/2010_02_diskusjonsnotat.pdf og Inderst, R og C. Wey (2006): Buyer power and supplier incentives, *European Economic Review*, 51: 647-667.

⁸ Den rettslige betydningen av «intensjonsavtaler», som vil kunne ha enkelte bindende virkninger, tas opp i pkt. 8.5 nedenfor. Utvalget påpeker imidlertid allerede her at dersom det er foretatt investeringer i tillit til en intensjonsavtale, kan passivitet fra den andre parten føre til at vedkommende er forpliktet til å gjennomføre kontraktsforholdet. Men selv om dette kan konstateres av en domstol i ettertid, er det på det rene at *usikkerheten* kan føre til at investeringen ikke foretas i første omgang. Et slikt hold-up problem lar seg ikke løse ved lovgivning.

Muligheten for delisting må sees i sammenheng med at sortimentsutforming og såkalt «kategoriutvikling» er en av dagligvarehandelens hovedfunksjoner. I prinsippet er det potensielle vareutvalget nærmest uendelig og det normale vil være å ekskludere potensielle produkter fra kjedens utvalg. Kjedene har begrenset hylleplass, i den forstand at ikke alle produkter som produseres kan finne sin plass i butikkhyllene. Det utvikles også et stort antall nye produkter i norsk dagligvareindustri. Mange av disse får innpass i butikkhyllene, men et relativt stort antall av disse «feiler» i den forstand at de ikke oppnår tilstrekkelig stort salg til å forsvare sin plass i butikkhyllene. Disse to forholdene gjør at kjedene vil ha behov for å fjerne produkter fra butikkhyllene, med andre ord deliste produkter.

Ekskludering av et produkt fra en kjedes sortiment, kan både skyldes egenskaper ved dagligvarekjedens tilpasning og forbrukerpreferansene. Det kan være flere årsaker til at et produkt ikke oppleves som attraktivt for konsumentene. F.eks. kan prisen være for høy, eller produktet er dårlig tilpasset konsumentenes behov. I begge tilfeller vil delisting være en naturlig konsekvens av forbrukerpreferansene.

Konkurransen mellom produsenter om kjedenes hylleplass kan utløses mellom produkter som allerede finnes i en kjedes vareutvalg og nye produkter som forsøker å komme inn. De eksisterende produktene vil i så fall risikere delisting, og leverandørene vil måtte skjerpe seg for å beholde plassen i kjedens vareliste. Måten de kan beholde plassen på, er gjennom å innovere og tilby gode nok produkter og lave priser, eller gjennom direkte forbrukerpåvirkning i form av reklame. I de aller fleste tilfellene vil denne konkurransen komme dagligvarekundene til gode gjennom lavere priser og bedre produkter enn ellers. Denne atferden anses som enten forbrukervennlig eller, i norsk praksis, i all hovedsak i tråd med vanlige prinsipper for fri markedstilpasning.

Dersom det ikke er snakk om misbruk av dominerende stilling, og konkurranse på begge vertikale nivå – dvs. både mellom kjedene og mellom produsenter – er tilfredsstillende, er det grunn til å anta at kjedene i rimelig grad vil opptre som konsumentenes agenter når de velger ut hvilke produkter de skal ha i hyllene. Utvalget anser ikke at det er grunnlag for å hevde at kjedene i en slik situasjon vil foreta valg av produkter som går imot det som konsumentene ønsker og verdsetter av produkter. Grunnen til dette er at en kjede som motarbeider sine egne kunder på

denne måten vil tape kunder til andre kjeder som prøver å tilfredsstille kundenes behov.

Utvalget vurderer dermed delistingsmulighetene som et helt sentralt element i et kontraktsforhold som i likhet med andre elementer vil kunne bli utnyttet i forhandlingene. Slik sett er «trusselen» om delisting et helt sentralt instrument for å skape konkurranse. Dersom muligheten for delisting svekkes, vil konkurransen mellom leverandørene også svekkes. Dersom en leverandør som ikke leverer lav pris og god kvalitet blir vanskeligere å fjerne fra butikkene for kjedene, vil den sannsynlige effekten av dette være at leverandøren ikke trenger å skjerpe seg. Leverandøren kan ta høyere pris og levere dårligere kvalitet uten å stå overfor den samme risikoen for å miste hylleplassen i kjedene. Utsidealternativet til leverandøren vil med andre ord bli bedre. En svekkelse av delistingsmulighetene vil derfor overføre forhandlingsmakt fra kjedene til leverandørene og kjedene vil stå overfor høyere priser og dårligere kvalitet enn dersom konkurransemekanismen får spille seg ut. Dersom leverandøren ikke trenger å frykte delisting vil konkurransemekanismen, som beskrevet over, settes ut av spill. Konsekvensen av dette vil være at leverandøren i mindre grad enn før trenger å bry seg om å tilby kjeden lave priser og produkter som er tilpasset konsumentbehov. Det er vanskelig å se at dette vil være i konsumentenes interesse.

Når det gjelder virkninger på vareutvalg synes Matkjedeutvalget å legge til grunn at delisting av produkter skjer fordi kjedene er tjent med å deliste et produkt, og at kjeden kan gjøre dette i strid med det som konsumentene ønsker.⁹ Som diskutert ovenfor er det vanskelig å se argumenter for at kjedene skal finne det lønnsomt å deliste produkter som konsumentene etterspør – i alle fall ikke dersom konkurransen mellom kjedene er god.

Det kan ikke utelukkes at det finnes situasjoner der sterk markedsrett enten på leverandør- eller kjedenivå kan føre til eksklusjon av produkter som kan skade konsumentinteressene. Denne type eksklusjon vil kunne være i strid med konkurranseloven, og kan håndteres etter denne, jf. nedenfor 9.5.2. En kjede som fjerner produkter som kundene etterspør vil tape i konkurransen mellom kjeder som har et etterspurt vareutvalg, og dermed vil de ikke finne slik delisting lønnsomt. Dersom kjedene likevel skulle finne det lønnsomt å gå mot konsumentinteressene ved å deliste produkter som kundene ønsker, er løs-

⁹ NOU 2011: 4, s. 31.

ningen på dette å sørge for sterkere konkurranse mellom kjedene, ikke å legge restriksjoner på delisting. Lovutvalget har ikke hatt mulighet til å foreta en nærmere vurdering av hvordan konkurransen mellom kjedene fungerer. Det understrekes likevel at velfungerende konkurranse mellom kjedene er essensielt for at forbrukerne skal oppnå fordeler, og at det er viktig at dette følges opp av konkurransemyndighetene.

Konklusjonen er derfor at delisting er en av konkurransens viktige uttrykksformer i vertikale markeder, og at det bør vises tilbakeholdenhet med å legge restriksjoner på denne muligheten.

Det foreligger også anførsler om at delisting brukes som et strategisk grep for å minske verdien på leverandørbedriften i den hensikt å kjøpe opp selskapet billig i neste omgang. Slike handlinger kan forklares innenfor et enkelt spill- og forhandlingsteoretisk rammeverk. Delistingen handler om å svekke utsidealternativet til motparten i forhandlingene. Til et slikt rammeverk hører det med at man vet – eller må spekulere i – hva motivene til kjeden er i en slik situasjon. Uten et slikt motiv blir det umulig å vite hva effekten av en slik strategi vil være, f.eks. for konsumentene. I dette tilfellet synes en delistingsstrategi først og fremst å være lønnsom dersom kjeden unngår en oppkjøpskamp om objektet. Dersom oppkjøpskandidaten er en produsent av et viktig produkt også for andre kjeder, vil en oppkjøpskamp fort føre til at en slik strategi blir ulønnsom.

Dersom objektet ikke er av strategisk viktig betydning for andre aktører, vil kjeden pådra seg et kortsiktig tap gjennom delistingen (den kan miste kunder), mens gevinsten ligger i å få kjøpe selskapet til en lavere pris. Den kortsiktige effekten av en slik strategi kan være at konsumentene får et mindre vareutvalg, men den langsiktige effekten for konsumentene kan være positiv eller negativ avhengig av hva som er kjedens motiv for vertikal integrasjon. Mulige motiver for – og effekter av – vertikal integrasjon drøftes nærmere nedenfor.

Utvalget legger ellers til grunn at det kan være politisk og forbrukerrettslig ønskelig å legge bedre til rette for små- og mellomstore aktørers adgang til markedet, enten gjennom tilgang til kjeder eller etablering av alternative salgskanaler. Slike strukturelle grep til fordel for bestemte produsentgrupper anser utvalget imidlertid å ligge utenfor mandatet knyttet opp mot god handelsskikk mellom aktørene på markedet.

Utvalget poengterer at delisting i strid med avtalte forpliktelser og trussel om delisting for å påtvinge avtalevilkår i strid med konkurranse-

loven også vil kunne skade forbrukerne. Trussel om delisting vil også kunne vurderes som problematisk for forbrukerne dersom den benyttes som brekkstang for å presse aktører til konkurranse-skadelig atferd som ikke rammes av konkurranse-loven. Utvalget understreker også at kontraktsregulering av delisting som gir medkontrahenten vesentlig mindre forutberegnelighet for sine investeringer kan virke negativt for forbrukerne.

7.2.2.3 *Profittoverførende faste betalinger*

7.2.2.3.1 *Oversikt*

Med faste betalinger menes at betalingen ikke er knyttet til hvor mange enheter av den aktuelle varer som kjøpes eller omsettes. Faste betalinger kan være uspesifiserte rundsumbetalinger (betegnelsen brukt i NOU 2011: 4), eller tilknyttet ulike typer tjenester. Et eksempel på det siste er betaling for hylleplass. I det følgende fokuseres det på de økonomiske virkningene av slike betalinger som sådan, idet faste betalinger kan opptre i en rekke skikkelser. Spørsmål knyttet til usikkerhet og manglende forutberegnelighet, som kan oppstå på bakgrunn av beregningsgrunnlaget for enkelte slike ytelser, drøftes i 7.2.2.8. Lovutvalget har fått signaler om at faste betalinger har blitt mindre vanlig etter at Matkjedeutvalget satte fokus på det. Lovutvalget gjennomfører likevel en analyse av fenomenet.

Generelt sett er kontraktene vi ser i dagligvaremarkedet, og de fleste andre markeder, ikke-lineære f.eks. ved at de inneholder både faste og variable betalinger og rabatter. De faste betalingene kan være knyttet opp mot ulike aktiviteter som f.eks. betalinger for å være i kjedens vareregister («listing fee»), hylleplassbetaling og noen faste overføringer kan også være bakt inn i avtaler om felles markedsføring («joint marketing» avtaler). Sett fra et samfunnsøkonomisk ståsted vil ikke-lineære kontrakter i utgangspunktet være effektive for den vertikale kjeden som helhet, og i mange tilfeller også for konsumentene. Dette er fordi denne typen fleksible kontrakter skiller de to hovedmålsettingene som aktørene i den vertikale kjeden har: i) sikre at detaljprisen settes på et nivå som maksimerer den vertikale kjedens fortjeneste, og ii) fordeler denne gevinsten mellom leverandøren og kjeden. Dersom ikke faste betalinger (som kan være mer eller mindre knyttet til motytelser) kan avtales, vil en lineær grossistpris måtte løse begge disse målsettingene. Normalt vil dette føre til ineffektiviteter som både leverandører, kjeder og konsumenter fort kan komme til

å lide under. Dersom f.eks. forhandlingene kun dreier seg om marginale grossistpriser, vil en rebalansering av maktforholdene til fordel for leverandørene måtte føre til økte priser for kjedene. Dette vil slå ut i økte konsumentpriser. Ut fra forbrukerhensyn fremstår dermed et forbud mot faste betalinger som lite hensiktsmessig.

7.2.2.3.2 Hylleplassbetaling og JM

Det er pekt på fra mange hold at det eksisterer økonomisk litteratur som indikerer at hylleplassbetaling kan ha uheldige samfunnsøkonomiske virkninger. Den viktigste potensielle konkurransebegrensende virkningene av hylleplassbetaling er at mindre leverandører, eller mindre kjeder, kan bli stengt ute fra hele eller deler av markedet. Resultatet kan derfor bli redusert vareutvalg for konsumentene og redusert konkurransepress på leverandør- eller kjedeledet. På den annen side finnes det også studier som viser at hylleplassbetalinger kan ha gunstige effekter både på effektiviteten internt i distribusjonskjeden og også for konsumentvelferden. En gunstig effekt av hylleplassbetalingen som ofte er trukket fram er at betalingen vil gjøre det lettere for nye produkter å slippe til i en kjede fordi leverandøren på den måten kan forsikre kjeden for eventuell svikt i omsetning.

Utvalget registrerer at virkninger av hylleplassbetaling på konsumentvelferden er omstridt i policy-kretser. I Storbritannia har man valgt å regulere hylleplassbetalinger og JM-midler gjennom den såkalte GSCOP-reguleringen. Retningslinjene der fastslår at dagligvarekjeden ikke kan kreve (verken direkte eller indirekte) engangsbetalinger for å føre en leverandørs produkter. Unntak fra forbudet gjelder imidlertid når betalingen er knyttet til markedsføring, eller betalingen skjer i forbindelse med lansering av nye produkter. Hva som ligger i «nye produkter» defineres i retningslinjene. For at sistnevnte vilkår skal være oppfylt, må betalingen avspeile et rimelig overslag fra kjeden på den risiko kjeden tar ved å føre de nye produktene. Dagligvarekjeden kan heller ikke kreve (direkte eller indirekte) engangsutbetalinger for bedre plassering av eller økt hylleplass for en leverandørs produkter. Også fra dette forbudet gjelder et unntak der betalingen skjer i forbindelse med markedsføring/kampanje.¹⁰

I dagligvarebutikkene vil hylleplass generelt, og spesielt attraktiv hylleplass, være et begrenset

gode. Innenfor markedsføringslitteraturen finnes det omfattende dokumentasjon på at enkelte plasseringer i en butikk er mer salgsfremmende enn andre. Det vil derfor være av verdi for en leverandør å få tilgang til denne hylleplassen. Normalt vil de leverandørene som har størst fortjeneste av å få tilgang til denne hylleplassen ha høyest betalingsvilje. En hylleplassavgift kan derfor være en effektiv allokeringmekanisme for kjedene når de skal velge hvilke produkter som skal få tilgang til den beste plasseringen i butikkene. Ettersom hylleplassbetalingen normalt ikke er knyttet opp til direkte kostnader som kjeden har ved å tilby hylleplass til leverandører, vil en hylleplassavgift innebære en fast overføring fra leverandøren til kjeden.

Hylleplassbetaling i et konkurransepolitisk perspektiv ble utredet av Konkurransetilsynet i 2005.¹¹ Konklusjonen var at hylleplassbetaling på generelt grunnlag ikke var egnet til å begrense eller eliminere konkurransen. Derimot vil slik betaling kunne være problematisk dersom det i realiteten dreier seg om skjulte betalinger for eksklusivitet fra dominerende leverandører. I praksis vil spørsmålet være om det i forlengelsen av betalingen foreligger en gjensidig forståelse om utestengning av andre konkurrenter, jf. også saksforholdet i Rt. 2011 s. 910 TINE.

Felles markedsføring («JM»), er en samlebetegnelse på ulike markedsføringsaktiviteter som drives i felleskap av leverandør og distributør. Det kan være snakk om ulike aktiviteter som er inkludert i slike avtaler. Bakgrunnen for slike avtaler er at det samlede salget av en vare avhenger av den samlede markedsføringsinnsatsen både fra leverandøren og kjeden. Kollektivt sett er derfor begge parter tjent med at markedsføringsinnsatsen er på et optimalt nivå. Når partene gjennomfører markedsføringen individuelt kan det oppstå et gratispassasjerproblem. Leverandøren vil kun ta hensyn til effekten av sin markedsføring på egen profitt og det samme vil gjelde for kjeden. Dette kan føre til at den totale markedsføringen havner på et for lavt nivå i forhold til hva partene kollektivt sett vil være best tjent med. Dette underinvesteringsproblemet kan løses ved at partene lager en avtale om hvilke forpliktelser de skal ha for å utføre markedsføringstiltak, og hvordan partene skal fordele kostnadene seg i mellom.

¹⁰ GSCOP pkt. 12, http://www.ofc.gov.uk/shared_ofc/monopolies/GSCOP-Order.pdf.

¹¹ Betaling for hylleplass – Virkninger for konkurransen i dagligvaremarkedet i Norge, tilgjengelig på <http://www.konkurransetilsynet.no/no/Publikasjoner/Skriftserien/Betaling-for-hylleplass/>.

JM-avtaler er således i utgangspunktet en avtale som bedrer effektiviteten i det vertikale forholdet og som hindrer at det oppstår en negativ vertikal eksternalitet ved at det underinvesteres i markedsføring. Når JM-avtaler til tross for dette har kommet så sterkt i fokus er det fordi det hevdes fra enkelte at kjedene tar seg for mye betalt fra leverandørene for markedsføringsaktiviteter som utføres. I så fall vil JM-avtaler inneholde et element av en fast (eller variabel) profittoverførende betaling, ettersom beløpet ikke motsvares fullt ut av en kostnad. Utvalget har definert dette som et spørsmål om presisjon i avtaleverket, som klart nok kan være problematisk ut fra andre hensyn. Poenget for spørsmålet som drøftes her er at dersom det ligger et element av profittoverføring i slike avtaler vil dette «overskuddet» i prinsippet være det samme som en fast rundsumoverføring.

7.2.2.3.3 Analyse av faste betalinger

I den følgende økonomiske vurderingen skilles det ikke mellom ulike typer faste betalinger. Fra et økonomisk ståsted vil det ikke spille noen rolle hva navnet på betalingen er. I det følgende fokuserer vi således kun på virkningen av å kunne benytte profittoverførende faste betalinger, uten at problematikken knyttes spesifikt til JM eller andre avtaler.

Det er kjent fra økonomisk litteratur at lineære tariffer kan indusere en vertikal eksternalitet p.g.a problemet med såkalte doble marginer.¹² Dette kan igjen føre til at prisen ikke bare går opp for konsumentene, men at prisene også kan bli for høye i forhold hva leverandørene og kjedene samlet sett er tjent med. Det grunnleggende spørsmålet i denne sammenheng er altså hvordan en regulering som bidrar til å gjøre leverandørkontraktene lineære vil påvirke konsumentvelferden.

Økonomisk teori tilsier at det vil være variable innkjøpskostnader som bestemmer kjedenes priser ut til konsumentene, mens faste kostnader (eller inntekter) ikke vil påvirke konsumentprisene, i alle fall ikke på kort sikt. Dette betyr at det vil være de marginale innkjøpsprisene sammen med konkurransesituasjonen på detaljleddet, som bestemmer utsalgsprisene. Generelt vil derfor alle forhold som øker kjedenes innkjøpspriser tendere mot å øke detaljprisene.

¹² Med eksternalitet menes effekter som enkeltaktører ikke blir godskrevet/belastet økonomisk for i markedet og derfor ikke tar hensyn til (f.eks. forurenning). I vår sammenheng innebærer en vertikal eksternalitet f.eks. at detaljisten foretar et prispåslag i tillegg til leverandørens påslag, som samlet fører til at produktet ikke blir optimalt priset.

Boks 7.1

Generelt sett kan betalinger mellom leverandører og kjeder deles i tre ulike kategorier. For det første har vi variable betalinger som er knyttet til mengde som omsettes mellom partene, i det følgende betegnet som vare- eller grossistpris (w), altså en pris per enhet. For det andre har vi faste betalinger som motsvares av en kostnad på den andre siden (A), og for det tredje har vi faste betalinger som ikke motsvares av kostnad og som dermed innebærer en rendyrket overføring av fortjeneste mellom partene (F). For et gitt kvantum q vil dermed en enkel leverandørkontrakt se ut som følger:

$$T(q) = F + A + wq$$

Der $T(q)$ er den totale betalingen som går fra kjeden til leverandøren som en funksjon av innkjøpt kvantum q . De faste betalingene F og A kan i prinsippet gå begge veier, og i formelen over vil $F, A > 0$ bety at kjeden betaler leverandøren faste betalinger, mens hvis $F, A < 0$ så går betalingene andre veien. I fortsettelsen fokuseres det ikke på faste betalinger som er knyttet til kostnader på den andre siden, dvs. A . Grunnen til dette er at det er liten grunn til å anta at disse har spesielle økonomiske virkninger. I så fall vil vi kunne skrive kontrakten som:

$$T(q) = F + wq$$

Tolkningen av F er at den representerer den andel av faste betalinger som utveksles mellom partene og som ikke motsvares av kostnader hos motparten. I økonomisk litteratur er denne kontrakten kjent som en ikke-lineær eller en todelt kontrakt. En regulering som innebærer et forbud mot omfordelende faste betalinger av type F vil innebære at leverandørkontrakten vil bli lineær:

$$T(q) = wq$$

I bilaterale forhandlinger mellom en leverandør og en kjede vil en parts forhandlingsmakt kunne benyttes til å øke sin andel av den samlede fortjenesten. Mens kjeden og leverandøren normalt vil ha sammenfallende interesser for hvilken

pris produktet skal ha i markedet, vil man som oftest ha helt motsatte interesser når det gjelder hvordan man skal dele den gevinst som skapes i den vertikale kanalen. Ved bruk av todelte tariffer kan grossistprisen styres inn mot et nivå som gir kjeden de rette insentivene til å sette den pris som gjør at den samlede fortjenesten (dvs. til både kjede og leverandør) blir størst mulig. Deretter kan dette overskuddet fordeles mellom partene ved hjelp av faste betalinger den ene eller andre veien. Dette innebærer at både kjede og leverandør vil ha en felles interesse av at kontraktene er fleksible nok. Dersom faste betalinger ikke er mulig, vil grossistprisen måtte tjene begge formål; den må både benyttes som et instrument til å indusere den detaljpris som maksimerer kanalens fortjeneste, og som et instrument til å omfordele denne etter forhandlingsmakt. Disse to målene vil generelt ikke være oppnåelig samtidig. Med to målsettinger, rett detaljpris og «rett» fordeling, vil man trenge to instrumenter, og med lineære kontrakter har man bare ett instrument.

Dersom man bare kan benytte lineære tariffer (dvs. kun en enkel grossistpris) virker det umiddelbart intuitivt at økt forhandlingsmakt til leverandørindustrien vil måtte føre til økte innkjøpspriser for kjedene. Alt annet likt, vil dette måtte føre til at prisene ut til konsumentene vil måtte øke. Spørsmålet her er imidlertid om prisendringene vi får med økt leverandørmakt er større eller mindre med eller uten mulighet for faste betalinger.

Svaret krever en avklaring av om et samtidig forbud mot faste betalinger kan føre til at det svært opplagte resultatet over kan endres. Ideen må da være at dersom kjedene har forhandlingsmakt under todelte tariffer, vil denne kunne tas ut ved å kreve større faste betalinger. Dersom forhandlingsmakten kun kan påvirke grossistprisene (under lineære tariffer), vil kjedenes forhandlingsmakt imidlertid måtte tas ut i lavere grossistpriser. I så fall kan det tenkes at et forbud mot faste betalinger kan ha en gunstig effekt på konsumentprisene.¹³ Det er likevel ikke åpenbart at det er rett ettersom resultatet avhenger av at grossistprisene (og dermed detaljprisene) er de samme under de to regimene.

Dersom et forbud mot faste betalinger kobles med tiltak som vil øke leverandørens forhandlingsmakt, vil dette under lineære priser være negativt for konsumentprisene. Utvalget vil likevel si noe mer om forventede virkninger under ulike markedsforhold.

Utvalget er kjent med én studie som systematisk analyserer dette spørsmålet. Lunde Lømo

(2011) anvender et rammeverk der forhandlingsutfallet mellom leverandører og kjeder nettopp bestemmes av utsidealternativet til hver part og eksogen forhandlingsmakt.¹⁴ Rapporten studerer hvordan en forskyving av den eksogene forhandlingsmakten i favør av leverandørene vil påvirke konsumentprisene under todelte tariffer og lineære priser under ulike markedsforhold. Studien analyserer ulike situasjoner der partene har ulike utsidealternativer. Én situasjon er der utsidealternativene til leverandøren og kjeden er relativt like. Alternativt kan en tenke seg at enten kjeden eller leverandøren har bedre utsidealternativer enn motparten. I alle disse situasjonene studeres hvordan forbud mot faste betalinger samt en forskyving av eksogen forhandlingsmakt mot leverandørindustrien, vil påvirke prisene for konsumentene. De ulike situasjonene som studeres kan tenkes på som en tilnærming til ulike virkelige forhandlingssituasjoner. På det norske matvaremarkedet vil det i noen tilfeller være snakk om jevnbyrdige forhandlinger i den forstand at begge parter er gjensidig avhengige av hverandre. I andre situasjoner vil kjeden kunne ha ulike alternative leverandører å velge mellom, mens det i atter andre situasjoner kan tenkes at sterke leverandører kan spille ulike kjeder ut mot hverandre.

Analysen viser at i forhandlinger der verken kjeden eller leverandøren har gode utsidealternativer (modellert som et bilateralt monopol), vil forbud mot faste betalinger entydig føre til økte grossistpriser med dertil tilhørende økte konsumentpriser. Økt leverandørmakt vil i denne situasjonen ytterligere forsterke den negative virkningen for konsumentene. Kun i den situasjonen der kjeden har all eksogen forhandlingsmakt, vil de to situasjonene være ekvivalente. Kjeden vil da kreve pro-

¹³ Eksempler på teori som viser at et forbud mot faste betalinger kan ha en gunstig samfunnøkonomisk effekt er Shaffer, G. (1991): Slotting Allowances and Resale Price Maintenance: A Comparison of Facilitating Practices. *The RAND Journal of Economics*, Vol. 22, 120-135, og Foros, Ø og H.J. Kind (2008): Do Slotting Allowances Harm Retail Competition? *Scandinavian Journal of Economics* 110(2); 2008, 367-384. Felles for disse er at faste betalinger kun er en måte bedriftene kan oppnå demping av konkurransen på. Shaffers resultat er i tillegg basert på allment observerbare grossistkontrakter, men Foros og Kinds analyse er basert på ikke-observerbare kontrakter utenfor et innkjøps-samarbeid, men der kontraktene innad i innkjøps-samarbeidet er observerbare. Selv om disse teoriene sier at faste betalinger kan være problematiske innenfor den rammen der de er studert, vil de ikke ha så generell gyldighet at de vil kunne begrunne et generelt forbud mot faste betalinger.

¹⁴ *Lunde Lømo, T.* (2011): Kontraksregulering i den norske matkjeden – en analyse av priseffekter. Masteroppgave i samfunnsøkonomi, UiB, desember 2011.

duktet til en pris lik marginalkostnad både under lineære og todelte tariffer.

Når kjeden har alternative leverandører, mens leverandørene ikke har positive utsidealternativer vil innkjøpsprisene være nær produksjonskostnadene under todelte tariffer. Forhandlingene vil i en slik situasjon dreie seg om fordelingen av profitten som skapes gjennom faste betalinger. Kjeden må i et slikt tilfelle minst sikre seg utsidealternativet som vil være å forhandle kun det rivaliserende produktet eksklusivt. Med forbud mot faste betalinger vil leverandøren ta ut sin forhandlingsmakt gjennom høyere grossistpriser, med den konsekvens at konsumentprisene økes. En økning i leverandørmakten vil selvfølgelig forsterke denne negative virkningen for konsumentene.

Dersom leverandørene har positive utsidealternativer mens disse er begrenset for kjeden, er det større variasjon i resultatene. Under todelte tariffer vil konsumentprisene variere med graden av konkurranse mellom kjedene. Sterk kjedekonkurranse vil gi lavere priser enn dersom kjedene er mer differensierte. Med forbud mot faste betalinger viser Lunde Lømo (2011) at konsumentprisene under lineære tariffer vil bli lavest når kjedekonkurransen er svært sterk samtidig som den eksogene forhandlingsmakten til kjedene er svært sterk. Dersom kjedekonkurransen er svakere og/eller leverandørmakten er sterk vil bruk av faste betalinger i leverandørkontraktene gi de laveste konsumentprisene. Ser vi på endringer i den eksogene forhandlingsmakten i denne situasjonen vil økt leverandørmakt under lineære tariffer som regel alltid være negativt. Økt leverandørmakt under todelte tariffer kan imidlertid slå positivt ut i enkelte situasjoner, men kun i de situasjoner der todelte tariffer gir de laveste konsumentprisene.

Ut fra disse betraktninger anser utvalget at et forbud mot eller begrensninger av faste betalinger vil kunne introdusere en ineffektivitet i forhandlingene, noe som vil være i strid med forbrukerhensynet. Dessuten ser utvalget at en regulering vil ha lite for seg all den tid det kan introduseres andre mekanismer fra partenes side for å oppnå de samme effekter. Utvalget anser at forbud mot visse kontraktsformer vil kunne virke hemmende på innovasjon og fleksibilitet i kontraktsutforming.

7.2.2.4 Egne merkevarer (EMV)

7.2.2.4.1 Allment om EMV og vertikal integrasjon

EMV er produkter der resepten til produktet eies av en kjede og der produktet omsettes eksklusivt i denne kjeden.¹⁵ Kjeden kan enten eie produsenten

av produktet (vertikal integrasjon), eller produktet kan produseres av en annen produsent på kontrakt. EMV-leverandøren kan være en etablert produsent av en nasjonal merkevare, eller det kan være en produsent som er spesialisert for EMV-produksjon. På den andre siden har vi de nasjonale merkevarene. En nasjonal merkevare er et produkt hvis merkevare og resept er eid av produsenten selv, og som i prinsippet kan omsettes i flere kjeder. I den økonomiske litteraturen er EMV stort sett ansett for å være velferdsforbedrende, selv om resultatene er litt blandet.¹⁶

Internasjonalt har utbredelsen av EMV økt sterkt de siste årene. I Norge er utbredelsen av EMV fremdeles forholdsvis beskjedne (ca. 12 % av omsetningsverdien i dagligvaremarkedet), selv om innslaget av EMV også her har økt de senere år. Matkjedeutvalget har vurdert hvilken effekt denne utviklingen har hatt for forbrukerne og for styrkeforholdet mellom leverandører og dagligvarehandel. Utvalget peker på at EMV utgjør et viktig strategisk virkemiddel i maktrelasjonene mellom leverandører og kjedene. EMV fører til økt «portvoktermakt» ved at kjedene kan introdusere EMV for å skape mindre plass til nasjonale merkevarer, og dermed gjøre trusselen om delisting av disse mer troverdig. Utvalget peker også på at EMV fører til en forskyvning av «regimakt» fra leverandører til kjeder. Dette skjer ved at kjedene gjennom EMV vil differensiere seg fra andre kjeder, noe som vil svekke priskonkurransen mellom kjedene ettersom vareutvalget blir vanskeligere å sammenlikne. Matkjedeutvalget peker også på enkelte fordeler med EMV, bl.a. at EMV kan utgjøre en mulighet for små leverandører til å komme inn i kjedene, og at andre leverandører kan utnytte ledig produksjonskapasitet til EMV-produksjon.

Matkjedeutvalget konkluderte med at det ikke er godt gjort at EMV-andelen i norsk dagligvaremarked så langt har hatt negative virkninger for norske forbrukere, verken i form av økte priser eller dårligere vareutvalg. Det pekes likevel på fem forhold som ifølge Matkjedeutvalget bør følges nøye:¹⁷

1. EMV-andelen i noen kategorier er høy og man ser behov for å følge med på FoU utviklingen i disse kategoriene

¹⁵ Matkjedeutvalgets vurderinger av EMV er oppsummert i NOU 2011: 4, s. 112-115.

¹⁶ For en oversikt over litteraturen se *Berges-Sennou, F., P. Bontemps og V. Requillart* (2004): Economics of private labels: A survey of the literature, *Journal of Agricultural and Food Industrial Organization*, 2, article 3.

¹⁷ NOU 2011: 4, s. 113.

2. En økning i EMV-andelen vil øke kjedenes forhandlingsmakt
3. Det er ikke gitt at økt profitt til kjedene som følge av EMV vil komme forbrukerne til gode
4. Det pekes på at manglende informasjon om produktopprikkelse kan svekke konsumentenes mulighet til å sammenlikne priser mellom kjeder
5. Utvalget er bekymret for at EMV-produkter kan ha dårligere kvalitet enn sine nasjonale merkevarekonkurrenter, og at dermed den totale kvaliteten i kategorien kan svekkes.

Lovutvalget er enig i at det er få indikasjoner på at innslaget av EMV på det norske markedet så langt har medført betydelige negative konsekvenser for norske konsumenter. På kort sikt ser introduksjonen av EMV ut til å ha hatt positive effekter for norske konsumenter. Dette skyldes i hovedsak tre forhold. For det første har EMV åpnet nye markeder ved at det er blitt introdusert lavprisalternativer i mange produktkategorier. Dette vil gjøre at omsetningen i de aktuelle kategoriene vil øke ved at konsumenter med lav betalingsvilje har økt sin etterspørsel. For det andre har EMV i seg selv medført innovasjon i mange kategorier, noe som igjen sannsynligvis har utløst mer innovasjon i leverandørindustrien. For det tredje vil introduksjon av EMV (og trussel om dette), føre til at kjedene vil øke sin forhandlingsmakt overfor leverandørene. Dersom lavere innkjøpspriser fører til at kjedene setter lavere priser til sine kunder, vil dette være en positiv effekt av EMV.

Det er anført fra ulike hold at EMV også kan ha skadelige virkninger. Matkjedeutvalget anførte at en høy EMV – andel vil kunne øke kjedenes kjøpermakt til en slik grad at leverandørene blir presset så hardt at dette på lengre sikt går ut over vareutvalg og priser. Argumentet for dette vil være at det blir mindre lønnsomt for produsentene å innovere ettersom det er mindre mulighet for stort salg når kjedene selger mer av sine egne EMV.

En annen mulighet for en skadevirkning av EMV er at EMV reduserer vareutvalget direkte ettersom det erstatter nr. 2 eller nr. 3 produkter. En slik skade vil være reell dersom EMV produktet blir verdsatt mindre enn de nasjonale merkene som erstattes. På den annen side kan det også tenkes at introduksjonen av EMV fører til positive prisendringer som kan oppveie for et eventuelt tap av vareutvalg av nasjonale nr. 2 – eller nr. 3 – merker.

Et stort innslag av EMV vil dessuten kunne bidra til å dempe kjedekonkurransen ved at vare-

utvalget blir forskjellig i de ulike kjedene, og at prissammenlikninger derfor blir vanskeligere.

Europakommisjonen legger også vekt på de mer langsiktige effektene av EMV, men da først og fremst knyttet til faren for koordinering mellom leverandørene og kjeden:

«Market operators and NCAs have expressed concerns related to the potential long-term anti-competitive effects of private labels on consumer choice, quality of products and pricing of food in general.

More solid information would be needed in this context in order to analyse the long-term effects of the increased use of private labels in a context in which retailers are increasingly viewed as competitors of their suppliers. When the extensive use of private labels leads a retailer and its competing leading brand supplier to coordinate their respective pricing and assortment strategies, in-store competition between brands may be restricted and, absent a sufficient competitive pressure from other retailers, consumers may suffer from higher prices or reduced choice for the relevant products.

However, since private labels are primarily the expression of a competitive dynamic which may contribute to rationalizing the food supply chain, more robust data would need to be gathered before reaching any conclusion on possible negative effects they may entail.»¹⁸

Innslaget av EMV på det norske markedet er relativt beskjedent i en internasjonal sammenheng.¹⁹ Andelen EMV øker imidlertid med ca. fire prosentpoeng årlig i det norske markedet, og flere av paraplykjedene har – og har lenge hatt – en uttalt målsetting om å øke egen andel EMV.

Matkjedeutvalget har også pekt på at kjedenes satsing på EMV på lang sikt kan føre til mindre innovasjon i leverandørindustrien når innslaget av EMV blir stort. Det finnes ikke systematiske studier av dette spørsmålet i Norge. Dette spørsmålet ble imidlertid grundig utredet av Competition Commission i Storbritannia. Her fant man ingen indikasjoner på at innovasjonstakten i kategorier med større innslag av EMV var mindre enn når EMV innslaget var mindre. I en undersøkelse

¹⁸ Commission Staff Working Document, Competition in the food supply chain, SEC(2009) 1449 (28. oktober 2009), tilgjengelig på http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/publication16065_en.pdf, s. 23.

¹⁹ I Norge er andelen av det totale salget 11,8 % (NOU 2011: 4, punkt 3.4). I EU er andelen EMV av det totale salget av matvarer ca. 23 % (FCA Reports 1/2012 s. 36).

gjennomført av det finske konkurransetilsynet i 2011 fremkommer argumenter i motsatt retning, selv om utgangspunktet også her er at «private labels may increase innovation in themselves by offering new products to the consumer».²⁰ Det finske konkurransetilsynet påpeker imidlertid at hvis EMV-produktet er et kopiprodukt så vil EMV-produktet fjerne noen av fordelene med innovasjon knyttet til tradisjonelle merkevarer. EMV-produzentene er i slike tilfeller gratispassasjerer («free riders») på produsentenes produktutvikling.²¹ Det finske konkurransetilsynet påpeker også at immaterialrettsbeskyttelsen innenfor matvaresektoren er relativt svak i Finland og at veldig få produkter er patentert.²² Offentlige regler om merking av matvarer,²³ samt det faktum at kjedene mottar informasjon om nye produkter forut for lansering av produktene, bidrar også til å legge til rette for kopiering. Hvis kjedene i sin EMV-produksjon legger seg for tett opp til de tradisjonelle merkevarene, vil merkevareprodusentene ifølge det finske konkurransetilsynet miste insentiver til å innovere.²⁴

Regelrett kopiering fører også til at det oppstår en skjev konkurransesituasjon. Kopiproduktet vil være sikret distribusjon til kjedens butikker, det vil kunne få en gunstig hylleplassering i butikkene. Den gunstige konkurranseposisjonen vil da ikke stå i forhold til produktets kvalitet, markedsandel og renommé.

Matkjedeutvalget peker også på at økte overføringer som følge av kjøpermakt ikke nødvendigvis vil slå ut i lavere konsumentpriser. Det synes

rett dersom de økte overføringene som følger av EMV er faste. I så fall vil en ikke forvente at dette slår direkte ut i lavere konsumentpriser, i alle fall ikke på kort sikt. En skulle da forvente at økte faste overføringer slår ut i økt profitt på detaljleddet. På den andre side har kjeden også faste kostnader som skal dekkes inn, og lønnsomhetsstudiene referert til over kan tale mot at dette har resultert i overnormal profitt på detaljleddet så langt. Dersom økte overføringer som følge av EMV fører til økte overføringer i form av variable rabatter, vil en derimot forvente at disse slår ut i lavere konsumentpriser.

Matkjedeutvalget peker videre på faren for at lavpris-EMV med lavere kvalitet vil forringe gjennomsnittskvaliteten i mange kategorier. Dersom kvalitetsdifferensiering fører til at det introduseres et lavprisalternativ for konsumenter med lav betalingsvilje, er det vanskelig for dette utvalget å se at dette kan skade konsumentene. Alternativet er jo ikke at EMV blir introdusert med samme kvalitet som den nasjonale merkevaren, men derimot at EMV ikke blir introdusert i det hele tatt. Det er i og for seg riktig når Matkjedeutvalget påpeker at introduksjon av EMV med lavere kvalitet enn nasjonale merkevarer vil svekke den gjennomsnittlige kvaliteten i en kategori. Dette gjelder enten EMV-produktet kommer i tillegg til de nasjonale merkevarene, eller om EMV-produktet erstatter et av de nasjonale merkene.

Så lenge konsumentene fremdeles har mulighet til å kjøpe produktet med høy kvalitet er det vanskelig å se at dette er et vesentlig problem. Dersom det i enkelte tilfeller skulle skje at kjeden kun selger EMV i en kategori, f.eks. ved å ta ut alle nasjonale merker i samme kategori, er det liten grunn til at dette EMV-produktet skulle tilbys som et lavkvalitetsprodukt. For det første er det ingen produkter igjen som kjeden trenger å differensiere seg fra, og for det andre kan kjeden tape i forhold til sine konkurrenter p.g.a lav kvalitet på vareutvalget. Dersom dette likevel skulle skje, dvs. at høykvalitets nasjonale merker erstattes med EMV av dårligere kvalitet og lavere pris, er dette et tap for forbrukerne med mindre prisnedgangen kompenseres for kvalitetsnedgangen.

Som nevnt har de tre største kjedene også eierskap i ulike typer leverandørindustri. Dette kombinert med EMV, tilsier selvsagt at kjedene opptrer annerledes enn når de bare er grossister og detaljister. Kjedene kan gjennom eierskapet oppstrøms få en egen interesse i å promotere egen industri og egne EMV på bekostning av andre leverandører, i alle fall dersom marginene på EMV er større enn marginene på de nasjonale

²⁰ FCA Report 1/2012, Study on Trade in Groceries kap. 6, tilgjengelig på <http://www.kkv.fi/file/cd1a09b5-f5b7-4483-a18f-6673dead8182/FCA-Reports-1-2012-Study-on-Trade-in-Groceries.pdf>.

²¹ Se også studien The impact of private labels on the competitiveness of the European food supply chain, utført for Kommisjonen i 2011, tilgjengelig på http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/food/files/study_privlab04042011_en.pdf, pkt. 3.4.3.

²² FCA Report 1/2012, Study on Trade in Groceries kap. 6.3.3, tilgjengelig på <http://www.kkv.fi/file/cd1a09b5-f5b7-4483-a18f-6673dead8182/FCA-Reports-1-2012-Study-on-Trade-in-Groceries.pdf>: «The intellectual property rights are rather weak in the food industry and very few products are patented. Copying is facilitated by and sped up by regulations on listing the product ingredients in order of size in the packages and the fact that the retailer receives information on novelty products in the purchase negotiations prior to their launch.»

²³ Regulation (EU) No 1169/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on the provision of food information to consumers, [2011] OJ L 304/18. Det innføres krav om obligatorisk næringsdeklarasjon på størsteparten av matvarene i EU. Disse reglene vil også bli gjort til en del av norsk rett.

²⁴ FCA Report 1/2012 s. 39.

merkene. De nasjonale leverandørene kan kompensere for dette gjennom å redusere sine priser, eller flytte sine leveranser til andre. Dette problemet for leverandørene er altså ikke like stort dersom det eksisterer mange alternative grossister og detaljister som produsentene kan levere til. Selv om dette fort kan ramme leverandøren er spørsmålet om hva dette betyr for konsumentene mer komplisert. Som nevnt over, kan det tenkes at EMV fører til både økt pris- og kvalitetsutvalg, og prisnedgang eller prisoppgang på nasjonale merker, slik at det også her må foretas en avveining.

Matkjedeutvalget var særlig opptatt av at en økning av EMV-andelen kan bidra til å øke kjedenes kjøpermakt, og at dette ikke nødvendigvis vil ha positive effekter for konkurransen innen enkeltkategorier hvis paraplykjedene p.g.a sin doble rolle (både kunde og konkurrent til egne leverandører) oppnår urimelige konkurransefortrinn. Som følge av dobbeltrollen kan paraplykjedene oppnå innsyn i leverandørens kalkyler samtidig som de kontrollerer forbrukerpriser og hylleplassering. Bekymringen er at problemene med EMV her langt på vei er de samme som oppstår ved mangel på såkalt konkurransenøytralitet.²⁵ På grunn av rollen som både kunde og konkurrent påpekes det at kjedene har kostnadsfordeler og andre fordeler sammenlignet med produsenter av tradisjonelle merkevarer. Dersom noen tilegner seg en kostnadsfordel på urimelig vis vil dette kunne innebære et brudd på et prinsipp om god handelsskikk, selv om det nødvendigvis ikke behøver å få negative konsekvenser for konkurransen og konsumentene. Prinsippet om konkurransenøytralitet kan ikke oppfattes slik at konkurrenter bør ha like vilkår i konkurransen, men snarere at de skal ha like vilkår til å konkurrere. Det at noen er smartere og mer effektive enn andre er ikke i strid med et prinsipp om konkurransenøytralitet. Det er et bærende prinsipp i konkurransepolitikken at det er konkurransen som skal beskyttes, og ikke konkurrentene.

Dette betyr også at kjedene ikke bare integrerer oppover til grossist- og distribusjon, men også helt opp til produsentleddet. På denne måten oppnår kjedene eierskap til produksjon, og kan selv styre produktutforming og prising gjennom hele kjeden. I den økonomiske litteraturen påpekes det at vertikal integrasjon kan ha både positive og negative velferdseffekter, og det er generelt ansett

at vertikal integrasjon er betydelig mindre problematisk enn horisontal integrasjon.

Når det gjelder de potensielle negative effektene av vertikal integrasjon er disse stort sett knyttet til negative effekter av utestenging. Dersom en kjede kjøper opp en produsent av et produkt som også er viktig for sine konkurrenter, kan det tenkes at kjeden kan hindre konkurransen gjennom å gi andre kjeder tilgang til produktet på dårligere vilkår, eller helt stenge dem ute fra å få tilgang til produktet. En slik utestengende strategi fordrer imidlertid at kjeden kan unngå budkamp om oppkjøpet ettersom dette kan tenkes å bringe oppkjøpsprisen opp til et nivå som gjør en slik strategi ulønnsom. En annen skadehypotese av vertikal integrasjon er dersom kjedene kan tenkes å integrere oppstrøms i en slik grad at det kan skape etableringshindringer for nye kjeder som ønsker å etablere seg. Tanken er da at de vertikalt integrerte kjedene kan hindre konkurranse fra en ny kjede ved å gi kjeden høye priser, eller rett og slett nekte å levere. Matkjedeutvalget la vekt på dette og mente at en ytterligere kontroll over distribusjon fra paraplykjedenes side vil bidra til å forsterke en utvikling i retning av lukkede kanaler mellom paraplykjeder og leverandør. Dette vil da også kunne fungere som etableringshinder for nye leverandører.²⁶

På den positive siden er vertikal integrasjon ansett å kunne løse vertikale koordineringsproblemer og føre til økt effektivitet samt fordeler for konsumentene. Vertikal integrasjon kan løse problemer knyttet til dobbel marginalisering og andre koordineringsproblemer som kan resultere i lavere priser for konsumentene. Vertikal integrasjon kan også løse problemer knyttet til for lite innovasjon på produsentnivå. Dersom f.eks. holdup problemet som beskrevet ovenfor fører til at det blir for lite produktinnovasjon i leverandøringen, og dette skyldes et kontraktsproblem, vil vertikal integrasjon kunne løse problemet.

Det er således lite grunnlag i økonomisk teori til å fastsette en norm som sier at vertikal integrasjon alltid er bra eller alltid vil være til skade. Det avgjørende er hva som er motivet for vertikal integrasjon.

I det følgende ser utvalget nærmere på noen mer spesifikke problemstillinger knyttet til EMV. Spørsmålet om innsyn i og misbruk av forretningshemmeligheter i tilknytning til EMV er drøftet i 7.2.2.7.

²⁵ Se f.eks. FCA Reports 1/2012 s. 43.

²⁶ NOU 2011: 4, s. 111-113.

7.2.2.4.2 Prisdiskriminering mot merkevarer

En grunnleggende bekymring for Matkjedeutvalget synes å være de muligheter EMV gir når det gjelder såkalt kryssubsidiering og markedsrett. Når EMV introduseres vil disse oftest få en lav pris, mens prisen på den nasjonale merkevaren settes opp. Det hevdes i KPMG-rapporten at overskuddet fra salget av den nasjonale merkevaren benyttes til å «subsidiere» kjedenes EMV. Såkalt kryssubsidiering kan også forekomme – ifølge Matkjedeutvalget – ved at prisen på EMV settes så lavt at det påfører kjeden et tap. Til tross for at den nasjonale merkevaren selges med et overskudd hevder utvalget at en slik tilpasning vil føre til at den samlede profitten fra salget av de to produktene bli redusert, og i så fall konkluderer Matkjedeutvalget med at det «er nærliggende å anta at dette inngår i en strategi for å presse merkevareprodusenten helt eller delvis ut av markedet.»²⁷ Hvorvidt kjedene faktisk selger EMV med tap kan ikke dokumenteres av utvalget, og kjedene hevder selv at de ikke selger EMV med tap.

Utvalget mener at det kan settes spørsmålstegn ved disse antakelsene. Dersom en kjede skulle ha til mål å stenge ute nasjonale merker fra markedet virker det mindre sannsynlig at de skulle prøve å gjøre dette gjennom å selge EMV med tap. Grunnen er at kjeden selv direkte kan utestenge det nasjonale merket ved ganske enkelt å deliste produktet. Matkjedeutvalgets resonnering kan muligens forklares ut fra en parallell til predasjon. I «vanlig predasjon» vil en aktør i en periode selge produktet sitt med tap, og dermed til en pris som ikke kan matches av en like effektiv konkurrent. Konkurrenten vil da miste salg og bli tvunget til å forlate markedet. Når konkurrenten er ute kan den som driver predasjon øke prisen og gjenvinne tapet han har hatt ved å selge med tap. Poenget er imidlertid at i den aktuelle situasjonen hvor kjeden kan kontrollere markedsadgangen til det nasjonale merket direkte, er det vanskelig å se en logisk grunn til at kjeden skal selge EMV med tap for å få til eksklusjon.

Dersom det skulle være tilfelle at kjeden selger EMV med tap, må dette være fordi det er lønnsomt også på kort sikt, og ikke fordi kjeden skal kunne utnytte markedsrett når det nasjonale merket er presset ut. Målet med prisdifferensieringen må være å skape nok avstand i pris mellom det nasjonale merket og EMV. I økonomisk teori betegnes dette som prisdiskriminering av andre grad. Utgangspunktet er at det finnes grupper av

kunder med ulik betalingsvilje, og hensikten er å få kundene til å velge «rett» produkt. Kjedene (og produsentene) kan i så fall øke den samlede fortjeningen ved å prisdiskriminere slik at grupper med lav betalingsvilje induseres til å kjøpe EMV til en lav pris, mens grupper med høyere betalingsvilje induseres til å kjøpe den nasjonale merkevaren til en høyere pris. For å få dette til må produktene ha en viss forskjell i pris, og det er ikke nødvendig å selge EMV med tap, fordi den nødvendige forskjellen også kan oppnås ved å øke prisen på det nasjonale merket. Det er imidlertid ikke nok med en stor nok prisforskjell på de to produktene. Dersom produktene oppleves som like eller identiske, vil alle kundegrupper velge produktet med lavest pris, i dette tilfellet EMV. Det er derfor nødvendig å kvalitetsdifferensiere produktene slik at EMV framstår som et produkt med lavere kvalitet enn det nasjonale merket. Denne kvalitetsforskjellen kan være reell eller opplevd blant konsumentene. Med en reell eller opplevd kvalitetsforskjell og forskjeller i pris som skissert, vil de ulike kundegruppene selvselektere seg slik at de med høy betalingsvilje velger den nasjonale merkevaren, mens de med lav betalingsvilje velger EMV.

Denne type prisdiskriminering er svært utbredt i mange markeder og vanlig både på leverandør- og dagligvareleddene. Kvalitetsdifferensieringen mellom produkter skjer også ved at produsentene kan pådra seg kostnader med å senke kvaliteten på enkelte produkter. Det kan være vanskelig å forstå at dette skal kunne være i konsumentens interesse. Poenget er imidlertid at alternativet til kvalitetsdifferensiering er enten høyere gjennomsnittspriser, eller at enkelte markeder lukkes ved at produsentene ikke velger å tilby produkter for enkelte markedssegment.

Et eksempel som kan illustrere dette er markedet for biler. Alle bilprodusenter introduserer samme bilmodell med mange ulike motoralternativer (ulik kvalitet). I mange tilfeller er det i utgangspunktet samme bilmotor i de ulike modellene, men produsenten har pådratt seg kostnader med å redusere motorytelsen på noen bilmodeller. Biler med motorer med lav ytelse får en lavere pris enn biler med motorer med bedre ytelse, og denne forskjellen skyldes ikke kun ulikt avgiftsnivå. Kvalitetsdifferensieringen innebærer altså diversifisert tilbud som gir et mer effektivt markedsresultat. Et annet eksempel er flymarkedet. Flyselskaper selger economy, economy plus og business-billetter der kvalitetsnivået øker med økende pris. Kvaliteten senkes på economy-klasse i form av f.eks. dårlig benplass, ikke bare fordi man da får plass til flere, men mest for å hindre at de med høy betalingsvilje som flyr på

²⁷ NOU 2011: 4, s. 115.

business skal kjøpe economy billetter. Så lenge konkurransen mellom ulike bilmerker og ulike flyselskaper er tilstrekkelig, er det vanskelig å se at denne praksisen er et problem for kundene. Redusert konkurranse i den horisontale relasjonen vil nødvendigvis være et problem, men det er ingen sammenheng mellom en slik effekt og prisdiskrimineringen.

Når det gjelder velferdsvirkningene av denne type prisdiskriminering vil disse ofte være positive. Grunnen til dette er at denne type prising ofte vil øke antall enheter solgt i den aktuelle kategori, fordi det åpnes nye markedssegmenter; kundegrupper med lav betalingsvilje kommer inn på markedet. Hvis vi tar utgangspunkt i en situasjon der kun merkevaren blir solgt til en en gitt pris og mengden, når det da introduseres en EMV til en lavere pris vil denne overta en andel av den nasjonale merkevarens salg. Dersom kjeden setter opp prisen på den nasjonale merkevaren vil normalt salget av denne varen svekkes. Ettersom kundene av EMV er mer prisfølsomme enn de kundene som fremdeles kjøper merkevaren, vil den totale etterspørselsøkningen som følger av en EMV til lavere pris, ofte være større enn fallet i etterspørselen som følger av at den nasjonale merkevaren får en høyere pris. Det totale salget i kategorien øker. Kundene som kjøper den nasjonale merkevaren vil selvsagt tape dersom prisen går opp, mens kundene som nå kjøper EMV vil få en gevinst. Dersom det relativt sett er flere EMV-kjøpere som får en gevinst enn kjøpere av nasjonale merkevarer som lider et tap, vil kundene i gjennomsnitt kunne vinne på dette.²⁸

Prisdiskriminering av typen vi har diskutert over, har lite med kryssubsidiering å gjøre. Enhver bedrift vil tilpasse prisene til hvor prisfølsom etterspørselen er. Dersom etterspørselen er prisfølsom for et produkt vil marginen (og dermed prisen) bli lav på dette produktet. Dersom prisfølsomheten er lav, vil marginen bli høy og produktet vil få en relativt høy pris. Dette følger direkte av ønsket om størst mulig fortjeneste.

Selv om EMV har styrket kjedenes forhandlingsposisjon overfor leverandørene, idet trusselen om introduksjon av EMV kan tvinge leverandørene til å senke sine priser,²⁹ vil EMV-introduksjon også kunne være gunstig for både leverandører og kjeder. Dette gjelder spesielt i de tilfellene

der det er den nasjonale merkevareprodusenten som også produserer EMV for kjeden. I et slikt tilfelle vil EMV-introduksjon ofte kunne øke samlet omsetning og fortjeneste i kategorien, og dette overskuddet kan i prinsippet fordeles mellom kjede og leverandør slik at begge kommer bedre ut enn om bare det nasjonale merket blir solgt. I andre tilfeller, der EMV blir produsert av andre vil de nasjonale merkevareleverandørene tape salg, men dette kan helt eller delvis kompenseres ved at de tar en høyere pris når EMV blir introdusert av kjeden.

Utvalget vurderer på denne bakgrunn det som lite relevant å foreslå regulering av prisdiskriminering mellom EMV og nasjonale merker, idet en svekkelse eller utelukkelse muligheten for prisdiskriminering kan innebære et velferdstap. Kildene til dette tapet er for det første at markedet for lavt prisede EMV-produkter lukkes, og for det andre at leverandørene får sterkere forhandlingsmakt og vil dermed kunne kreve høyere priser på sine produkter som selges til kjedene. Dette vil gi grunnlag for økte priser på nasjonale merkevarer. Ingen av delene vil være i forbrukernes interesse.

7.2.2.4.3 Produktutvalg og innovasjon

Når det gjelder virkninger på produktutvalg og innovasjon av EMV påpeker Matkjedeutvalget at det ikke nødvendigvis er det absolutte profittnivået til leverandørene som avgjør innovasjonsinsentivene.³⁰ I stedet mener Matkjedeutvalget at det er det relative profittnivået, avkastningen av selve innovasjonen, altså forskjellen mellom profitt hvis en innoverer og det en kan få dersom en ikke innoverer, som avgjør insentivene til innovasjon. Matkjedeutvalget skriver at det derfor er mulig at EMV-introduksjon øker produsentenes innovasjonstakt, og anser også svekket innovasjon som en reell fare kun dersom innslaget blir særlig høyt. Disse betraktninger er på linje med den økonomiske litteraturen om kjøpermakt og innovasjonsinsentiver, som nettopp viser at kjøpermakt kan ha positive virkninger på innovasjon.³¹ Matkjedeutvalget peker også på at innovasjon kan skje gjennom handelens utvikling av EMV. Dette tilsier ifølge Matkjedeutvalget at innovasjonstakten i leverandørindustrien kan gå ned dersom EMV-muligheten stenges. Det vil ramme konsumentene i form av mindre innovasjon og dårlige produktutvalg enn med EMV.

²⁸ *Varian, H.* (1997): Versioning information goods. Mimeo, University of California, Berkeley, March 13, 1997.

²⁹ *Gabrielsen, T. S. og L. Sørgard* (2007), Private Labels, Price Rivalry and Public Policy. *European Economic Review*, 51(2): 403-424.

³⁰ NOU 2011: 4, s. 114.

³¹ Se f.eks. *Inderst, R og C. Wey* (2006): Buyer power and supplier incentives, *European Economic Review*, 51: 647-667.

Når det gjelder utviklingen av premium-EMV ser utvalget dette som et mulig svar på hold-up problemet som svekker leverandørindustrien insentiver til produktutvikling. Det at partene ikke har muligheter til å inngå fullstendige kontrakter om betingelsene for salg av en framtidig innovasjon før leverandørene faktisk har utviklet produktet, gjør at industrien vil ha manglende insentiver til produktutvikling. Dette rammer både leverandører, kjeder og konsumenter i form av mindre produktutvikling enn det som er samfunnsmessig ønskelig. Det er et problem som er vanskelig å regulere bort. En løsning er vertikal integrasjon der kjeden selv står for produktutviklingen. Lovutvalget har merket seg utviklingen i Storbritannia på dette området, der kjeden har gått foran når det gjelder utvikling av nye produkter som premium-EMV, f.eks. i markedet for ferdigmiddager. Når kjedene gjør dette viser det seg også at leverandørindustrien følger på for å verne om sine markedsandeler.³²

Vi ser også tilsvarende utvikling i Norge, der kjedene i stadig større grad utvikler premium-EMV, f.eks. «Jacobs» og «Smak forskjellen», og der industrien synes å følge etter. En tolkning av denne utviklingen er at vertikal integrasjon gjennom kjedenes egne EMV-strategier bidrar til økt innovasjon gjennom å løse hold-up problemet. Denne utviklingen er også notert av Matkjedeutvalget når de uttaler:

«Det hører også med i totalbildet at det skjer innovasjon gjennom handelens utvikling av EMV. To av kjedene har opplyst at de utvikler EMV til segmenter der de mener leverandørene ikke har et bredt nok utvalg.»³³

I stedet for å betrakte premium-EMV som en gunstig respons på manglende innovasjon på leverandørleddet, f.eks. p.g.a hold-up, trekker Matkjedeutvalget den konklusjon at EMV vil svekke innovasjonen på leverandørleddet. Lovutvalget ser imidlertid ikke at en slik konklusjon kan etableres på bakgrunn av det materialet Matkjedeutvalget la til grunn. Tvert imot er utvalgets oppfatning at innovasjonsvirkninger trekker i retning av at EMV som sådan ikke bør reguleres nærmere.

7.2.2.5 Prismodeller og eskalering av prisnivå?

En stor del av den misnøye som er uttrykt i KPMG-rapporten er knyttet til den såkalte D-prismodellen, som etter det utvalget kjenner til primært benyttes av NorgesGruppen.

Utvalgets forståelse av de grunnleggende trekene med modellen er som følger:

I stedet for den tradisjonelle modellen der den prosentvise rabatten forhandles på grunnlag av listeprisen til leverandøren, innebærer D-prismodellen at rabatten skal beregnes ut fra en intern detaljpris som settes av kjeden til sine butikker. Dette innebærer at kronerabatten som innrømmes kjeden etter at prosentsatsen er forhandlet er avhengig av den internpris som kjeden selv velger. Rabattene består dels i JM-bidrag, dels i rene prisavslag overfor kjeden. Varelinjerabatten, som følger varen ut til butikk, beregnes imidlertid av grossistprisen.

Dette skaper en rekke effekter. For det første vil leverandøren ikke ha kontroll på den kronerabatt som skal innrømmes ettersom beregningsgrunnlaget bestemmes av kjeden selv. For det andre vil kronerabatten være økende i internprisen som kjeden setter, noe som i seg selv vil gi kjeden insentiver til å øke internprisen. For det tredje vil leverandørene, for å motvirke den økte kronerabatten, respondere ved å øke sine listepriser for å beholde nok «luft» til å motvirke effektene av rabatten. I tillegg er det også hevdet at modellen har dynamiske virkninger som reduserer leverandørenes andel av fortjenesten til fordel for kjedene. I denne sammenheng vil vi fokusere på virkningene for forbrukerne av modellen.

D-prismodellen beskrives som en prisdrivende kalkylemodell av Matkjedeutvalget. I sin enkleste form innebærer modellen at forhandlingsgrunnlaget for varelinjerabatter fastsettes med utgangspunkt i den interne detaljprisen i stedet for leverandørens listepris som har vært vanlig. Dette betyr at kjeden selv har kontroll med kronerabatten som blir innvilget ettersom denne bestemmes av den detaljpris som kjeden selv bestemmer. Alt annet likt vil kjeden få en høyere kronerabatt dersom detaljprisen settes opp, og det vil gi kjeden et insentiv til å øke detaljprisene. Enkelt sagt kan modellen virke som et system der kjeden binder seg selv opp til å øke prisene sine ensidig. Dersom en slik eller liknende mekanismer er innført av alle aktørene i bransjen (f.eks. gjennom koordinering), kan slike prismodeller være konkurransmessig uheldig. Det er imidlertid vanskelig å se hvordan en enkelt kjede kan dempe konkurransen gjennom ensidig å innføre en slik modell. Kje-

³² Se nærmere analysen i Competition Commission: The supply of groceries in the UK market investigation (http://www.competition-commission.org.uk/assets/competition-commission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2008/fulltext/538.pdf), pkt. 9.71 ff.

³³ NOU 2004:11, s. 114.

den står fritt til å sette sine priser, og trenger således ingen spesiell prisingsmodell for å sette opp disse.

Utvalget ser ikke bort fra at modellen kan ha fordelingsmessige uheldige sider for leverandørene. Dette reiser spørsmålet om hvorfor leverandører går med på en slik prisingsmodell. Utvalgets inntrykk av KPMG-rapporten er da også at flere leverandører tar selvkritikk på at de ikke har overskuet konsekvensene av kontraktsmodeller de har gått inn på.³⁴

Hovedfokus for utvalget er hvorvidt modellen kan tenkes å ha uheldige sider også for konsumentene ved at modellen fører til økte detaljpriser for de varer som er omfattet av modellen. Utvalget ser at modellen kan gi kjeden insentiver til å øke sine interne detaljistpriser fordi dette, alt annet likt, vil føre til økt kronerabatt. Utvalget ser også at virkningen av modellen kan være at leverandørene som respons på modellen vil øke sine listepriker for å skape luft for de rabatter som modellen skaper. En skulle da tro at begge disse forholdene ville tilsi at konsumentprisene skulle øke. En slik effekt er imidlertid usikker, av flere grunner: For det første, dersom kjeden skulle ønske å øke sine detaljistpriser ut til konsumenten er det vanskelig å forstå at de er avhengige av en slik modell for å gjøre dette. Vurdering av lønnsomheten av en prisøkning til konsumentene avgjøres av forholdet mellom det tap av salg som kjeden vil få og den økte marginen. Dvs. at dersom avveiningen slår positivt ut for kjeden ville den øke prisene uavhengig av D-prismodellen. Det er derfor vanskelig å se at D-prismodellen i seg selv skulle gi ytterligere muligheter for økte priser.

Det kan tenkes at D-pris modellen gir kjeden insentiver til ensidige prisøkninger fordi økte priser samtidig gir lavere innkjøpskostnader. Dersom modellen gir kjeden lavere innkjøpspriser, skulle en forvente den motsatte effekten, nemlig at detaljprisen ut til konsumenten ble satt ned. Det er derfor vanskelig å se at en kjede gjennom ensidig å innføre en slik forhandlingsmodell kan oppnå å sette høyere detaljpriser til konsumentene. Det er ikke det samme som å si at modellen ikke kan være lønnsom for kjeden. Den kan være lønnsom for kjeden fordi den gir kjeden lavere innkjøpskostnader, uten å ramme forbrukerne.

Dersom det hadde vært slik at samtlige kjeder brukte en tilsvarende modell, kan det tenkes at kjedene kollektivt sett kunne ha kommet bedre ut ved at modellen virker som en koordineringsmekanisme i markedet. En slik koordinering vil

antakeligvis måtte basere seg på enten stilltiende eller eksplisitt enighet om å bruke denne eller tilsvarende prisingsmodeller, og vil være utsatt for de samme stabilitetsbetraktningene som omgir vanlig koordinering. Utvalget understreker at det er en premisse for diskusjonen at konkurransen mellom kjedene fungerer. Dersom kjedene samlet benytter prismodeller som koordineringsmekanisme, bør dette adresseres etter konkurranseloven, sannsynligvis som et spørsmål om misbruk av kollektiv dominans, jf. 9.5.2.

Utvalgets vurdering er derfor at det er lite som tilsier at en slik prismodell, i alle fall ikke i seg selv og når den er anvendt av kun én aktør, vil kunne være et instrument for å dempe konkurransen på detaljnivå i dagligvarebransjen.

Det forhindrer ikke at utformingen og den konkrete bruken av modellen kan være i strid med et prinsipp om god handelsskikk, da først og fremst ut fra at den reduserer forutberegneligheten om ytelsene. Dette er imidlertid mer et spørsmål om informasjon i forhandlingsfasen enn om prismodellen som sådan.

7.2.2.6 Risiko for investeringer

Som nevnt i avsnitt 7.2.2.1 vil underinvestering i innovasjon på leverandørleddet bli resultatet dersom kontrakter gjør det vanskelig å beskytte relasjonsspesifikke investeringer. Leverandøren kan i slike tilfeller bli utsatt for et hold-up problem ved at investeringen utnyttes av kjeden når investeringen er foretatt. Et eksempel på en situasjon der det kan oppstå et hold-up problem er som følger: En leverandør lanserer en plan om et nytt produkt. Kjeden(e) er positiv(e), og leverandøren pådrar seg kostnader for å utvikle produktet. Når denne investeringen er foretatt endres spillereglerne ved at leverandøren får mindre betalt for produktet enn han er forespeilet, eventuelt at en eller flere kjeder krever at produktet skal lanseres som en EMV i eget navn. En slik hold-up situasjon er klart negativ for leverandørens insentiver til å foreta investeringen og utvikle produktet. Dette rammer også konsumenten ved at de får mindre produktutvikling enn de ville ha fått dersom hold-up problemet ikke hadde eksistert.

Det grunnleggende problemet i denne situasjonen er at leverandøren ikke makter å sikre investeringen sin gjennom en kontrakt før investeringen foretas. Dette kan skyldes at foretaket ikke vet hva investeringen vil koste, hva produksjonskostnadene vil bli og at det derfor er vanskelig å kontraktsfeste de nøyaktige vilkårene før produktet er utviklet. Det kan også skyldes andre forhold

³⁴ Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 151.

som gjør det vanskelig å kontraktfeste spesifikke vilkår for transaksjonen før produktet har sett dagens lys. Dersom dette er situasjonen, er det et iboende problem i alle kontraktsrelasjoner av denne typen, og ikke spesielt knyttet til situasjoner med kjøpermakt. Det avgjørende for hold-up problematikken er at investeringen som gjøres er relasjonsspesifikk, på en eller annen måte.

Et tilsvarende problem vil også kunne oppstå selv om det på forhånd er mulig å kontraktfeste vilkårene for salget etter at investeringen er tatt, men der kjeden ensidig kan endre vilkårene i etterkant. I så fall kan leverandøren i prinsippet håndheve kontrakten, men frykt for kjedens reaksjoner kan hindre leverandøren i å gjøre dette. I begge situasjoner vil underinvestering bli resultatet. I det første tilfellet er problemet knyttet til det faktum at det er vanskelig å skrive en kontrakt som regulerer handelen etter investeringen før investeringen er tatt. Den andre situasjonen representerer et håndhevingsproblem ved at inngåtte kontrakter ikke respekteres.

Selv om problemet synes størst for leverandøren fordi det er kjeden som opptrer opportunistisk er det viktig å være klar over at begge parter rammes av dette problemet. Dette er fordi disse problemene vil hindre kjeden å få tilgang til produktinnovasjoner som kunne være viktige bidrag til at kjeden kunne vinne markedsandeler i detaljmarkedet. Når vilkårene ikke kan kontraktfestes før investeringen foretas, har kjeden ingen mulighet til å overbevise leverandøren om at han ikke kommer til å opptre opportunistisk i etterkant, og da har skaden allerede skjedd.

Dette problemet er velkjent i økonomisk litteratur, og den løsning som vanligvis fremheves er vertikal integrasjon. Med vertikal integrasjon forsvinner problemet ved at kjeden ikke vil opptre opportunistisk mot seg selv. Det er interessant å se den vertikale integrasjon som skjer, kanskje spesielt når det gjelder utvikling av premium-EMV, i dette lys. Deler av denne utviklingen kan skyldes manglende investeringsinsentiver i leverandørindustrien av de grunner som er skissert over. Utvalget presiserer at det ikke har foretatt empiriske undersøkelser for å belegge sin vurdering av dette.

Et annet aspekt som går igjen i KPMG-rapporten er anførsler om uheldig risikofordeling mellom kjeder og leverandører. Fordeling av risiko reguleres normalt av kontrakten mellom kjede og leverandør. En kontrakt mellom to parter anses som effektiv dersom den muliggjør at det samlede overskuddet som det skal forhandles om blir så stort som mulig. Gitt at kontraktene mellom de

som forhandler er generelle nok, kan vi derfor skille motivene om å gjøre overskuddet størst mulig fra problemet om hvordan overskuddet skal deles. Partene vil i utgangspunktet ikke være uenige om at det samlede overskuddet skal være størst mulig, men de vil selvsagt være uenig om fordelingen av dette. Når vi snakker om fordeling kommer vi inn på forhandlingsstyrke som et viktig element.

Effektive kontrakter tillater partene å skille mellom effektivitet og fordeling. For å oppnå effektivitet må kontraktene være fleksible nok. Dette prinsippet omfatter også risikofordeling. Når risikoen er fordelt optimalt, vil det samlede overskuddet være størst mulig. Dette betyr at partene selv vil ha insentiver til å fordele risikoen optimalt seg imellom.

Et generelt prinsipp som følger av økonomisk teori er at den part som misliker risiko mest skal bære mindre risiko. Det er fordi en slik risikofordeling maksimerer det overskuddet som kan skapes i relasjonen. Dersom en risikoavers part ikke forsikres for den risiko han løper, vil han – alt annet likt – være villig til å bidra mindre inn mot den verdiskapning som skjer i relasjonen. Grunnen til dette er at dersom han forsikres mot denne risikoen, vil økning i hans bidrag inn mot verdiskapningen være større enn de ressursene som går med for å forsikre aktøren. På denne måten vil partene selv ha insentiver til å forsikre partene optimalt etter den holdning til risiko de måtte ha, ganske enkelt fordi dette maksimerer den totale verdien som kan skapes i relasjonen.

Når det gjelder risikofordeling i leverandørkjede forhold i dagligvaremarkedene er det først og fremst risiko knyttet til ugunstig atferd fra den ene part som har vært i fokus. Dette omtales i økonomisk litteratur ofte for atferdsrisiko. F.eks., dersom all risiko for svinn er lagt på leverandøren, og kjeden kan påvirke graden av svinn, vil det oppstå et problem dersom leverandøren ikke har tatt høyde for disse insentivene i kontrakten sin. For å unngå slike problemer er det ifølge økonomisk teori slik at tap som følger av atferdsrisiko i størst mulig grad bør bæres av den som kan påvirke utfallet. Ofte kan det være flere parter som kan påvirke tap gjennom sine handlinger, og i så fall bør risikoen deles. Et sentralt poeng er likevel at partene også i et slikt tilfelle vil ha felles insentiver til å framforhandle kontrakter som fordeler risikoen mellom seg på best mulig måte, gitt de agentproblemer som eksisterer i relasjonen. Med agentproblemer er det altså en avveining mellom effektivitet og hensynet til faren for ugunstige handlinger som styrer hvordan risikoen bør fordeles.

Når det til tross for dette kan synes som at mange leverandørkontrakter ikke håndterer risiko på en optimal måte, kan dette skyldes asymmetrier mellom kjeder og enkelte leverandører. Det kan være grunn til å tro at kjedene vil være mer erfarne kontraktsforhandlere enn mange små og mellomstore leverandører. Dersom det er tilfellet, kan det tenkes at de klarer å plassere mer risiko på leverandøren enn det leverandøren selv har mulighet til å overskue. Det betyr igjen at kjeden ikke ønsker å fordele risiko optimalt, fordi leverandøren ikke vil respondere på mer risiko med å kreve en høyere pris.

Problemet kan også oppstå fordi risikofordelingen ikke er nøyaktig spesifisert i kontrakten, og at kjeden kan tenkes å legge ensidige tolkninger av avtalen til grunn i ettertid. Denne type handlinger som er basert på en informasjonsfordel på kjedens hånd, vil først og fremst ramme leverandøren, men det kan heller ikke utelukkes at disse problemene kan ramme konsumentene dersom slike problemer fører til høyere priser og eller lavere produktvalg. Problemet som her er skissert kan synes mest alvorlig for mindre leverandører, mens de store antakelig vil ha nok ressurser og erfaring til å være på vakt mot slike forhold. En del klager som framkommer i KPMG-rapporten kan tyde på at dette er et potensielt problem. Disse problemene er også kjent fra internasjonale markeder, og var f.eks. grundig diskutert som et problem i UK gjennom undersøkelsene foretatt av Competition Commission. De skriver:

«However, where a contract sets out expressly and unambiguously in advance the basis on which retroactive adjustments to the terms of supply can occur, a resulting adjustment ought not to be considered retrospective. In that instance, risk has been agreed and shared between the parties prior to the transaction. For example, if an erroneous sales forecast by the retailer results in significant overstocking of a product, it would not be appropriate for the retailer to then request or require that the supplier share the costs of a promotion to increase demand. However, if the contract had specified that in the event of a forecasting error, the supplier would bear a pre-specified price reduction, then the contract would have allocated the risk prior to the transaction taking place. (Clause 7 of the SCOP, which regulates payments for wastage, is an example of an existing clause which stipulates prior agreement as to allocation of risk.) A term of an agreement between a retailer and a supplier which permitted

the retailer to request or require an unspecified retroactive allocation of risks and costs in a wide range of circumstances should, in our view, still be regarded as retrospective. In order not to be retrospective, such a clause would need to be sufficiently specific as to the circumstances in which it would be triggered and the allocation of risks and costs that would apply, so that it is clear that both the retailer and the supplier have had the opportunity to consider the apportionment of risk and cost before entering into the contract.»³⁵

Som det framgår av sitatet over er poenget at partene før kontraktsinngåelsen har anledning til å forhandle om, og forstå, hvilken risiko som er forbundet med kontrakten, samt at ingen av partene kan legge til ensidige tolkninger av kontrakten i ettertid. I så fall er det få grunner til at partene skulle enes om en ineffektiv risikofordeling.

Utvalgets konklusjon er derfor at det ikke bør gripes direkte inn mot risikofordelingen i kontrakter. Utvalget ser imidlertid at det er et behov for å sikre at forhandlingsløsningen oppnås i en situasjon der begge parter har symmetrisk/samme informasjon om relevante forhold. Også for denne problemstillingen anser utvalget således at tilgang til informasjon i forhandlingssituasjonen er det mest relevante fokus ut fra utvalgets mandat.

7.2.2.7 Innsyn i sensitiv informasjon

Fremstillingen har flere steder berørt spørsmålet om innsyn i sensitiv informasjon, bl.a. i forbindelse med produksjon eller utvikling av EMV. Innsyn i informasjon (og da først og fremst leverandørers informasjon) av sensitiv karakter er knyttet til flere situasjoner og typer av opplysninger, f.eks. resepter, kostnadselementer, vilkår tilbudt andre aktører mv.

Innsyn i sensitiv informasjon kan dempe insentiver til å innovere, i den utstrekning foretaket som innoverer ikke har sikkerhet mot at informasjonen utnyttes i konkurrerende virksomhet. Dette er den grunnleggende logikken bak reglene om industrielt rettsvern, f.eks. patenter, dvs. at innovasjonen må beskyttes for å bevare villigheten til å foreta investeringer i innovasjon. Dersom foretak tvinges til å dele sensitiv informasjon, og dette reduserer incentivene til å innovere, vil

³⁵ Rapport av 30. april 2008 fra Competition Commission, The supply of groceries in the UK market investigation (tilgjengelig på http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2008/fulltext/538.pdf) pkt. 9.46.

dette kunne gi seg utslag i redusert kvalitet og utvalg for forbrukerne.

Sammenhengen gjør seg gjeldende uavhengig av om informasjonsdeling og utnyttelse av den er knyttet til EMV eller ikke. Likevel er det sannsynligvis først og fremst i forretningsforhold som også involverer EMV-produksjon at informasjon kan måtte deles. Utvalget anser likevel ikke problemstillingen som «EMV-spesifikk», men anser at bevaring av forretningshemmeligheter og beskyttelse mot utnyttelse i form av «snylting» representerer en separat problemstilling som må adresseres som sådan. I første rekke er dette et spørsmål om 1) gjeldende regelverk gir tilstrekkelig beskyttelse og 2) om det er forhold i bransjen som leder til «underhåndhevelse» av gjeldende regler. Utvalget kommer tilbake til disse spørsmålene.

7.2.2.8 Tilgang til relevant informasjon ved kontraktsinngåelse

Som det framgår av KPMGs rapport, og som Utvalget også har vært inne på flere ganger, framstår det som et tydelig problem at forhandlingene mellom kjedene og enkelte leverandører er ubalanserte i den forstand at partene har ulik informasjon ved kontraktsinngåelse. Asymmetrisk informasjon om det konkrete innholdet i kontraktene ved tidspunktet for kontraktsinngåelsen kan føre til ineffektivitet som ikke bare vil ramme den underinformerte part, men også konsumentene både på kort og lang sikt. Dette gjelder både den avtalemessige tolkningen av inngåtte avtaler og den risiko som partene påtar seg i relasjonen.

Løsningen på dette problemet er nødvendigvis at den underinformerte part informeres før kontraktsinngåelse. Det ansvaret ligger i fremste rekke på partene selv, og er vanskelig å regulere. Det kan likevel stilles spørsmål ved om ikke begge parter bør ha et ansvar for å sørge for at motparten i forhandlingene har den nødvendige forståelse for hva den kontrakt som er i ferd med å inngås innebærer både for ytelser og risiko, og at partene bør gå så langt som mulig i å konkretisere hvordan kontraktene skal forstås ved forutsette og uforutsette hendelser. Utvalget ser at det å skrive fullstendige kontrakter, som tar høyde for alle eventualiteter, fort kan ende opp mer kompliserte enn det som allerede er. På den måten vil problemene kunne forverres. En slik tilnærming er heller ikke i samsvar med norsk kontraktsrettslig tradisjon. Det synes likevel forenlig med god handelsskikk at en part – dersom denne parten er i tvil om eller har sikkerhet om at motparten ikke

har forstått viktige elementer av den kontrakt som er i ferd med å inngås – bør sørge for at motparten opplyses om dette. Jf. 8.5 mener utvalget at en slik regel allerede følger av det alminnelige prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold, men at det kan være grunn til å tydeliggjøre den i en lov om god handelsskikk.

7.3 Vurdering opp mot allmenne forretningsverdier

Matkjedeutvalget fokuserte på flere verdier i sin innstilling. «Klarere prosedyrer, større åpenhet og forutsigbarhet»,³⁶ «redelighet og god skikk»,³⁷ og fravær av «urimelige fordeler»³⁸ ble nevnt. Selve standarden god handelsskikk defineres som at aktørene vil opptre «redelig, basere forretningsforhold på gjensidighet, unngå urimelige forretningsvilkår, tilstrebe en rimelig risikofordeling og respektere andre parterers immaterielle rettigheter.»

Lovutvalget er enig i at dette representerer allmenne verdier som det er ukontroversielt å legge til grunn i enhver bransje. Slike prinsipper har også betydelig støtte i eksisterende kontraktsrettslige prinsipper, jf. særlig 8.5 nedenfor. Avvik fra disse verdiene vil tilsvarende bli møtt med misbilligelse fra de fleste. Utvalget legger også til grunn at det kan ha en egenverdi for forbrukerne at varene er omsatt gjennom kanaler med høye forretningsetiske standarder, jf. 6.3.3 om rimelighet i forbrukerpolitikken, og at slike verdier dermed også er relevante ut fra utvalgets mandat. Samtidig må slike verdier veies mot forbrukernes interesser målt ut fra bl.a. pris og kvalitet.

Et grunnleggende problem er at definisjonene og oppfatningene av hva som er rimelig, redelig etc. kan variere, ikke bare fra bransje til bransje og fra land til land, men også fra person til person. Dette etterlater et behov for å presisere nærmere hva som representerer brudd på verdistandarden, dels for å konkretisere i enkeltsaker, dels for å søke å forklare hvor normen ligger for andre type-tilfeller. På dette punktet gir ikke Matkjedeutvalget noe særlig mer enn utgangspunkter, også fordi utvalget ikke har holdt de rene verdi-/etikrelaterte forholdene unna de konkurranse- og forbrukerpolitiske problemstillingene.

Lovutvalget anser at det som utgangspunkt må være betydelig frihet ved opptreden i forhandlin-

³⁶ NOU 2011: 4, s. 119 første spalte.

³⁷ NOU 2011: 4, s. 119 andre spalte.

³⁸ L.c.

ger. Dette gjelder også «trussel» om delisting dersom dette skjer innenfor de ordinære forhandlingsvinduene. Trussel om, og iverksettelse av usaklige represalier, f.eks. negativ omtale og påvirkning av andre aktører for å sette forhandlingsparten i en vanskeligere situasjon, vil imidlertid være eksempler på det utvalget vil karakterisere som uredlige metoder. Det samme gjelder tilbakeholdelse av opplysninger en part hadde legitim grunn til å få kunnskap om i forhandlings-situasjonen.

Lovutvalget er i utgangspunktet tilbakeholdende med å foreslå sensur av inngåtte kontrakter ved fordeling av marginer og balansen mellom ytelser. I det materialet som foreligger, er det likevel enkelte kontraktsforpliktelser som kan anses som problematiske under en standard bygget på redelighet og forutberegnelighet. Utvalget presiserer innledningsvis at en del kontraktsvilkår det er uttrykt misnøye med, kan være uheldige for den enkelte aktør. Når det likevel er inngått slike avtaler, vil en mulig forklaring, som også har støtte i KPMG-rapporten, være at partene har hatt ulik grad av forståelse om rekkevidden av vilkårene. En slik utnyttelse av en informasjonsfordel vil ikke nødvendigvis være uredlig eller støtende for den alminnelige rettsfølelsen i seg selv. Etter som kontraktsmekanismene blir bedre kjent, vil dette også kunne påvirke utfallet av forhandlinger. Utvalget anser imidlertid at tilgang til relevant informasjon i løpet av forhandlingene, jf. forrige avsnitt, er essensielt for å unngå forretningspraksis som støter an mot prinsippene om redelighet og forutberegnelighet.

Regulering av *frister* og *sanksjoner* i kontrakt representerer eksempler på klausuler som kan være problematiske etter en forutberegnelighet- og redelighetsstandard. Svært korte frister, f.eks. for delisting, vil etter utvalgets oppfatning redusere medkontrahentens muligheter til å planlegge og beregne sin produksjon. Tilsvarende gjelder kontraktssanksjoner/misligholdsbeføyelser som ikke står i forhold til medkontrahentens atferd. Slike kontrakter vil oppfattes som urettferdige. På den annen side vil lange frister for delisting kunne føre til at kjeden blir sittende med et vareutvalg som er suboptimalt i forhold til konsumentenes avslørte preferanser. Dette betyr at det samfunnsøkonomisk sett bør avtales delistingsfrister som avveier disse to hensynene. Selv om utvalget legger til grunn en standard som forutsetter at partene selv, gitt full informasjon, når frem til det mest effektive forhandlingsresultatet, kan det være et behov for en viss bevisstgjøring rundt slike frister. Dette kan ivareta bedre forutsigbar-

het for leverandørene samt forbrukernes preferanser for skikkelige og ordnede forretningsforhold oppstrøms i matkjeden. Samtidig er det viktig å se hen til hensynet til at kjedene bør kunne få omrokkere på et mest mulig fleksibelt vareutvalg, for å kunne tilfredsstille konsumentbehov.

På samme måte mener utvalget at overføring av risiko som naturlig hører inn under den annens kontrollsfære, vil kunne gi uheldige utslag i form av ugunstige handlinger, som i sin tur kan føre til atferd som kan oppfattes som stridende mot allmenne verdinormer, typisk kasting av mat. Dette gjelder f.eks. der lett bedervelige eller ømtålige varer håndteres av den ene, mens risikoen for skader/svinn ligger hos den annen part. Dette er imidlertid ikke et spørsmål om manglende forutberegnelighet, men om insentivvirkninger. Den kommersielle risikoen, dvs. risiko for at produktet slår an hos kundene og for salgsvolumer mer generelt, må imidlertid fordeles mellom partene etter frie forhandlinger. Forutsetningen må være at risikoen som en part påtar seg må være kjent; dersom den ene parten har holdt tilbake informasjon om risiko, legger utvalget til grunn at dette er i strid med et prinsipp om redelighet i forhandlinger. Hvis det er slik at mat utnyttes i markedsføringsøyemed, f.eks. at «bugnende» fruktdisker fremstår som et lokkemiddel, vil det kunne virke støtende på forbrukere dersom store deler av maten til syvende og sist blir kastet. På den annen side er svinn antakeligvis uunngåelig når det gjelder salg av ferskvarer. Det synes likevel viktig fra et samfunnsøkonomisk perspektiv at svinn minimeres. Dette understreker behovet for at partene i leverandørkontraktene håndterer svinn på en slik måte, at den part som har mulighet til å påvirke svinnet bærer en større del av risikoen for svinn. Dersom en kjede har en bugnende fruktdisk fordi leverandøren har alt ansvar for svinn, vil det oppstå mer svinn enn det som er nødvendig fordi kjeden har manglende insentiver til å begrense svinn. Utvalget anser likevel at ved symmetrisk og fullstendig informasjon om kontraktsinnhold og insentivene som ligger i kontrakten, vil partene ha gode insentiver til å løse problemet.

Faste betalinger anser utvalget som uproblematisk i forhold til en verdistandard. Derimot vil avtaler hvor *beregningsgrunnlaget for rabatter* eller overføringer som er ment å kompensere for tjenesteytelser (JM) kunne påvirkes ensidig av én part og skape en ikke ønskelig mangel på forutberegnelighet vedrørende forpliktelsers innhold. Poenget er at beregningsgrunnlaget for rabatten må være kjent når kontrakten inngås, og at ingen av partene ensidig skal kunne endre grunnlaget

etterpå. Dette gjelder uansett om rabatten beregnes på listepriisen, eller på detaljprisen. Utvalget anser at beskyttelse mot slike ensidige endringer utgjør en sentral bestanddel av en verdstandard som bygger på redelighet og forutberegnelighet. Dette innebærer at utvalget anser at bruk av detaljistpris som beregningsgrunnlag for rabatter, der denne prisen enten ikke er kjent for leverandør i forhandlingene eller den kan endres ensidig av kjeden med virkning for rabatten, skaper en urimelig uforutsigbarhet i kommersielle kontrakter.

Utvalget ser det også slik at ved betalinger som er *ment* å kompensere for en motytelse, typisk JM, må motytelsen være definert på en slik måte at medkontrahtenten kan etterprøve at den avtalte ytelsen faktisk også leveres. Utvalget understreker at et krav om at motytelser skal være klart definert ikke impliserer at det ikke kan ytes rabatter eller foretas engangsutbetalinger; poenget er bare at motytelsen må være klart definert slik at medkontrahtenten vet hva det betales for.

Avtaleverkets kompleksitet har blitt ansett som dels et selvstendig problem, dels en forklaring på urimelige/ubalanserte avtaleløsninger. Utvalget anser at kompleksitet i seg selv ikke er et problem som bør betraktes som uredelig eller i strid med et prinsipp om forutberegnelighet. At én avtalepart inngår en kontrakt uten fullstendig forståelse for de forpliktelser vedkommende påtar seg, representerer som utgangspunkt en risiko parten selv må bære. Utvalget ser imidlertid at dette kan være et problem i bransjen, og at det er relatert til spørsmålet om informasjon i forhandlingsfasen, jf. ovenfor. Utvalget anser på denne bakgrunn at tilbakeholdelse av informasjon forhandlingsparten har legitim grunn til å få innsyn i, ikke kan holdes tilbake.

Der kompleksiteten leder til berettiget tolkningstvil om kontraktens innhold, vil imidlertid påtvingelse av en bestemt forståelse – kanskje i strid med alminnelige prinsipper om avtaletolking – kunne representere problematisk atferd under en standard basert på forutberegnelighet og redelighet.

Respekt for inngåtte kontrakter bør være en selvfølge. Indikasjoner på at kontrakter ikke etterleves, eventuelt at det i kontraktperioden spekuleres i uklare forpliktelser som ikke er entydig fastsatt, er klart problematisk ut fra redelighets- og forutberegnelighetshensyn. Utvalget ser at dette punktet kan ha sammenheng med uklare eller upresist formulerte kontrakter, der forhandlingsmakt kan brukes til å tvinge gjennom egne fortolkninger. Slik atferd kan på selvstendig

grunnlag være i strid med en redelighetsstandard. Tilsvarende vil umiddelbar delisting, uten at det samtidig foreligger et vesentlig kontraktsbrudd fra leverandøren, representere uredelig atferd.

Andre forhold kan først og fremst gjelde atferd overfor andre enn kontraktsparter eller utenfor forhandlings-/kontraktssituasjonen. Et eksempel på problematisk atferd er trusler, press etc., brukt for å oppnå tilgang til informasjon eller overta aktiviteter som en forretningspartner ellers ikke ville ha gitt fra seg. Dette gjelder f.eks. tilegnelse av forretningsinformasjon basert på trusler/absolutte krav, som vil kunne fremstå som misbruk av forhandlingsmakt.

Utvalget finner på denne bakgrunn at de allmenne verdinormene som kan legges til grunn i forhandlings- og kontraktsrelasjoner langt på vei overlapper med en forbrukerrelatert god – handelsskikk-standard. Utvalget ser ikke at slike verdstandarder står i motstrid med forbrukerinteresser representert ved pris, kvalitet, utvalg og tilgjengelighet, og anser heller ikke at slike verdier tilsier en mer omfattende regulering enn forbrukerinteressene kan begrunne.

7.4 Utvalgets diagnose: Uklare kontrakter, mangelfull forståelse og kontraktsbrudd

Utvalget har fokusert på praksis i forholdet mellom kjeder og leverandører. Etter utvalgets oppfatning kan hoveddelen av de klager som er frem satt føres tilbake til *uklarheter i kontrakter om fastleggelse av ytelser* (typisk hva kjeder er forpliktet til å yte av markedsføringstiltak), *uklarheter om risikofordeling* og *kontrakter utformet slik at ytelsene kan justeres ensidig*. Til dette kommer mulige krenkelser av kommersielle/immaterielle rettigheter. Det kan virke overraskende at leverandører, som kommersielle aktører, har vært villige til å gå inn på denne type avtaler og til å gi fra seg sensitiv informasjon. Dette kan imidlertid også ses som et tegn på at det kan ha utviklet seg en usunn forretningskultur i bransjen (der aktørene ikke stilles overfor noe valg), som kan nødvendiggjøre en regulering.

Samtidig er utvalget av den oppfatning at deler av misnøyen som er uttrykt reelt sett representerer misnøye med det kommersielle resultatet, herunder oppnådde priser, i markedet.

Slike påstander har utvalget sett bort fra, idet en nærmere regulering/vurdering av fordeling av overskudd mellom kjeder og leverandører ligger

utenfor utvalgets mandat. Utvalgets hovedanliggende har vært at kontraktene fremstår som redelige og gir partene forutberegnelighet i forhold til hverandre, og at kontraktsforhandlinger skjer i skikkelige former. Poenget er dermed at spørsmålet om god handelsskikk mest representerer et spørsmål om de ytre rammer – ikke kontraktens innhold i betydningen ytelsenes relative verdi.

Utvalget er av den oppfatning at deler av praksis som er beskrevet kan virke utiltalende og uredelig. Uten at utvalget tar stilling til utbredelsen av den, vil slik praksis som er beskrevet i KPMG-rapporten for en stor del være i strid med alminnelig aksepterte normer for god skikk. Målt opp mot en standard som også skal innbefatte forbrukerhensyn og effektivitet, herunder konkurransepolitiske målsetninger, er utvalget i større tvil.

Utvalget viser imidlertid til at effektive forhandlinger forutsetter symmetrisk informasjon om relevante parametre i forhandlingssituasjonen. Dersom det tilbakeholdes informasjon i en forhandlingsfase, eventuelt at det spekuleres i manglende forståelse for kontraktsvilkår, vil det kunne hindre et effektivt forhandlingsresultat som kan gå ut over konsumentvelferden. Utvalget vil også fremheve at utover situasjoner som kan karakteriseres som kontraktsbrudd, synes ulik eventuelt manglende forståelse for kontraktsvilkårenes rekkevidde å representere en fellesnevner for mange av de spørsmålene som er tatt opp. På dette punkt kan det nok være et behov for ytterligere profesjonalisering, særlig av leverandørsiden. Utvalget understreker også at et prinsipp om redelighet og forutberegnelighet må oppfattes dithen at det er påkrevet at partene også i B2B relasjoner skjønner implikasjonen av de kontrakter som inngås, og at partene har et felles ansvar for at så skjer.

De problemstillinger som utvalget er bedt om å se på, «urimelig handelspraksis», kan ut fra de påstander som har fremkommet knyttes enten til

uklare kontrakter og/eller regelrette kontraktsbrudd. Videre er det grunn til å betone behovet for informasjon i kontraktsinngåelsesfasen. Økonomisk effektive kontrakter forutsetter tilgang til informasjon av relevans for forhandlingsresultatet og implementering av kontrakten. Utvalget understreker at nettopp mangel på informasjon og/eller forståelse for kontraktsvilkår, ofte kan representere det underliggende problemet for påstander om f.eks. ensidige endringer, manglende etterlevelse av forpliktelser, irregulær bruk av f.eks. JM, delisting og urimelig risikoallokering. I den grad disse problemene oppstår p.g.a partenes manglende evne til å kontraktsfeste betingelsene for handel etter at investeringene er tatt, ser utvalget få muligheter til å løse dette problemet. På den annen side, i den grad problemet oppstår ikke p.g.a manglende evne, men p.g.a manglende vilje fra en parts side samt at den rammede part er underinformert, ser utvalget at dette vil kunne være i strid med et redelighetsprinsipp.

Slik utvalget ser det, kan problemene sammenfattes som en mangel på *redelighet og forutberegnelighet*, uten at eksistensen av kjøpermakt i seg selv representerer et problem som utvalget i henhold til sitt mandat kan gjøre noe med. Dette representerer et strukturelt spørsmål, der det i bunn og grunn bare er den politiske viljen som setter skranker (f.eks. når det gjelder tvungen oppsplitting). Innenfor utvalgets mandat er det i første rekke mangel på redelighet (særlig i form av tilbakeholdelse av relevant informasjon) og forutberegnelighet som i sin tur vil lede til ineffektive forretningsforhold i den vertikale kjeden, noe som også vil kunne skade forbrukerne. Utvalgets «diagnose» ut fra de problemstillinger det er satt til å arbeide med, er dermed i første rekke nettopp dette. I det følgende vil utvalget vurdere hvordan disse hensynene, i lys av den forretningspraksis som er omtalt ovenfor, er ivaretatt i gjeldende rett.

Kapittel 8

Anvendelse av gjeldende lovgivning i dagligvaresektoren

8.1 Innledning

I mandatet er utvalget bedt om å beskrive og vurdere en rekke spesifikke problemstillinger og forretningspraksis er til gjeldende lovgivning, dvs. i hvilken utstrekning gjeldende rett kan sies å «regulere forhandlinger» og ivareta «prinsippet om god handelsskikk mv. i dagligvaresektoren.» I dette kapitlet gjennomgår utvalget relevant lovgivning for disse problemstillingene. Problematikken knyttet til konkurranselovgivningen, er vurdert i et eget kapittel.

8.2 Avtaleloven

Avtaleretten, og først og fremst lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4 (avtaleloven), oppstiller yttergrenser for hva som anses som god forretningsskikk gjennom ugyldighetsregler som rammer de klare brudd på en slik standard. Avtaleretten oppstiller ugyldighetsregler både for tilblivelsesmangler (typisk villfarelse om de faktiske forhold hos den ene parten ved avtaleinngåelse, eventuelt tvang, bedrageri mv.) og for innholdsmangler (f.eks. at avtalens innhold fremstår som sterkt urimelig eller lovstridig). Avtaleloven gir likevel ingen egentlig normering utover det som følger av lovens funksjon som ugyldighetsregel.¹

Bestemmelser av relevans er avtaleloven § 33 og 36.² Disse er temmelig ulike både i oppbygning og innhold. Avtaleloven § 33 sier at en viljeserklæring er ugyldig «hvis det paa grund av omstændigheter, som forelaa, da den anden part fik kundskap om erklæringen, og som det maa antages, at han kjendte til, vilde stride mot redelighet eller

god tro, om han gjorde erklæringen gjældende.» Bestemmelsen oppstiller altså normen «redelighet eller god tro» som skranke for avtalefriheten.

Avtaleloven § 36 lyder:

«En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende. Det samme gjelder ensidig bindende disposisjoner.

Ved avgjørelsen tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.

Reglene i første og annet ledd gjelder tilsvarende når det ville virke urimelig å gjøre gjeldende handelsbruk eller annen kontraktrettslig sedvane.»

I avtaleloven § 36 mer fleksibel enn § 33 både når det gjelder inngrepsterskel, rettsvirkninger og anvendelsesområde. I kontraktrettslig litteratur anses § 36 å fange opp de øvrige svake ugyldighetsgrunnene i avtaleloven, slik at det interessante for en god – handelsskikk-standard vil være rammene i § 36.³

Avtaleloven § 36 regulerer både hvordan en avtale har blitt til (forhandlingssituasjonen) og avtalens innhold (forhandlingsresultatet). Dersom en avtale lider av en tilblivelses- eller innholdsmangel som gjør at avtalen virker urimelig eller er i strid med god forretningsskikk kan avtalen settes helt eller delvis tilside. Avtaleloven § 36 legger opp til en totalvurdering av en avtales rimelighet sett hen til avtalens innhold, partenes stilling, forholdene ved avtalens inngåelse, senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.

Det skal svært mye til for at en avtale mellom ervervsdrivende settes til side som urimelig p.g.a sitt innhold etter avtaleloven § 36.⁴ Hittil har Høy-

¹ Om ugyldighetsregler i kontraktsretten mer generelt se *Hilde Hauge*, Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner, Universitetsforlaget 2009.

² Utvalget antar at bestemmelsen om avtaler i strid med ærbarhet i NL 5-1-2 ikke har selvstendig betydning i disse tilfellene, og behandler derfor ikke denne nærmere. Se nærmere om denne standarden i Hauge, cit., s. 423-449.

³ *Hov/Høgberg*, Almennelig avtalerett, Oslo 2009, s. 408, Geir Woxholth, Avtalerett, 7. utg. Oslo 2009, s. 345.

esterett aldri tatt til følge krav om lempning fremsett av profesjonelle parter. Eksempler på formulering av en slik høy terskel gir f.eks. Oslo Energi-dommen i Rt. 2000 s. 806, på s. 815 der det fremholdes at det kreves «sterke grunner» for å sette til side avtaler inngått mellom profesjonelle parter, og Fornebu-dommen i Rt. 2003 s. 1132, der det sies at «Det kreves ... svært meget for å konstatere urimelighet og sette til side avtalte vilkår i kontrakter i næring mellom profesjonelle parter.» (Avsnitt 46). Dette utgangspunktet er senest gjentatt i Rt. 2012 s. 1537, der det heter at «Terskelen for lemping er høy – det er de helt klare urimeligheter som rammes. For avtaler mellom næringsdrivende kreves spesielt mye.» (Avsnitt 46). Den høye terskelen for inngrep mot innholdet i kontrakter mellom næringsdrivende er ansett å være begrunnet i det særlige hensynet til forutberegnelighet som klart nok står sterkere her enn ved avtaler med forbrukere.⁵ Til dette kommer hensynet til objektivitet i slike avtaler (jf. Rt. 2002 s. 1155, på s. 1159), og at hver av partene må bære risikoen for sine egne forutsetninger.

I tilfeller hvor opplysninger er holdt tilbake i forhandlinger eller avtalen av andre grunner gir en part ensidig rett til endringer eller til å overføre risiko, er det ikke sikkert at det er treffende å si at terskelen for tilsidesettelse eller lempning er høy – i slike tilfeller vil jo avtalen nettopp stå i strid med grunnleggende verdier og også rettslige utgangspunkter i kontraktsretten. Også i slike tilfeller vil nok det faktum at det dreier seg om avtaler mellom profesjonelle parter representere en viktig premiss i vurderingen. Samtidig er det på det rene at § 36 også viser til «god forretningsskikk», og at markerte avvik fra det som må regnes som god skikk i en bransje kan føre til tilsidesettelse også i forholdet mellom næringsdrivende. At en konkret avtale er *i samsvar* med vanlig praksis i en bransje er ikke til hinder for at den settes til side som urimelig jf. tredje ledd kan også «handelsbruk eller kontraktrettslig sedvane» settes til side når dette vil gi urimelig utslag i enkelttilfeller. (Direkte gjelder tredje ledd der sedvane anføres som selvstendig grunnlag for en forpliktelse, dvs. at den utfyller avtalen).⁶

I dagligvarebransjen er det nærliggende å tro at en anvendelse av § 36 er mest realistisk i forhold

det mellom aktører av svært ulik størrelse, f.eks. kjeder og mindre leverandører. Utvalget tar imidlertid ikke konkret stilling til spørsmål om anvendelse i enkeltsaker.

Paragraf 36 kommer også til anvendelse på ensidige disposisjoner. Dette innebærer at ensidige endringer i et avtaleforhold vil kunne sensureres på selvstendig grunnlag, selv om endringsretten i og for seg er hjemlet i avtalen. Tilsvarende gjelder oppsigelser. Bestemmelsen vil imidlertid ikke komme til anvendelse på ensidig atferd i forhandlinger – f.eks. trusler eller press; det må kreves at atferden har kommet til uttrykk gjennom rettslige disposisjoner eller avtalevilkår som kan karakteriseres som urimelig.

Inngrep etter § 36 ligger eksklusivt til de alminnelige domstoler, som vil utøve den skjønsmessige adgangen til tilsidesettelse, lempning eller endring ut fra partenes påstander i sivile søksmål. Bestemmelsen åpner for en konkret rimelighetssensur av enkeltavtaler i etterkant av avtaleinngåelsen eller en ensidig disposisjon. Som et utgangspunkt synes et slikt system mindre godt egnet til preventiv kontroll med atferd i forhandlinger og ved inngåelsen av avtaler. Dersom domstolene kommer til at en bestemt avtale er i strid med god forretningsskikk vil bransjeaktørene riktignok normalt tilpasse seg dette og unngå bruk av lignende avtaler eller avtalevilkår i fremtiden. Noen egentlig atferdskodeks vil avtalelovens § 36 allikevel ikke kunne danne grunnlag for, idet det faller utenfor bestemmelsen på mer generelt grunnlag å sensurere forretningspraksis som har utviklet seg mellom næringsdrivende i en bransje. Det avgjørende vil være om praksisen gir seg urimelige utslag i enkeltavtaler, og håndhevelsen av normen vil dermed pr. definisjon bli fragmentarisk. Et prinsipp om god handelsskikk tar motsetningsvis sikte på å innføre en bredere bransjenorm, basert på hensynet til en effektiv forhandlingsmekanisme og forbrukernes interesser. Regler om god handelsskikk vil således ha et bredere nedslagsfelt enn avtalelovens § 36, som baserer seg på en konkret rimelighetsvurdering av den enkelte kontrakt.

Samlet sett er utvalgets vurdering at avtaleloven § 36 kan adressere noen av de bekymringer Matkjedeutvalget har gitt uttrykk for, men at bestemmelsen ikke vil kunne tjene som grunnlag for en generell norm om god handelsskikk slik dette er formulert i NOU 2011: 4. Dette skyldes både egenskaper ved normen selv og formen for håndhevelse.

⁴ Se senest *Johan Giertsen*, *Avtaler*, 2. utg. 2012 s. 211. Se også *Claes-Robert von Post*, *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, *Jure*, Stockholm 1999.

⁵ *Giertsen*, cit., s. 211.

⁶ Se *Giertsen*, cit., s. 205, om at dette er lite praktisk idet sedvane først vil måtte anses som vedtatt mellom partene.

8.3 Kjøpsloven

Lov om kjøp av 13. mai 1988 nr. 27 (kjøpsloven) inneholder regler om rettigheter og plikter ved løsørekjøp. Loven oppstiller regler om bl.a. risikoenes overgang fra selger til kjøper, rettigheter og plikter i forbindelse med levering, og varens kvalitet. Videre inneholder loven ganske uttømmende regler om sanksjoner ved mislighold (forsinkelse og mangler).⁷

Kjøpsloven er fravikelig mellom partene, idet § 3 sier at «Bestemmelsene i loven gjelder ikke for så vidt annet følger av avtalen, etablert praksis mellom partene, eller handelsbruk eller annen sedvane som må anses bindende mellom partene.» I kommersielle forhold vil loven derfor først og fremst ha betydning ved at den kan utfylle avtaler, i tillegg til at reguleringen av misligholdsbeføyelsene må anses som utslag av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.

Loven må anses å ha begrenset betydning for de forhold som diskuteres her. Loven er innrettet mot mer tekniske forhold knyttet til den fysiske leveransen og varens egenskaper. Den regulerer derimot ikke andre forretningsvilkår i løpende kontraktsforhold eller kommersiell risiko mellom partene. Prinsippet om ytelse mot ytelse står sentralt i loven, men da som et uttrykk for samtidig overlevering av de respektive ytelser (§ 10). På denne bakgrunn går ikke utvalget nærmere inn på bestemmelsene i kjøpsloven. Utvalget legger imidlertid til at flere av bestemmelsene i loven må anses som et uttrykk for prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold, jf. nærmere pkt. 8.5.

8.4 Pristiltaksloven

Lov om pristiltak av 11. juni 1993 nr. 66 (pristiltaksloven) ble innført samtidig med konkurranseloven av 1993. Loven setter forbud mot urimelige priser og hjemler generell og spesiell prisregulering. Loven viderefører i stor utstrekning prisreguleringshjemlene i prisloven, jf. tidligere prislov (1953) §§ 18 og 24. Siktemålet med loven er beredskapsmessig og primært forbrukerpolitisk, men loven kan også komme til anvendelse på forholdet mellom næringsdrivende.⁸ Det er Konkurransetil-

synet som har oppgaven med å føre tilsyn med loven, noe som primært er begrunnet i at forbrukerne også skulle ha mulighet til å klage til en offentlig myndighet.⁹

Lovens § 1 om prisregulering lyder:

«Når det er nødvendig for å fremme en samfunnsmessig forsvarlig prisutvikling, kan Kongen fastsette:

1. vedtak om maksimalpriser, minstepriser, prisstopp, prisberegninger, rabatter, maksimalavanser, leverings- og betalingsvilkår og andre bestemmelser om priser, fortjenester og forretningsvilkår, eller
2. vedtak om meldeplikt for endring av størrelser i nr. 1.

Kongen skal gi melding til Stortinget om særlig viktige reguleringer som vedtas etter første ledd.»

Kompetansen er delegert til Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet (kgf. res. forskrift nr. 1023 av 12. november 1993), og Konkurransetilsynet (forskrift nr. 1314 av 17. desember 1993).

Paragraf 1 gir vide fullmakter til å fastsette priser og andre forretningsvilkår. Kompetansen er imidlertid begrenset til situasjoner der regulering er nødvendig for å «fremme en samfunnsmessig forsvarlig prisutvikling». Andre formål, f.eks. hensyn til god handelsskikk mellom leverandører og kjeder, kan ikke på selvstendig grunnlag begrunne regulering etter bestemmelsen.¹⁰ Derimot vil myndighetene kunne fastsette både maksimal- og minstepriser mellom slike aktører hvis det er påkrevet av hensyn til «forsvarlig» prisutvikling. Utvalget anser det imidlertid som lite sannsynlig at § 1 hjemler inngrep i et marked med normalt fungerende konkurranse. Før i dag er det gitt forskrifter om innløsning av festetomter og om maksimalpriser for drosjekjøring.¹¹ Det er uansett vanskelig å se at den praksis som er påpekt av Matkjedeutvalget representerer atferd i strid med «forsvarlig» prisutvikling. Dette gjelder også den misnøye som har fremkommet om salg under innkjøpspris, typisk av sesongvarer.

⁷ Bestemmelsen om urimelige avtaler eller avtaler i strid med god forretningsskikk i kjøpsloven 1907 § 1 andre avsnitt, ble opphevet med innføringen av avtaleloven § 36 i 1983.

⁸ Således uttaler departementet i Ot. prp. nr. 41 (1992-93), på s. 68 om prisl. § 18 at «Det primære formål med bestemmelsen antas å være forbrukervern.»

⁹ At ikke forbrukerombudet ble koblet inn, er bl.a. begrunnet i nærheten til konkurranselovreguleringen.

¹⁰ Se Ot.prp. nr. 41 (1992-93), s. 119: «Fullmakten kan bare benyttes for å fremme prisutviklingen. Andre formål faller således utenfor bestemmelsen.»

¹¹ Forskrift nr. 570 av 8. juni 2001 om tomtefeste m.m., og forskrift nr. 1307 av 30. september 2010 om takstberegning og maksimalpriser for løyvepliktig drosjetransport med motorvogn.

Paragraf 2 om urimelige priser lyder:

«Det er forbudt å ta, kreve eller avtale priser som er urimelige. Heller ikke må det kreves, avtales eller opprettholdes forretningsvilkår som virker urimelig overfor den annen part eller som åpenbart er i strid med allmenne interesser.

Med pris menes i denne lov vederlag av enhver art, uten hensyn til om det ellers brukes andre betegnelser som godtgjørelse, salær, honorar, frakt, takst, leieavgift eller liknende.»

Bestemmelsen viderefører prisloven § 18. Det har vært omdiskutert om bestemmelsen har selvstendig betydning ved siden av avtaleloven § 36. Om dette uttalte Høyesterett i 1996:

«Jeg kan for mitt vedkommende ikke finne grunnlag for at prisloven 1953 § 18 må anses avløst av avtaleloven § 36, som ble innført i 1983. Jeg viser til at bestemmelsen i prisloven § 18 ble videreført i pristiltaksloven 1993 § 2. Utvalget som ga innstilling om ny pris- og konkurranseregulering foreslo riktignok bestemmelsen opphevet, se NOU 1991:27 bl a side 176. Forslaget ble imidlertid ikke fulgt opp under den etterfølgende lovbehandling. Det vises til Ot.prp.nr.41 (1992-93) side 68 der det legges vekt på behovet for å kunne håndheve en slik regel av hensyn til forbrukerinteressene. At avtaleloven § 36 som ugyldighetsregel trolig i stor utstrekning vil dekke tilfelle som rammes av prisloven § 18 (pristiltaksloven § 2), er ikke grunnlag for å anse bestemmelsen for å være uten praktisk betydning.»¹²

I forarbeidene uttales det følgende:

«Paragraf 2 rammer «urimelige» priser. På samme måte som prisloven § 18 vil bestemmelsen bare ramme urimelig høye og ikke urimelig lave priser. Det er imidlertid ofte vanskelig å si hva som skal til for at en pris skal anses som urimelig høy. I forarbeidene til prisloven § 18 uttales at det må foreligge et klart og ikke ubetydelig avvik fra det rimelige for at bestemmelsen skal anses overtrådt. Departementet antar at dette bør legges til grunn i relasjon til den foreliggende bestemmelsen.

Ved rimelighetsvurderingen vil det som utgangspunkt bli sett hen til hvorledes en pris forholder seg til vanlig pris i markedet. Mar-

kedsprisen vil imidlertid ikke ubetinget være avgjørende dersom denne har sklidd ut p.g.a ekstraordinært etterspørselspress eller liknende.»¹³

Det fremgår av dette at det bare er kvalifiserte avvik som vil rammes av loven. Samtidig vil praksis etter gammel prislov fremdeles være relevant ved anvendelsen av bestemmelsen. Høyesterett har sagt følgende prinsipielt om vurderingen:

«Hva som må anses som urimelig pris i forhold til prisloven § 18, jf nå pristiltaksloven § 2, kan etter min mening ikke vurderes løsrevet fra det syn på behovet for prisregulering som legges til grunn i prisreguleringslovgivningen og den offentlige reguleringspolitikk. Dette syn var i 1988 som i dag et annet enn i 1950-årene. ...

Når prisen er i samsvar med, eller iallfall ikke vesentlig overstiger markedspris, må det etter min mening foreligge særlig uheldige forhold ved vedkommende kontrakt, og da først og fremst forhold som det av prinsipielle grunner bør reageres mot, for at prisen skal anses urimelig etter prisloven § 18, jf nå pristiltaksloven § 2. Det er særlig hensynet til den svaker part i kontraktsforholdet eller en urimelig utnyttelse av markedet som kan begrunne en anvendelse av denne ugyldighetsregel.»¹⁴

Paragraf 2 første ledd første punktum kan etter dette ses på som et forbud mot kvalifiserte overpriser i forhold til markedspris. Utvalget antar ut fra dette at bestemmelsen om urimelig høye priser ikke imøtekommer de bekymringer Matkjede-lovutvalget ga uttrykk for.

Bestemmelsen omfatter imidlertid også *forretningsvilkår* som «virker urimelig overfor den annen part eller som åpenbart er i strid med allmenne interesser.» Pristiltaksloven setter således ikke begrensninger bare for pris, men også andre vilkår som har betydning for balansen mellom ytelse og motytelse.¹⁵ På denne måten er det en klar sammenheng mellom første og andre punktum. Lucy Smith uttaler at:

«Det er alminnelig enighet om at forbudet mot urimelige forretningsvilkår dekker alle tilfelle hvor vilkåret innebærer at det blir et klart og direkte *misforhold mellom ytelse og*

¹² Rt. 1996 s. 407 (Kirkevei-dommen), på s. 412.

¹³ Ot.prp. nr. 41 (1992-93), s. 119.

¹⁴ Rt. 1996 s. 407 (Kirkevei-dommen), på s. 412.

¹⁵ Se *Arne Heier*: Prislovgivningen med kommentarer, vedlegg 1 til NOU 1991:27, på s. 279.

motytelse slik at vilkåret vil rammes også av forbudet mot urimelig pris. I forarbeidene nevnes som eksempler rabatter og leverings- og betalingsvilkår. Dette er forhold som har direkte betydning for vederlagets størrelse. Ofte kan det være en smakssak om det er prisen eller vilkåret som skal betraktes som urimelig.»¹⁶

Om det første alternativet («urimelig») sies det følgende i forarbeidene:

«Paragraf 2 setter også forbud mot forretningsvilkår som virker urimelig overfor den annen part eller som åpenbart er i strid med allmenne interesser. Denne bestemmelsen vil, på samme måte som den tilsvarende bestemmelse i prisloven § 18, for det første omfatte de tilfeller hvor et forretningsvilkår bidrar til å skape misforhold mellom ytelse og motytelse. Et eksempel kan være at selgeren tar vanlig markedspris for en vare, men fraskriver seg ansvaret for bestemte begivenheter som andre selgere hefter for. Dette vil kunne rammes av § 2. På samme måte blir forholdet dersom vanlig markedspris dekker ytelse som selgeren ikke tar på seg. I mange av disse tilfellene blir det en smakssak om prisen anses urimelig eller om det er et urimelig forretningsvilkår.

Videre vil § 2 på samme måte som prisloven § 18 ramme det som vanligvis kalles koblingshandel og forhold som er beslektet med dette. Eksempler på dette er at en huseier krever at leietakeren skal kjøpe hans motorbåt for å få husrom eller at en kjøpmann ikke vil selge en mangelvare dersom ikke kjøperen også overtar andre varer. Selv om vederlaget for alle varene er rimelig, kan det være urimelig å påtvinge en medkontrahent noe han ikke har bruk for.»¹⁷

I motsetning til § 1 og første alternativ i § 2 synes denne bestemmelsen å være bedre egnet til å adressere flere av de forhold Matkjedeutvalget påpeker som problematiske, særlig relatert til balanse mellom ytelse og motytelse.¹⁸ Dette gjelder også bestemmelser som oppstiller urimelige korte frister for oppsigelse/delisting eller urimelig lave terskler for dette. Det samme gjelder uri-

melig risikofordeling f.eks. svinn, jf. uttalelsene om «ansvarsfraskrivelse».

Det er likevel antatt at pristiltaksloven § 2 spiller begrenset rolle ved siden av avtaleloven § 36, der utgangspunktet som påpekt er at terskelen for å gripe inn i kommersielle avtaler er høy. Også pristiltaksloven § 2 må primært ses på som en beskyttelse av den svake parten i forholdet. Selv om bestemmelsen således utvilsomt rammer urimelige skjevheter i enkeltkontrakter, herunder utslag av ulik forhandlingsmakt, synes de forbrukerpolitiske føringer som ligger bak bestemmelsen å gjøre det mindre naturlig å anse bestemmelsen som et generelt uttrykk for en redelighet-/rimelighetsstandard for kommersielle kontrakter.

Bestemmelsen retter seg imidlertid også mot vilkår som «åpenbart er i strid med allmenne interesser.» Eckhoff/Gjelsvik antok at dette uttrykket er sterkere enn «urimelig».¹⁹ Videre sies det:

«Bestemmelsen bør som regel ikke anvendes med mindre en kan gå ut fra at det – uten hensyn til politisk eller økonomisk grunnsyn – vil være alminnelig enighet om at vedkommende forretningsvilkår er i strid med almene interesser. Vilkår som det er vanlig å bruke i lignende forretningstilfelle bør det neppe komme på tale å reagere mot.»²⁰

Departementet antok at tilsvarende synspunkter måtte legges til grunn etter pristiltaksloven § 2.²¹

Etter dette fremstår det som usikkert om bestemmelsen etter gjeldende rett med tilstrekkelig grad av presisjon fanger opp de forhold som er påpekt som problematiske, og om den kan tjene som grunnlag for implementering av en god – handelsskikk-standard. Paragraf 2 representerer en rettslig standard, og etter utvalgets syn vil det kreves signaler fra lovgiver om forståelsen av pristiltaksloven § 2 for at den skal kunne fylle det behovet som Matkjedeutvalget har etterlyst. Konklusjonen er dermed at pristiltaksloven § 2 i visse tilfeller vil adressere den praksis som er påpekt som problematisk av Matkjedeutvalget, men at

¹⁶ *Lucy Smith*, Domstolenes adgang til å sette til side kontraktsvilkår etter prislovens § 18, første ledds annet punktum, TfR 1982 s. 755-775, på s. 757.

¹⁷ Ot.prp. nr. 41 (1992-93), s. 120. Om rimelighetsstandarden etter prisl. § 18 se *Smith*, TfR 1982 på s. 765 ff.

¹⁸ Etter forløperen prisloven § 18 var det motstridende oppfatning av om bestemmelsen kunne oppfattes som en generell regel om urimelige forretningsvilkår eller om den bare fikk anvendelse på i mer spesifikke. Det er imidlertid uansett vanskelig å finne holdepunkter i pristiltakslovens forarbeider for en slik uinnskrenkende fortolkning. Om diskusjonen se *Smith*, TfR 1982 på s. 758 ff.

¹⁹ *Torstein Eckhoff/Øystein Gjelsvik*, Prisloven med kommentarer, Oslo 1955. s. 113.

²⁰ L.c.

²¹ Ot.prp. nr. 41 (1992-93), s. 120.

innretningen på bestemmelsen ikke gir grunnlag for å hevde at den etter gjeldende rett er tilstrekkelig som implementering av en god – handels-skikk-standard.

Det er Konkurransetilsynet som er ansvarlig for å føre tilsyn med loven. Overtredelser av loven er straffbare, jf. § 4. Utover muligheten for å fatte prisreguleringsvedtak etter § 1, besitter tilsynet imidlertid ikke sanksjonsmuligheter eller påleggs-kompetanse for å sikre etterlevelse av § 2. Tilsynet kan imidlertid etterforske lovbrudd, i medhold av § 3 om opplysningsplikt og granskning. Anmeldelse vil imidlertid bare være aktuelt ved alvorlige overtredelser av loven, slik at det ikke foreligger noe offentlig håndhevelsesregime tilpasset mindre grove overtredelser.²² Konkurransetilsynet vil kunne ta opp saker av eget tiltak, eller etter klage fra en part. Formelt sett er det heller intet i veien for at det kan inngis anonym klage. Konkurransetilsynet håndhever i liten grad pristiltaksloven.

Paragraf 2 kan også håndheves ved de alminnelige domstoler, enten aktivt gjennom fastsettelser- eller forbudssøksmål (enten mot bestemte handlinger eller for å få kjent en kontrakt (delvis) ugyldig) og forføyninger, eller passivt ved å bruke § 2 som forsvar mot krav om oppfyllelse av kontrakt. Loven inneholder også en særregel om tilbakebetaling av ulovlig merpris, jf. § 6.

8.5 Ulovfestede kontraktsrettslige prinsipper

Det er ikke bare positiv lovregulering som kan virke normerende på kontrakter og forhandlinger i dagligvaresektoren. Særlig aktuelt er det å vurdere alminnelige *domstolsskapte* kontraktsrettslige prinsipper, og da først og fremst prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold og prinsippet om at avtaler skal holdes. Samtidig er det viktig å peke på utgangspunktet i norsk rett; at enhver er fri til å inngå kontrakt om hva man vil med hvem man vil, så langt denne friheten ikke er begrenset ved rettslige skranker. Det er også en flytende overgang mellom skrevne og uskrevne prinsipper; prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold anses som et uskrevet prinsipp, som likevel overlapper med f.eks. avtaleloven § 33 om «redelighet eller god tro», jf. 8.2.

²² Til dette se *Mads H. Andenæs*, *Tolking av lover med både strafferettslige og sivilrettslige sanksjoner – belyst ved tre av dem*, LoR 1983 s. 163-186.

Prinsippet om at avtaler skal holdes er en grunnleggende forutsetning for hele kontraktsretten. Prinsippet er nedfelt i Norske Lov 5-1-1 og 5-1-2 om at kontrakter «skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saasom de indgangne ere.» Prinsippet er også forankret i internasjonal rett, jf. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010 art 1.3:

«A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement, or as otherwise provided in these Principles.»

Det følger av dette at ensidige «endringer» i en kontrakt som ikke er hjemlet i kontrakten selv ikke vil ha betydning for kontraktspartens rettsposisjon, dvs. at vedkommendes rettigheter etter kontrakten ikke kan innskrenkes samtidig som vedkommendes plikter heller ikke kan utvides.

Prinsippet håndheves gjennom alminnelige kontraktsrettslige sanksjoner, så langt det som opprinnelig er avtalt ikke oppfylles. Speilbildet av dette er selvsagt at den part som oppfyller i henhold til det som opprinnelig var avtalt ikke gjør seg skyldig i kontraktsbrudd. Utvalget ser ikke grunn til å redegjøre nærmere for kontraktsrettslige sanksjoner i sin alminnelighet.

Der kontrakten er tvetydig eller uklar, vil innholdet måtte fastlegges ved tolkning eller utfylling. I tråd med alminnelige prinsipper for avtale-tolking etter norsk rett, vil avtaler ofte tolkes mot den part som burde uttrykt seg klarere. I den utstrekning aktører i dagligvarekjeden gjennomtvinger sitt syn ved f.eks. å true med delisting, innebærer dette en tilsidesettelse av de rettigheter kontraktsretten gir. KPMGs rapport skaper det inntrykk at de kontraktsrettslige prinsippene om at avtaler skal holdes og fordeling av risikoen for uklarheter i kontrakten, ikke fullt ut respekteres. Utvalget understreker at dette er det generelle inntrykket som skapes, og at rapporten ikke gir klare enkeltteksempler på tilsidesettelse av gjeldende rett. Utvalget viser likevel til at den type klager som fremkommer indikerer at det er noe i kontraktsmekanismen som fungerer dårlig, siden eventuelle ulike oppfatninger blant partene om omfanget av forpliktelser (f.eks. mht. JM-midler) ikke avklares og tydeliggjøres etter gjeldende kontraktsrettslige prinsipper. Utvalget ser det slik at det kan være en underhåndhevelse av kontraktsrettslige rettigheter.

Prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold står også sterkt i norsk rett, jf. f.eks. Rt. 2005 s. 268, der det sies at:

«I senere avgjørelser har dessuten hensynet til partenes gjensidige lojalitet i kontraktsforhold blitt tillagt økende vekt» (avsnitt 55).

I Rt. 1988 s. 1078, som Høyesterett viser til i 2005-dommen, sies det at:

«Jeg legger til grunn at det i kausjonsforhold, som i kontraktsforhold ellers, må stilles krav til aktsom og lojal opptreden fra kreditors side overfor kausjonisten. Dette kravet til aktsomhet og lojalitet må gjelde ikke bare ved stiftelsen av kausjonsforpliktelsen, men så lenge forpliktelsen består.» (s. 1084).

Klart nok vil lojalitetsplikten også komme inn ved forhandling og gjennomføring av kontrakter i dagligvaresektoren.

Hva som ligger i standarden kan være vanskelig å formulere på generelt grunnlag.²³ Det er imidlertid på det rene at en plikt til å informere medkontrahenten om relevante formål er en sentral bestanddel i prinsippet. Terskelen for ugyldighet synes imidlertid å være begrenset til mer kvalifiserte forhold.²⁴

Også prinsipper om *avtalebundethet* vil kunne være relevant for de spørsmålene utvalget er bedt om å vurdere. Dersom en part gjennom den annens atferd har fått berettigede forventning om at avtale er inngått, og har disponert i tillit til dette, vil f.eks. ikke den annen uten videre kunne si seg ubundet, jf. bl.a. Rt. 2001 s. 1288 Gate Gourmet. Tilsvarende vil lojalitetsbetraktninger komme inn i denne fasen. Giertsen skriver om dette:

«Illojalitet i den prekontraktuelle fasen kan bestå i at en part bruker unødig lang tid på å besvare forhandlingsutspill fra den annen part, en part trekker seg ut av forhandlingene uten en saklig grunn etc.»²⁵

Disse kontraktsprinsippene håndheves ved de alminnelige domstoler gjennom søksmål om kontraktssanksjoner, tolkning av avtaler, ugyldighet

mv. Dersom det konstateres illojal atferd i en prekontraktuell fase, vil det kunne reageres med å konstatere avtalebundethet, eventuelt erstatningsansvar. Dette innebærer en fragmentarisk regulering der det er opp til partene selv å hevde og forsvare sine rettigheter. I den utstrekning parter risikerer represalier dersom rettighetene gjøres gjeldende, vil dette innebære at de settes ut av spill. Utvalget har ikke grunnlag for å si at dette forekommer i dagligvarebransjen, men kombinasjonen av vage og generelle standarder i kombinasjon med at det vil kunne være en viss terskel for å saksøke kontraktparter representerer uansett en ulempe ved bruken av ulovfestede kontraktsrettslige prinsipper.

8.6 Immaterialretten

Begrepet immaterialrett er en samlebetegnelse som omfatter bl.a. patent-, varemerke- og designretten, bruksmønster, retten til foretaksnavn, forfatter- og kunstnerretten, fotografiretten og retten til kretsmønstre for integrerte kretser. De viktigste av disse rettighetene er: Kjennetegnsretten (som verner varemerker og foretaksnavn), designretten (som verner produkters utseende), patentretten (som verner oppfinnelser) og opphavsretten (som særlig verner litterære og kunstneriske verk).

De sentrale lovbestemmelsene om *varemerker* finner vi i varemerkeloven av 2010. Et varemerke, som f.eks. en logo, et slagord, en emballasje eller et navn, er et kjennetegn for en virksomhets varer eller tjenester. Enerett til et varemerke fås ved registrering i varemerkeregisteret eller ved at merket innarbeides i markedet som kjennetegn for en virksomhet (varemerkeloven § 3). I Norge kan man oppnå varemerkeregistrering ved å sende søknad til Patentstyret.

For å kunne oppnå vern må varemerket kunne gjengis grafisk og være særpreget. Varemerket må dessuten ikke være forvekselbart med eldre beskyttede kjennetegn. Eneretten innebærer at virksomheten kan hindre andre i å bruke et varemerke som kan forveksles med virksomhetens merke (varemerkeloven § 4). Svært kjente varemerker nyter dessuten et vern utover de rene forvekslingstilfeller (såkalt kodakvern).

Varemerkeretten kan i prinsippet gjelde uten tidsbegrensning – forutsatt at registreringen fornyes hvert tiende år, eller at innarbeidelsen opprettholdes. For registrerte varemerker gjelder dessuten en bruksplikt, d.v.s. at et registrert varemerke kan kreves slettet dersom det ikke tas i bruk innen en viss periode (fem år) etter registreringen.

²³ Inngående om spørsmålene som kan oppstå *Henriette Nazarin*, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007. Se også *Viggo Hagstrøm*, *Obligasjonsrett*, 2. utg., Oslo 2011, s. 77 ff.

²⁴ Se nærmere *Johan Giertsen*, *Avtaler*, 2. utg. Oslo 2012, s. 175 ff.

²⁵ *Johan Giertsen*, *Avtaler*, 2. utg. Oslo 2012, s. 70.

Lovbestemmelsen om *designvern* finner vi i designloven av 2003. Designbeskyttelsen knytter seg til et produkts utseende, og inntreffer etter designloven bare ved registrering. For å oppnå vern må den registrerte designen være ny og ha individuell karakter. Registrering i Norge skjer hos Patentstyret. Rettsbeskyttelsen gir rettighetshaveren en kommersiell enerett til å utnytte designen i en begrenset tidsperiode (fem år), men registreringen kan fornyes slik at maksimal vernetid blir 25 år.

Lovbestemmelser om *patentbeskyttelse* finner vi i patentloven av 1967. Et patent er en beskyttelse som etter søknad til offentlig myndighet gis til den som har gjort en oppfinnelse som kan utnyttes industrielt. I Norge sendes patentsøknader til Patentstyret. For at patent skal kunne oppnås, må oppfinnelsen være ny og ha såkalt oppfinneshøyde, dvs. at den må atskille seg vesentlig fra det som var kjent på søknadstidspunktet. Et patent gir patenthaveren en enerett til å utnytte oppfinnelsen i nærings- og driftsøyemed. Patentretten varer i inntil 20 år (25 år for legemidler) fra søknadsdagen.

De sentrale lovbestemmelsene om *opphavsrett* finner vi åndsverkloven av 1961. Opphavsrettens gjenstand er de litterære og kunstneriske verk – de såkalte åndsverk. Opphavsretten oppstår ved selve frembringelsen, og det gjelder således ingen krav til registrering. For å oppnå vern må verket være skapt, det må være av litterær eller kunstnerisk art og det må ha tilstrekkelig verkshøyde. Opphavsretten er tidsbegrenset, som hovedregel til 70 år etter utløpet av opphavsmannens dødsår.

De immaterielle rettighetene beskytter ulike aspekter ved det aktuelle produktet, og de enkelte rettighetene (designrett, varemerkerett, patentrett og opphavsrett) vil derfor i utgangspunktet ikke gi noe overlappende vern for innehaveren av rettighetene. Rettighetene kan imidlertid kumuleres i betydelig grad: Hvis vilkårene for vern etter ulike regelsett er oppfylt, kan de aktuelle rettighetene påberopes og gi vern side om side. Vern etter designloven utelukker f.eks. ikke at et vern etter åndsverkloven og/eller varemerkeloven kan komme i tillegg. Beskyttelsen etter immaterialrettslovgivningen kan også kumuleres med beskyttelse etter markedsføringsloven. Hvis en næringsdrivende har blitt utsatt for produktetterlikning, kan forbudet i markedsføringsloven § 30 være anvendelig.

Immaterialrettslovgivningen gir en effektiv beskyttelse mot inngrep i immaterialrettigheter. Norske lover og forskrifter på immaterialrettens område er i stor grad basert på internasjonale avtaler. Forpliktelsene som Norge har påtatt seg gjen-

nom EØS-avtalen og andre internasjonale avtaler, har derfor i stor grad bestemt innholdet i den norske immaterialretten. Vilklårene er stort sett av objektiv karakter og det finnes rikholdig praksis. Dette sikrer en relativ høy grad av forutberegnelighet. Stiftelse av rettighetene forutsetter imidlertid som regel en aktiv handling. Hvis en næringsdrivende velger ikke å beskytte innovasjoner som det i prinsippet er mulig å beskytte, eller utvikler produkter eller velger navn som ikke lar seg verne (f.eks. et varemerke som er beskrivende) vil den næringsdrivende ikke nyte godt av immaterialrettslovgivningen. I slike tilfeller vil den næringsdrivende måtte falle tilbake på det vernet som følger av markedsføringsloven regler om illojale konkurransehandlinger (markedsføringsloven §§ 25 og 30).

Inngrep i immaterialrettighetene håndheves ved de alminnelige domstoler gjennom søksmål.

Matkjedeutvalgets rapport etterlater det inntrykk at leverandørenes immaterialrettigheter ikke respekteres («vellykket produktutvikling blir raskt kopiert»). Det er vanskelig å bedømme om kopieringen finner sted fordi leverandørene ikke besitter immaterialrettigheter (f.eks. varemerke, design eller patent) eller om det foreligger underhåndhevelse. Orkla har bl.a. blitt kritisert for ikke å forsvare rettighetene til varemerket SEIGMENN. I 2010 lanserte NorgesGruppen og Coop egne geléfigurprodukter under navnet SEIGMENN uten at Orkla reagerte. Da konkurrenten Brynild lanserte kopien MYKE SEIGMENN for taxfreebutikker i 2005, reagerte derimot Orkla umiddelbart. Orkla klaget Brynild inn for Næringslivets konkurranseutvalg, og fikk medhold, slik at Brynild måtte trekke produktet. Orkla skal visstnok ha reagert overfor NorgesGruppen etter noe tid og geléfigurproduktene av merket FIRSTPRICE SEIGMENN ble relansert under nytt navnet «Geléfigurer» i 2012.

I og med at det alltid vil foreligge en viss terskel for å saksøke en kontraktspart (og særlig en viktig kunde), og problemet med kopiering i dagligvaresektoren omtales som stort i Matkjedeutvalgets rapport, antar utvalget at det kan være en underhåndhevelse av immaterielle rettigheter.

8.7 Markedsføringsloven

8.7.1 Innledning

Markedsføringsloven av 2009 inneholder hovedsakelig bestemmelser til beskyttelse av forbrukerne (kapittel 1-5). Disse bestemmelsene håndheves av Forbrukerombudet og Markedsrådet. Når det gjelder bestemmelser som regulerer for-

holdet næringsdrivende imellom (kapittel 6) er det opp til de næringsdrivende selv å ivareta sine rettigheter enten via domstolene eller via Næringslivets Konkurranssutvalg.²⁶

Markedsføringslovens historie kan føres tilbake til lov om utilbørlig konkurranse fra 1922. Loven av 1922 tok først og fremst sikte på å regulere forholdet mellom de næringsdrivende og sette etiske standarder for næringslivet, men også hensynet til forbrukerne ble trukket frem ved praktiseringen av loven. I 1972 ble konkurranseloven erstattet av markedsføringsloven av 1972, som var forløperen til dagens lov av 2009.

2009-loven er særlig foranlediget av EU-direktivet om urimelig handelspraksis i forhold mellom næringsdrivende og forbrukere (2005/29/EF). Gjennomføringen av direktivet representerte en utfordring fordi direktivet bare beskytter forbrukernes økonomiske interesser og ikke regulerer bestemmelser som beskytter næringsdrivendes interesser. I 1972-loven var ulike grupper og hensyn ivaretatt i samme bestemmelser. Departementet valgte ikke å skille ut bestemmelsene som beskytter næringsdrivendes interesser i en egen lov, men å splitte reglene i markedsføringsloven og videreføre bestemmelser som beskytter næringsdrivendes interesser samlet, i et eget kapittel (kapittel 6). De enkelte bestemmelsene i kapittel 6 ble ikke gjenstand for revisjon.

8.7.2 Bestemmelser som skal beskytte forbrukernes interesser (kapittel 1-5)

Markedsføringsloven kapittel 1 til 5 inneholder bestemmelser som skal beskytte forbrukernes interesser, f.eks. forbud mot urimelig handelspraksis (§ 6), villedende handlinger (§ 7), villedende utelatelser (§ 8) og aggressiv handelspraksis (§ 8).

Kapittel 2 inneholder også bestemmelsen om prismerking mv. (§ 10) som er en videreføring av tidligere markedsføringslov § 3 a. Bestemmelsen inneholder et påbud om at prisinformasjon må være lett tilgjengelig. Formålet med bestemmelsen er at forbrukerne skal kunne orientere seg i markedet og enkelt kunne sammenlikne priser. Bestemmelsen om prismerking ble inntatt i mar-

kedsføringsloven i 2004, og tilsvarer i det vesentlige konkurranseloven 1993 § 4-1 (opphevet 2004).

Forbrukerombudet skal, ut fra hensynet til forbrukerne, føre tilsyn med at bestemmelsene i kapittel 1 til 5 etterleves av de næringsdrivende. Ombudet kan ta opp forhold med næringsdrivende etter henvendelse fra konkurrent (såkalt konkurrentklage). Klager fra næringsdrivende kan f.eks. være rettet mot konkurrenters prisopplysninger, prissammenligninger, salgsmarkedsføring, bruk av veiledende priser som sammenligningspriser og bruk av ulike former for garantier.

8.7.3 Bestemmelser som skal beskytte næringsdrivendes interesser (kapittel 6)

8.7.3.1 Innledning

Kapittel 6 inneholder bestemmelser som skal ivareta rettferdig konkurranse næringsdrivende imellom. I tillegg til den brede generalklausulen om god forretningsskikk i § 25 inneholder kapitlet bestemmelser til beskyttelse av næringsdrivende mot villedende forretningsmetoder og markedsføring som er utilstrekkelig veiledende (§§ 26 og 27), vern mot urettmessig utnyttelse av bedriftshemmeligheter og betrodde tekniske hjelpemidler (§§ 28 og 29), vern mot produktetterlikning og etterlikning av andre frembringelser (§ 30) og forbud mot anvendelse av uriktig geografiske betegnelser for vin og brennevin (§ 31). Bestemmelsene tilsvarer markedsføringsloven 1972 §§ 1 første ledd, 3, 7, 8, 8 a og 9. Disse bestemmelsene ble videreført uendret i 2009-loven, og tidligere praksis som er utviklet under disse bestemmelsene har derfor fortsatt betydelig rettskildeværddi.

8.7.3.2 Produktetterlikninger

Etterlikning et i utgangspunktet lovlig, men markedsføringsloven § 30 (og § 25) representerer unntak fra dette utgangspunktet. Hensynet bak etterlikningsvernet i markedsføringsloven er ønsket om å stimulere nyskapning og kreativitet ved å beskytte investeringer og innsats mot illojal og urimelig utnyttelse.

Lovens § 30 om produktetterlikning lyder:

«I næringsvirksomhet er det forbudt å anvende etterlignede kjennetegn, produkter, kataloger, reklamemidler eller andre frambringelser på slik måte og under slike omstendigheter at det må anses som en urimelig utnyttelse av en

²⁶ Næringslivets Konkurranssutvalg er et responderende selvdømmeorgan i samarbeid med Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO), Hovedorganisasjonen Virke, Coop Norge SA, Kreativt Forum, ANFO Annonsørforeningen, Mediebedriftenes Landsforening (MBL), TV 2 AS og Posten som avgir rådgivende uttalelser. Det har sitt mandat knyttet til markedsføringsloven?kapittel 6,?§§?25-31. Jf. også diskusjonen i 14.1 nedenfor.

annens innsats eller resultater og fører med seg fare for forveksling.»

Markedsføringsloven § 30 vil fange opp de kopitilfellene hvor lovens vilkår for å konstatere krenkelse er oppfylt. Tre kumulative vilkår må være oppfylt for at det skal foreligge en overtredelse av bestemmelsen. Det må foreligge en etterlikning, det må være tale om en urimelig utnyttelse av en annens innsats eller resultater, og det må foreligge fare for forveksling.

Bestemmelsen beskytter en rekke frembringelser, herunder kjennetegn. I praksis er det ikke hensiktsmessig å påberope seg et brudd på § 30 dersom det er klart at det foreligger inngrep i et gyldig registrert eller godt innarbeidet varemerke, idet § 30 oppstiller flere vilkår enn varemerkeloven for å konstatere krenkelse. For å konstatere en krenkelse etter varemerkeloven er det som nevnt tilstrekkelig at det foreligger fare for forveksling.

Markedsføringsloven § 25 inneholder den såkalte generalklausulen til beskyttelse av god forretningskikk næringsdrivende i mellom:

«I næringsvirksomhet må det ikke foretas handling som strider mot god forretningskikk næringsdrivende imellom.»

Generalklausulen § 25 kan komme til anvendelse i tillegg eller i stedet for spesialbestemmelsen i § 30, hvis det foreligger elementer i saken utover selve etterlikningen og hensynet til sunn konkurranse taler for at det må innrømmes et vern utover det som følger av spesialbestemmelsen.²⁷

Markedsføringsloven §§ 30 og 25 er rettslige standarder. Vurderingene foretas på bakgrunn av flere skjønsmessige elementer, noe som gir stor fleksibilitet, men samtidig skaper utfordringer for forutberegnelighet. Bestemmelsene kan ramme en næringsdrivende enten han driver produksjon, salg eller import av de aktuelle produktene.

Markedsføringsloven §§ 30 og 35 er forbudsbestemmelser, som innebærer at opptreden i strid med bestemmelsene må opphøre. Bestemmelsene kan håndheves ved de alminnelige domstoler eller ved Næringslivets konkurranseutvalg (NKU). Konkurransesutvalgets uttalelser er rådgivende.

Selv om markedsføringsloven §§ 30 og 25 er rettslige standarder kan det reises spørsmål om bestemmelsene med tilstrekkelig grad av presisjon fanger opp alle de forhold som Matkjedeutvalget har pekt på som problematiske i tilknytning til EMV (egne merkevarer) og kopiering.

²⁷ Se f.eks. Rt. 1998 s. 1315.

Med EMV etablerer kjedene en horisontal konkurransesituasjon til sine leverandører. Kjeden går fra å være kunde til også å bli konkurrent. I Helset m.fl.²⁸ er det tatt til orde for at det i slike tilfeller foreligger et tilleggsmoment som taler for at variasjonsplikten som påhviler kopiproduzenten etter markedsføringsloven § 30 skjerpes. Helset m.fl. uttaler:

«Hvis for eksempel en dagligvarekjede lar produsere en etterlikning av en merkevare og selger dette produktet i kjedens egne butikker, vil det som regel oppstå en skjev konkurransesituasjon: Kopiproduktet vil være sikret distribusjon til kjedens butikker, det vil få en gunstig hylleplassering i butikken mv. Den gunstige konkurranseposisjonen vil da ikke stå i forhold til produktenes kvalitet, markedsandel og renommé. Dette bidrar til å gjøre utnyttelsen av innsats og relasjon til originalproduktet særlig urimelig. Etter vårt syn tilsier dette en skjerpet variasjonsplikt.»

Helseth m.fl. påpeker at Næringslivets konkurranseutvalg i enkelte tilfeller har statuert en skjerpet variasjonsplikt. Det vises til NKU-sakene nr. 12/1993 (emballasje for grønnsaksblanding) og 06/2003 (kjennetegn for sylteagurker), hvor Konkurransesutvalget i sistnevnte sak uttalte følgende:

«Som Konkurransesutvalget pekte på i sak nr. 12/1993 (Stabburet AS – Norek Engros AS), vil det – i en situasjon der en ny leverandør overtar – foreligge en *særlig plikt til å atskille* sitt produkt fra den tidligere leverandørens. Også i saken Næringslivets Konkurransesutvalg nå har til behandling [sak nr. 06/2003] kan det virke som man overfor forbrukeren – ved bruk av samme produktbetegnelsen – har villet skape inntrykk av at det dreide seg om samme produkt (Uthevet her.)»²⁹

Spørsmålet om skjerpet variasjonsplikt var også oppe i NKU-sakene nr. 02/2006 (emballasje for trankapsler I) og 07/2006 (emballasje for trankapsler II). I den første saken uttalte Konkurransesutvalget følgende:

«Det er ingen objektive forhold som tilsier at Norgesgruppen med sin emballasje skulle legge seg så nær Collets produkt, og på den

²⁸ Helset m.fl., Immaterialrett og produktetterlikning mv. etter markedsføringsloven, Oslo 2009, s. 608.

²⁹ Op.cit., s. 607-608.

måten utydeliggjøre produktenes identitet. NorgesGruppens valg av den identiske emballasje kan vanskelig forklares på annen måte enn ut fra et ønske om å legge seg opp til Collets produkt, og nye godt av den innsats Collet har gjort for sitt produkt. Situasjonen blir for øvrig ikke bedre av at det her er snakk om et «*private brand*» som er sikret distribusjon i NorgesGruppens forskjellige butikksegmenter og som kan promoteres sammen med konkurrenten (Uthevet her).»³⁰

I NKU-sak nr. 07/2006 (Emballasje for trankapsler II) ble det tilsvarende pekt på at innklagedes produkt som et «*private brand*» er sikret distribusjon.

Helset m.fl. påpeker at i de nevnte trankapsel-sakene ble ikke bestemmelsen i § 8a (§ 30) drøftet – til tross for at den ble påberopt av begge klagerne og uttaler:

«Uttalelsene nøyde seg med å konstatere brudd på § 1 [§ 25]. Etter vårt syn burde utvalget ha drøftet § 8a [§ 30] og benyttet muligheten til å si noe prinsipielt om konkurransesituasjonen. Det forelå etter vår oppfatning en skjerpet variasjonsplikt som de innklagede ikke hadde overholdt. Derfor forelå det brudd på så vel § 8a som § 1.»³¹

Etter 2006 har Næringslivets konkurranseutvalg hatt fem produktetterlikningssaker som involverer EMV til behandling: Sak nr. 07/2008 (etterlikning av plasterfjerner-produkt), sak nr. 20/2010 (etterlikning av emballasje for vaskemiddel), sak nr. 17/2011 (etterlikning av malingsprodukt), sak nr. 23/2011 (spørsmål om hylleplassering av vaskemiddelet i sak 20/2010) og sak nr. 18/2011 (etterlikning av kjøttprodukt/EMV).

Sistnevnte sak gjaldt et tilfelle hvor originalproduktet (det produktet som påstås krenket) var et EMV-produkt. Partene i tvisten var Norges-Gruppen og kjøttleverandøren Nordfjord, og Norges-Gruppen påsto at Nordfjord hadde etterliknet NorgesGruppens egen merkevare Jacobs utvalgte. Det fremgår av uttalelsen at Jacobs utvalgte er en eksklusiv varelinje som kun finnes i NorgesGruppens fullsortiment, og at Nordfjords kjøttprodukter kun selges til REMA 1000. Næringslivets konkurranseutvalg var av den oppfatning at verken § 30 eller § 25 var overtrådt.

I sak 20/2010 (etterlikning av emballasje for vaskemiddel) anførte også klager at det p.g.a de

konkurransefortrinnene som kjedenes merker har i relasjon til kjedenes butikker måtte gjelde en skjerpet adskillelsesplikt etter § 30. Partene i saken var Orkla (Lilleborg) og ICA Norge AS. Lilleborg påsto at ICAs design for Shiny Hvitt og Shiny Color utgjorde en ulovlig etterlikning av emballasjen for vaskemiddelet OMO i strid med markedsføringsloven §§ 30 og 25. Konkurranseutvalget uttalte:

«Avgjørende for Konkurranseutvalgets konklusjon blir det helhetsinntrykk som emballasjene etterlater. Selv om det er forskjeller i detaljutformingene, finner utvalget at Shiny's emballasjeprofil fremstår som svært lik OMOs profil. Utvalget har tidligere påpekt en rekke ganger at kravene til god forretningsskikk tilsier at en konkurrent plikter å holde nødvendig avstand og ikke unødvendig legge seg tett opp til en konkurrent. Innklagede har her ikke anvendt de variasjonsmulighetene som finnes, og det er utvalgets konklusjon at innklagedes design for Shiny Hvitt og Shiny Color er i strid med kravet til god forretningsskikk næringsdrivende imellom, jf. markedsføringsloven § 25.

Med bakgrunn i varemerket OMOs sterke innarbeidelse og den sentrale og iøynefallende plassering merket har på emballasjen, finner Konkurranseutvalget at det ikke foreligger en slik forvekslingsfare at markedsføringsloven § 30 kommer til anvendelse.

Det har fra klagers side vært argumentert med at innklagede har et særlig ansvar som leverandør av et såkalt «private label»-produkt for ikke å legge seg tett opp til en konkurrents produktemballasjer. Konkurranseutvalget kan ikke gi en generell tilslutning til et slikt synspunkt. Når det imidlertid gjelder plassering av produktene, vil en aktør som har påvirkning på dette ha et særlig ansvar for at denne makten ikke utnyttes på en urimelig måte. De bilder av hylleplasseringer som er vedlagt saken, er ikke brakt inn som et særlig klagepunkt, og utvalget går derfor ikke nærmere inn på noen konkret vurdering av disse.»

I 2011 klaget Lilleborg ICA Norge AS på ny inn for Næringslivets konkurranseutvalg. ICA-butikkene hadde ikke innrettet seg etter Konkurranseutvalgets uttalelse i sak 20/2010 og solgte fortsatt Shiny tøyvaskemidler i uendret emballasje. Lilleborg fremla dokumentasjon som viste at Shiny ble plassert rett ved og inniblant Lilleborgs OMO. Lilleborg ba ikke om noen ny vurdering av embal-

³⁰ Op.cit., s. 608.

³¹ Op.cit., s. 609

lasjene, men en vurdering av hylleplasseringen i lys av de ulovlige emballasjene. ICA Norge AS påsto saken avvist. Konkurransutvalget tok dette til følge, og uttalte bl.a. at spørsmålet om hylleplasseringen var «uegnet for behandling løsrevet fra den tidligere avgjørelse av saken.»³²

Gjennomgangen av Næringslivets konkurranseutvalgs praksis viser at det kan være vanskelig for klager å nå frem med at det foreligger en overtreddelse av markedsføringsloven § 30 i de tilfellene hvor kopiproduzenten gjennom bruk av farger og figurelementer har lagt seg tett opp til originalproduktet, men valg av navn har skapt en viss avstand (i slike tilfeller vil det ofte ikke konstateres fare for forveksling). Gjennomgangen viser også at Næringslivets konkurranseutvalg – under henvisning til den situasjonen som oppstår når kjeden går fra å være kunde til også bli konkurrent – i noen tilfeller har utvist en skjerpet variasjonsplikt etter § 30, mens utvalget i andre saker har avstått fra å gi en generell tilslutning til et slikt synspunkt. Tvisten mellom Lilleborg og ICA Norge AS om etterlikning av emballasjen for vaske-middelet OMO viser også at Næringslivets konkurranseutvalg viker tilbake fra å ta stilling til om hylleplassering som påstås urimelig kan anses som illojale konkurransehandlinger i strid med markedsføringsloven § 25.

Etter dette fremstår det som usikkert om bestemmelsen i markedsføringsloven til vern mot produktetterlikninger etter gjeldende rett fanger opp de forhold som er problematiske i forbindelse med EMV og kopiering. Både markedsføringsloven §§ 30 og 25 retter seg mot den horisontale relasjonen mellom næringsdrivende, og utvalget ser at det enten er behov for en klargjøring av innholdet i markedsføringsloven §§ 30 og 25 eller for bestemmelser som fokuserer på de næringsdrivendes handlinger knyttet til varebytte mellom dem (den vertikale relasjonen).

8.7.3.3 Forretningshemmeligheter

Markedsføringsloven §§ 28 og 29 regulerer bruk av bedriftshemmeligheter og tekniske hjelpemidler som andre næringsdrivende har fått kunnskap om. Disse bestemmelsene kan i prinsippet ramme tilfeller hvor kjedene tilegner seg informasjon fra leverandørene som en del av et vertikalt avtaleforhold, og så utnytter denne i egenskap av også å være leverandørens konkurrent.

Markedsføringsloven §§ 28 og 29 er foreslått opphevet og overført til straffeloven med virkning

³² Sak 23/2011.

fra den tid hele straffeloven 2005 settes i kraft. Om dette uttaler Nergård og Lunde følgende:

«Mfl. 1972 §§ 7 og 8, som tilsvarende mfl. 2009 §§ 28 og 29, har imidlertid vært foreslått overført til straffeloven (2005), se Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 78-81 – et forslag som ble vedtatt ved lov 19. juni 2009 nr. 74 § 207 (krenkelse av forretningshemmelighet). Lovendringen etterlater imidlertid en uklarhet, ved at det i lovens § 412 om endringer i andre lover, endring nr. 87, framgår at bestemmelsene i markedsføringsloven 1972 §§ 7 og 8 oppheves (med virkning fra den tid hele straffeloven 2005 settes i kraft). Ved lovens vedtakelse 19. juni 2009 var imidlertid mfl. 1972 allerede opphevet i sin helhet, ved ikrafttreddelsen av markedsføringsloven 1. juni 2009, jf. lovens § 50 første ledd og kgl. res. 9. januar 2009. Endring nr. 87 må formentlig forstås slik at det har vært meningen å oppheve §§ 28 og 29 i markedsføringsloven 2009, men først med virkning fra ikrafttreddelsen av straffeloven 2005, men det foreligger altså ikke noen formell opphevelse av disse bestemmelsene. Dette vil trolig bli foreslått i proposisjon vedrørende ikraftsetting av straffeloven 2005.»³³

Lovens § 28 om forretningshemmeligheter lyder:

«Den som har fått kunnskap om eller rådighet over en bedriftshemmelighet i anledning av et tjeneste-, tillitsvervs- eller forretningsforhold, må ikke rettsstridig utnytte hemmeligheten i næringsvirksomhet.»

Begrepet bedriftshemmelighet er ikke definert i loven, men det er almen enighet om at opplysningen må være foretaksspesifikke, av betydning for virksomheten og hemmelige for å falle inn under begrepet.³⁴ Det kreves at bedriften har utvist en viss aktivitet for å bevare hemmeligheten, f.eks. ved taushetsavtaler eller stemping av dokumenter. Bestemmelsen inneholder dessuten en rettsstridsreservasjon. Dette innebærer at opplysninger, f.eks. kalkyler, som er overlatt til en virksomhet uten taushetsavtale og uten særskilte forutsetninger for bruken, ikke nødvendigvis vil oppfylle

³³ Gry Nergård og Tore Lunde, Norsk lovkommentar – Markedsføringsloven (note 109).

³⁴ Bestemmelsen er inngående behandlet i Harald Irgens-Jensen, *Bedriftens hemmelighet – og rettighet?*, Oslo 2010, s. 50-75.

kravet til å være hemmelig/utgjøre en rettstridig utnyttelse.

Markedsføringsloven § 29 forbyr rettstridig utnyttelse av tekniske hjelpemidler (f.eks. beskrivelser eller oppskrifter) som noen er blitt betrodd bl.a. i forbindelse med et forretningsforhold. Bestemmelsen overlapper til en viss grad § 28, fordi tekniske hjelpemidler også kan være forretningshemmeligheter. Bestemmelsen oppstiller et krav det tekniske hjelpemiddelet må være overlatt til vedkommende under uttrykkelig eller stilltende forutsetning av at det kun skal brukes som avtalt eller forutsatt.

Det fremstår som noe usikkert om bestemmelsen om forretningshemmeligheter og tekniske hjelpemidler fanger opp de forhold som Matkjedeutvalget har er påpekt som problematiske, selv om det er på det rene at § 28 absolutt gir et visst vern f.eks. i situasjoner der innsyn i kalkyler eller resepter er oppnådd gjennom forhandlinger om samarbeid, og benyttes i egen produksjon.³⁵

8.8 Erstatningsrettlige normer

Også erstatningsrettlige normer vil kunne komme inn som supplement til normer fastsatt i lov eller forskrift.³⁶ Et erstatningsrettslig vern vil kunne oppstilles uten støtte i positivt regelverk. I norsk teori synes det å være enighet om at det avgjørende ved rene formuestap (som det eventuelt er tale om her) er en forventningsvurdering, dvs. at det tas utgangspunkt i skadelidtes forventninger og da med fokus på deres grunnlag og styrke.³⁷ Slike forventninger kan bygges på kontraktlignende relasjoner, eller på konkrete forhold i relasjonen mellom skadevolder og skadelidt, herunder relasjonsspesifikke normer som bransjestandarder.³⁸ Sin viktigste funksjon vil nok erstatningsansvar ha som en relevant rettsvirkning av normer i lovgivning.³⁹ De fleste regler og

bestemmelser som er omtalt ovenfor vil kunne ha erstatningsrettslig relevans, kanskje særlig immaterialretten og markedsføringsretten. Utvalget legger imidlertid til grunn at erstatningsretten som selvstendig normerende faktor har begrenset betydning for de problemstillinger som vurderes her.

8.9 Oppsummering og utvalgets vurdering

Utvalgets gjennomgang viser at fragmenter av en slik norm om god handelsskikk som Matkjedeutvalget har foreslått allerede finnes i det eksisterende regelverket. Mest treffsikkert synes vernet av immaterielle rettigheter etter varemerkeloven og vernet for forretningshemmeligheter i markedsføringsloven å være. Her foreligger det også adekvate håndhevelsesmuligheter gjennom søksmål for de alminnelige domstoler eller bruk av Næringslivets konkurranseutvalg. Atferd i strid med markedsføringsloven kan også gi grunnlag for midlertidige forføyninger. For næringsdrivende foreligger det imidlertid ingen muligheter for offentlig håndhevelse av reglene (utover mulighetene til å påklage registrering av varemerke).

Atferd som kan stemples som uredelig eller urimelig i forhandlinger kan fanges opp av avtaleloven §§ 33 og 36 eller alminnelige prinsipper om lojalitet i kontraktsforhold. Selv om de avtalerettslige reglene er spesifikt rettet inn mot rettsvirkninger som ugyldighet eller lempning, er det på det rene at selve reglene også inneholder selvstendige normer for redelighet og god skikk. Håndhevelsesmulighetene er imidlertid begrensede. Også pristiltaksloven § 2 kommer til anvendelse der det «kreves» urimelig priser eller forretningsvilkår. Tilsvarende vil avtaleloven § 36 og pristiltaksloven § 2 stille krav til innholdet i kontrakter, selv om terskelen for å gripe inn sannsynligvis ligger høyere enn den normen som Matkjedeutvalget har beskrevet. Endelig vil avtaleloven § 36 komme til anvendelse på urimelige ensidige disposisjoner, f.eks. oppsigelse.

Utvalgets vurdering kan oppsummeres i tabell 8.1

På normnivå (kolonnen «Standard/norm» i tabellen) synes flere av Matkjedeutvalgets bekymringer etter sin art å kunne adresseres innenfor gjeldende rett. Terskelen for å gripe inn etter samtlige bestemmelser ligger imidlertid på kvalifiserte former for urimelighet, og ingen av bestemmelsene er primært tenkt benyttet til å regulere

³⁵ Bestemmelsen er inngående behandlet i *Harald Irgens-Jensen*, *Bedriftens hemmelighet – og rettighet?*, Oslo 2010, s. 297 ff.

³⁶ Se nærmere *Erling Hjelmeng*, *Normkonkurranse i erstatningsretten? Festskrift til Asbjørn Kjønsdal*, Oslo 2013, s. 293-306.

³⁷ Se *Viggo Hagstrøm*, *Informasjonsansvar, om villedning av annen enn kontraktspart*, TfR 1989 s. 196, *Bjarte Thorson*, *Erstatningsrettslig vern for rene formuestap*, Oslo 2011, kap. 5, *Erling Hjelmeng*, *Revisors erstatningsansvar*, Bergen 2006, s. 39-41.

³⁸ Se *Thorson*, cit., kap. 5. særlig avsnitt 4.3.

³⁹ *Harald Irgens-Jensen*: *Bedriftens hemmelighet – og rettighet?*, Oslo 2009, s. 109-110, er f.eks. avvisende til «alminnelig erstatningsrett» som selvstendig grunnlag for vern av bedriftshemmeligheter.

Tabell 8.1

Hjemmel	Stadium	Standard/norm	Håndhevelse	Rettsvirkning	Kommentar
Avtaleloven § 33	Avtale (Tilblivelsesmangler = forhold ved forhandling)	Redelighet og god tro	Privat	Ugyldighet (ikke-oppfyllelse/restitusjon)	Snever. Absolutt rettsvirkning.
Avtaleloven § 36	Forhandling/avtale/oppsigelse/ending	Rimelighet	Privat	Ugyldighet/lempning (ikke-oppfyllelse/restitusjon)	Høy terskel. Fokus på enkeltavtale.
Prinsipper om lojalitet i kontraktsforhold	Forhandling/avtale	Lojal atferd	Privat	Ugyldighet/erstatning	Uklar. Fokus på enkeltavtale.
Culpanormen	Forhandling/avtale	Forventningsbasert	Privat	Erstatningsansvar	Uegnet rettsvirkning
Pristiltaksloven § 1	Avtaler	Forsvarlig prisutvikling	Offentlig	Inngreps-hjemmel	Snever reguleringsfullmakt
Pristiltaksloven § 2	Avtale	Rimelighet/allmenne interesser	Privat/offentlig	Ugyldighet (Ikke-oppfyllelse, tilbakebetaling)	Fordel offentlig håndhevelse. Bredere perspektiv. Primært forbrukere
Markedsføringsl. §§ 25 og 30		Etterlikning	Privat	Stansing/erstatning	Tilstrekkelig beskyttelse, spm. om håndhevelse
Markedsføringsl. § 28		Misbruk av forretningshemmeligheter	Privat	Stansing/erstatning	Vag rettsstridsstandard
Varemerkel.		Etterlikning	Privat	Stansing/erstatning	Tilstrekkelig beskyttelse

forholdet mellom næringsdrivende. Samtidig representerer de regler man må forholde seg til utpregede rettslige standarder, hvis innhold kan være usikkert, og som derfor er bedre egnet til å løse enkeltkonflikter enn til å virke oppdragende i bransjen. Samlet sett konstaterer utvalget at normeringen for de bekymringer som er beskrevet i NOU 2011: 4 synes å være fragmentarisk og ikke spesielt tilpasset situasjonen i dagligvaremarkedet. For enkelttilfeller av markert uredelig atferd synes normene imidlertid langt på vei tilstrekkelige. Pristiltaksloven § 2 er kanskje den normen som ligger nærmest utvalgets mandat. Utvalget anser imidlertid at denne normen må tydeliggjøres i lovgivning for at den skal kunne fylle den funksjonen som er etterspurt i utvalgets mandat, særlig fordi den primært er rettet mot forbrukerbeskyttelse. At normen vil kunne representere en

løsning i enkeltsaker der kontrakter har en klart urimelig utforming, vurderer utvalget som for tilfeldig opp mot behovet for en mer overgripende og oppdragende norm.

Håndhevelsesmessig er bildet relativt broket. Avtalelovens regler er mindre egnet til håndhevelse i den konkrete forhandlingssituasjonen; fokuset ligger på rettsvirkningenes ugyldighet/lempning/omlegning. Paragraf 33 gir etter herskende oppfatning bare mulighet for å stemple kontrakten som sådan ugyldig, noe som gir liten grad av fleksibilitet. Midlertidige forføyninger synes lite aktuelt ved disse normene. Pristiltaksloven § 2 representerer en noe annen regulerings-teknikk i form av en forbudsregel som retter seg både mot atferd i forhandlinger og også avtalens innhold. Den er også straffesanksjonert, men denne reaksjonen har hittil ikke vært benyttet.

Denne loven mangler en mer fleksibel håndhevelsesmekanisme (i form av en påbudsadgang) og en sanksjon som er lettere tilgjengelig enn straffereaksjoner. Loven har imidlertid den fordel at den er gjenstand for offentlig tilsyn gjennom Konkurransetilsynet, som selvsagt også kan motta anonyme klager. Utvalget er imidlertid ikke kjent

med at denne kanalen har vært forsøkt benyttet av aktørene i bransjen.

En samlet vurdering av norminnhold, rettsvirkninger og håndhevelsesmuligheter tilsier etter utvalgets oppfatning at problematikken knyttet til «god handelsskikk» ikke er adressert på en tilstrekkelig klar og konsistent måte i gjeldende rett.

Kapittel 9

Anvendelse av konkurranseloven i dagligvaresektoren

9.1 Innledning

I 7.2 ble det påpekt at flere av de metoder Matkjedeutvalget beskriver som problematiske ut fra en god-skikk-tilnærming, også vil kunne ha konkurransepolitiske implikasjoner. Dette gjelder f.eks. utveksling av informasjon mellom foretak som gjennom vertikal integrasjon står i et konkurranseforhold til hverandre og ulike former for utestengende atferd, herunder eksklusivitet. Men selv om Matkjedeutvalgets drøftelse i en rekke tilfeller grenser opp mot eller til og med kommer inn på konkurransepolitiske problemstillinger, er fokuset i NOU 2011: 4 på forholdet mellom avtalepartene i den vertikale kjeden. Dette betyr likevel ikke at konkurranselovgivningingen ikke er interessant ved vurderingen av om gjeldende rett ivaretar hensynet til god handelsskikk. Konkurranselovgivningingen vil nemlig på flere måter sette skranke for atferd som også kan betraktes som uredlig eller utilbørlig handelspraksis.

I det følgende behandles bare bestemmelsen i konkurranseloven av 2004. EØS-avtalens konkurranseregler (art. 53, 54 og 56), vil imidlertid også være relevante i saker hvor samhandelen mellom Norge og andre EØS-land er påvirket. De sentrale reglene her er imidlertid identiske med reglene i konkurranseloven.

9.2 Oversikt over virkemidler i konkurranseloven

I korte trekk kan konkurranselovgivning komme inn på tre ulike nivåer; regulering av markedets struktur for å legge til rette for konkurranse, regulering av aktørenes atferd for å hindre begrensninger i konkurransen og regulering av markedets resultat. Norsk og europeisk konkurranselovgivning bygger på tre pilarer, som på litt ulikt vis forholder seg til en slik tredeling.

Kontroll med markedets struktur skjer gjennom preventiv kontroll med fusjoner og oppkjøp (konkurranseloven § 16). Konkurransemyndig-

heten besitter imidlertid ikke hjemmel til å regulere markedetsstrukturen for å legge til rette for mer konkurranse. Slike tiltak vil det være opptil lovgiver å iverksette gjennom særskilt reguleringslovgivning.

For det andre setter konkurranseloven forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende markedsstilling, jf. § 11. Denne bestemmelsen retter seg primært mot bruk av markedsrett for å stenge konkurrenter ute (enten der konkurrenten er avhengig av det dominerende foretaket som kontraktspart eller ved tiltak rettet mot kunder eller leverandører), men omfatter også utnyttende misbruk overfor etterspørrere. Misbruksforbudet kan dermed regulere både atferd og resultat.

For det tredje setter konkurranseloven § 10 forbud mot konkurransebegrensende avtaler eller samordning mellom foretak. Dette gjelder horisontalt (mellom foretak på samme omsetningsnivå), f.eks. pris-, og anbudssamarbeid, og vertikalt (mellom f.eks. produsenter og distributører), f.eks. eksklusivavtaler. Forbudsbestemmelsene i §§ 10 og 11 er harmonisert med tilsvarende kartell- og misbruksforbud i TEUV¹ og EØS-avtalen.

Under samtlige tre bestemmelser (fusjonskontroll, misbruksforbud og samarbeidsforbud), vil det være mulig for foretakene å anføre effektivitetsgevinster, som etter forholdene kan føre til at en atferd, avtale eller transaksjon likevel godtas (en såkalt efficiency defence/effektivitetsforsvar). En tilsvarende tredeling er utgangspunktet både for EU- og EØS-konkurransereglene, og for nasjonal konkurranserett i EU-medlemsstatene.

Den norske konkurranseloven inneholder også en særskilt adgang til å gripe inn mot minoritetserv (§ 16 andre ledd) og adgang for Konkurransetilsynet til å iverksette tiltak for å øke gjennomskiktigheten i markedet (§ 23 om prising). Videre gir § 14 hjemmel for å gi forskrifter mot atferd som begrenser konkurransen, men som ikke fanges opp av lovens forbudsbestemmelser. Samtlige hjemler omtales nærmere nedenfor.

¹ Traktaten om den europeiske unions virkemåte.

9.3 Konkurranselovens formål og forholdet til utvalgets mandat

Konkurranselovens formålsbestemmelse i § 1 lyder:

«Lovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Ved anvendelse av denne lov skal det tas særlig hensyn til forbrukernes interesser.»

Konkurranse vil på flere måter bidra til å realisere effektiv ressursbruk. For det første vil konkurranse i markedet føre til at prisen presses ned mot marginale kostnader, i teorien slik at alle enheter det er betalingsvilje som overstiger kostnadene for vil bli produsert og solgt. Dette realiserer et såkalt Pareto-optimalt resultat (allokerings effektivitet). Økes prisen (ved redusert konkurranse), vil det også være færre kjøpere som er villige til å betale prisen, slik at kvantum synker. Da oppstår det et såkalt dødvektstap (effektivitetstap) for samfunnet, samtidig som produsenter oppnår en profitt på kundenes bekostning (monopolprofitt). For det andre vil konkurransen presse kostnadene nedover, slik at bedrifter tvinges til å drive så effektivt som mulig (produksjonseffektivitet). Svekket konkurranse er ofte ensbetydende med sløsing (X-inefficiency) blant bedriftene. For det tredje vil konkurranse stimulere produktutvikling og innovasjon, og dermed bidra til dynamisk effektivitet.² Enkelte ganger vil det kunne være et motsetningsforhold mellom konkurranse og innovasjon, idet innovasjon gjennom forskning og utvikling i mange tilfeller krever store og ressurssterke foretak. Eksistensen av hold-up problemer kan også virke hemmende på innovasjonsintensiver. På samme måte kan det være spenninger mellom konkurransepolitikken og f.eks. patentretten, idet patentretten søker å legge til rette for innovasjon ved å beskytte innovasjonen mot konkurranse (i patentperioden).

Ulikhetene mellom Matkjedeutvalgets foreslåtte god-skikk-standard og konkurransepolitikkenes fokus kan forklares med henvisning til ulikheten mellom den *horisontale konkurranserelasjonen* og den *vertikale kontraktsrelasjonen*. Konkurranspolitikken i økonomisk forstand er opptatt av det horisontale konkur-

ranseforholdet mellom aktørene. Av denne grunn utgjør kartellvirksomhet kanskje den mest alvorlige overtredelsen av det konkurranserettslige regelverket. Samtidig griper konkurranseretten inn mot misbruk av markedsrett, først og fremst der denne kan stenge konkurrerter ute og dermed ytterligere øke markedsmakten. Det er også den horisontale konkurranserelasjonen som begrunner konkurranserettsens policy overfor vertikale restriksjoner, f.eks. i form av bindende videresalgsspriser (reduserer konkurransen mellom detaljister eller fasiliterer koordinering oppstrøms) og eksklusivavtaler (stenger konkurrerter ute fra markedet). I forhold til kontraktsrelasjonene mellom næringsdrivende er ikke konkurransepolitikken opptatt av forhandlingsstyrken og utfallet av forhandlinger i betydningen fordelingen av verdier mellom partene.³

Et fokus for Matkjedeutvalget var maktutøvelse fra kjedene mot leverandørene. I tråd med det som er sagt i 6.5 dreier denne bekymringen seg mer om misbruk av forhandlingsmakt enn misbruk av kjøpermakt. Kommisjonen har forklart ulikhetene som følger innenfor EUs konkurranseregler:

«Abuses of buyer power are contrary to EC competition law where there is a proven detriment to downstream consumers. Much of the current political interest is in fact focused on issues of «unequal bargaining power» which should be distinguished from issues of «buyer power», and actually highlights problems faced by small suppliers in the context of contractual negotiations with stronger buyers.

Contractual imbalances associated with unequal bargaining power are tackled through policy tools other than competition law instruments, such as, for example, contract law, common agricultural policy, SME policy, or unfair commercial practices laws. Most Member States have already enacted specific laws dealing with such issues and have established legal protective mechanisms for all contractual parties in the context of their commercial laws. EC antitrust law is not concerned with particular outcomes of contractual negotiations between parties unless such terms would have negative effects on the competitive process and ultimately reduce consumer welfare. It is not the aim

² Se f.eks. *Dalen, D.M. og C. Riis*: Konkurranserett for innovasjon, http://www.bi.no/InstitutterFiles/Samfunns%20b0konomi/2010_02_diskusjonsnotat.pdf.

³ Til dette se *Nils-Henrik Mørch von der Fehr*, Vertikale relasjoner – Noen prinsipielle betraktninger, i NILF dagligvarehandel og mat (2013), s. 117-134.

of EC competition rules, as currently devised, to interfere in the bargain struck between contractual parties, in the absence of proven competitive harm.»⁴

Videre kommenteres det, i forlengelsen av kommisjonens «Stakeholder Survey» fra 2009:

«One of the main findings of this exercise is that, when asked to comment about the practices that they perceive as most seriously affecting their business, all of the suppliers mentioned practices related to unfair trading, rather than to breaches of EC competition rules. Such buyer practices amount, among others, to late payments, unilateral changes in contracts or ad-hoc changes to contractual terms, payments demanded in return of no real service being provided, upfront sums of money perceived as entry fees to negotiations, etc. A number of suppliers have conveyed the message that such practices amount to abuses of bargaining power from their stronger buyers, who are often perceived as gatekeepers to consumer markets. This means that suppliers are de-facto compelled to accept the conditions imposed by their retail counterparts who have therefore the capacity to strike advantageous deals from their suppliers, to the detriment of the profit margins of these suppliers.

... [I]t is important to recall that EC competition rules are not in principle designed to address the above-mentioned practices, which in most cases amount to contractual imbalances and therefore pertain to the field of contractual or commercial law, as regulated by the laws of the different Member States. The above-mentioned practices do not prima facie entail direct consumer harm, but are rather revelatory of commercial tensions deriving from different bargaining positions. Such commercial tensions may be symptomatic of certain malfunctions in the food supply chain due to the difference between what supplier perceive as a «just price» for their products and the real price they obtain from the negotiations with their buyers. In this context, the concept of «just prices»

⁴ Commission Staff Working Document Competition in the food supply chain, SEC(2009) 1449 (28. oktober 2009), vedlegg til COM(2009) 591 A Better Functioning Supply Chain in Europe, s. 18. Forskjellene fra et konkurranserettslig ståsted er også diskutert i International Competition network: Report on Abuse of Superior Bargaining Position, tilgjengelig på <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc386.pdf>.

becomes related to the socio-political sphere and departs from the economics of competition policy. Considerations related to «just prices», if at all needed, should be tackled by national and possibly EU regulators on the basis of social interests, innovation and competitiveness of the EU food supply chain on world markets.»⁵

Tilsvarende må etter utvalgets syn legges til grunn under konkurranselovens harmoniserte bestemmelser. Dette innebærer at konkurranseloven prinsipielt sett har et annet siktemål enn en god-skikk-standard basert på redelighet og rimelige forhandlingsresultater mellom partene. Likevel er det ikke særlig tvil om at det kan være en viss overlapping, dvs. at forhold både kan være i strid med en slik standard og konkurransestridd, samtidig som man ikke helt kan utelukke bruk av konkurransereglene der praksis leder til et urimelig markedsresultat, jf. særlig 9.5 om utnyttende misbruk etter konkurranseloven § 11. Ikke desto mindre fremstår *pristiltaksloven*, jf. omtalen i 8.4, etter norsk rett som nærmere Matkjedeutvalgets fokus enn konkurranselovgivning.

9.4 Konkurranseloven § 10

Konkurranseloven § 10 første ledd oppstiller et generelt forbud mot avtaler og andre former for samarbeid mellom foretak som har til formål eller virkning å begrense konkurransen. Bestemmelsen fastsetter tre kumulative vilkår for at forbudet skal være overtrådt; det må foreligge et *samarbeid mellom uavhengige foretak med konkurransebegrensende formål eller virkning*. For det siste alternativet gjelder at konkurransen må være påvirket merkbar. Etter tredje ledd kan samarbeid som skaper effektivitetsgevinster som kommer forbrukerne (her etterspørerne) til gode på visse vilkår unntas.⁶

Bestemmelsen regulerer både horisontale og vertikale samarbeid (dvs. samarbeid mellom aktører på henholdsvis samme eller ulike omsetningsnivåer). I dagligvaremarkedet har konkurranseloven § 10 vært anvendt (sammen med § 11) på vertikal eksklusivitet i TINE-saken, men TINE ble der frifunnet i Høyesterett (Rt. 2011 s. 910). Videre har tilsynet benyttet § 10 mot informa-

⁵ Op.cit., s. 27-28. Kommisjonens undersøkelse er nærmere beskrevet på s. 3 i dokumentet. I likhet med Matkjedeutvalgets undersøkelser, omfattet den uformelle samtaler med representanter for handelen.

⁶ Se nærmere NOU 2012: 7 s. 21.

sjonsutveksling mellom dagligvarekjedene via ACNielsen. Saken ble henlagt etter at partene endret sin praksis.⁷ Sakene illustrerer at § 10 kan komme til anvendelse både på horisontale og vertikale forhold i dagligvarebransjen.

Horisontal anvendelse vil primært være aktuelt mellom leverandører eller mellom kjedegrupperinger. Bestemmelsen forbyr da ethvert konkurransebegrensende samarbeid, som mellom konkurrenter kan defineres som enhver kontakt som har til formål eller virkning å redusere den usikkerhet som er en forutsetning for konkurranse.⁸ I praksis setter § 10 viktige skranke mot informasjonsdeling mellom konkurrenter, jf. senest Rt. 2012 s. 1556.⁹ Eksempelvis vil deling av kalkyler eller resepter mellom konkurrenter være forbudt, med mindre det skjer som ledd i et lovlig produksjons- eller utviklingssamarbeid. Innkjøps-samarbeid vil kunne begrense konkurransen ved at deltakerne får parallellitet i kostnadsstrukturer (normalt under forutsetning av at deltakerne har en viss markedsrett i nedstrømsmarkedet). Slike samarbeid kan imidlertid også være effektive forutsatt at partenes kjøperrett øker.¹⁰ Konkurransetilsynet har anvendt disse prinsippene i vurderingen av innkjøps-samarbeidet mellom ICA og NorgesGruppen våren 2013.

I den utstrekning det består en konkurranseflate mellom vertikalt integrerte kjeder som produserer EMV og merkevareprodusenter, vil disse prinsippene også komme til anvendelse på dette forholdet. Bestemmelsen kan ramme utveksling av forretningshemmeligheter begge veier, f.eks. både kalkyler for produksjon fra leverandør og markedsplaner fra kjeden. Den nærmere grensen for lovlig og ulovlig informasjonsutveksling, f.eks. i forhold som involverer leieproduksjon eller underleveranseavtaler, går utvalget ikke nærmere inn på. Slike samarbeid må vurderes fra sak til sak, og partene er selv ansvarlige for å holde seg innenfor de rammene konkurranseloven setter. Utvalget vil imidlertid påpeke at § 10 klart representerer en relevant begrensning på adgangen til å dele informasjon mellom kjeder og produsenter i dagligvaresektoren.

I det vertikale forholdet mellom leverandører og kjeder (og også mellom kjeder og ikke-kjedeide butikker) vil § 10 komme til anvendelse på ulike former for vertikale restriksjoner, dvs. avtalebestemmelser eller enighet som legger begrensninger på kjøp, salg eller videresalg.¹¹ Dette gjelder f.eks. eksklusivitet og binding av videresalgspriser. Skulle f.eks. en leverandør sette en minstepris for butikk salg av en vare ville dette representert en klar overtredelse av § 10. Tilsvarende gjelder den type eksklusivitet som ble vurdert av Konkurransetilsynet i TINE-saken. Vertikale restriksjoner er for det meste omfattet av § 10 tredje ledd, som er presisert i forskrift.¹² Forskriften dekker ikke bindende fastsettelse av minimumspriser for videresalg, ei heller allokering av eksklusive salgsområder. Videre får forskriften bare anvendelse hvis både leverandørens og kundens andel av det relevante markedet er under 30 %. Utvalget går ikke nærmere inn på disse reglene. Det kan imidlertid konstateres at regelverket om vertikale restriksjoner har begrenset relevans for de problemstillinger som utvalget er bedt om å utrede. Det er f.eks. ikke under § 10 rom for en vurdering av avtalevilkårs rimelighet overfor avtaleparten.

I likhet med § 11 håndheves § 10 primært av Konkurransetilsynet, gjennom påbud om opphør etter konkurranseloven § 12 og overtredelsesgebyr etter § 29. I motsetning til brudd på § 11 kan overtredelser av § 10 også sanksjoneres med straff. I tillegg kan enhver med rettslig interesse håndheve bestemmelsen ved søksmål for de alminnelige domstoler, i form av forføyninger, forbud, ugyldighet og erstatning.

9.5 Konkurranseloven § 11

9.5.1 Dominerende stilling

Anvendelse av § 11 forutsetter at det foreligger en individuell eller kollektiv dominerende stilling. Definisjonen av en individuell dominerende stilling ble gitt av EU-domstolen i United Brands-saken. Her heter det at dominerende stilling innebærer:

«A position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effec-

⁷ Tilsynets brev til ACNielsen av 17. april 2007, tilgjengelig på www.kt.no under Uttalelser 2007.

⁸ Grunnleggende forente saker 40 etc./73 Suiker Unie v Kommisjonen [1975] ECR 1663, prem. 174.

⁹ Se nærmere *Erling Hjelmeng*, Informasjonsutveksling mellom konkurrenter og kartellforbudet i EØS-avtalen, Tfr 2003 s. 648.

¹⁰ Den konkurranserettslige analysen av horisontale samarbeid er grundig beskrevet i Kommisjonens retningslinjer for horisontale samarbeid, [2010] OJ C 11/1.

¹¹ For en gjennomgang av vertikale restriksjoner se Kommisjonens retningslinjer for vertikalt samarbeid, [2010] OJ C 130/1.

¹² Forskrift nr. 898 av 21. juni 2010 om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden

«...tive competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers»¹³

Denne definisjonen benyttes gjerne som startpunkt både for Kommisjonens og Konkurransetilsynets vurdering av dominans. I praksis avgjøres spørsmålet etter en vurdering av markedsandeler i det relevante marked, bl.a. slik at det vil foreligge en presumsjon for dominans ved markedsandel over 50 %.¹⁴ Førti prosent anses ofte som en nedre grense for dominerende stilling.

En *kollektivt* dominerende stilling er noe mer uskarp i kantene.¹⁵ At misbruksforbudet også kommer til anvendelse på *kollektiv dominans*, ble bekreftet i Italian Flatglass, og har blitt utviklet i etterfølgende praksis.¹⁶ I CEWAL ga Domstolen følgende definisjon:

«A dominant position may be held by two or more economic entities legally independent of each other, provided that from an economic point of view they present themselves or act together on a particular market as a collective entity.»¹⁷

Påvisning av en kollektivt dominerende stilling krever både en vurdering av forholdet foretakene imellom og deres markedsstilling.¹⁸ Mht. forholdet mellom foretakene, «it must be ascertained whether economic links exist between the undertakings concerned.»¹⁹ Selv om slike linker eller koblinger mellom foretakene ikke kan oppstilles som et absolutt vilkår, vil forekomsten både av økonomiske og strukturelle koblinger kunne være avgjørende for spørsmålet om foretakene er

i stand til å handle i fellesskap på markedet.²⁰ Relevante koblinger kan være krysseierskap og ulike former for personelle koblinger mellom foretakene.²¹ Det kan imidlertid ikke utelukkes at også selve markedets oligopolistiske struktur kan føre til at aktørene anses som kollektivt dominerende.²²

En dominerende stilling kan foreligge både på selger- og kjøpersiden. Det foreligger imidlertid lite praksis om dominans på innkjøpssiden. De få saker som er i EU-retten, gjelder alle individuell dominans. Utvalget går ikke nærmere inn på dominansvurderingen, og tar heller ikke stilling til om det finnes aktører i det norske dagligvaremarkedet som har en individuell eller kollektiv dominerende stilling.²³

9.5.2 Misbruk

Ved misbruksvurderingen tas det gjerne utgangspunkt i EU-domstolens «definisjon» av et misbruk. I Hoffmann-La Roche ga Domstolen følgende beskrivelse av hva som utgjør et misbruk:

«The concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.»²⁴

¹³ Sak 27/76 United Brands, Sml. 1978 s. 207, prem. 65.

¹⁴ Etter sak C-62/86 AKZO, [1991] ECR I-3359.

¹⁵ Inngående om problemstillingen *Ronny Gjendemsjø*, Oligopolproblemet, ph.d. avhandling, Bergen 2011.

¹⁶ Forente saker T-68 etc./89 Società Italiana Vetro SpA and others v Kommisjonen, [1992] ECR II-1403 prem. 358. Se inngående *Ronny Gjendemsjø*: Oligopolproblemet, disputatutgave Bergen 2011, s. 192 ff.

¹⁷ Forente saker C-395 and 396/96 P CMB m.fl. v Kommisjonen, [2000] ECR I-1365, prem. 36 og sak T-193/02 Piau v Commission, [2005] ECR II-209, prem. 110. Det har vært nyanser i formuleringen av definisjonen, sml. f.eks. med sak C-393/92 Almelo v NV Energiebedrijf IJsselmij, [1994] ECR I-1477, prem. 42.

¹⁸ Se forente saker C-395 and 396/96 P Compagnie maritime belge transports SA and others v Commission, [2000] ECR I-1365, prem. 41-42.

¹⁹ L.c.

²⁰ Se f.eks. sak C-309/99 Wouters, [2002] ECR I-1577, prem. 114.

²¹ Se forslag til avgjørelse fra GA Fennelly i forente saker C-395 og 396/96 P Compagnie maritime belge transports SA m.fl. v Kommisjonen, [2000] ECR I-1365, prem. 28: «It is not necessary to specify exhaustively or at all the nature of the relationships or economic links. They might be the use of model conditions of supply drawn up by a common trade association ..., cross-shareholdings, common directorships or even family links with economic consequences.»

²² Om dagligvaremarkedet se *Olav Kolstad*, Kjøpermarkt i dagligvarebransjen – En konkurranserettslig analyse (29. september 2009), s. 28-29 (utredning for DLF, tilgjengelig på <http://www.dlf.no/filestore/Profdr.jurisOlavKolstadKjpermarktIdagligvarebransjen-Enkonkurranserettsliganalyse.pdf>).

²³ I TINE-saken ble det lagt til grunn at TINE hadde en dominerende stilling innenfor det norske ostemarkedet, jf. Rt. 2011 s. 910 avsnitt 65.

²⁴ Sak 85/76 Hoffmann-La Roche, [1979] ECR 461, prem. 91.

Pliktene for dominerende foretak definert slik at de har et «særskilt ansvar» for ikke å begrense konkurransen, jf. Michelin I:

«A finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination but simply means that, irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market.»²⁵

I Continental Can heter det, etter at Domstolen har gitt uttrykk for at oppregningen av misbruks-situasjoner ikke er uttømmende, at misbruk

«May therefore occur if an undertaking in a dominant position strengthens such position in such a way that the degree of dominance reached substantially fetters competition, i. e. that only undertakings remain in the market whose behaviour depends on the dominant one.»²⁶

Utgangspunktet er dermed at handlinger som innebærer metoder som fraviker fra normal konkurranse på ytelse, og som styrker en dominerende stilling, kan representere et misbruk. Ulike former for misbruk kan vurderes etter litt ulike standarder, f.eks. vil eksklusivavtaler nesten automatisk være ulovlige, mens f.eks. forretningsnøkter og visse former for produktkobling vurderes etter sine virkninger.²⁷ I senere praksis fra Kommisjonen har det vært et skifte mot en mer helhetlig virkningsbasert vurdering, der et hovedfokus ligger på muligheten for utestengelse av like effektive konkurrenter.²⁸

Misbruk deles gjerne inn i kategoriene utnyttende og ekskluderende (i EU-retten snakkes det også om en tredje gruppe; misbruk som skader det indre marked). Slik vi har påpekt ovenfor, er hovedansliggende for konkurranseretten den horisontale konkurranserelasjonen, enten denne påvirkes ved horisontale avtaler eller restriksjo-

ner/misbruk av dominerende stilling overfor handelspartnere. Etter misbruksforbudet har konkurransemyndighetene i begrenset utstrekning slått ned på rent utnyttende, i motsetning til konkurransebegrensende misbruk.²⁹

Forbud mot utnyttende misbruk kan ses på som en direkte regulering av markedetsresultatet, der konkurransen uansett ikke fungerer. Eksempelvis vil en monopolist kunne sette kvantum og pris slik at profitten maksimeres, noe som både kan representere et effektivitetstap (dødvektstap samt produksjonsineffektivitet) for samfunnet og en verdioverføring fra etterspørerne (monopolprofitt). Inngrep mot slik atferd etter konkurransereglene er imidlertid omstridt, og i praksis er det få saker.³⁰ Dette har sammenheng med flere forhold; at monopolprofitt vil tiltrekke seg nyetablering, og at inngrep mot monopolpriser vil bremse denne effekten, at det vil være usedvanlig vanskelig å fastsette «riktig» pris, og at det vil være vanskelig å sørge for effektiv håndhevelse (som nødvendigvis vil måtte bestå i en form for regulering).

I EU-retten er terskelen for inngrep lagt høyt. I United Brands, som er den grunnleggende saken om utnyttende misbruk, angir Domstolen flere metoder for å bestemme om en pris er urimelig:

«The imposition by an undertaking in a dominant position directly or indirectly of unfair purchase or selling prices is an abuse to which exception can be taken under article 86 of the treaty.

It is advisable therefore to ascertain whether the dominant undertaking has made use of the opportunities arising out of its dominant position in such a way as to reap trading benefits which it would not have reaped if there had been normal and sufficiently effective competition.

In this case charging a price which is excessive *because it has no reasonable relation to the economic value of the product supplied* would be such an abuse.

This excess could, inter alia, be determined objectively if it were possible for it to be calculated by making a comparison between the selling price of the product in question and its cost

²⁵ Sak 322/81, [1983] ECR 3461, prem. 57.

²⁶ Op.cit. prem. 26.

²⁷ Se nærmere *Eirik Østerud*, Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law, Kluwer 2011.

²⁸ Se Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, [2009] OJ C C 45/7. Se også sak C-280/08 P Deutsche Telekom, [2010] ECR I-9555, prem. 177.

²⁹ Kommisjonens Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, [2009] OJ C C 45/7, er f.eks. begrenset til ekskluderende (konkurrensebegrensende) misbruk.

³⁰ Se nærmere *Richard Whish*, Competition Law, 7th ed. 2012, s. 718 ff.

of production, which would disclose the amount of the profit margin; however the Commission has not done this since it has not analysed UBC's costs structure.

The questions therefore to be determined are whether the difference between the costs actually incurred and the price actually charged is excessive, and, if the answer to this question is in the affirmative, whether a price has been imposed which is either unfair in itself or when compared to competing products.

Other ways may be devised – and economic theorists have not failed to think up several – of selecting the rules for determining whether the price of a product is unfair.

While appreciating the considerable and at times very great difficulties in working out production costs which may sometimes include a discretionary apportionment of indirect costs and general expenditure and which may vary significantly according to the size of the undertaking, its object, the complex nature of its set up, its territorial area of operations, whether it manufactures one or several products, the number of its subsidiaries and their relationship with each other, the production costs of the banana do not seem to present any insuperable problems.»³¹

Det følger av dette at § 11 kan komme til anvendelse på priser som er satt urimelig høyt. Selv om det ikke er utviklet én spesifikk test for hva som anses som urimelig etter konkurranselovgivningen, er det på det rene at terskelen for å gripe inn er høy, og at vurderingen er objektiv og baseres på pris/kostnadssammenlikning eller sammenlikning med andre markeder/produkter. Rimelighetsbetraktninger ut fra medkontrahentens situasjon, atferd i forhandlinger mv. synes det ikke å være rom for. Selv om konkurranseloven § 11 dermed kan ramme urimelige priser, følger det at man ikke kan ikke legge § 11 til grunn som en generell skranke med det nedslagsfelt som Matkjedeutvalget etterlyste i sitt forslag til regulering. Problemet med å gripe inn mot såkalt utnyttende misbruk etter konkurranseloven § 11 er at det ikke finnes en tydelig norm som skiller klart mellom hva som er en rimelig (i dette tilfellet) pris og hva som må anses som en urimelig pris. Det er også liten hjelp å hente i økonomisk teori for å avgjøre dette spørsmålet. En norm kunne f.eks.

være at prisen skulle være kostnadsbasert i en eller annen forstand, men det ville innebære en de facto prisregulering av alle dominerende foretak – noe som igjen ville innebære betydelig fare for effektivitetstap og kostnader med regulering. Videre er det slik at dersom en skulle innføre en slik rimelighetsnorm på alle foretak (også de som ikke er dominerende) ville det i praksis bety et forsøk på prisregulering av hele næringslivet.

En rimelighetsnorm som påtvinger kostnadsbasert prising synes derfor å være svært lite hensiktsmessig. Problemet er at enhver annen rimelighetsnorm vil støte på tilsvarende problem. Sett at en skulle sette grensen på et 20 % påslag på kostnader, og at priser over dette anses som urimelige. Igjen ser vi at det vil føre til prisregulering, store reguleringskostnader og store potensielle effektivitetstap i økonomien som helhet. En slik norm ville også løse faren for å utløse endeløse rettskonflikter ettersom kostnader er vanskelig å observere og verifisere. Det er derfor svært problematisk – for ikke å si umulig – å fastsette en norm som skal gi grunnlag for inngripen mot urimelig høye priser. Dette er grunnen til at konkurransemyndigheter verden over sjelden eller aldri griper inn mot denne typen misbruk.

Dette forhindrer ikke at det finnes priser som er så høye at mange vil anse dem som urimelige. Utfordringen ligger i at håndheving krever en norm som både myndigheter og næringsliv kan forholde seg til – en norm som i praksis ikke lar seg definere. Den konkurransepolitiske tilnærmingen til dette er derfor i mange tilfeller å fokusere på den underliggende årsak til «urimelig» høye priser, i stedet for å prøve å regulere symptomet. Tiltak kan f.eks. være å prøve å fjerne etableringsbarrierer slik at konkurranse kan dempe eller fjerne selve sykdommen i stedet, altså markedsrett.

Når det er sagt, er det også på det rene at praksis som anses i strid med en god-skikk-norm også kan rammes av konkurranseloven § 11 ut fra en konkurransepolitisk begrunnelse. I det følgende skal det derfor knyttes noen kommentarer til misbruksforbudet med slik atferd for øye.

I Norge har misbruksforbudet vært anvendt i én sak i dagligvaremarkedet; TINE-saken.³² Saken endte imidlertid med frifinnelse, idet det ikke kunne påvises at det var inngått avtale om eksklusivitet, og idet TINEs atferd i saken ikke på selvstendig grunnlag ble funnet å utgjøre misbruk. Rapporten fra medlemsstatene om håndhe-

³¹ Sak 27/76 United Brands, [1978] ECR 207, prem. 248-254 (Utvalgets uttalelse). Se også mer nylig vedtak av 15. november 2011 i sak COMP/39592 Standard & Poor's.

³² Konkurransetilsynets vedtak V2007/9, opphevet ved Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2011 s. 910.

velse av konkurransereglene i medlemsstatene avdekker at misbruksforbud og strengere bestemmelser i nasjonal rett har blitt anvendt i en del saker.³³ Det heter:

«The competition authorities have further investigated cases which involved *abusive conducts by dominant operators* (which accounted for 20% of all cases). These abuses included mainly strategies to foreclose competitors, such as exclusivity obligations, minimum purchasing obligations, tying and refusals to supply, but also some exploitative abuses, such as unjustified contractual obligations. There were 36 cases which were classified as abuses: 2 were investigated only under EU law, 8 under both EU and national law and 26 only under national law. Out of the abuse cases pursued under national law, 16 cases involved national law abuses that are stricter than the scope of Article 102 TFEU, such as abuses of economic dependency. This means that the majority of the abuse cases pursued by competition authorities related to abusive conduct under Article 102 TFEU or an equivalent national provision.»³⁴

Rapporten nevner ikke saker som involverer misbruk av kjøpermakt. Fraværet av praksis innebærer imidlertid ikke at misbruksforbudet ikke kan være anvendelig.

I flere rapporter fra forbrukermyndigheter er det fremholdt at ulike typer utslag av kjøpermakt vil kunne representere misbruk av dominerende stilling.³⁵ Dette gjelder f.eks.

- «– Listing fees and slotting allowances for shelf space,
- Delisting,

- Imposing very low prices on suppliers through abusive negotiations,
- Demanding extra or unexpected payments by suppliers – sometimes without consent of the suppliers,
- Retro-active payments and extra discounts, and after-sale rebates,
- Below cost selling, returning unsold units to suppliers who are not paid for the returned produce,
- Late payments.³⁶»

Utvalget er skeptisk til å anse alle disse forholdene som misbruk av dominerende stilling i henhold til konkurranseloven § 11. Slik det har fremgått i 7.2.1, vil slik praksis eller vilkår kunne gå utover leverandørene og oppfattes som urimelige/urettferdige, men uten at det vil foreligge relevante virkninger for konkurransen eller forbrukerne. Utvalget vil likevel kort påvise noen mulige relevante virkninger, for å illustrere hvordan konkurransereglene i enkeltsaker kan komme til å ramme slik atferd.

Delisting innebærer i sin rene form en type forretningsnektelse, der det i henhold til sikker praksis må vurderes konkret om det foreligger en konkurransebegrensende/utestengende virkning. Mer nærliggende kan det være å gripe inn der forretningsnektelse benyttes som pressmiddel for å oppnå annen uheldig atferd. I *United Brands*, der bakgrunnen for nektelsen var forhandling av konkurrerende merker, uttalte Domstolen at et dominerende foretak «cannot stop supplying a long standing customer who abides by regular commercial practice, if the orders placed by that customer are in no way out of the ordinary».³⁷ I *Sot. Lélos kai Sia* anvendte Domstolen et tilsvarende resonnement i en sak hvor en legemiddelprodusent nektet å levere medisiner for å hindre at de ble parallellkspportert til medlemsland med høyere prisnivåer; det var tilstrekkelig at konkurransen fra kundene ble eliminert i de markeder produktene ble eksportert til.³⁸ Også her ble det lagt til grunn at foretaket ikke kunne avslå å levere hvis ordrene ikke var «out of the ordinary».

I begge tilfeller ble forretningsnektelse benyttet som pressmiddel for å påvirke kontraktspar-

³³ En oversikt over strengere regulering som rammer utilbørlig utnyttelse av forhandlingsmakt er gitt i International Competition network: Report on Abuse of Superior Bargaining Position, tilgjengelig på <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc386.pdf>.

³⁴ European Competition Network: Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector, mai 2012, tilgjengelig på http://ec.europa.eu/competition/ecn/food_report_en.pdf. (Uthevet i original).

³⁵ *Vander Stichele/Young*, The Abuse of Supermarket Buyer Power in the EU Food Retail Sector s. 16-17 (tilgjengelig på http://somo.nl/publications-en/Publication_3279). Se også The relationship between supermarkets and suppliers: What are the implications for consumers?, fra Consumers International, s. 6 (tilgjengelig på <http://www.consumersinternational.org/media/998055/the%20relationship%20between%20supermarkets%20and%20suppliers.pdf>).

³⁶ *Vander Stichele/Young*, The Abuse of Supermarket Buyer Power in the EU Food Retail Sector s. 16-17 (tilgjengelig på http://somo.nl/publications-en/Publication_3279).

³⁷ Sak 27/76 *United Brands*, [1978] ECR 207, prem. 182-183.

³⁸ Forente saker C-468/ etc./06 *Sot. Lélos kai Sia m.fl. v GlaxoSmithKline AVEE*, [2008] ECR I-7139, prem. 35.

tens atferd i konkurransestridig retning, i United Brands for å stenge konkurrenter ute, i GSK for å hindre parallelleksport av legemidler. Et tilsvarende resonnement kan fremføres overfor delisting, der dette benyttes for å påtvinge konkurransestridig atferd.

Tilsvarende gjelder forretningsnektelse som pressmiddel for å godta produktkobling.³⁹ Dette resonnementet kan sannsynligvis overføres til tilfeller hvor delisting benyttes som virkemiddel for å overta oppstrøms aktiviteter, f.eks. distribusjon eller produksjon. (Avtaler om å nedlegge egen produksjon vil etter forholdene også kunne rammes av § 10). Resonnementet om produktkobling har vært benyttet som grunnlag for å gripe inn mot dominerende selgeres kobling av produkt og transport. I British Sugar hadde foretaket koblet sukker og transport («delivered pricing»). Kommisjonen uttalte:

«The Commission considers that BS has abused its dominant position on the sugar market by refusing to grant to its customers an option between purchasing sugar on an ex factory or delivered price basis, thereby reserving for itself the ancillary activity of the delivery of that sugar, thus eliminating all competition in relation to the delivery of the products.»⁴⁰

Utvalget antar at et tilsvarende resonnement kan gjøres gjeldende der utøvelse av kjøpermakt anvendes for å iverksette (konkurranseskadelig) vertikal integrasjon.

Faste betalinger, enten i form av JM, hylleplassbetaling etc., vil ikke i seg selv være problematiske under misbruksforbudet. På dette punkt vises det til diskusjonen i 7.2.2.3. Derimot vil krav om betalinger for ytelser som ikke leveres etter forholdene kunne utgjøre misbruk. Dette er slått fast bl.a. i saker knyttet til returordninger, der Kommisjonen konsekvent har bygget på et prinsipp om at medlemmer i returordninger ikke skal kunne forpliktes til å betale godtgjørelser for ytelser som de ikke mottar. Dette prinsippet er bekreftet av Domstolen i dommen om Grüne Punkt-ordningen.⁴¹ I saken betalte medlemmene i retursystemet for bruken av varemerket «Der Grüne Punkt», mens Kommisjonen krevde at betalingen skulle knyttes til den reelle bruken av

innsamlings-/gjenvinningstjenesten. Domstolen uttalte at:

«Således som Retten har fastslået .., udgør den adfærd, .. der består i at kræve betaling af en afgift for al emballage, der bærer DGP-logoet, og som bringes i omsætning i Tyskland, selv når dette selskabs kunder godtgør, at de kun anvender DSD-ordningen for så vidt angår en del af denne emballage, et misbrug af dominerende stilling som omhandlet i bestemmelsen og den ovennævnte retspraksis.»⁴²

Slik atferd vil kunne ha konkurransebegrensende virkninger i den utstrekning medkontrahenten hindres i å kjøpe tilsvarende tjenester fra andre aktører. Dersom leverandørene er dominerende, vil slike ytelser også måtte vurderes ut fra de prinsipper som er utviklet for vurderingen av dominerende foretaks rabatter.

Utover dette påpeker utvalget at enhver praksis eller atferd som er egnet til å begrense konkurransen vil kunne fanges opp av § 11, forutsatt at det foreligger individuell eller kollektiv dominerende stilling. Utvalget påpeker også at bestemmelsen i situasjoner der det foreligger kollektiv dominans vil kunne fange opp andre forhold enn det som er aktuelt ved individuell dominans, f.eks. atferd som øker transparensen i markedet.⁴³ Utvalget finner det imidlertid riktig å avgrense mot en nærmere drøftelse av hvilke former for atferd som i det norske dagligvaremarkedet vil kunne klassifiseres som misbruk av dominerende stilling.

9.6 Konkurranseloven § 14

Konkurranseloven § 14 lyder:

«Dersom det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene, kan Kongen ved forskrift gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål.»

Hjemmelen er delegert til Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet (FAD).⁴⁴ Det er

³⁹ Se sak 311/84 CBEM v CLT og IPB, [1985] ECR 3261, prem. 26

⁴⁰ [1988] OJ L 284/41 avsnitt 71.

⁴¹ Sak C-385/07 P, Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH v Kommisjonen, Sml. 2009 s. I-6155.

⁴² Prem. 143.

⁴³ Se *Gabrielsen/Hjelmeng/Sørgard*, Rethinking Minority Share Ownership and Interlocking Directorships – the Scope for Competition Law Intervention, *European Law Review* 2011, 36(6), s. 837-860, på s. 854-55.

⁴⁴ Fastsatt ved kgl. res. 16. april 2004.

således departementet som gir forskrift, som vanligvis utarbeides og forberedes av Konkurransetilsynet. Hittil er det gitt to forskrifter under § 14; om bonusprogrammer i innenriks luftfart og om eiendomsannonsering over internett.⁴⁵

Hjemmelen tar sikte på å fylle et hull i konkurranselovens EØS-harmoniserte forbudsregler. Behovet for en slik hjemmel som kunne utfylle lovens forbudsbestemmelser ble først påpekt av et mindretall i lovutvalget (NOU 2003:12). Denne fraksjonen peker først på svakheter i forbudet mot misbruk av dominerende stilling, før behovet for en særlig hjemmel løftes frem:

«Bestemmelsen forbyr ikke skadelig atferd når det ikke kan påvises ensidig eller kollektiv markedsdominans. Ei heller gir den konkurransemyndighetene hjemmel til å forskriftsregulere rammevilkårene generelt for alle aktører. Dette kan f.eks. være aktuelt når samfunnsøkonomiske hensyn tilsier at insentivene til alle aktørene i bestemte markeder eller bransjer bør reguleres. Etter disse medlemmenes oppfatning er den viktigste grunnen til at det er behov for en hjemmel til å regulere markedene gjennom generelle bestemmelser gitt i forskrift, at det kan være behov for å iverksette konkurransefremmende tiltak i et marked selv om det ikke foreligger dominans eller kan bevises utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Det vil f.eks. kunne være tilfelle dersom det i hele eller store deler av en bransje har utviklet seg en salgs- eller innkjøpspolitikk som stenger konkurransevillige aktører ute eller som låser kunder inne på en slik måte at konkurransen begrenses uten at det kan påvises at noen aktør har en dominerende posisjon eller at de har samarbeidet innbyrdes. I slike tilfeller vil det kunne være aktuelt å gripe inn og forby en innarbeidet konkurransebegrensende praksis i bransjen for å legge til rette for å stimulere til effektiv konkurranse. En generell regulering kan også være mest hensiktsmessig fordi den sikrer like rammebetingelser for alle aktører i vedkommende bransje.»⁴⁶

Synspunktene vant gehør hos departementet, som sluttet seg til mindretallets vurdering.⁴⁷ I

merknadene til bestemmelsen uttaler departementet:

«Det er et vilkår for å anvende bestemmelsen at det er nødvendig for å fremme konkurransen. Videre kan det bare gripes inn mot vilkår avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål.

Bestemmelsen er ment brukt i markeder der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende uten at forbudene i §§ 10 og 11 kommer til anvendelse.»⁴⁸

I NOU 2012: 7, der det foretas en generell gjennomgang av virkemidlene i konkurranseloven, fremheves § 14 som viktig for å regulere ensidige handlinger der det ikke foreligger dominerende stilling.⁴⁹ Samtidig foreslås det skjerpede virkemidler for å sikre etterlevelse med slike forskrifter.

Samlet sett innebærer dette at konkurranseloven § 14 representerer et fleksibelt reguleringsverktøy for tilfeller hvor konkrete konkurranseproblemer ikke kan løses ved anvendelse av lovens forbudsbestemmelser.⁵⁰

Bestemmelsen er knyttet opp mot noen spesifikke vilkår.⁵¹ Det sentrale her er at det må foreligge «vilkår, avtaler og handlinger» med konkurransebegrensende virkning. Ved første øyekast kan hjemmelen virke overflødig ved siden av §§ 10 og 11, som nettopp retter seg mot avtaler eller handlinger med konkurransebegrensende virkning. I tilfeller hvor det ikke foreligger individuell eller kollektiv dominans, vil bestemmelsen imidlertid kunne være viktig, først og fremst der konkurransestridige handlinger eller atferd ikke kommer til uttrykk i avtaler. Dette kan f.eks. være tilfelle der aktører presses til å akseptere vilkår i avtaler som ikke i seg selv begrenser konkurransen, men der presset benyttes for å fremtvinge en løsning som ikke er optimal konkurransemessig. Et nærliggende eksempel er krav om å forestå grossist- og distribusjonstjenester under trussel om delisting. Tilsvarende vil atferd iverksatt av flere ikke-dominerende foretak, som ville ha

⁴⁵ Hhv. forskrift nr. 684 av 20. juni 2007 om forbod mot bonusprogram i innenriks luftfart og forskrift nr. 1169 av 9. september 2009 om tilgang til boligannonsering på Internett.

⁴⁶ NOU 2003: 12, s. 69.

⁴⁷ Ot. prp. nr. 6 (2003-04), s. 73.

⁴⁸ Ot. prp. nr. 6 (2003-04), s. 228.

⁴⁹ NOU 2012: 7, s. 159.

⁵⁰ Jf. også Prp. 75 L (2012-13), s. 19, der departementet uttaler at «nåværende § 14 om konkurransefremmende tiltak gir det nødvendige virkemiddelet for å fremme konkurransen i enkeltmarkeder.»

⁵¹ Se også *Evensen/Søveraas* (red.): Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer, Oslo 2009, s. 463 ff.

representert et misbruk om foretakene var dominerende, typisk kunne forbys etter § 14. At atferden også kan omfattes av forbudsbestemmelsene, er ikke til hinder for at man benytter § 14. Dette kan f.eks. være praktisk der man etter § 11 er nødt til å påvise en kollektivt dominerende stilling, noe som kan være vanskelig. Består det et reelt konkurransemessig problem i et slikt marked, vil en konkret regulering etter § 14 oftest være mer effektivt enn inngrep gjennom enkeltsaker.

Videre må forskrifter ta sikte på å «fremme konkurransen». Dette vilkåret vil normalt være oppfylt der det er tale om å gripe inn med forbud mot tiltak med konkurransebegrensende virkning. Derimot vil ikke § 14 gi adgang til å regulere et marked utelukkende for å skape økt konkurranse, hvis det ikke foreligger en konkret konkurranseskadelig praksis blant foretakene. Skyldes begrensningen i konkurransen f.eks. strukturelle forhold på markedet, vil ikke forskriftshjemmelen kunne benyttes til å bryte opp disse uten at det er påvist konkurranseskadelig atferd fra markedsaktørene.

Endelig kreves det at atferden det gripes inn mot er i strid med lovens formål, jf. § 1. Dette innebærer at det ikke vil kunne gripes inn mot forhold som, tross deres konkurransebegrensende virkning, gir effektivitetsgevinster som mer enn oppveier tapet.

Paragraf 14 er som utgangspunkt en forbudshjemmel. Bestemmelsen gir imidlertid ikke bare hjemmel til å nedlegge forbud, men også til å pålegge positive tiltak. Dette eksemplifiseres ved forskriften om tilgang til eiendomsannonsering på internett, der aktører pålegges positive forpliktelser til å gi tilgang til tjenesten. På denne måten kan hjemmelen sammenlignes med Konkurransetilsynets alminnelige påleggskompetanse i § 12. Det er likevel mer tvilsomt om hjemmelen gir kompetanse til å pålegge strukturelle tiltak, jf. at lovteksten selv taler om å «gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger». En regulering som innfører organisatoriske skiller eller andre endringer i foretakenes struktur for å fjerne incitamentet til konkurranseskadelig atferd vil sannsynligvis falle utenfor § 14.

I forhold til atferd som fanges opp av §§ 10 og 11 vil § 14 også kunne benyttes til å regulere ensidig atferd *uten* at det foreligger dominerende stilling. Forutsetningen er at atferden det gripes inn mot begrenser konkurransen i strid med lovens formål. Dersom f.eks. dagligvarekjeder opererer med praksis som samlet sett begrenser konkurransen, men uten at det foreligger avtaler (horisontalt eller vertikalt), vil det kunne gripes inn

med forskrift etter § 14. Tilsvarende gjelder f.eks. der kjedene hver for seg stiller vilkår som leder til vertikal integrasjon med utestengende effekter (f.eks. krav om å overta distribusjon eller andre aktiviteter).

Utvalget anser at en nærmere utredning av et eventuelt behov for § 14-forskrifter i dagligvaresektoren faller utenfor utvalgets mandat. Utvalget anser imidlertid at § 14 vil kunne benyttes til å regulere forhold som må anses i strid med god handelsskikk, og som pr. i dag ikke fanges opp av konkurranselovens øvrige bestemmelser, forutsatt at de begrenser konkurransen i strid med lovens formål. Slike reguleringer vil måtte holdes innenfor rammene som EØS-konkurranseloven setter, jf. 11.2 og 11.3.

9.7 Konkurranseloven § 16

Konkurranseloven § 16 regulerer ikke atferd på markedet, men gir myndighetene hjemmel til å intervenere mot konkurranseskadelige fusjoner og oppkjøp på markedet, dvs. der markedets struktur endres slik at konkurransen begrenses. Fusjonsreglene i konkurranse-loven er i motsetning til atferdsreglene ikke harmonisert med EU- og EØS-retten. Paragraf 16 oppstiller tre vilkår; det må foreligge en foretakssammenslutning, den må føre til eller forsterke en vesentlig begrensning i konkurransen, og denne begrensningen må være i strid med lovens formål.⁵² Alle foretakssammenslutninger som overstiger visse terskelverdier for omsetning må meldes til Konkurransetilsynet i henhold til konkurranse-loven § 18.

Inngrepsbestemmelsen fanger opp fusjoner, oppkjøp og etablering av visse former for joint ventures (fellesforetak). Videre omfatter fusjonskontrollen tilfeller hvor det skjer skifter i (eier)kontrollen med foretak. Også erverv av aktiva (innmat) som det kan knyttes selvstendig omsetning til, er omfattet av fusjonsreglene. Fusjonsreglene omfatter derimot ikke f.eks. vertikal integrasjon som skjer ved at en bedrift legger ned en aktivitet som videreføres av en annen (f.eks. overgang til kjededistribusjon).

I § 16 er inngrepsvilkåret formulert som at ervervet «fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen». Ved horisontale transaksjoner kan slik konkurranseskade oppstå enten ved ensidige eller koordinerte virkninger. Kort sagt innebærer ensidige virkninger at én aktør etter transaksjonen blir i stand til å utøve

⁵² Se inngående NOU 2012: 7, kap. 3.1 og 8.2.

markedsrett, mens koordinerte virkninger innebærer at markedsaktørene vil tilpasse seg hverandre på en konkurransebegrensende måte. Ved vertikal integrasjon er det først og fremst mulighet for utestengende atferd som kan være problematisk.

Det siste vilkåret, om at transaksjonen må være i strid med lovens formål, innebærer at partene kan anføre at det realiseres effektivitetsgevinster som mer enn oppveier samfunnets tap ved begrenset konkurranse. I henhold til departementets praksis stilles det ikke vilkår om at gevinstene må komme forbrukerne til gode, slik det f.eks. gjøres etter unntaksbestemmelsen i § 10 tredje ledd.

Det har hittil ikke blitt grepet inn mot foretaks-sammenslutninger på kjedenivå.⁵³ REMA 1000s overtakelse av Lidl Norge ble vurdert av Konkurransetilsynet, og ble godkjent på vilkår om salg av ett nærmere bestemt butikklokale.⁵⁴ Tilsynet vurderte konkurransesituasjonen i en rekke lokale markeder, og fant at konkurransen ville bli vesentlig begrenset i Nordfjordeidområdet, der bare REMA 1000, Coop, Bunnpris og Lidl var etablert. Vilkalet viste seg å være lite effektivt. REMA 1000 fikk aldri solgt eiendommen, og lokalene ble lagt brakk.

På grossistnivå nedla tilsynet i 2004 forbud mot Joh-Systems (Norgesgruppen) erverv av Engrospartner (Reitangruppen).⁵⁵ Dette inngrepet var imidlertid ikke begrunnet i svekket konkurranse innen grossistdistribusjon til dagligvaremarkedet, men i markedet for «fullsortiments grossistleveranser av kiosk- og dagligvarer til servicehandelen».

På leverandørnivå har tilsynet grepet inn i flere saker; Prior/Norgården (V2005-12, opphevet ved kgl. res. etter konkurranseloven § 21 10. februar 2006), Orkla/Collett Pharma V2005-18 (godkjent på vilkår), Gilde/Prior (V2006-223, opphevet av departementet ved vedtak 5. oktober 2006) og Findus/Gro Industrier (V2007-10).

Utvalget går ikke nærmere inn på fusjonsregelverket, idet dette som sådant må anses som lite relevant for de spørsmål utvalget skal vurdere. Det presiseres imidlertid at regelverket representerer et sentralt redskap for å forhindre ytterligere

markedskonsentrasjon og dermed økt markedsrett. Samtidig er det begrensninger på hva som fanges opp av fusjonsreglene, f.eks. vertikal integrasjon gjennom overtakelse av aktiviteter på annen måte enn ved overdragelse av virksomhet eller aktiva.

9.8 Konkurransetilsynets overvåking av dagligvaremarkedet

Utvalget har bedt Konkurransetilsynet om å redegjøre for sitt tilsyn med dagligvaremarkedet.⁵⁶ Tilsynet har i sitt svar fokusert på fire områder: Meldeplikt for leverandøravtaler, årlige kontaktmøter med aktørene, fusjonskontroll og internasjonalt samarbeid. Om meldeplikt for avtaler sies det følgende:

«Konkurransetilsynet påla i 2005 seks dagligvarekjeder å sende inn sine avtaler med utvalgte markedsledende leverandører. Pålegget gjaldt Norgesgruppen ASA (Norgesgruppen), Coop Norge AS (Coop), Rema 1000 Norge AS (Rema), ICA Norge AS (Ica), Lidl Norge AS og Smart Club ASA.⁵⁷ Vedtakene gjaldt frem til 1. januar 2010.

Konkurransetilsynet vedtok i 2010 å forlenge meldeplikten for Norgesgruppen, Coop, Rema 1000 og Ica.⁵⁸ I tillegg ble IK Lykke AS (Bunnpris) pålagt samme meldeplikt.⁵⁹ Pålegget innebærer at dagligvarekjedene må sende avtalene sine med 19 markedsledende leverandører til Konkurransetilsynet. Den nye meldeplikten gjelder til 2015.»

Om årlige kontaktmøter sies det:

«Konkurransetilsynet gjennomfører årlige kontaktmøter med Norgesgruppen, Ica, Rema 1000, Coop, Bunnpris, Dagligvareleverandørenes forening (DLF) og utvalgte leverandører. Agendaene for møtene varierer noe fra år til år, men inneholder alltid en oppdatering fra aktørene om utviklingen i bransjen. I tillegg tar tilsynet opp særskilte tema avhengig av hvilket arbeid som prioriteres i tilsynet på det aktuelle tidspunkt.

⁵³ Flere detaljister ble imidlertid i 2006 ilagt overtredelsesgebyr for brudd på meldeplikten for foretakssammenslutninger. Utvalget nevner også inngrepet i vedtak V2009-14 Validus/Sunkost, som bl.a. gjaldt detaljhandel med helsekostprodukter, og hvor Norgesgruppen var inne på eiersiden i ett av foretakene.

⁵⁴ Vedtak V2008-10 av 30. mai 2008.

⁵⁵ Vedtak V2004-21 av 2. april 2004.

⁵⁶ Epost fra utvalgsleder 9. januar 2013, besvart ved brev av 28. januar 2013.

⁵⁷ [Konkurransetilsynets vedtaksnummer:] V2005-19, V2005-20, V2005-21, V2005-22, V2005-23, V2005-24.

⁵⁸ V-2010-1, V-2010-2, V-2010-3, V-2010-4.

⁵⁹ V-2010-6.

I tillegg til de faste kontaktmøtene vurderer tilsynet konkret hvert år behovet for møter med andre aktører i dagligvaremarkedet basert på aktuelle problemstillinger.»

Om fusjonskontroll skriver tilsynet følgende:

«Tilsynet har over de siste tre årene⁶⁰ behandlet 110 alminnelige meldinger om foretakssammenslutninger i dagligvare- og butikkdrift. To foretakssammenslutninger har gått videre til fullstendig melding.

Noen av disse foretakssammenslutningene omhandler strukturendringer innenfor en og samme paraplykjede, eksempelvis ved oppkjøp av egen franchisetaker eller assosiert dagligvarekjede/-butikk.

Det er vanskeligere å gi en presis oversikt over tilsynets fusjonskontroll i leverandørmarkedene til dagligvaremarkedene ettersom foretakssammenslutninger i leverandørmarkedene ofte berører flere nedstrømsmarkeder. Tilsynet har imidlertid over de siste tre årene behandlet et stort antall foretakssammenslutninger innenfor leverandørmarkedene på mat- og dagligvaremarkedet.»

Endelig sies det om internasjonalt samarbeid:

«Konkurransetilsynet deltar i European Competition Network (ECN) som er en samarbeidsgruppe for europeiske konkurransemyndighe-

ter. ECN benyttes bl.a. til å utveksle erfaringer og diskutere felles problemstillinger innenfor dagligvare- og matmarkedene. Tilsynet har også jevnlig kontakt med de andre nordiske konkurransetilsynene om problemstillinger i matmarkedene.»

9.9 Konklusjoner

Gjennomgangen av konkurranselovens bestemmelser viser at det er et potensial for å benytte loven på flere av de former for atferd som er påpekt som problematiske/urimelige i Matkjedeutvalgets innstilling. Det knytter seg imidlertid utfordringer til anvendelsen av særlig lovens forbudsbestemmelser. Under konkurranseloven § 11 vil kravet om en dominerende stilling kunne være vanskelig å etablere at er oppfylt, samtidig som praksis vedrørende kollektiv dominans og ensidig atferd fremstår som lite utviklet. Paragraf 10 vil i begrenset grad være anvendelig på den type vertikale bindinger som er utbredt i bransjen, bortsett fra mer åpenbare overtredelser som eksklusivavtaler eller binding av videresalgspriser. Paragraf 14 fremstår som en mer velegnet bestemmelse dersom det er særskilte former for praksis som begrenser konkurransen. For kontroll med strukturen i markedet vil dette håndteres under § 16 om fusjonskontroll. Loven inneholder imidlertid ikke hjemmel til å splitte opp foretak eller pålegge andre strukturelle endringer med mindre dette er nødvendig for at loven skal kunne etterleves, jf. § 12 første ledd.

⁶⁰ Fra 2010 t.o.m. 2012.

Kapittel 10

Særreguleringer i andre jurisdiksjoner

10.1 Reguleringsinitiativer fra EU

EU har gjennomført et betydelig arbeid innenfor god-skikk-problematikken i dagligvarehandelen, et arbeid som også omfatter annen detaljhandel. Dette arbeidet er i skrivende stund ennå ikke sluttført. I Grønnboken om illojal handelspraksis fra januar 2013 beskrives arbeidet som følger:

«På EU-plan blev illoyal handelspraksis først drøftet i EU's fødevarersektor i 2009, hvor forbrugerpriserne steg på bakgrunn af prishoppene i landbruget. Manglende markedsgennemsiktighet, ulige forhandlingspositioner og konkurrencebegrænsende metoder har resulteret i markedsfordreninger med negative virkninger for fødevarerforsyningskædens konkurrenceevne som helhed. Dette udløste et behov for at analysere den måde, fødevarerforsyningskæden fungerer på. Kommissionen fandt, at forbrugerne ikke fik tilstrækkeligt rimelige aftaler, for så vidt angår varesortiment og priser, og at mellemmand, industrivirksomheder inden for fødevarerforarbejdning og detailhandlere pressede landbrugsproducenternes fortjenstmargener.¹ Fødevarerforsyningskædens resultater påvirker rent faktisk EU-borgernes dagligdag – ca. 14 % af husstandenes udgifter går til fødevarer² – og effektiviteten i økonomiske sektorer som f.eks. landbrug, fødevarerforarbejdningsindustri og detailhandel. Desuden er de reelle fødevarerpriser steget med over 3 % bare i 2008³, hvilket har ført til et fald i købekraften og forbrugernes tilid og er ved at blive en af de vigtigste drivkræfter bag den generelle prisinflation. Som reaktion herpå blev der i 2010 nedsat en ekspertgruppe om aftalepraksis mellem virksomheder under Forummet på Højt Plan for en Bedre

Fungerende Fødevarerforsyningskæde, som skal søge at finde en løsning på dette problem. Ekspertgruppen udarbejdede i 2011 en række principper og eksempler på loyal og illoyal praksis i vertikale forbindelser i fødevarerforsyningskæden, som blev undertegnet af 11 organisationer, som repræsenterer forskellige interesser i hele den europæiske fødevarerforsyningskæde.⁴ I 2012 har gruppen arbejdet på en håndhævelsesordning. Trods den fælles indsats blev der inden for den foreslåede ramme ikke peget på effektive retsmidler til afhjælpning af manglende overholdelse, og den opnåede ikke støtte fra repræsentanter for hele forsyningskæden, da det tredje møde i forummet på højt plan blev afholdt den 5. december 2012. Otte af de elleve organisationer har dog meddelt, at de har til hensigt at indlede gennemførelsen af principperne om loyal praksis på frivilligt grundlag i begyndelsen af 2013.⁵ Samtidig arbejder alle de berørte parter fortsat på at nå frem til et kompromis gennem denne sektorspecifikke tilgang. Kommissionen opfordrer alle de berørte parter til at nå til enighed om en aftale i løbet af de kommende måneder. Kommissionen har også forlænget varigheden af mandatet for forummet på højt plan indtil den 31. december 2014⁶ og vil fortsat overvåge den specifikke udvikling inden for fødevarerforsyningskæden for at følge op på de resultater, der er opnået indtil videre.

Parallelt hermed vil Kommissionen begynde at arbejde på en konsekvensanalyse [Impact Assessment] af de forskellige mulighe-

¹ En bedre fungerende fødevarerforsyningskæde i Europa», KOM(2009) 591 af 28. oktober 2009.

² Eurostat, 2012.

³ Ibid.

⁴ AIM, CEJA, CELCAA, CLITRAVI, Copa-Cogeca, ERRT, EuroCommerce, EuroCoop, FoodDrinkEurope, UEAPME og UGAL.

⁵ AIM, CELCAA, ERRT, EuroCommerce, Euro Coop, FoodDrinkEurope, UEAPME og UGAL.

⁶ Kommissionens afgørelse af 19. december 2012 om ændring af afgørelse af 30. juli 2010 for så vidt angår dens anvendelse og sammensætningen af Forummet på Højt Plan for en Bedre Fungerende Fødevarerforsyningskæde (2012/C 396/06) (EUT C-396, s. 17, af 21.12.2012).

der for at behandle spørsmålet om illoyal handelspraksis. I forbindelse med konsekvensanalysen vil det også blive undersøgt, om problemet kan løses lokalt, eller om der er behov for en løsning på EU-plan. Denne tilgang vil sikre de resultater, som forummet på højt plan i fødevarerektoren har opnået, samtidig med at alle mulige løsninger fra selvregulering til lovgivning tages i betragtning. Kommissjonen vil på dette grundlag foreslå yderligere relevante tiltag i anden halvdel af 2013.»⁷

De nevnte prinsippene for god handelspraksis vil det bli redegjort for nærmere i kapittel 13, der også utvalgets forslag presenteres.⁸

Det har således vært en bevissthet rundt de problemstillinger som utvalget er bedt om å ta opp også innenfor EU, og ut fra det arbeidet som allerede er slutført ligger det an til å komme et initiativ fra EU, enten gjennom et direktiv eller en rekommandasjon til medlemsstatene.⁹

Utvalget ser ikke grunn til å gå nærmere inn på innholdet i Grønnboken, men gir en kort oversikt. Grønnboken søker for det første å gi en beskrivelse av illojal handelspraksis, som et stykke på vei er sammenfallende med utvalgets forslag, jf. 13.6. Kommissjonen tar utgangspunkt i prinsippet om avtalefrihet, men anfører at dette kan misbrukes der forhandlingsstyrken mellom partene er ujevn. Kommissjonen understreker også betydningen av tillit mellom kontraktsparter. Vedrørende konkrete forhold sies det at

«En sådan praksis omfatter f.eks. utilstrækkelige opplysninger om aftalevilkår, krav om betaling for varer eller tjenesteydelser, der ikke er af værdi for den kontraherende part, kontraktvilkår, som er ensidige eller med tilbagevirkende kraft, samt betaling for fiktive tjenesteydelser, som forhindrer den kontraherende part i at foretage indkøb hos leverandører fra andre medlemsstater, hvilket medfører en territorial opdeling af det indre marked.

Illoyal handelspraksis kan forekomme på et hvilket som helst stadium i B2B-forholdet. En

sådan praksis kan blive anvendt i forbindelse med kontraktforhandlinger, kan være en del af selve kontrakten eller kan blive indført efter aftalens indgåelse (f.eks. ændringer af aftalen med tilbagevirkende kraft).»¹⁰

Kommissjonen ønsker med Grønnboken å motta kommentarer til sin beskrivelse. Av de former for illojal praksis som kommenteres nærmere nevnes «Uklare kontraktvilkår», «Fravær av skriftlige kontrakter», «Kontraktendringer med tilbakevirkende kraft», «Urimelig overførsel af kommerциelle risici», «Illoyal anvendelse af oplysninger», «Uberettiget opsigelse af et forretningsforhold» og «Territoriale forsyningsbegrænsninger».¹¹

Det vises også til nasjonale kartlegginger som – i likhet med det norske Matkjedeutvalget – har identifisert grupper av urimelig praksis. Kommissjonen ønsker videre innspill på virkningene av urimelig handelspraksis, og ønsker også bedre kartlegging av de rettslige rammene på nasjonalt plan (avsnitt 2.3 og 3.1). I drøftelsen av de rettslige rammer trekker Kommissjonen en skarp grense mellom konkurranselovgivning og lovgivning om illojal handelspraksis.

Videre redegjøres det for eksisterende virkemidler på EU-nivå, men Kommissjonen finner at det ikke eksisterer et sammenhengende regelverk på EU-plan, samtidig som direktivregulering primært omfatter praksis overfor forbrukere (avsnitt 3.2).

Grønnboken inneholder også beskrivelser av arbeidet med kartlegging som har foregått i ulike medlemsland (avsnitt 3.1, med henvisninger til nasjonale rapporter i note 25). På dette punktet er det også særlig grunn til å løfte frem rapporten «Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector», fra ECN – nettverket for nasjonale konkurransemyndigheter.¹²

Frist for merknader til Grønnboken er 30. april 2013, dvs. samtidig som herværende NOU legges frem.

10.2 Medlemsstater

Utvalget har ikke hatt kapasitet til å foreta en nærmere kartlegging av ulike nasjonale regimer. På dette punkt er det også grunn til å se hen til de

⁷ Grønbog om illoyal handelspraksis i virksomhet-til-virksomhedforsyningskæden for fødevarer og nonfoodvarer i Europa, 31. januar 2013, COM(2013) 37 final, s. 3-4.

⁸ Prinsippene er tilgjengelige på http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/food/files/competitiveness/good_practices_en.pdf.

⁹ Se nærmere i Høynivåforumets statusrapport avlevert 5. desember 2012, tilgjengelig på http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/food/competitiveness/forum_food/index_en.htm.

¹⁰ Grønnboken, s. 7.

¹¹ Se avsnitt 5.1 – 5.7.

¹² Mai 2012, tilgjengelig på http://ec.europa.eu/competition/ecn/food_report_en.pdf.

merknader som kommer inn til Kommisjonens grønnbok om illojal handelspraksis, der en slik kartlegging utgjør et sentralt formål.

Utvalget vil likevel kort kommentere noen utvalgte land som har etablert særlige ordninger.

I Finland er det foreslått en særregulering for dagligvaremarkedet, som går ut på at en aktør med markedsandel over 30 % automatisk skal anses å ha en dominerende stilling i henhold til konkurranselovgivningen, slik at misbruksforbudet kommer fullt ut til anvendelse.¹³ En slik bestemmelse gjør det nødvendigvis enklere å slå ned på atferd som kan karakteriseres som misbruk. Ut fra forslaget er det det alminnelige misbrukskriteriet som skal legges til grunn, men det fremstår som noe usikkert hvilke aktuelle former for misbruk som det kan være aktuelt å slå ned på. Utvalget bemerker at denne typen konkurransepolitiske virkemidler vil det etter norsk rett være anledning til å innføre ved forskrift etter konkurranseloven § 14.

I Storbritannia trådte den såkalte GSCOP i kraft i 2010.¹⁴ Denne oppstiller prinsipper for forretninger mellom leverandører og forhandlere (kjeder), og bygger på en omfattende undersøkelse foretatt av Competition Commission i 2008.¹⁵

En person med erfaring fra sektoren ble i januar 2013 oppnevnt som «adjudicator».¹⁶ I hen-

hold til forslaget til gjennomføring av ordningen skal ombudet

«have the power to launch investigations into suspected breaches of the Code, including those arising from confidential complaints from any source. If she finds evidence of a breach, the Adjudicator will be able to make recommendations against a supermarket, require them to publish details of their breach, or, in the most extreme cases, to impose fines. She will also have the power to arbitrate disputes between large supermarkets and their direct suppliers.».

Disse reglene er ennå ikke vedtatt, men behandles i Parlamentet våren 2013.¹⁷ Utvalget har løpende sett hen til den britiske reguleringen, og vurdert relevansen for sitt eget arbeid. Det er særlig på håndhevelsessiden at utvalgets forslag ligger tett opp til den britiske modellen, mens utvalget på normnivå vil fremme et mer konkret forslag basert på hensynene som er løftet frem i utvalgets mandat.

10.3 Oppsummering

En videre lovprosess vil måtte se hen til utviklingen i EUs arbeid innenfor sektoren, idet utkommet av denne prosessen i høy grad vil være EØS-relevant. Utvalget har sett hen til utviklingen både i EU og i enkelte medlemsstater ved utformingen av sitt forslag til lov. Dette gjelder både på normnivå og sanksjonsnivå. Samtidig vil utvalget foreslå forskriftshjemler som kan tjene til å implementere eventuelle direktiver på området.

¹³ Se omtale på http://www.tem.fi/?89513_m=107843&l=sv&s=2469. Forslaget er en del av et program for å fremme sunn konkurranse. Se også Mika Oinonen (Finnish Competition Authority), «Special responsibility» through clear-cut market share threshold – Proposed new assessment criterion for addressing dominance in Finnish grocery retail sector, tilgjengelig på <http://kluwercompetitionlawblog.com/2012/12/15/special-responsibility-through-clear-cut-market-share-threshold-proposed-new-assessment-criterion-for-addressing-dominance-in-finnish-grocery-retail-sector/>.

¹⁴ Tilgjengelig på http://www.oft.gov.uk/shared_of/monopolies/GSCOP-Order.pdf.

¹⁵ Rapport av 30. april 2008 fra Competition Commission, The supply of groceries in the UK market investigation (tilgjengelig på http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2008/fulltext/538.pdf).

¹⁶ Link til offisiell pressemelding vedr. utnevning av ombud: <http://www.news.bis.gov.uk/Press-Releases/Christine-Tacon-appointed-as-Groceries-Code-Adjudicator-68658.aspx>.

¹⁷ Mer informasjon er tilgjengelig på ordningens hjemmeside: <https://www.gov.uk/government/policies/preventing-and-reducing-anti-competitive-activities/supporting-pages/groceries-code-adjudicator>.

Kapittel 11

EØS-rettslige skranker for nasjonal regulering

11.1 Innledning

Det følger av mandatet at utvalget skal vurdere sine forslag opp mot Norges forpliktelser i henhold til EØS-avtalen. Spørsmålet er om EØS-avtalens skranker for norske myndigheters handlingsrom, hindrer eller begrenser muligheten for å innføre lovgivning som regulerer forhandlingene mellom ervervsdrivende for å ivareta hensynene til forutberegnelighet og redelighet.

EØS-avtalens regler fungerer som et generelt rammeverk for norsk næringspolitikk, og legger i prinsippet føringer på all norsk næringsregulering.¹ I dette kapittel drøftes om EØS-avtalen er til hinder for innføring av en lov om god handelsskikk og eventuelt hvilke føringer EØS-avtalen vil legge på utformingen av loven.

EØS-avtalen setter for det første skranker for utformingen og praktiseringen av nasjonal konkurranselovgivning. Hvorvidt en lov om god handelsskikk vil kunne anses som «konkurranselovgivning» og hvilke begrensninger som i så tilfellet gjelder, behandles nærmere i 11.2.

Videre forbyr prinsippene om de fire friheter i EØS-avtalen forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, men kan også legge på andre nasjonale restriksjoner. Dette vurderes nærmere i punkt 11.3.

I tillegg setter forordninger og direktiver (samlet omtalt som sekundærlovgivning) begrensninger for nasjonal lovgivning, jf. EØS-avtalen artikkel 7 som fastsetter at sekundærlovgivning er bindende for Norge. Det foreligger ingen sekundærlovgivning som direkte regulerer de samme forhold som en god-handelsskikk-standard innen dagligvarehandelen. Forøvrig legger utvalget til grunn at EU/EØS-retten (utover konkurransereglene) har liten betydning på avtalerettens område når det gjelder avtaleforhold næringsdrivende i mellom. Som nærmere omtalt i 10.1 er det et arbeid i EU vedrørende et mulig

regelverk om god forretningsskikk både generelt og i dagligvaresektoren spesielt. Dersom et slikt regelverk vedtas gjennom sekundærlovgivning, vil dette ha innvirkning for handlingsrommet under nasjonal lovgivning. Dette må eventuelt vurderes nærmere når et nytt regelverk i EU/EØS er plass, og blir ikke behandlet nærmere her.

Utvalget presiserer at EØS-avtalen bare gjelder for visse varer. I artikkel 8 nr. 3 heter det at

«Med mindre annet er særskilt angitt, får bestemmelsene i denne avtale anvendelse bare for

- varer som hører inn under kapittel 25 til 97 i det harmoniserte system for beskrivelse og koding av varer, med unntak av varer oppført i protokoll 2;
- varer oppført i protokoll 3 i samsvar med de særlige bestemmelser som er fastsatt i protokollen.»

Generelt vil landbruksvarer, og dermed varer som i betydelig grad er dekket av denne utredningen, ikke omfattes av EØS-regelverket, slik at det dermed ikke består skranker for innføring av slik lovgivning. Utvalget finner likevel grunn til å gjennomgå de ulike mulige begrensningene EØS-avtalen oppstiller, med sikte på at et eventuelt regelverk vil måtte gjelde generelt og ikke være avhengig av EØS-avtalens virkeområde.

11.2 EØS-konkurranseloven

11.2.1 Innledning

Lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) regulerer forholdet mellom norsk konkurranselovgivning og EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Lovens § 7 annet ledd lyder som følger:

«Anvendelsen av norsk konkurranselovgivning må ikke føre til forbud mot avtaler, beslut-

¹ Se nærmere om dette i NOU 2012: 2 Utenfor og innenfor kapittel 15.

ninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, eller som er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.»

I § 7 tredje ledd presiseres det at begrensningen i annet ledd ikke utelukker:

«anvendelsen av bestemmelser i lovgivningen som hovedsakelig fremmer et annet formål enn det formål som fremmes av EØS-avtalen artikkel 53 og 54».

EØS-avtalen artikkel 53 forbyr avtaler og annen form for samordnet opptreden mellom foretak som har konkurransebegrensende formål eller virkning. Dersom en avtale/samarbeid ikke er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53, kan atferden heller ikke forbys etter nasjonal lovgivning. Tilsvarende bestemmelse finnes i rådsforordning 1/2003 artikkel 3. Formålet med disse bestemmelsene er å bidra til å sikre like konkurransevilkår mellom foretak i EØS, og å fremme økt handel og økonomiske forbindelser mellom EØS-statene.

Følgende tre hovedvilkår i EØS-konkurranseloven § 7 må være oppfylt for at den nasjonale lovgivningen skal kunne begrenses av EØS-avtalen artikkel 53:

- Det må være en påvirkning av «samhandelen» mellom EØS (11.2.2)
- Det må gjelde anvendelse av «nasjonal konkurranselovgivning» og ikke lovgivning som hovedsakelig fremmer et annet formål (11.2.3)
- Reguleringen må gjelde avtaler eller samordnet opptreden – en strengere nasjonal regulering av ensidig atferd er tillatt (11.2.4)

11.2.2 Samhandelskriteriet

EØS-konkurranseloven § 7 gjelder for det første kun der «samhandelen» mellom EØS-stater kan påvirkes. Innholdet i samhandelsvilkåret er nærmere beskrevet i EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer om samhandelskriteriet² og skal vurderes særskilt i hvert enkelt tilfelle. Samhandelskriteriet omfatter for det første all grenseoverskridende aktivitet, og dermed dagligvarekjedenes forhandlinger med utenlandske leverandører.³ Selv forhandlinger med norske leverandø-

rer og for norske produkter kan rammes. Ifølge praksis fra EU-domstolen skal det ikke mye til for at samhandelen kan anses påvirket.

For produkter som er egnet for handel over landegrensene, skal det mindre til for at samhandelen kan anses påvirket. Bortsett fra enkelte landbruksprodukter med høye tollsatser, som for øvrig vil kunne være unntatt EØS-avtalen i sin helhet, antas det at de fleste produkter som omsettes innen dagligvarehandelen er egnet til handel over landegrensene.

Videre følger det av praksis at det vil være større sannsynlighet for en påvirkning av samhandelen der de involverte parter har markedsandeler av en viss størrelse.⁴ Som beskrevet i NOU 2011: 4 er det i Norge flere aktører med betydelig markedsstyrke både på leverandørleddet og på innkjøpsleddet til paraplykjedene.

Selv om det for enkelte produkter kan vedtas strengere nasjonale konkurranseregler, enten fordi produktene er unntatt EØS-avtalen i sin helhet eller fordi samhandelen ikke er påvirket, mener utvalget det er hensiktsmessig å utforme et regelverk som kan gjelde generelt. I det følgende vurderes derfor de øvrige kriteriene i EØS-konkurranseloven § 7 opp mot en lov om god handelsskikk.

11.2.3 «Konkurranselovgivning»

Forbudet mot strengere nasjonal lovgivning i § 7 annet ledd gjelder kun i forhold til «konkurranselovgivningen».

Dette innebærer for det første at konkurransemyndighetene ved anvendelsen av *eksisterende* konkurranselovgivning ikke kan forby avtaler e.l. som ville vært tillatt etter EØS-avtalen artikkel 53. Ettersom forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i konkurranse-loven § 10 er harmonisert med EØS-avtalen, vil det i praksis sjelden oppstå motstrid mellom de to bestemmelsene. Begrensningen vil imidlertid også gjelde i forhold til forskriftshjemmelen i konkurranse-loven § 14.

EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd setter også begrensninger for *innføringen av ny* konkurranselovgivning. Både generell og sektorspesifikk lovgivning omfattes. Det avgjørende er om lovgivningen som nå vurderes innført er å anse som «konkurranselovgivning». Formålet med bestem-

² Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan – Retningslinjer om begrepet påvirkning av handelen i EØS-avtalens artikkel 53 og 54 2006/EØS/59/06.

³ Retningslinjene punkt 62 hvor det fremkommer at avtaler om import eller eksport mellom foretak i to eller flere EØS-stater etter sin art er egnet til å påvirke handelen mellom EØS-statene.

⁴ Retningslinjene punkt 46-47.

melsen i § 7 er som nevnt å sikre parallelt regelverk innen hele EØS, men utover dette er det ikke nærmere forklart hva som menes med «konkurranselovgivning», og hvor vidt dette begrepet må tolkes.

Ved utarbeidelsen av en lov som regulerer forholdet mellom næringsdrivende og ivaretar hensynet til god handelsskikk, må det vurderes om den aktuelle atferden som søkes regulert faller inn under konkurransereglens virkeområde. I motsetning til den norske konkurranseloven, har ikke EØS-avtalens konkurranseregler en egen formålsbestemmelse. Generelt kan konkurransereglens oppgave sies å være å beskytte konkurranseprosessen på markedet.⁵ I den norske konkurranseloven § 1 er formålet definert som «å fremme konkurransen for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser». Ved anvendelsen av loven skal det «særlig tas hensyn til forbrukernes interesser», jf. § 1 annet ledd. Det foreligger en omfattende praksis både fra Konkurransetilsynet og EU/EØS-retten om atferd som vil måtte vurderes i forhold til konkurranserettens forbudsbestemmelser.

Enkelte av de forhold som er påpekt som problematisk av flertallet i Matkjedeutvalgets rapport NOU 2011: 4 er typisk konkurranserettslige problemstillinger. Eksempel på dette er å stille krav til innhold i eksklusivavtaler. I Konkurransetilsynets høringsuttalelse av 30. november 2011 uttales bl.a. at:

«Eksempelvis er hylleplassbetaling allerede regulert gjennom EU/EØS-konkurranseretten. Et eventuelt generelt forbud mot hylleplassbetaling vil derfor være en strengere norm enn den som følger av EU/EØS-konkurranseretten, hvor betaling for hylleplass kun i særlige tilfeller utgjør en overtredelse av konkurranselovgivningen. Dersom et eventuelt generelt forbud mot hylleplassbetaling skal fremme de samme formål som konkurranseloven, vil derfor et slikt forbud ikke kunne innføres, for tilfeller hvor samhandelskriteriet er oppfylt.»

Utvalget er enig med Konkurransetilsynet at en lov om god handelsskikk næringsdrivende i mellom bør avgrenses mot typiske konkurranserettslige problemstillinger.

Bestemmelsen i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd må videre tolkes i sammenheng med

⁵ EØS-rett, 3 utg. Sejersted mfl. side 953 med henvisning til sak C-8/08 T-Mobile, premiss 38.

§ 7 tredje ledd som presiserer at begrensningen i annet ledd ikke utelukker anvendelsen av «bestemmelser i lovgivningen som hovedsakelig fremmer et annet formål enn det formålet som fremmes av EØS-avtalen artikkel 53 og 54».

I fortalen til Rådsforordning 1/2003 avsnitt 9 heter det at begrensningen i å anvende strengere konkurranselovgivning i artikkel 2 nr. 2 (tilsvarende EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd) ikke skal hindre

«medlemsstatene i å gjennomføre nasjonal lovgivning på sitt territorium som *beskytter andre berettigede* interesser, forutsatt at denne lovgivning er forenlig med de alminnelige prinsipper i fellesskapsretten. (...) Medlemsstatene kan følgelig i henhold til denne forordning gjennomføre på sitt territorium nasjonal lovgivning som forbyr eller ilegger sanksjoner for urimeelig handelspraksis, enten den er ensidig eller i henhold til avtale. Slik lovgivning har et særskilt mål uavhengig av den faktiske eller antatte innvirkning slik praksis har på konkurransen på markedet. Dette gjelder *særlig lovgivning som forbyr foretak å påtvinge, avkveve eller forsøke å avkveve sine handelspartnere vilkår som er uberettigede, uforholdsmessige eller uten vederlag*» (Utvalgets uthevelse).

En lov om god handelsskikk slik utvalget foreslår, passer inn under beskrivelsen av unntaksbestemmelsene i artikkel 7 tredje ledd som presisert i fortalen gjengitt ovenfor. Formålet er å regulere kjøreregler ved forhandlinger og unngå resultater som igjen vil kunne skade forbrukerinteresser. At en slik regulering kan gjennomføres uten å komme i strid med konkurranseloven § 7 annet ledd stemmer også godt overens med uttalelser fra EU institusjonene og European Competition Network (ECN).

Kommisjonen uttaler selv at:

«If the objective of the national rules is to regulate contractual relationships between undertakings by stipulating the terms and conditions that for instance suppliers must offer to distributors (rather than their competitive behaviour on the market), the proper classification appears to be that of laws concerning unfair trading practices. On the other hand, national rules combating excessive market power or protecting smaller undertakings in a market against their larger competitors appear more likely to be considered competition law provisions.»⁶

I Europaparlamentets «Briefing paper on addressing unfair practices in business-to-business relations in the internal market» datert mai 2011, uttales det at det andre unntaket i rådsforordning 1/2003 artikkel 3 (3), som tilsvarer EØS-konkurranseloven § 7 tredje ledd «clearly refers to unfair competition law.»⁷

Det heter videre i rapporten at:

«Substantially however, the application of the competition rules and unfair competition law may conflict. Legal prohibitions and regulations of certain forms of sales promotion or advertising (like a prohibition of resale at a loss or of premium offers, not tolerated anymore in B2B relations under the UCPD) put a break on the development of effective competition. A too generous application of the fairness test in unfair competition law inhibits dynamic competition. If a novel form of competition is considered being contrary to honest business practices effective competition, the objective of antitrust law, may be put into danger. There is indeed an inherent tension, if not contradiction, between the goals of antitrust law (free and effective competition) and unfair competition law (fair competition only).»

I ECNs «Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector», sies det at:

«Regulation (EC) No 1/2003 also allows the application of national laws that predominantly pursue an objective different from that of the EU antitrust rules, such as the national laws on unfair or deceptive commercial practices. This possibility for national law to go beyond the scope of Article 102 and EU competition law is of particular relevance in the food sector.»⁸

At flere andre europeiske land, herunder Storbritannia, har innført regler som skal regulere god handelsskikk ved forhandlingene i dagligvaresektoren, underbygger også at EU/EØS-reglene ikke er ansett å sette begrensninger for innføringen av en lov om god handelsskikk i dagligvarebransjen. Også arbeidet i «High Level Forum for a Better Functioning Food Supply Chain» (som omtalt

⁶ Report on the functioning of Regulation 1/2003, Commission staff working paper (29. april 2009), s. 55 avsnitt 181.

⁷ Se side 15 av rapporten.

⁸ Se side 19-20 avsnitt 18.

nærmere i punkt 10.1), underbygger at forbudet mot en strengere konkurranselovgivning ikke er ansett å være til hinder for dette.

11.2.4 Begrensningen gjelder kun avtaler m.m. og ikke ensidig atferd

Begrensningen i artikkel 7 gjelder uansett kun for lovgivning som forbyr «avtaler og annen form for samordnet opptreden mellom foretak» (EØS-avtalen artikkel 53), og ikke ensidig atferd (EØS-avtalen artikkel 54). Regulering av forhandlinger som en lov om god handelsskikk vil typisk komme til anvendelse på avtaler og en samordnet opptreden, mens enkelte plikter kan rette seg mer ensidig mot en av partene i forholdet. EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd setter ingen begrensninger for nasjonal regulering av *ensidig* atferd. Imidlertid vil samme forhold i leverandøravtaler både kunne rammes av både EØS-avtalen artikkel 53 og 54, noe Konkurransetilsynets vedtak i TINE-saken illustrerer dette.⁹ For å unngå tvilstilfeller og for å holde fast ved at formålet med en lov om god handelsskikk ikke er konkurranserettslig, anbefaler utvalget å ikke regulere ensidig atferd som etter sin art naturlig hører hjemme i EØS-avtalen artikkel 54.

11.2.5 Konklusjon

Etter utvalgets vurdering er EØS-avtalens regler om forrang for EØS-konkurransereglene, jf. EØS-konkurranseloven, ikke til hinder for at en egen lov om god handelsskikk.

11.3 Fri bevegelse

11.3.1 Restriksjonsforbudet

Reglene om de fire friheter er i prinsippet gitt for å fremme grensekryssende økonomisk aktivitet, men har også i praksis vel så stor betydning som rammeverk for det nasjonale regelverket. EØS-avtalen artikkel 8 fastsetter at:

«i samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal innføres fritt varebytte mellom avtalepartene.»

⁹ Konkurransetilsynets vedtak 19. februar 2007 der TINE SA ble ilagt et overtredelsesgebyr på 45 millioner kroner for overtredelse av konkurranselov §§ 10 og 11 (tilsvarende EØS-avtalen artikkel 53 og 54) for å ha oppnådd en eneleverandør posisjon, eller tilnærmet leverandørposisjon ved salg av ost til REMA 1000. Vedtaket ble senere opphevet ved domstolen.

EØS-avtalen artikkel 11 fastsetter videre at:

«Kvantitative importrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning skal være forbudt mellom avtalepartene».

Tilsvarende forpliktelse er inntatt i TFEU artikkel 34.¹⁰ Bestemmelsene er gitt en vid fortolkning av EU- og EFTA-domstolen. Reglene retter seg mot medlemsstatenes opptreden, og lovgivning vil være omfattet av forbudet.

Det sentrale er om en lov om god handelsskikk vil være et «tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative restriksjoner», jf. ordlyden i EØS artikkel 11, altså om det vil være en importrestriksjon. Det er ikke nødvendig at tiltakene må være diskriminerende for at det skal bli rammet, det vil altså bli rammet av bestemmelsen uavhengig av om loven pålegger plikter for både innenlandske og utenlandske varer.

Det sentrale er altså om det i realiteten er en «restriksjon» i lovens forstand. Ved vurderingen av hvorvidt det foreligger en restriksjon tas det utgangspunkt i den såkalte «Dassonvilleformelen», om at ethvert tiltak som direkte eller indirekte, faktisk eller potensielt påvirker samhandelen representerer en restriksjon.¹¹ Også EFTA-domstolen tar i sine avgjørelser dette utgangspunktet, jf. bl.a. Nille:

«Med hensyn til EF-traktaten artikkel 30 [nå TFEU art 36] har EF-domstolen konsekvent lagt til grunn at ethvert tiltak som direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, hindrer samhandelen, utgjør et tiltak med tilsvarende effekt som en kvantitativ importrestriksjon i henhold til denne bestemmelsen...»¹².

Det må skilles mellom opprinnelsesbestemte og opprinnelsesnøytrale tiltak, se *Cassis de Dijon*-dommen.¹³ At de er opprinnelsesnøytrale vil si at det er tiltak som ikke diskriminerer mellom innenlandske og importerte varer. En lov om god handelsskikk er lagt opp til å gjelde generelt og dermed være et opprinnelsesnøytralt tiltak.

EU-domstolen har spesifikt innskrenket *Dassonville*-formelen i to relasjoner. For det første vil tiltak som bare regulerer salget av varer til sluttbrukere falle utenfor, forutsatt at det ikke fore-

ligger indirekte diskriminering og at tiltaket gjelder generelt for næringsdrivende. Denne læren ble etablert ved *Domstolens* prinsippavgjørelse i *Keck*.¹⁴ *Domstolen* uttalte at restriksjonsforbudet ikke kom til anvendelse på

«nationale bestemmelser, som begrenser eller forbyder bestemte former for salg ... forudsat at sådanne nationale bestemmelser finder anvendelse på alle de berørte erhvervsdrivende, der udøver virksomhed i indlandet, og forudsat at bestemmelserne, såvel retligt som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde.»

Dette kan man forklare slik at regulering av tid, sted og andre omstendigheter rundt salg til sluttbruker ikke er omfattet. I praksis gjelder dette f.eks. regulering av markedsføring, åpningstider og utsalgssteder.¹⁵

For det andre har *Domstolen* krevet at påvirkningen av samhandelen ikke må være for fjern og avledet. Dette prinsippet kalles ofte *adekvansprinsippet*.¹⁶ I praksis benyttes dette gjerne til å avvise mer eller mindre luftige påstander om at det foreligger en restriksjon. Et eksempel er *DIP Bassano del Grappa*, der kommunal regulering hindret etablering av butikker.¹⁷ *Domstolen* uttalte at:

«Den i sagen omhandlede italienske lovgivning ikke inneholder nogen sonndring på grundlag af de udbudte varers oprindelse, at dens formål ikke er at regulere varehandelen med de øvrige medlemsstater, og at de restriktive virkninger, den vil kunne medføre for de frie varebevægelser, er alt for usikre og indirekte til, at den i loven fastsatte forpligtelse kan betragtes som en foranstaltning, der er egnet til at hindre samhandelen mellem medlemsstaterne»

EU-domstolen behandlet spørsmålet om hva som utgjør en restriksjon på prinsipielt grunnlag i *scootersaken*, som gjaldt et italiensk forbud mot bruk av tilhengere på scootere.¹⁸ I saken gir *Dom-*

¹⁰ Treaty on the Functioning of the European Union (Traktaten om den Europeiske Unions virkemåte).

¹¹ Sak 8/74, Sml. 1974 s. 837.

¹² Sak E-5/96, prem 22.

¹³ Sak 120/78, Sml. 1979 s. 649.

¹⁴ Forenede saker C-267/91 og 268/91 *Keck*, Sml. 1993 s. I-6097.

¹⁵ I sak E-4/04 *Pedicele* vurderte EFTA-domstolen det norske alkoholreklameforbudet og fant at dette ikke var omfattet av *Keck*-doktrinen, fordi det virker mer tyngende for importerte varer enn for varer produsert i Norge.

¹⁶ Grunnleggende sak C-69/88 *Kranz*, Sml. 1990 s. I-583, og sak C-93/92 *CMC Motorradcenter*, Sml. 1993 s. I-500.

¹⁷ Forenede saker C-140/94, C-141/94 og C-142/94 *DIP*, Sml. 1995 s. I-3257.

stolen først anvisning på følgende prinsipielle tilnærming til restriksjonsspørsmålet:

«33. Der skal henvises til fast retspraksis, hvor-etter enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen, som direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, kan hindre samhandelen i Fællesskabet, skal anses for en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriksjon i henhold til artikel 28 EF [nå TEUV art 34].

34. Det fremgår ligeledes af fast retspraksis, at artikel 28 EF [nå TEUV art 34] afspejler forpligtelsen til at overholde princippet om forbud mod forskelsbehandling og princippet om gensidig anerkendelse af varer, der er lovligt fremstillet og markedsført i andre medlemsstater, samt princippet om at sikre fællesskabsvarer fri adgang til de nationale markeder.

35. Der foreligger således foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative indførselsrestriksjoner i forbindelse med hindringer for de frie varebevægelser, der, i mangel af en harmonisering af de nationale lovgivninger, følger af, at der på varer fra andre medlemsstater, hvor de er lovligt fremstillet og bragt i omsætning, anvendes regler om, hvilke betingelser sådanne varer skal opfylde, uanset om sådanne regler anvendes uden forskel på alle varer.

36. Derimod kan nationale bestemmelser, som begrænser eller forbyder bestemte former for salg – og som dels finder anvendelse på alle de berørte erhvervsdrivende, der udøver virksomhed i indlandet, dels, såvel retligt som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde – ikke direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt hindre samhandelen mellem medlemsstaterne i den forstand, hvori uttrykket er anvendt i praksis ifølge Dassonville-dommen. Når disse betingelser er opfyldt, kan en anvendelse af sådanne bestemmelser på salg af varer fra en anden medlemsstat, som opfylder de af denne stat fastsatte regler, således ikke antages at forhindre, at varerne får adgang til markedet, eller medføre større ulemper i denne henseende end for indenlandsk fremstillede varer.

37. Følgelig skal en medlemsstats foranstaltninger, der tilsigter eller bevirker, at varer fra en anden medlemsstat behandles mindre gunstigt, ligesom foranstaltningerne omtalt i

denne doms præmis 35 anses for kvantitative indførselsrestriksjoner i henhold til artikel 28 EF [nå TEUV art 34]. Enhver anden foranstaltning, der hindrer varer med oprindelse i en anden medlemsstat adgang til markedet i en medlemsstat, er ligeledes omfattet af samme begreb.»¹⁹

Med disse uttalelsene gir Domstolen en oppsummering av restriksjonsforbudet innenfor varereglene. Domstolen angir tre kategorier:

1. Tiltak som direkte eller indirekte diskriminerer importvarer.
2. Produktkrav i alle varianter.
3. Andre tiltak som hindrer adgangen til markedet.

Det er ikke med dette gitt at denne listen kan anses som en uttømmende angivelse av hva som anses som en restriksjon. Tilsvarende er det klart at det ikke settes en strek over andre f.eks. Keck og adekvansdoktrinen. Disse siste kan ses på som spesialanvendelser av kategori 3.

Det følger således av rettspraksis at det må skilles mellom tiltak som påvirker *markedsadgangen* og tiltak som regulerer vilkårene for produktenes *omsetning*, og typisk regulerer vilkårene for produktenes omsetning. En lov om god handelsskikk vil pålegge plikter for partene i dagligvaresektoren ved avtaler mellom detaljist og leverandør. Utvalget kan ikke se at en eventuell negativ virkning for foretakene vil slå ut forskjellig mellom innenlandske og utenlandske aktører. I alle saker fra EU-domstolen der det rent faktisk er påvist en slik forskjell, er dette utløst av en tydelig identifiserbar faktor. Ser man på den nevnte Gourmet-dommen ble det avgjort at det svenske alkoholreklameforbudet rent faktisk medførte at svenske merker ble mindre påvirket grunnet bl.a. lokal tilhørighet og tradisjon.

Utvalget legger derfor til grunn at et forslag til lov selv for varer som er omfattet av EØS-avtalen ikke vil representere en restriksjon i henhold til art. 11.

At en lov om god handelsskikk ikke vil være i strid med restriksjonsforbudet, støttes av at restriksjonsforbudet så langt utvalget kjenner til ikke er problematisert ved innføringen av GSCOP i Storbritannia eller i andre land med særreguleringer. Det franske forbudet mot salg under innkjøpspris ble også godtatt av Domstolen i Keck-saken.²⁰

¹⁸ Sak C-110/05 Kommisjonen v Italia, Sml. 2009 s. I-519.

¹⁹ Sak C-110/05 Kommisjonen v Italia, Sml. 2009 s. I-519, prem. 33-37.

11.3.2 Tvingende allmenne hensyn

For det tilfellet at innføringen av en lov om god handelsskikk skulle anses problematisk i forhold til restriksjonsforbudet, må det vurderes om loven kan begrunnes i allmenne hensyn. EØS-avtalen artikkel 13 anses ikke å være uttømmende når det gjelder opprinnelsesnøytrale tiltak. Dette følger bl.a. av Cassis de Dijon. I denne dommen uttalte EU-domstolen at den der gjeldende type handelshindrende ordninger kunne begrunnes i bl.a. hensynet til «god handelsskikk» og «forbrukerbeskyttelse».²¹

²⁰ Forenede saker C-267/91 og 268/91 Keck, Sml. 1993 s. I-6097.

²¹ Sak 120/78, Sml. 1979 s. 649, prem. 8 i.f.

For at et unntak skal kunne begrunnes i allmenne hensyn må det samtidig være et proporsjonalt omtale. Det betyr at det må være egnet og nødvendig (kan ikke finnes andre mindre inngripende tiltak som opprettholder det samme beskyttelsesnivået). EU-domstolen har på dette punkt vært tilbakeholden med å overprøve den nasjonale vurdering av beskyttelsesnivå.²²

Utvalget legger derfor til grunn at dersom en lov om god handelsskikk skulle stride mot restriksjonsforbudet i artikkel 11, vil loven likevel bli ansett som godtatt grunnet allmenne hensyn gjennom hensynet til god handelsskikk og forbrukerbeskyttelse.

²² Jf. f.eks. sak C-124/97 Läära, Sml. 1999 s. I-6067, prem. 35.

Kapittel 12

Utvalgets vurdering av behovet for en lovregulering

12.1 Reguleringsbehovet

Utvalget legger til grunn at det i lovgivningen allerede eksisterer standarder som langt på vei kan fange opp de bekymringer som er uttalt i Matkjedeutvalgets innstilling. Dette gjelder i en viss utstrekning avtaleloven og pristiltaksloven, og kanskje i noe større utstrekning varemerkeloven, markedsføringsloven og ulovfestede kontraktsrettslige prinsipper. Dette er regler og prinsipper som ikke tilsikter en bestemt konkurransepolitisk eller forbrukerpolitisk målsetning, men som mer spesifikt verner om lojalitet og respekt i forretningsforhold, vern om forretningsidéer og immaterielle rettigheter, samt lojal konkurranse i markedsføringslovens forstand. Det er disse verdiene som også ligger til grunn for utvalgets mandat, sammen med forbrukerhensynet.

Selv om de regler som er gjennomgått kan sammenfattes slik at et prinsipp om god forretningsskikk og lojalitet i kontraktsforhold står sterkt i norsk rett, representerer gjeldende regulering en fragmentarisk tilnærming, både på normnivå og på sanksjon- og håndhevelsesnivå. Samtidig er det mye som tyder på at reglene i liten utstrekning blir *forsøkt* håndhevet, og i henhold til Matkjedeutvalgets funn også i varierende utstrekning respektert i bransjen. Slik utvalget ser det, representerer dette i tilfelle ikke bare et problem for de involverte aktører, men også et problem ut fra et overordnet imperativ om at regelverket følges i alle bransjer. I denne sammenheng ser utvalget det som viktig at det eksisterer regelverk som slår ned på atferd i strid med slike prinsipper, *uavhengig* av hvor utbredt problematikken måtte være i det norske dagligvaremarkedet.

Utvalget anser at en beskyttelse av *forutberegneligheten* i kontraktsforhold, å sikre partene tilgang til *relevant informasjon* for forhandlingene, å sikre at *berettigede forventninger* respekteres, og å sikre *beskyttelse for forretningsidéer*, er det essensielle i en god-handels-skikkstandard som også tar hensyn til forbrukernes interesser. Stikkordene

her er redelighet og forutberegnelighet. Utvalget anser at respekt for disse prinsippene vil fremme samfunnsmessig effektive forhandlinger og kontrakter.

Etter utvalgets oppfatning er disse hensynene ikke ivaretatt på en konsistent måte i gjeldende rett, selv om særlig prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold et stykke på vei adresserer hensynet til informasjon og forutberegnelighet. Kontraktsrettslige regler mangler imidlertid det forbrukerperspektivet som er redegjort for i 6.3. Rimelighetsstandarden i avtaleloven § 36 er ikke tilpasset kommersielle forhold, mens pristiltaksloven retter seg mot mer ekstraordinære situasjoner. Videre mangler gjeldende rett effektive håndhevelsesmekanismer som også kan ha en oppdragende/preventiv effekt.

Utvalget er opptatt av å komme frem til løsninger som ikke bare retter seg mot manifesteringen eller utslagene av forretningspraksisen, men som bidrar til å hindre at slik praksis i utgangspunktet oppstår. Det ser ut til å være behov for at regler og prinsipper internaliseres av partene, med andre ord at det må skje en holdningsendring dersom regelverket pr. i dag ikke respekteres. Utvalget er derfor av den oppfatning at en klarere formulering og konkretisering av gjeldende prinsipper, både av pedagogiske og håndhevingsmessige årsaker er å foretrekke. Selv om det er mulig å finne støtte i gjeldende rett for de fleste aspekter ved en slik god-skikk-standard som foreslås, vil det være et selvstendig poeng å tydeliggjøre og samle prinsippene for bransjen, og underlegge dem en felles håndhevelse.

Samtidig er utvalget opptatt av at det ikke må innføres regler som kan føre til at forbrukerne kommer dårligere ut, f.eks. ved at det legges restriksjoner på kontraktsutforming som hindrer effektive forhandlingsløsninger.

Det fremgår av drøftelsene i kapittel 6 at det er en sammenheng mellom god handelsskikk og forbrukervelferd. En standard bygget på verdiene redelighet og forutberegnelighet vil komme forbrukerne til gode gjennom tilrettelegging for

investeringer, innovasjon, et lavere konfliktnivå, effektive forhandlingsløsninger og lavere priser.

Utover dette legger utvalget til grunn at sammenhengen mellom den forretningspraksis som Matkjedeutvalget trakk frem som uheldig, og skade for forbrukerne ikke er tydelig dokumentert og fremstår som usikker. Samtidig mener utvalget at det kan introduseres et generelt prinsipp for god handelsskikk mellom leverandører og kjeder uten at dette får uheldige velferdsvirkninger for forbrukerne, forutsatt at prinsippet ikke griper inn i forhandlingsbalansen mellom partene.

Rettslig sett synes det også å være et problem at den samlede lovgivning (og alminnelige privatrettslige prinsipper som prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold) som mer spesifikt regulerer kontraktsrelasjonene mellom aktørene, utelukkende er gjenstand for privat håndhevelse. Med privat håndhevelse menes her at det er opp til den enkelte aktør å bringe sin sak frem for domstolene, og at det bare i begrenset grad er etablert offentlige tilsynsmyndigheter. På andre områder, f.eks. konkurranselovgivningen, er bildet det motsatte, der håndhevelsen primært skjer i regi av det offentlige. Andre områder har mellomløsninger, f.eks. markedsføringsloven med en dels offentlig dels privat håndhevelse og etablering av et bransjeråd med domsmyndighet (Næringslivets Konkurransesutvalg), eller opphavsrettslovgivningen med særskilte nemnder for å fastsette vederlag. Ut fra underlagsmaterialet og Matkjedeutvalgets innstilling, fremstår bransjen med en betydelig «underhåndhevelse» av de aktuelle regler. Uavhengig av årsakene til underhåndhevelse er det på det rene at det representerer en allmenn interesse i samfunnet at rettsregler etterleves, samtidig som visse typer praksis også kan skade forbrukerne ved at det ikke oppnås effektive forhandlingsløsninger. Disse forholdene tilsier at en rent privat håndhevelse ikke sikrer regelverket full gjennomslagskraft.

Utvalget vurderer det likevel som usikkert om innføring av sanksjonshjemler som reaksjon på uønsket atferd i forhandlinger og ellers representerer et velegnet virkemiddel, utover eksisterende straffetrusler i lovgivningen selv, jf. f.eks. varemerkeloven § 61 og pristiltaksloven § 4. Utvalget vurderer det likevel slik at det eksisterer et «gap» i tilgjengelige sanksjonsmidler, ved at man utover konkurranseloven normalt står overfor et valg mellom straff for de mest alvorlige forhold og ren privat håndhevelse for andre overtredelser. I kom-

binasjon med en fragmentarisk regulering synes sanksjonspanoramaet lite egnet verken for en generell oppdragende effekt eller som smidig løsningsfaktor i enkeltsaker. Disse forholdene trekker i retning av en mer fleksibel forvaltningsrettslig håndhevelse.

I samme retning peker det forhold at partene ikke nødvendigvis vil ha en optimal egeninteresse i å håndheve reglene. Grunnen til underhåndhevelse kan skyldes at det kan være utfordrende for en aktør å stå alene fram med en sak, og at det ville lette byrden for en aktør dersom flere aktører sto fram samtidig med liknende klager/søksmål. I den forstand synes det å eksistere et koordineringsproblem mellom aktører som mener at reglene er brutt.¹ Dette kan skyldes at tilbøyeligheten til å gå til sak eller klage inn en praksis avhenger av hvordan andre leverandører i tilsvarende situasjon ville håndtere en slik sak. Hvis nesten ingen er villige til å benytte håndhevelseskanalene som er tilgjengelige, er det fare for at de få som gjør det lettere møter reaksjoner (sanksjoner) og mulig utestengelse. Desto mindre koordinerte aktører og desto sterkere makt hos motparten, desto lettere er det for denne å holde nede mulige tilbøyeligheter til å saksøke (de har altså en interesse i at dette spillet fortsetter).

For den enkelte aktøren vil det være lettere å gå til sak desto flere andre som ville finne det naturlig å saksøke når f.eks. en avtale er brutt.

Det er grunn til å utvise en viss skepsis overfor et forslag om å opprette et sektorspesifikt tilsyn med oppgave å håndheve kontrakts-, markedsførings- og immaterialrettslovgivning, jf. Matkjedelovutvalgets forslag. Årsakene til dette er flere. For det første kan det lede til en unødige byråkratisering og rettsliggjøring av forhandlingsprosesser og kommersiell utvikling. For det andre vil det måtte foretas en lang rekke avklaringer av forholdet til andre myndigheters kompetanse, i særlig grad konkurransemyndighetene. For det tredje vil et offentlig tilsyn kunne bli en arena for strategisk atferd og rent-seeking. Utvalget har likevel kommet til at det er nødvendig med et eget tilsyn på området.

Utvalgets forslag utdypes og forklares i kapittel 13.

¹ Dette insentivproblemet har flere navn i litteraturen: «likevektsproblem» (ingen har insentiver til å gjøre det som er bra for alle), ofte referert til som collective action. I diskusjoner om mulige løsninger, benyttes gjerne betegnelsen «koordineringsproblem».

12.2 Reguleringsform

12.2.1 Nærmere om frivillige forretningsstandarder og håndhevelse

Forretningsprinsipper er normer for forretningspraksis som bedrifter utvikler og respekterer selv om de ikke håndheves rettslig. De reduserer transaksjonskostnader (og dermed priser) fordi det blir færre konflikter som må løses i et rettsystem. Det at bransjeaktører er tjent med lave transaksjonskostnader forklarer hvorfor bransjespesifikke forretningsprinsipper har vokst frem. Selv om slike prinsipper noen ganger blir avfeid som uformelle og kun frivillige standarder, kan de være viktige for å sikre gode rammevilkår for effektiv forretningsdrift.²

Prinsippene innebærer at bedrifter legger begrensninger på egen drift. Disse begrensningene kan respekteres like strengt som lovpålagte regler. Selvpålagte regler kan være motivert av etiske betraktninger, så vel som en felles forståelse for hvilken type praksis bransjen som helhet er tjent med over tid. De kan være resultat av tilpasninger mellom aktører i en bransje, gjerne over svært lang tid; eller de kan være resultat av press fra aktører utenfor bransjeaktørene (konsumenter, sivilt samfunn) – f.eks. for å styrke arbeidsforhold, menneskerettigheter eller verne natur og miljø.

Hva som er gjeldende forretningsprinsipper kan variere betydelig på tvers av bransjer eller segmenter av en bransje. En forklaring på denne variasjonen er naturlig nok at produksjon, tjenestetøvelse og kontraktsforhandlinger varierer, og dermed er det variasjon i hvilke hensyn og konflikter som er aktuelle. Det kan imidlertid også være forskjeller på hvor «rått» bedrifter opptrer i jakten på profitt. Noen bransjer vil være koordinert med hensyn til arbeidsforhold, romslighet i avtaleforståelse, eller redelighet, mens andre bransjer kan ha utviklet en kultur for et mer kynisk spill hvor ledere gjerne utnytter gråsoner for hva som er lovlig.

Til tross for utviklingen av sterke bransjekulturer, vil håndhevelsen av uformelle regler normalt være mer usikker enn håndhevelsen av formelle regler. Intuitivt nok vil prinsipper som er resultat av et langsiktig (internt) koordineringsspill være mer respektert enn dem som er utviklet p.g.a press fra aktører utenfor bransjen eller deler av bransjen. For å kunne finne løsninger på eksiste-

rende utfordringer, trenger vi imidlertid å vite hva som avgjør hvordan nye prinsipper vil bli håndhevet. I litteraturen på dette temaet er det flere kategorier av forhold som ser ut til å ha særlig betydning – legitimitet, utforming, kontroll og sanksjonsmulighet.³

Legitimitet og lederskap: Enighet med behovet for prinsipper og anerkjennelse av dem som har utviklet dem, vil være viktig for at reglene blir respektert.⁴ Selv når noen profiterer på en forretningspraksis som bør endres, kan de se grunn til å løse en konflikt i bransjen og endre praksis. Hvem som koordinerer prosessen kan være avgjørende for utfallet. Det vil ha lite for seg at noen som oppfattes som favoriserende i forhold til en (annen) part, organiserer en slik prosess. Hvorvidt prosessen er anerkjent påvirker dessuten lederes holdning til prinsippene. Selv om frivillige avtaler blir signert, er det en toppledelses faktiske holdninger og praksis som vil være avgjørende for hvorvidt representanter for bedriften respekterer reglene.⁵

Utforming og implementering: Frivillige prinsipper bør ikke erstatte eksisterende lovverk. Det kan få formelle rettsregler som ikke nevnes i prinsippene til å fremstå som mindre viktige. De bør heller bidra til å avklare praksis i situasjoner der rettsregler og rettspraksis er uklar eller på områder hvor det ikke er noen rettslig regulering. Empiriske studier av faktisk endring som følge av forretningsprinsipper, viser at prinsippene må være spesifikke og konkrete for å ha effekt.⁶ Det må være mulig å definere hvilken praksis som fal-

² Sen, A. 1997. Economics, business principles and moral sentiments. *Business Ethics Quarterly*. 7(3): 5-15.

³ Erfaringer med kartellvirksomhet og mafiavirksomhet tilsier at det er noen typer frivillige prinsipper, koordinering, kontroll og sanksjonering som ikke er ønsket – selv om aktørene innad i en bransje kan ha nytte av det. Denne diskusjonen handler om prinsipper som bidrar til endringer som er positive for forbrukere/samfunnet som helhet. Litteraturen om slike (positive) forretningsprinsipper handler hovedsakelig om 'codes of conduct' innført etter press fra eksterne grupper. Det har ofte vært store forventninger til slike codes og empiriske resultater viser at resultatene er blandet. Diskusjonen her er basert på en gjennomgang av grundige studier.

⁴ Se blant andre Tyler, T.R. 2006. *Why people obey the law*. Princeton University Press.

⁵ For diskusjon og empiriske resultater, se Petersen, L.E & F. Krings. 2008. Are ethical codes of conduct toothless tigers for dealing with employment discrimination? *Journal of Business Ethics*. 85:501-514.

⁶ Se blant andre Kolk, A. & R. van Tulder. 2002. The effectiveness of self-regulation: corporate codes of conduct and child labour. *European Management Journal*. 20(3): 260-271. Se også Runhaar og Lafferty (2008) som forklarer hvorfor FNs Global Compact 'Codes of Conduct' har hatt liten effekt nettopp fordi de ikke er bransje-spesifikke nok. Runhaar, H. & H. Lafferty. 2008. Governing corporate social responsibility: an assessment of the UN Global Compact to CSR Strategies in the telecommunications industry. *Journal of Business Ethics*. 84:479-495.

ler innenfor og utenfor prinsippene, gjerne ved hjelp av beskrivelser av eksempler på atferd.⁷ Videre bør prinsippene gjøres kjent for alle i bransjen. Ikke bare tildelt på et ark, men lært og diskutert. Det er positivt om reglene introduseres nokså samtidig for alle/de fleste aktørene i en bransje. Innad i bransjen gir dette en gruppeeffekt som reduserer bekymringer for å tape i konkurranse p.g.a endret atferd, mens det utad kan gi bransjen en positiv omdømmeeffekt.

Kontroll/overvåkning og sanksjoneringsmulighet: Prinsippene må utformes i samsvar med hva det er mulig å kontrollere. I noen sammenhenger, f.eks. når det som skal reguleres er atferd der kun noen få er involvert, vil overvåkning være vanskelig. Kontroll må baseres på klager fra de involverte og mistanker fra andre enn de involverte.

Det finnes flere eksempler på forretningsprinsipper som er innført p.g.a eksternt press overholdes, selv om det verken er trussel om rettslig håndheving hvis de ikke følges eller bransjeintern sanksjonering.⁸ Det er noe usikkert hvorvidt sanksjonering er nødvendig hvis bransjen selv har kommet til enighet om prinsippene og når en form for kontroll/overvåkning er mulig. Nyere resultater i strafferettslig litteratur viser at overvåkning og oppdagelsesrisiko ofte betyr mer enn selve straffen for at regler respekteres. I forsøk der selve reaksjonen (straffen) er utelatt, ser vi imidlertid at heller ikke oppdagelsesrisikoen har særlig effekt, og for å påvirke aktører til å respektere nye regler kan det nok være nødvendig med en form for reaksjon når reglene brytes.⁹

Hvordan bør brudd på frivillige forretningsprinsipper sanksjoneres? En aktør som opplever

at en samarbeidspartner har brutt forretningsprinsipper som det er enighet om å følge, kan markere dette ved å avslutte samarbeidet. En slik markering kan imidlertid ramme den som markerer mer enn den som har brutt prinsippene, særlig hvis avsluttet samarbeid medfører betydelige økonomiske konsekvenser for den som ser behov for å sanksjonere. Bransjen kan ha behov for alternative sanksjoneringsmuligheter – som f.eks. «naming & shaming» (bli oppført på en liste som har benyttet seg av ufin forretningspraksis) som kan gjøres tilgjengelig for konsumenter og sivilt samfunn, så vel som alle aktørene i bransjen. Det er mange eksempler på at risiko for å bli hengt ut slik ser ut til å ha effekt.¹⁰

Relevans i situasjon med vertikale bransjeutfordringer?

De fleste studiene av forretningsprinsippers effekt på forretningspraksis er gjort i situasjoner der bedriftene opptrer horisontalt, altså at de spiller samme rolle i bransjens verdikjede og gjerne opptrer som konkurrenter. Slike resultater er relevante for dagligvarekjeden i Norge selv om de aktuelle utfordringene oppstår i vertikale relasjoner. Prinsippene trenger ikke å være de samme for leverandørene som for kjedene. De kan tilpasses hver av gruppene (horisontalt).

Resultatene, som sier noe om hvordan ulovfestede prinsipper generelt blir respektert, er imidlertid relevante også for situasjoner der *ulike* aktører i en kjede sammen skal komme frem til felles prinsipper. Slike prosesser ligner det som på engelsk kalles *multistakeholder*-samarbeid, og refererer til situasjoner der aktører med ulik rolle i en bransje samarbeider for å finne bedre løsninger for bransjen og dens tilpasning til utfordringer i samfunnet for øvrig. For å best mulig forstå hvordan forretningsprinsipper bør utformes og håndheves for å påvirke forretningsatferd, kan resultatene fra studier av prinsipper utformet for *like* aktører komplementeres med det vet vi om erfaringer fra samarbeid mellom *ulike* aktør-grupper (multistakeholder-samarbeid). I møte med interne eller eksterne utfordringer, vil multistakeholder-samarbeid noen ganger kunne hjelpe ulike bransjeaktører til

⁷ Se Erwin (2010) for et forslag til hvordan forretningsprinsipper kan evalueres. *Erwin, P.M. 2010. Corporate codes of conduct: the effects of code content and quality on ethical performance. Journal of Business Ethics. 99: 535-548.* EUs prinsipper om god handelsskikk, jf. 10.1, utviklet av en sammensatt gruppe av bransjeaktører etablert på oppfordring av Europakommisjonen, er utformet med et vedlegg der eksempler på praksis blir definert som enten «fair» eller «unfair».

⁸ Gjelder f.eks. enkelt-bedrifters respekt for egne frivillige regler i u-land der håndhevelsen av formelle regler er svak – se *Kolk & van Tulder (2002)* – referanse i fotnote over med eksempler om enkeltbedrifters tilpasning (Nike, Levi Strauss, C& A, Gap m fl). Dette er også diskutert i *Vogel (2010)* – ref nedenfor.

⁹ For en litteratur-gjennomgang på dette, se *Harel. A. 2012. Economic analysis of criminal law: a survey. I A. Harel, og K. N. Hylton (Eds). Research handbook on the economics of criminal law. Edward Elgar Publishing.* I forhold til forretningsprinsipper, se også diskusjon i *Peterson og Krings (2008)* – referert over, som forklarer at sanksjonering er nødvendig, men at «naming & shaming» oppfattes som en betydelig sanksjon som kan forventes å ha reell effekt på forretningsatferd.

¹⁰ For diskusjon og resultater, se *Vogel, D. 2010. The private regulation of global corporate conduct: achievements and limitations. Business & Society. 49(1):68-87.* Erwin (2010) – referanse over – lister «non-retaliation» som et prinsipp som bør være nedfelt, noe som refererer til at bransjeaktører ikke skal hevne seg på den som har rapportert et problem. Et slikt prinsipp kan imidlertid lett misbrukes av dem som vil klage på en motpart for å fremme sin egen sak (legitime forsøk på å forsvare seg kan da oppfattes som brudd på non-retaliation prinsippet)

komme frem til best mulig kompromiss for hvordan de ulike gruppene skal endre atferd for å løse utfordringene.¹¹ Dette er benyttet i en lang rekke land og sektorer – og særlig i situasjoner der kontroll med sektoren og håndheving av eksisterende regler fra myndighetenes side er svak.

Erfaringer presentert i litteraturen er imidlertid noe delte. Det kan tyde på at bransjeaktørene også i slike samarbeidssituasjoner opptrer med det styrkeforholdet de har i markedet. Det å komme sammen rundt et bord for å diskutere løsninger, kan selvsagt være nyttig for at ulike aktører skal se hverandres perspektiv på utfordringene. Slike dialogmøter kan være avgjørende for å utarbeide prinsipper som kan fungere i praksis. Erfaringer fra f.eks. byggeindustri, naturressursforvaltning og vannforsyning i andre land, tilsier imidlertid at det å overlate ansvar for sektorovervåking, regelimplementering og konfliktløsning til en multistakeholdergruppe bestående av representanter for ulike aktører i markedet, kan være noe optimistisk – bl.a. fordi ordningen innebærer risiko for å bli utnyttet av sterke aktører.¹² Overvåkingen bør kanskje heller gjøres av et uavhengig sekretariat bestående av fulltids engasjerte profesjonelle medarbeidere med oversikt over formell lovgivning og muligheter for rettslig håndheving så vel som innsikt i frivillige prinsipper og mottak for informasjon om hvordan de respekteres i praksis.

12.2.2 NorgesGruppens forslag om selvdømmeordning

I sin høringsuttalelse til NOU 2011: 4 gikk NorgesGruppen inn for en bransjekodeks i kombinasjon med en selvdømmeordning, gjennom et såkalt Dagligvarebransjens Faglige Utvalg.¹³ Dette er beskrevet som følger:

«Bransjen etablerer et eget utvalg der tvister og uklarheter knyttet til god handelsskikk behandles. Enten som enkeltsaker eller ved utarbeidelse av retningslinjer og prosedyrer som bransjen trenger på ulike områder.

Målet med utvalget er å bidra til bedre prosedyrer, større åpenhet, forutsigbarhet og der ved til et ryddig forhandlingsklima.

Vi mener formuleringen i NOU 2011: 4 kan være det grunnleggende prinsipp også i en frivillig ordning.»

Forslaget om et faglig utvalg konkretiseres som følger:

- «← Bransjen etablerer et eget organ der tvister og uklarheter knyttet til god handelsskikk behandles
- Konkurransetilsynet utnevner uavhengig leder. Forbrukerombudet bør også være representert i utvalget. Handelen og leverandørene for likt antall medlemmer i utvalget. Vi foreslår frivillig deltakelse
- Det utarbeides en egen kodeks for god handelsskikk. Organet skal sørge for at partene overholder innholdet i kodeks om god handelsskikk
- Vedtak fattet av organet skal synliggjøres for offentligheten
- Målet med organet og kodeksen er å sikre gode prosedyrer, større åpenhet, forutsigbarhet og et godt forhandlingsklima
- Utvalget kan ikke behandle saker som ligger til Konkurransetilsynet
- Ordningen bør evalueres av offentlige myndigheter etter to år
- Offentlige myndigheter bør utfordre bransjen til konkretisere forslaget»

Utvalget er enig i at en slik selvdømmeordning kan ha en funksjon. Den praksis som utvalget ønsker å ramme med sitt forslag vil representere atferd som, hvis enkeltheter blir offentlig kjent, sannsynligvis vil ha omdømmevirkninger for foretak som måtte være involvert. Det ligger i dette at en uformell fordømmelse vil kunne være effektiv, og at muligheten for at saker kommer ut til offentligheten kan ha en selvstendig preventiv funksjon.

Samtidig er utvalget av den oppfatning at en slik selvdømmeordning vil kunne være beheftet med de samme svakheter som er påpekt ovenfor vedr. multistakeholder-samarbeid. En slik ordning vil heller ikke kunne ivareta eventuelt behov for varsling direkte fra ansatte eller andre, jf. nærmere nedenfor.

¹¹ For eksempler og diskusjon se *Truex, R. & T. Søreide*. 2013. Multistakeholder groups for better sector performance: a key to fighting corruption in natural resource governance? *Development Policy Review*. 31 (2):xxx (under utgivelse). Se også *Hemmati, M.* 2002. *Multi-stakeholder Processes for Governance and Sustainability: Beyond deadlock and conflict*. London, Earthscan.

¹² Se (i) (om vannforsyning) *Warner, J.* (ed.) 2007. *Multi-Stakeholder Platforms for Integrated Water Management*. Aldershot: Ashgate Publishing; (ii) (om byggeindustri) *Søreide, T. & R. Truex*. 2011. Why multistakeholder groups succeed and fail. In *S. Rose-Ackerman and T. Søreide* (Eds) *The International Handbook on the Economics of Corruption - Volume II*, Edward Elgar Publishing. Og (iii) (om naturressursforvaltning) *Truex & Søreide* (2013) – ref over.

¹³ Pkt. 4 i høringsvar av , tilgjengelig på http://www.regjeringen.no/pages/16798593/049_NorgesGruppen.pdf.

12.2.3 Utvalgets oppsummering og forslag

Utvalget er etter dette av den oppfatning at en god-skikk-standard bør være rettslig bindende, og dermed forankres i lov. Videre mener utvalget at et tvisteløsningsorgan sammensatt av bransjen selv ikke vil garantere en tilstrekkelig effektiv og upartisk håndhevelse av regelverket. Til dette kommer behovet for å kunne sanksjonere overtredelser for å sikre reglens gjennomslag og etterle-

velse. Utvalget vil derfor foreslå en offentlig håndhevelsesordning for regelverket.

Hvis man ikke ønsker å gå i retning av særlov, vil det mest hensiktsmessige og målrettede tiltaket i henhold til mandatet være å etablere et sterkere og tydeligere håndhevelsesapparat under pristiltaksloven, og at lovgiver presiserer standarden etter pristiltaksloven § 2. Eventuell konkurranse-skadelig atferd reguleres etter begge modeller best ved forskrifter etter konkurranseloven § 14.

Kapittel 13

Nærmere om innholdet i en god-skikk-standard

13.1 Generelt om god-handels-skikkstandarden

Utvalget har sett hen til de «Principles of good Practice» som representanter for industrien har foreslått for EUs høynivågruppe. Disse prinsippene lyder (utvalgets oversettelse):

1. Skriftlige avtaler: Avtaler skal inngås skriftlig med mindre det ikke er praktisk mulig eller der muntlige avtaler er gjensidig ønskelig. Avtaler skal være klare og gjennomsiktlige, og skal dekke så mange relevante og forutsigelige forhold som mulig, herunder rettigheter og prosedyrer for oppsigelse.
2. Forutberegnelighet: Ensidige endringer i kontraktsvilkår skal ikke forekomme med mindre vilkårene for og innholdet i slike endringer er avtalt på forhånd. Avtalene bør angi en prosedyre for hver av partene til å drøfte nødvendige endringer for avtalens implementering eller p.g.a uforutsette omstendigheter, slik dette er angitt i avtalen.
3. Etterlevelse: Avtaler skal etterleves.
4. Informasjon: Når informasjon utveksles, skal dette skje i samsvar med konkurranselovgivning og annen relevant lovgivning, og partene skal bestrebe seg på at informasjonen er korrekt og ikke villedende.
5. Konfidensialitet: Konfidensialitet skal respekteres med mindre informasjonen allerede er offentlig eller har blitt innhentet fra mottageren lovlige og i god tro. Konfidensiell informasjon skal kun benyttes til det formål den er overgitt for.
6. Ansvar for risiko: Alle parter i handelskjeden skal bære sin egen investeringsmessige («entrepreneurial») risiko.
7. Redelig kommunikasjon: En kontraktspart skal ikke benytte trusler for å oppnå en urimelig fordel eller for å overføre en urimelig kostnad.¹

Utvalget er enig i at disse prinsippene representerer et riktig fundament som retningslinje for for-

holdet mellom leverandører og kjeder. Prinsippene kan ses på som et uttrykk for et slags minimumnivå for god skikk mellom aktørene, og dekker de forholdene som utvalget har funnet grunn til å innta i en god-skikk-standard. En del punkter i standarden fremstår imidlertid som vage, og utvalget anser at det vil være nødvendig både med presisering og tydeliggjøring. I det følgende vil utvalget utdype en standard for god forretnings-skikk i den vertikale relasjonen.

Et generelt funn er at svært mange av problemstillingene som er reist har bakgrunn i manglende/ufullstendig forståelse av kontraktsvilkår og hva de innebærer for den enkelte parten, først og fremst leverandørsiden. Utvalget vil derfor særlig understreke prinsippet som stiller krav til klarhet og fullstendighet i avtaleverket. Samtidig understreker utvalget den grunnleggende forutsetningen om at avtaler skal holdes.

13.2 Forutberegnelighet/ensidige endringer av avtaler/terminering

I utgangspunktet bør behovet for klarhet vedrørende forpliktelser være felles for begge parter i en kontrakt, og i den utstrekning det skjer ensidige diktat om endringer av forpliktelser kan dette anses som et utslag av et misbruk av avtalemekanismen og som et uheldig utslag av forhandlingsmakt. Det har fremgått at et prinsipp om forutberegnelighet er inntatt i de «Principles of Good Practice» som europeiske bransjeorganisasjoner har oppnådd enighet om. Utvalget er av den oppfatning at et slikt prinsipp også må legges til grunn i norsk rett, og at dette dels følger av det alminnelige prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold og dels (avhengig av den konkrete konteksten) av prinsippet om rimelige avtalevilkår, jf. avtaleloven § 36. Utvalget mener likevel at et for-

¹ Dokumentet er tilgjengelig på http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/food/files/competitiveness/good_practices_en.pdf.

utberegnelighetsprinsipp fokusert på effektive løsninger i forbrukernes interesse ikke har fullt gjennomslag i bransjen i dag, jf. ovenfor. På denne bakgrunn mener utvalget at prinsippet bør styrkes ved at det tydeliggjøres i lovgivningen.

Utvalget har vurdert om det bør innføres en prosedyre for delisting, eksempelvis gjennom krav om at det skal varsles med rimelige frister og om det skal oppstilles et saklighetskrav. Utvalget finner likevel at en generell regel om at endringer skal være hjemlet i avtalen må anses som tilstrekkelig til å unngå uventede og urimelige tilfeller av delisting. Med den regulering som utvalget foreslår, vil fremgangsmåten eventuelt kunne reguleres i forskrift.

13.3 Tilgang til relevant informasjon

Gjennomgangen har vist at det er et behov for å tilgjengeliggjøre informasjon som har betydning for en medkontrahents rettsstilling forut for avtaleinngåelse. Behovet er begrunnet av at det er essensielt for å skape forutberegnelighet og effektive kontrakter, herunder effektiv risikoallokering, og at relevant informasjon er tilgjengelig for partene på forhandlingsstadiet. Dette gjelder f.eks. informasjon om beregningsgrunnlaget for rabatter, men også andre forhold av betydning for risiko i kontraktsforholdet.

Utvalget viser til at opplysningsplikt allerede etter gjeldende rett representerer en sentral bestanddel i prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold. Utvalget mener like fullt at det særlig av håndhevingsmessige årsaker er viktig at en slik plikt også fremgår av de spesifikke prinsippene for bransjen. Det antas at et slikt prinsipp har tilstrekkelig forankring i pkt. 1 i prinsippene gjengitt ovenfor, ved kravet om at kontrakter skal dekke «så mange relevante ... forhold som mulig».

13.4 Varemerkerettigheter/kopiering/beskyttelse av forretningshemmeligheter

Respekt for andres forretningsidéer og forretningshemmeligheter må anses som en sentral del av et prinsipp om god forretningsskikk. Utvalget legger til grunn at en kopiering av produkter eller konsepter både kan være i strid med immaterialrettslovgivningen (8.6) og markedsføringsloven (8.7). Der kopiering bygger på at det er gitt tilgang til forretningshemmeligheter, f.eks. resepter i forkant av nylansering av et produkt, kan det

også være i strid med prinsipper om lojalitet i kontraktsforhold.

Utvalget anser i hovedsak beskyttelsen av immaterielle rettigheter og kopiering av andres produkter som tilstrekkelig etter gjeldende rett. Denne beskyttelsen bør imidlertid også anses som en del av et prinsipp om god handelsskikk, slik at overtredelser kan håndheves gjennom de kanaler utvalget foreslår, jf. nedenfor.

Når det gjelder informasjon som kan betegnes som forretningshemmeligheter, men som overgis i situasjoner der en part krever det eller det er nødvendig for f.eks. leieproduksjon av EMV, er gjeldende rett mindre tydelig, jf. ovenfor. Utvalget bemerker at krav om å overgi informasjon som normalt ville være å anse som forretningshemmeligheter vil måtte anses i strid med et prinsipp om redelighet i forhandlinger. Det er også påpekt at informasjonsdeling i visse tilfeller kan være i strid med konkurranseloven § 10. Utvalget er av den oppfatning at det er opp til den enkelte aktør å sørge for å bevare konfidensialitet om sine forretningshemmeligheter, enten dette gjelder resepter, kalkyler/kostnader eller markedsføring/salg. Det kan likevel være grunn til å understreke at et legitimt behov for hemmelighold skal respekteres av kontrakts- eller forhandlingsparten. Utvalget anser at dette er dekket av pkt. 4 og 5 i prinsippene ovenfor. Pkt. 5 fanger også opp urettmessig bruk av slik informasjon. Utvalget vil legge til at misbruk av informasjon mottatt innenfor et kontraktsforhold også vil være i strid med prinsippet om lojalitet i slike forhold.

13.5 Andre forhold – er regulering hensiktsmessig eller mulig?

I forholdet mellom kjeder og leverandører vil avtaler om betaling av faste avgifter som JM og betaling for hylleplass, eventuelt også rundsumsbetaling for å avslutte forhandlingene, ikke i seg selv representere et brudd på en god-skikk- eller redelighetsstandard. Avtalenes innhold må i denne sammenheng ses som et naturlig utslag av styrkeforholdene i matkjeden, og representerer ikke i seg selv et forhold som er i strid med et prinsipp om redelighet i forhandlinger. Derimot vil krav om slike betalinger etter forholdene kunne representere en etableringshindring for nye leverandører, men utvalget anser at et forbud mot hylleplassbetaling vanskelig vil ha tilsiktede virkninger. Samtidig er det tendenser til at kjedene har blitt mer bevisste på å inkludere typisk lokale produsenter.

Så langt er det påpekt at kontraktspraksis i bransjen i stor utstrekning inkorporerer ulike former for rabatter og bonuser fra leverandør til kjeder. Utvalget ser ikke på dette som et selvstendig problem opp mot god handelsskikk, men registrerer at det er misnøye med at tjenester som rabatten er ment som vederlag for (typiske markedsføring og distribusjon) ikke er klart definert. Samtidig registrer utvalget misnøye med beregningsgrunnlaget for rabattene, noe som har en åpenbar sammenheng med fastleggelsen av tjenesteforpliktelsene. Utvalget mener likevel at slike rabatter og bonuser ikke nødvendigvis representerer et *selvstendig* problem i bransjen. Rabatter og bonuser innebærer reelt sett lavere priser ut til kjedene, som avhengig av konkurranseforholdene kjedene imellom veltes videre til forbrukerne i større eller mindre grad.

Utvalget ser at det kan være grunn til å sette spørsmålstegn ved graden av presisjon i definisjonen av kjedenes motytelser. Ved rabatter som reelt sett representerer prising av en tjeneste (reelt sett JM og grossistrabatt) er det et poeng at partene er enige om hvilke ytelser som leveres og hvilken pris disse skal ha. I dette perspektivet kan manglende informasjon om den nominelle størrelsen på rabatten (f.eks. der man forhandler om rabattens størrelse mens beregningen er avhengig av internpriser i kjeden) støte an mot et prinsipp om forutberegnelighet.

I KPMG-rapporten fremkommer det påstander om at 80 % av JM-beløpet ikke motsvares av markedsføringsytelser, men må anses som en ren rabatt.² KPMG-rapporten gir imidlertid et inntrykk av at dette er slik praksis i bransjen har utviklet seg de seneste årene, og at aktørene på begge sider er kjent med praksisen. Rapporten gir også et inntrykk av en manglende konsensus over hva som representerer relevant markedsføring det skal betales for, f.eks. om støtte til priskampanjer på andre varer for å øke trafikken i butikkene kan dekkes av JM. Dette indikerer at det reelle problemet er manglende presisjon i avtaleverket ved at ytelsene ikke er klart nok definert, alternativt at avtaleforpliktelse ikke etterleves. Dette forholdet er adressert i den normen utvalget foreslår. Selve prisnivået på ytelsen er underordnet, dvs. om 20 eller 80 % av JM-midlene faktisk brukes til markedsføring. Dette nivået må partene forhandle om, men forutsetningen må da være at partene er enige om hvilke ytelser som skal leveres som del av JM-avtalen, og der vederlaget er fastsatt som en

prosent, at det er avklart hvilket grunnlag denne skal regnes av.

Den definisjonen av «god handelsskikk» som utvalget skal legge til grunn for sitt arbeid gir en henvisning til «rimelig risikofordeling» mellom partene i en kontrakt. Slik utvalget har gitt uttrykk for ovenfor, anses ikke en omfordeling av overskudd, ei heller en omfordeling av forhandlingsmakt, å ligge innenfor utvalgets mandat. At en avtale er rimelig kan knytte seg til at forholdet mellom ytelser må være noenlunde balansert. Etter avtaleloven § 36 vil f.eks. misforhold mellom ytelsenes økonomiske verdier kunne føre til at avtalen justeres eller settes til side. Normalt vil dette skje ut fra et ønske om å ivareta en svakere part, eller fordi avtalen over tid har utviklet seg slik at den blir ubalansert. Som hovedregel gjelder imidlertid at partene hver for seg er ansvarlige for egne forutsetninger, og at det skal mye til før avtaler mellom profesjonelle parter settes til side som ubalansert. Utvalget tar utgangspunkt i at det må være opp til partene selv å forstå og regulere risikoen i sine avtaler. Særlig gjelder dette ved nylansering av produkter, der risikoen vil fordeles utfra hvordan den enkelte kontraktsparten bedømmer produktets mulighet til å lykkes, opp mot andre forhold som f.eks. at salg går på bekostning av andre varer. Utvalget anser således at partene selv vil være best i stand til å fordele risiko, gitt mest mulig fullstendig og symmetrisk informasjon om relevante forhold. Det foreslås derfor ikke regler som normerer fordeling av risikoen mellom kjeder og leverandør. Utvalgets løsning er i stedet å stille krav til kommunikasjon av hvilken risiko en kontraktspart faktisk påtar seg.

Ved risiko for svinn kan det imidlertid pekes på insentivvirkninger, dvs. at den parten som har best mulighet for å forebygge svinn også bør bære risikoen. Hvis leverandøren sitter med all risiko, og kanskje også plikt til å dekke kampanjer som dobbelt pris tilbake, vil dette kunne lede til økt svinn i butikk. Tilsvarende gjelder rene overbestillinger av sesongvarer. På sikt vil derfor denne typen garantier, gitt ensidig risikofordeling, kunne være til skade for forbrukerne. På dette punktet kan det anføres at kjøpermakten blir benyttet til å skyve risiko over på leverandørene, og at kontraktene ikke er utformet effektivt. Utvalget mener at feilallokering av risiko også på dette området må tilskrives mangel på informasjon, og at løsningen også på dette er å stille krav til partene om kommunikasjon av hvilken risiko en kontraktspart tar på seg.

Delisting representerer etter utvalgets oppfatning intet selvstendig problem. Delisting er en

² Tallet fremkommer i KPMGs rapport, jf. Særskilt vedlegg til NOU 2011: 4, s. 156.

naturlig del av forhandlingsspillet mellom to parter, og både leverandører og kjeder har forståelig nok gitt uttrykk for misnøye med trusler om delisting/leveringsnektelser. Derimot vil delisting benyttet for å fremtvinge ulovlig atferd og ensidig regulering av delisting i avtaleverket, være relevant for utvalget. Eksempler vil være trussel om delisting for å tvinge en annen inn på ulovlige avtaler (f.eks. om eksklusivitet) eller delisting i strid med inngåtte avtaler. Også regulering av delisting gjennom korte frister eller svært lave terskler, vil kunne bryte med et prinsipp om forutberegnelighet.

Utvalget registrerer at også hylleplassering har blitt vurdert opp mot god-forretningsskikkstandarden i markedsføringsloven. Utvalget ser det imidlertid ikke som hensiktsmessig å foreslå reguleringer av konkret hylleplassering i butikk, idet dette som påpekt flere steder representerer et knapphetsgode som partene må forhandle om. Utvalget antar også at systematisk diskriminering av konkurrenters produkter (dvs. produkter som konkurrerer med EMV) bør håndteres under konkurranselovgivningen, istedenfor å innrømme bestemte parter særlig beskyttelse som lett kan virke mot sin hensikt og dempe konkurransen. Av samme årsak foreslås det heller ikke særlige regler om diskriminering mellom EMV og merkevarer.

Utvalget vil heller ikke foreslå regulering av videresalg/salg under innkjøpspris. I denne sammenheng bemerkes at det bør vises tilbakeholdenhet med å la leverandører kunne påvirke videresalgspriser i markedet, eller regulere dette særskilt. For det første vil en slik regulering kunne virke begrensende på konkurransen i detaljistledet. For det andre synes de innvendinger som har fremkommet mot slik praksis primært å være begrunnet i misnøye med bruk av f.eks. JM-midler. Utvalget antar at bruken av JM-midler må reguleres tydelig i avtalene, jf. ovenfor om forutberegnelighet. Det vil imidlertid virke mot sin hensikt å forby kjedene å finansiere priskriger av sin margin på andre produkter, samtidig som et forbud mot salg med tap/dumpingsalg vil være svært vanskelig å håndheve.

13.6 Utvalgets vurdering og forslag

13.6.1 Generelle bestemmelser

Utvalgets utgangspunkt er at det bør utvises forsiktighet med reguleringer som kan påvirke fordeling av forhandlingsmakt mellom leverandører og kjeder. På den annen side er utvalget av den

oppfatning at det i bransjen er tegn som tyder på at det har utviklet seg en forhandlingskultur som ikke i alt og ett er forenlig med et prinsipp om god handelsskikk.

Utvalget legger etter dette til grunn at det er et behov for å stramme opp etterlevelsen av grunnleggende rettsprinsipper innenfor dagligvarebransjen, og at dette best kan gjøres ved å presisere regelverkets implikasjoner. På denne bakgrunn vil utvalget foreslå en regulering av god skikk i B2B-relasjoner, tuftet på hensynet til forutberegnelighet og redelighet, og med grunnlag i de prinsipper for «Good Practice» som er utarbeidet i EU.

Som nevnt er utvalget av den oppfatning at det allerede i dagens lovverk ligger beskyttelse mot den type atferd som Matkjedeutvalget anså som problematisk. Disse regler og prinsipper har imidlertid tre svakheter; de er fragmentariske, ikke tilstrekkelig presise og mangler et overordnet sanksjons- og håndhevelsesapparat. Utvalget er derfor av den oppfatning at det er mest hensiktsmessig med ett enkelt normsett, som også kan fange opp spesifikke problemstillinger. Dette normsettet må utstyres med et tilstrekkelig håndhevelsesapparat, der mulighet for informasjonstilgang/varsling, samt en preventiv effekt, vil være sentralt. Utvalget mener at disse hensynene best ivaretas gjennom en særlov. Håndhevelsesapparatet drøftes nedenfor.

Utvalget anser det som hensiktsmessig at standarden gjøres så presis som mulig. I den forbindelse ser utvalget det ikke som hensiktsmessig å foreslå en generell standard om «god handelsskikk», som pr. definisjon vil ha et uskarpt innhold og som, i tråd med generalklausulens egenart, vil kunne endres over tid. Ofte anses dette som en fordel ved f.eks. regulering av hva som er «rimelig», «rettferdig» mv. Utvalgets gjennomgang har imidlertid vist at det ved regulering av kommersielle forhold er essensielt at en standard ikke benyttes til å sensurere kommersielle avtaler i tråd med hva som oppfattes som rimelig. Dette skyldes ikke bare hensynet til partenes forutberegnelighet, men også at «rimelighet» representerer en standard der det kan forekomme svært ulike subjektive oppfatninger. All den tid samfunnsmessige interesser også spiller en rolle i reguleringen, vil også politiske oppfatninger kunne påvirke vurderingen av hva som er «riktig» i den konkrete saken. Lovgivning som åpner for slike avveininger vil være uheldig.

Utvalget foreslår derfor at de sentrale hensyn som utvalget har fremhevet fremgår direkte av lovtoksten, istedenfor at det lovfestes en generell

og mer åpen god-skikk-standard. «God skikk» vil dermed ikke være startpunktet for tolkningen, men representere summen av den foreslåtte reguleringen. På denne bakgrunn foreslår utvalget en lovfesting av følgende standard i § 4:

«Forretningsforhold skal bygge på redelighet, forutberegnelighet og gjensidig respekt for immaterielle rettigheter.»

Utvalget vil også foreslå følgende formålsbestemmelse:

«Lovens formål er å bidra til økt forbrukervelferd ved å fremme forretningsforbindelser mellom næringsdrivende med en høy etisk standard, særlig i form av effektive og forutberegnelige relasjoner.

Med forbrukervelferd menes velferd for sluttkunder gjennom lave priser, høy kvalitet, bredt utvalg og høy grad av tilgjengelighet.»

Formålsbestemmelsen speiler mandatet, ved at reguleringsformålet uttrykkes klart som forbrukervelferd, mens reguleringsobjektet gjelder redelighet og forutberegnelighet i den vertikale kontraktsrelasjonen. Koblingen mellom de to ligger i kontraktsmessig effektivitet, innenfor en samfunnsøkonomisk ramme.

Utvalget understreker at forbrukervelferd ikke bare kan måles ved lavere priser, men at dette også inkluderer kvalitet, utvalg og tilgjengelighet. Utvalget finner grunn til å innta en presisering om dette i formålsbestemmelsen.

I tillegg til hovedbestemmelsen om god handelsskikk, vil utvalget foreslå noen mer konkrete reguleringer. Dette vil være et nødvendig supplement til standarden, som blir for vid og generell til umiddelbart å oppnå resultater gjennom endret atferd. Samtidig vil den generelle god-skikk-standard kunne tjene som inngrepshjemmel i enkeltsaker, og også kunne bidra til å forme kontraktsforholdene mellom partene gjennom praksis fra de alminnelige domstoler. Disse spesielle reglene omtales nærmere nedenfor.

Endelig foreslås det en forskriftshjemmel som gjør det mulig å regulere spesielle former for uønsket praksis. Denne hjemmelen vil også kunne tjene som gjennomføringshjemmel for eventuell EU-/EØS-lovgivning. Det presiseres at forskriften ikke kan benyttes til å regulere forhold som etter sin art naturlig hører hjemme i konkurranse-loven, og at EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd i alle tilfeller vil sette en begrensning for dette, jf. 11.2.

13.6.2 Spesielle bestemmelser

Utvalget vurderer at konkrete regler som klart angir grensene for tillatelig atferd både vil virke effektiviserende og skape forutberegnelighet ved at partene lettere kan innrette seg. Samtidig er det en målsetning å unngå kostbare rettsprosesser om det nærmere innholdet i en mer generelt utformet standard. Bakgrunnen for spesialreglene er de funnene utvalget har gjort i form av identifisering av atferd som strider mot god handelsskikk og som kan ha skadevirkninger for forbrukerne, i kombinasjon med utvalgets vurdering av hull i eksisterende lovverk og underhåndhevelse av viktige prinsipper.

Utvalget mener det er nødvendig å lovfeste prinsippet om skriftlighet og fullstendighet i avtaler. Dette snevrer inn rammene for kontrakten, på en måte som ikke har tradisjon i norsk rett. Det er likevel på det rene at skriftlighet normalt vil være standarden i bransjen, og at lovfestingen understreker at partene også har en plikt til dette. Utvalget vurderer det slik at mye som har kommet frem i Matkjedeutvalgets arbeid, kan forklares med uenighet om kontraktsforpliktelser og deres innhold. Notoriteten gjennom skriftlige avtaler må også anses som en forutsetning for en effektiv håndhevelse av loven.

Et prinsipp om at de skriftlige avtalene skal være fullstendige anser utvalget det imidlertid som mindre hensiktsmessig å søke og lovfeste. Derimot antas at et krav om skriftlighet vil måtte gjelde alle vesentlige elementer i avtaleverket, og at dette langt på vei innebærer et fullstendighetskrav. Det understrekes at dette ikke kommer på tvers av alminnelige prinsipper for tolkning og utfylling av avtaler etter norsk rett. Et krav om skriftlighet vil imidlertid kunne forsikre partene mot uventede krav fra medkontrahenten. På dette punktet foreslår utvalget følgende ordlyd, jf. § 5 i utvalgets forslag:

«Avtaler skal inngås skriftlig. Avtaler skal klart beskrive hvilke ytelser partene er forpliktet til å levere, herunder markedsføringstjenester, og dessuten inneholde bestemmelser om prosedyrer for prisendringer, bestillinger (herunder volum) og leveringsforpliktelser. En part kan ikke ensidig gi påbud om endringer i forpliktelser etter at avtale er inngått.»

Sentralt i utvalgets påpekninger har forutsetningen om at effektive kontrakter skapes gjennom fravær av informasjonsasymmetri forut for kontraktsinngåelse. Dette representerer en grunnfor-

utsetning for at partene skal kunne komme frem til den mest effektive forhandlingsløsningen. Slik informasjon vil f.eks. være grunnlaget for beregning av rabatter og ytelser. Dersom det forhandles om rabatter i prosent, vil medkontrahenten således ha krav på å vite grunnlagsbeløpet før vedkommende forplikter seg. Det presiseres at dette ikke skal påvirke volum- eller etterspørselsrisiko, som partene nødvendigvis vil måtte forhandle om på ordinær måte.

Samtidig er det viktig å presisere at bestemmelsen ikke skal kunne benyttes som grunnlag for å kreve fremlagt informasjon den andre har en berettiget interesse i å holde hemmelig, dvs. forretningshemmeligheter. Dette gjelder typisk opplysninger om vilkår tilbudt andre aktører. På dette punkt foreslår utvalget i § 6 følgende formulering:

«Kontraktspartene har forut for avtaleinngåelse om distribusjon og salg krav på all relevant informasjon den andre parten besitter som er av betydning for fastleggelse av kontraktsforpliktelsene. Dette gjelder likevel ikke informasjon den annen part har en legitim grunn til å bevare hemmelig.»

Der informasjon er tilbakeholdt, vil en part ikke kunne påberope seg slike forhold i forbindelse med kontraktens gjennomføring.

Utvalget er av den oppfatning at parter kan unnlate å dele informasjon som er nødvendig for å realisere et samarbeid av frykt for at informasjonen senere misbrukes, og at markedsføringslovens vern av forretningshemmeligheter etter § 28 ikke er tilstrekkelig til å hindre dette. Når vernet mot bruk av sensitiv informasjon ikke er tilstrekkelig sterkt, vil dette kunne skade forbrukerne ved at effektive samarbeid (f.eks. om innovasjoner) ikke realiseres.

Samtidig anser utvalget at misbruk av forretningshemmeligheter – selv om tilfellene fanges opp av markedsføringsloven – bør underlegges de mer tilpassede håndhevings- og varslingsmekanismer som utvalget foreslår. Utvalget viser til det som er sagt tidligere om underhåndhevelse av regler om immaterielle rettigheter. Den regel som utvalget foreslår, kan ses på som utslag av en «springbrett-doktrine», dvs. at dersom en part benytter sensitiv informasjon mottatt fra en annen som «springbrett» for egen utvikling eller virksomhet, rammes dette av loven.³ «Springbrett-doktrinen» representerer et mer spesifikt vurde-

ringstema enn den interesseavveining som må foretas etter rettsstridkriteriet i markedsføringsloven § 28. Utvalget foreslår i § 7 følgende ordlyd:

«Produkt- markedsførings- og forretningskonsepter, herunder resepter, som en part har blitt kjent med gjennom forretningsforhold eller sonderinger om forretningsforhold, må ikke uten skriftlig samtykke utnyttes til produksjon, markedsføring eller lansering av produkter som ikke klart distanserer seg fra det opprinnelige konsept.»

Utvalget finner også grunn til å skjerpe noe inn på kravet om lojal atferd der en part i et forretningsforhold har foretatt investeringer i tillit til at det vil bli inngått endelig avtale, dvs. lojalitetsplikten i den prekontraktuelle fasen. Utvalget presiserer at gjeldende rett allerede gir en viss beskyttelse der en part foretar investeringer i tillit til at avtale inngås, ved at den andre parten kan bli bundet gjennom passivitet, eventuelt holdt erstatningsansvarlig for den annens tap. Det anses likevel nødvendig å presisere dette utgangspunktet, og dessuten innta en slik regel i lovforslaget for å sikre effektiv håndhevelse.

Det presiseres at formålet med dette forslaget ikke er å løse hold-up problemer i markedet (dvs. at partene ikke foretar investeringer p.g.a usikkerhet), men om å løfte frem og styrke prinsippet om lojalitet i den prekontraktuelle fasen. Utvalget foreslår følgende ordlyd i § 8:

«Der en part i god tro har foretatt investeringer eller foretatt andre disposisjoner i henhold til enighet om produktutvikling, mulig leieproduksjon e.l., er den annen part forpliktet til å opptre på en måte som ivaretar den annens berettigede forventninger.»

Bestemmelsen pålegger partene en plikt til å tilstrebe en felles løsning, men vil ikke kunne etablere avtalebundethet utover det som følger av ulovfestede prinsipper om avtaleinngåelse. Utvalget anser imidlertid at bestemmelsen vil kunne gi et noe sterkere vern i form av erstatningsansvar for negativ kontraktsinteresse enn det som følger av gjeldende rett.

Ulike former for svinn og risikoen for svinn er berørt av utvalget i flere sammenhenger. En regulering som tar sikte på å bedre forbrukervelferden vil søke å minimere svinn, likevel slik at svinn vil være en kostnad knyttet til utvalg og tilgjengelighet, f.eks. tilgjengelighet av bakervarer tett opp mot stengetid. Utvalget ser ikke grunn til å gi

³ Se nærmere om dette Harald Irgens-Jensen, *Bedriftens hemmelighet – og rettighet?*, Oslo 2010, avsnitt 5.2.

regler om plassering av risiko for svinn for produkter. I tråd med utvalgets utgangspunkt vil det være partene som, gitt at de har symmetrisk informasjon og forstår forpliktelsene, har best insentiver til å utforme løsninger som minimerer svinn. Det er imidlertid viktig at svinn faktisk adresseres i kontraktene. Det samme gjelder det økonomiske ansvaret for reklamasjoner fra kunder; eksempelvis vil garantier av typen «dobbel pris tilbake» kunne skape lignende uheldige insentiver.

Videre mener utvalget at kontrakter som gir den ene parten rett til å foreta bestillinger uten at risikoen for svinn er adressert i kontrakten, kan skape insentiver til overbestilling som kan øke svinnet og dermed redusere forbrukervelferden. Bestemmelsen som utvalget foreslår pålegger ikke den ene parten noen risiko for svinn i slike situasjoner, men krever at svinnet da er adressert i kontrakten. På denne bakgrunn foreslås det følgende bestemmelse om svinn og økonomisk ansvar for reklamasjoner i § 9:

«Ansvar for svinn og økonomisk ansvar for kundereklamasjoner skal være regulert i den enkelte avtale.»

Også delisting har vært et tilbakevendende tema gjennom utvalgets arbeid. Som påpekt i 7.2.2.2 anser ikke utvalget delisting i seg selv som et problem, men et utslag av markedets seleksjon av produkter. Delisting vil imidlertid kunne være et problem hvis det skjer uventet eller som en represalie eller sjikane. Dersom slik praksis skulle forekomme, mener imidlertid utvalget at det er uheldig, og vil støtte an mot prinsippet om forutberegnelighet. Utvalget foreslår derfor følgende bestemmelse i § 10:

«Det skal avtales frister for varsling av delisting av produkter og oppsigelse av kontraktsforholdet. Slike frister skal avtales selv om kontrakten ellers fastsetter tidsvinduer da delisting kan finne sted. Delisting skal begrunnes skriftlig.»

Avslutningsvis finner utvalget grunn til å foreslå en bestemmelse som adresserer påstander om «fryktkultur» i bransjen, et punkt som også er nevnt i Europakommisjonens dokumenter. Det understrekes at utvalget ikke har empirisk grunnlag for å si at dette forekommer i bransjen. Derimot er det på det rene at dersom det benyttes forretningsmetoder som skaper frykt for økonomiske represalier mot egen arbeidsgiver eller andre, eventuelt frykt for fysiske overgrep eller spredning av usann informasjon om enkeltperso-

ner, bør dette slås ned på. På dette punktet er det imidlertid også viktig å presisere at ikke enhver frykt vil være usunn eller uheldig ut fra forbrukerinteresser. Frykt for at egen arbeidsgiver vil møte problemer fordi bedriften ikke er tilstrekkelig effektiv i konkurranse med andre vil f.eks. ikke være relevant. Det er også bare dersom det er selve forretningsmetoden som benyttes som skaper frykt, og ikke det konkrete økonomiske resultatet av forhandlingene, at det vil foreligge en overtredelse. For å markere dette har utvalget foreslått en ordlyd som er parallell med straffelovens bestemmelse om trusler, jf. straffeloven 1902 § 227. Utvalget foreslår følgende bestemmelse i § 11:

«Ingen parter må benytte forretningsmetoder som kan fremkalle alvorlig frykt hos andre parter ansatte, f.eks. trusler om utilbørlige represalier eller spredning av usann informasjon.»

Dersom det skulle være andre former for forretningspraksis som bidrar til ineffektivitet og dermed dårligere forbrukervelferd, og som det er behov for å presisere utover det som følger av den generelle god-handelsskikk-standarden, viser utvalget til forskriftshjemmelen som foreslås innført i loven.

13.6.3 Tolkningen av god-handelsskikk-standarden

Utvalget er opptatt av at en regulering ikke skal fungere som en tvangstrøye for aktørene (ved å presse dem inn i bestemte kontraktsformer), eller at forhandlingsmakten skal flyttes i retning av leverandørsiden. Utvalgets forslag er søkt utformet slik at det ikke skal påvirke balansen i kontrakter eller forhandlinger. Derimot vil utvalget foreslå regler som kan få bukt med atferd som bryter med de prinsippene som allerede ligger i lovgivningen. Dessuten vil utvalget sikre balanse i forholdet i den forstand at partene har tilgang til full og symmetrisk informasjon om alle relevante sider av kontraktene forut for inngåelse.

Utvalget foreslår en generalklausul eller en rettslig standard, i kombinasjon med mer spesifikke enkeltregler og en forskriftshjemmel for å presisere standardens innhold. Tolkningen av rettslige standarder kan være utfordrende, ikke minst der standarden er fleksibel og ivaretar flere hensyn. Det slike regler vinner på fleksibilitet, tapes i forutberegnelighet, og vil ikke lette etterlevelsen av bestemmelsen. Der formålet med reguleringen delvis også er oppdragende, vil en

standard som er fleksibelt innrettet for å komme frem til rimelige løsninger i enkeltkonflikter ha store begrensninger. Slike svakheter ved en rettslig standard utgjør noe av begrunnelsen for at utvalget også foreslår mer spesifikke enkeltregler. Samtidig tilsier legalitetsprinsippet at det utvises tilbakeholdenhet med å belegge en slik rettslig standard med sanksjoner, jf. 14.2.3.2.

Utvalget understreker likevel at god-handelsskikk-standarden står på egne ben, og at den skal kunne anvendes selvstendig. For dette formålet må standarden *rasjonaliseres*, dvs. at den må tydeliggjøres for å unngå at subjektive oppfatninger om «rett» og «galt» blir utslagsgivende. *Ragnar Knoph* skiller f.eks. mellom «irrasjonelle» og «rasjonelle» elementer, og fremhever at hovedformålet med rasjonaliseringen er «å få de forstandsmessige sidene ved avgjørelsen så skarpt frem og klart belyst som det fins råd til.»⁴ På dette punkt fremheves tre forhold; at «målestokken i standarden må gjøres så klar og uttrykksfull, så presis og entydig som dens natur tillater», at det gis enkeltregler om standardens anvendelse (av Knoph kalt «understandarder») og at den illustreres med eksempler. Virkemidler i en slik «rasjonalisering» vil være å angi et tydelig formål, og klargjøre hvilke interesser standarden er ment å ivareta, å forklare hvordan interesseavveininger skal foretas, og endelig å angi hvilke momenter som er relevante i vurderingen.⁵

Formålet med god-handelsskikk-standarden er som påpekt å bedre forbrukervelferden, definert gjennom pris, kvalitet, utvalg og tilgjengelighet. Dette innebærer at det ikke er hensynet til partene selv og deres utkomme av forhandlingene som er retningsgivende for hva som anses som god handelsskikk.

Ved den konkrete anvendelsen av god-skikk-standarden er det imidlertid ikke hensikten at det skal vurderes konkret hvordan forbrukerne kommer ut. En slik konkret løsning er uegnet ved en standard med en oppdragende målsetning som utvalget foreslår. Konkrete vurderinger av velferdsvirkninger kan det tas høyde for i inngrepsbestemmelser, jf. f.eks. konkurranseloven § 16 om fusjonskontroll og henvisningen der til velferdsstandarden i lovens formålsbestemmelse. Derimot vil det nødvendigvis være slik at formålet mer generelt vil prege tolkningen av bestemmelsen, f.eks. slik at den bare kan anvendes på atferd som på mer generelt grunnlag er egnet til å påvirke forbrukerne

negativt, f.eks. gjennom vanskeliggjøring av investeringer eller innovasjon. Forbrukerbeskyttelse og forbedring av forbrukervelferden angir således den overordnede innretning for bestemmelsen, men representerer ikke vilkår som konkret må påvises at er oppfylt i den enkelte sak. Forretningsatferd der det ikke på mer generelt grunnlag kan påvises en sammenheng mellom forbrukerinteresser og god-skikk-standarden, faller imidlertid utenfor. Standarden forutsetter som utgangspunkt ingen avveining av interesser, jf. allerede kriteriene forutberegnelighet og redelighet. Foreligger det tvil i enkeltsaker om det er tale om en overtredelse eller ikke, vil imidlertid forbrukerhensynet måtte være avgjørende.

For *enkeltanvendelser* av god-handelsskikk-standarden viser utvalget til forrige avsnitt, der forslag til spesifikke regler er gjennomgått. Disse eksemplifiserer brudd på standarden, og det fremgår at oppmerksomheten ligger på de tre hovedprinsippene om forutberegnelighet, redelighet og respekt for immaterielle rettigheter.

Utvalget understreker at bruken av begrepet «immaterielle rettigheter» i bestemmelsen ikke er ment å forstås slik at bestemmelsen bare rammer utnyttelse som er i strid med andres rettigheter etter immaterialrettslovgivningen, jf. også utvalgets forslag til § 7 omtalt ovenfor.

For *forståelsen av begrepene* som benyttes; redelighet og forutberegnelighet, bemerker utvalget at «uredelighet» betegner atferd der informasjonsasymmetri på ett tidspunkt gjenspeiles i et krav på et senere tidspunkt. Kjernen i uredelighetsbegrepet er nettopp utnyttelse av motpartens mangelfulle informasjon, misforståelse, mangelfulle forståelse eller uvitenhet. Kjernen i «forutberegnelighet» er at en part skal ha visshet om at kontraktsforpliktelser vil bli etterlevd, at forpliktelser ikke endres i løpet av kontraktsperioden eller at forpliktelser er avhengige av ensidige beslutninger fra medkontrahenten, og at investeringer foretatt i tillit til berettigede forventninger skapt av en samarbeidspartner faktisk kan gjennomføres i henhold til det partene initielt hadde oppnådd enighet om. Dessuten innbefatter begrepene at en part skal kunne dele informasjon om konsepter, resepter og kalkyler uten at mottaker i neste omgang benytter informasjonen som springbrett for utvikling av egne produkter i direkte konkurranse med avgiver.

13.6.4 Virkeområde

Vedrørende virkeområdet er utvalget av den oppfatning at forslaget til standard representerer et allment prinsipp som ikke bare berører dagligva-

⁴ *Ragnar Knoph*, *Rettslige standarder*, Oslo 1939, s. 30.

⁵ *Op.cit.*, s. 31. Knophs fremstilling fokuserer på generalklausulen om god forretningsskikk.

rehandelen. Likevel er det først og fremst i denne sektoren at det er behov for en offentlig håndhevelse av prinsippet, jf. også utvalgets mandat.

Utvalget har i rapporten fokusert på dagligvaremarkedet i betydningen detaljistomsetning av dagligvarer i butikk. Utvalget har imidlertid ikke begrenset vurderingen til bestemte varegrupper, jf. mandatets omtale av «dagligvarebransjen» og «dagligvaresektoren».⁶ Selv om matpolitikk og særlig landbrukspolitikken og importvernet bare legger føringer for enkelte av de varegrupper som omsettes i dagligvarebutikker, anser utvalget ikke at de problemstillinger knyttet opp mot redelighet og forutberegnelighet som er drøftet ovenfor er isolert til disse varegruppene.

All den tid utvalget foreslår regler som er ment å ha et oppdragende formål og som skal påvirke aktørenes atferd i forretningsforhold, ser utvalget heller ikke grunn til å begrense anvendelsesområdet for den foreslåtte loven til enkeltprodukter.

Derimot mener utvalget at en avgrensning av loven til forhandlinger og kontrakter om varer som er ment for salg i dagligvareforretninger (dvs. gjennom de ulike kjedekonseptene i Norges-Gruppen, ICA, Coop og REMA 1000/Bunnpris) vil være for snever. Dette skyldes at kontrakter forhandles på tvers av ulike distribusjonskanaler (f.eks. kiosk, bensin og servicehandel (KBS), storkjøkken og «ordinære» dagligvareforretninger), og at det ville virke tilfeldig om bare deler av kontraktene og forhandlingene skulle være underlagt loven om god handelsskikk. Dessuten er det i stor utstrekning de samme aktørene som møter hverandre i de ulike distribusjonskanalene, og regulering som tar sikte på å ha et oppdragende formål må nødvendigvis dekke totaliteten av forhandlingssituasjoner.

Utvalget foreslår derfor at loven må få anvendelse på forhandlinger og kontrakter i alle tre kanaler. For omsetning til storkjøkken har utvalget funnet det hensiktsmessig å avgrense anvendelsesområdet til næringsmidler og forbruksartikler. Bestemmelsen om anvendelsesområde, jf. utvalgets forslag § 2, foreslås gitt følgende utforming:

⁶ Oppmerksomheten til Steensnæs-utvalget var riktignok på «matkjeden».

«Loven gjelder for omsetning mellom næringsdrivende av dagligvarer til bruk i husholdningen som er ment for detaljistsalg i butikk. Loven gjelder også for salg av næringsmidler og forbruksartikler til storkjøkken. Loven gjelder ikke mellom næringsdrivende og forbrukere.

Kongen kan ved forskrift fastsette bestemmelser om lovens virkeområde og om forholdet til andre lover.»

Grunnet «bransjeglidning» og et etter hvert ikke ubetydelig innslag av non-food artikler i dagligvarebutikker, samt f.eks. bilrekvisita på bensinstasjoner, ser utvalget at det kan oppstå grensetilfeller. Utvalget peker likevel på at en normal forståelse av «dagligvarer» også vil gi en naturlig avgrensning av loven. Bilrekvisita, bøker, blader og elektronikk vil f.eks. etter utvalgets oppfatning ikke naturlig kunne betraktes som «dagligvarer». Derimot kan det vurderes om loven bør avgrenses slik at f.eks. spesialforretninger ikke omfattes, eventuelt at loven kan gis anvendelse bare på kontrakter med kjededannelser av en viss størrelse. Etter utvalgets oppfatning overlates denne grensdragningen best til forskriftsreguleringer etter hvert som det vinnes erfaringer med praktiseringen av loven. Utvalget påpeker at de prinsippene som loven gir uttrykk for langt på vei vil gi uttrykk for det som uansett allerede følger av norsk rett, og at prinsipper om redelighet og forutberegnelighet vanskelig kan sies å representere en byrde for de næringsdrivende. Av denne grunn bør betydningen av å avgrense lovens virkeområde snevert ikke overvurderes.

Utvalget understreker at loven er ment å gjelde i forholdet mellom leverandører og detaljister (herunder storkjøkken og eventuelle innkjøpsgrupperinger for slike), og ikke i kontraktsforhold videre oppover i verdikjeden. Loven retter seg mot omsetning av «dagligvarer» og utvalget antar at dette gir tilstrekkelige holdepunkter for å avgrense anvendelsesområdet mot råvarer og andre innsatsfaktorer i næringsmiddelindustrien. For så vidt gjelder storkjøkken viser utvalget til at formuleringen «salg ... til» viser til at det kun er omsetning i siste ledd før forbruker som omfattes.

Kapittel 14

Håndhevelse og sanksjoner

14.1 Innledning

Utvalget vil foreslå en lovfesting av et generelt prinsipp om god forretningsskikk ved dagligvareomsetning, og presisere dette gjennom regulering av bestemte former for praksis, med særlig vekt på redelighet og forutberegnelighet. Herunder det foreslås bl.a. en konkretisering av plikten til å informere medkontraahenter i forkant av kontraktsinngåelse, for å legge til rette for effektive kontrakter. Spørsmålet er hvordan et slikt regelsett best vil kunne håndheves.

En god-skikk-standard vil dels sette krav til aktørenes atferd i kontraktsforhandlinger, dels til den kommersielle atferden i markedet (f.eks. gjennom bruk av forretningshemmeligheter) og dels til klarhet og presisjon i avtaleverket samt oppfølging av avtalte forpliktelser. Som et utgangspunkt vil standarden dermed ha et privatrettslig siktemål, ved at den regulerer rettsforholdene mellom private aktører.

Slike rettsregler kan håndheves på flere måter. Privat håndhevelse innebærer at de som representerer interesser beskyttet ved regelverket selv håndhever regelverket gjennom sanksjoner som forbudssøksmål, midlertidig forføyning, ugyldighet eller erstatningsansvar, eventuelt gjennom rene fastsettelsessøksmål. Slik håndhevelse kan også skje ved særskilte «domstolsliknende» organer, som spesialiserte nemnder. Et eksempel på dette er Kabelvistnemnda som bl.a. kan fastsette vederlaget for videresending av kringkastingssendinger etter åndsverkloven. Også Klagenemnda for offentlige anskaffelser kan ses på som et slikt tvisteløsningsorgan.

Privat håndhevelse forutsetter normalt at det oppstår en eller annen konflikt i en enkelt sak som må løses i rettslige former. Privat håndhevelse kan derfor være godt egnet for at enkeltaktører skal oppnå beskyttelse for sine rettigheter, men kan være dårligere egnet der det er tale om å sikre etterlevelse av et generelt regelverk som også beskytter offentlige interesser.

Privat håndhevelse kan også skje gjennom *bransjeoppnevnte* utvalg eller nemnder. På dette punkt er det nærliggende å vise til Næringslivets Konkurransutvalg. På sin hjemmeside www.konkurransutvalget.no presenterer det seg som følger:

«Næringslivets Konkurransutvalg er et responderende selvdømmeorgan i samarbeid med Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO), Hovedorganisasjonen Virke, Coop Norge SA, Kreativt Forum, ANFO Annonseforeningen, Mediebedriftenes Landsforening (MBL), TV 2 AS og Posten. Det har sitt mandat knyttet til markedsføringsloven kapittel 6, §§ 25-31.

Konkurransutvalget uttaler seg i tvister mellom næringsdrivende om hvorvidt en form for markedsføring er i strid med markedsføringsloven.

Konkurransutvalgets uttalelser gir uttrykk for hvordan representanter for næringslivet ser på markedsføring i praksis.

Uttalelsene tillegges derfor betydelig vekt i forretningslivet og i domstolspraksis. Selv om Konkurransutvalgets uttalelser formelt sett er rådgivende og ikke rettslig bindende, legger seriøse næringsdrivende Konkurransutvalgets avgjørelser til grunn.»

Liknende nemnder er særlig opprettet for å ta stilling til forbrukerspørsmål, f.eks. Finansklagenemnda (FinKN) og Transportklagenemnda Fly.¹ Felles for disse er at avgjørelsene ikke er bindende, men at de normalt etterleves av partene.

Motstykket til privat håndhevelse er offentlig håndhevelse, som normalt skjer i regi av et forvaltningsorgan som forvalter regelverket. Spennvidden er stor; fra organer som selv kan ilegge sanksjoner ved overtredelse eller gripe inn og

¹ Se nærmere NOU 2010: 11 Nemndsbehandling av forbrukertvister, særlig pkt. 3.2 for en oversikt over ulike nemnder, og NOU 2001:32 Rett på sak, s. 318-323.

normere forholdet mellom aktører (sml. f.eks. Konkurransetilsynet og Post- og teletilsynet), til organer som bare innstiller eller fremmer saker for andre avgjørelsesmyndigheter, f.eks. overfor Markedsrådet.

Matkjedeutvalgets flertall foreslo i NOU 2011:4 en ombudsordning for næringen. Om dette sies det følgende:

«Reglene som skal sikre god handelsskikk i dagligvarebransjen og forbrukernes interesser i en velfungerende forhandlingsmekanisme gjennom hele verdikjeden, vil være av både markedsførings-, kontrakts- og forbrukerrettslig karakter. Håndhevingen av reglene bør derfor legges til en egen instans, et ombud, som organisatorisk legges inn som en del av forbruker- og matmyndighetene.

Alle aktører i matkjeden, det vil si primærprodusenter, leverandører, paraplykjeder og kjøpmenn, kan melde saker til ombudet. Også arbeidstakere og forbrukere bør ha en slik adgang. Ombudet skal også på eget initiativ aktivt overvåke og rapportere etterlevelsen av loven. Ombudet skal ha myndighet både til å påpeke brudd på regelverket, myndighet til å pålegge en part å rette opp brudd på regelverket, om nødvendig ved sanksjon. Ombudets avgjørelser må ha en klageadgang. Utvalget mener denne naturlig kan legges til Markedsrådet.»²

Forslaget fremstår som inspirert av de forslagene som er fremmet i bl.a. Europaparlamentet og i Storbritannia.³ På dette punkt vises det omtalen av ulike lands rett og EU-initiativer i kapittel 10. For øvrig viser flertallet i Matkjedeutvalget til utredning fra advokat Olav Kolstad av 23. februar 2011, trykket i særskilt vedlegg til NOU 2011: 4.⁴

14.2 Utvalgets vurderinger

14.2.1 Innledning

Utvalget understreker at effektiv håndhevelse av en god skikknorm er essensiell for at den skal få gjennomslag og kunne ha en tilsiktet oppdragende effekt i markedet. Den type regulering som er foreslått vil dels beskytte markedsaktørene mot det som kan defineres som uredelig opptreden,

men vil også ha som formål å opprettholde en høy forretningsetisk standard. Dette siktemålet er også i den offentlige interesse. Videre er det indikasjoner på et «håndhevelsesunderskudd» i forhold til eksisterende regelverk, selv om det presiseres at utvalget ikke har dokumentasjon på konkret press eller trusler for å avholde parter fra å håndheve sine rettigheter. Utvalget understreker imidlertid at normen ikke bare tar sikte på å gi beskyttelse i den enkelte forretningsrelasjonen, men at etterlevelse også har en samfunnsmessig egenverdi.

Samlet sett tilsier disse momentene at en god handelsskikk-standard i alle fall delvis bør underlegges en offentlig håndhevelse, som ikke bare er fokusert på konkret tvisteløsning mellom private parter. At det offentlige fører tilsyn med godskikk-standarder i en bransje er ikke noen særegenhet, jf. f.eks. Finanstilsynets tilsyn med eiendomsmeklere og revisorer.

Utvalgets utgangspunkt er at offentlig håndhevelse bare bør forekomme der allmenne interesser tilsier det, mens tvistes spørsmål mellom enkeltparter bør løses i de alminnelige domstoler. Slike allmenne interesser vil f.eks. være holdnings- skaping utover den konkrete sak, klargjøring av tvilstilfeller og særlig betydning for forbrukerinteressene. Utvalget anser dessuten at offentlig håndhevelse kan være på sin plass der partene ikke selv tar opp saken, men myndighetene får kunnskap om problematisk atferd gjennom tips eller varsling.

14.2.2 Nærmere om sanksjonsutforming

14.2.2.1 Prevensjon

Reaksjoner på regelbrudd bør generelt sett være så omfattende at aktørene kan forventes å bli påvirket av dem, og betrakter dem som noe uønsket. Samtidig skal den ikke være sterkere enn nødvendig ut fra hva som er lovens formål, dvs. at den må være forholdsmessig. Reaksjonen bør dessuten kunne utmåles på en relativt enkel måte, slik at krav om kvantifisering av virkninger etc. bør holdes utenom. Her er det altså flere aspekter som må vurderes i forhold til hverandre.

Et mål om å forebygge uønsket forretningsatferd trekker i retning av strenge reaksjoner, og reaksjonen bør ha en viss *avskrekkende* effekt for å kunne påvirke aktørenes insentiver og handlingsmønster. Behovet for strenge reaksjoner ut fra prevensjonshensynet motsies imidlertid i noen utstrekning av behovet for å styrke tilbøyeligheten blant aktørene til å reagere på det de opplever

² NOU 2011: 4, s. 120-21.

³ Se NOU 2011: 4, s. 88-90.

⁴ Vedlegg 21, s. 304-310.

som utilbørlig forretningsatferd. Hvis det er en bekymring for motreaksjoner som hindrer dem i å rapportere eller saksøke sin motpart, vil ikke dette nødvendigvis bli lettere hvis motparten blir straffet hardt. Hvis f.eks. risiko for å bli utestengt fra en kjede er grunnen til ikke å klage, vil denne risikoen kunne sies å forsterkes med en sterkere sanksjon. Dette kan tilsi at sanksjonene holdes på et lavt nivå.

En tydeligere lovfesting og sanksjonering av uønsket forretningspraksis kan likevel også tenkes å ha den effekten at det blir mer legitimt å klage. Siden det rettslige rammeverket forventes å ha en viss normdannende effekt, vil det også kunne ha den effekten at motreaksjoner p.g.a at noen har klaget blir mindre sannsynlig (fordi den det klages på da er mer tilbøyelig til å innse at egen forretningsatferd kategoriseres som ufin). En reell sanksjon understreker lovverket, og så sant den er innenfor hva partene oppfatter som rimelig, kan den styrke den normdannende effekten. En sanksjon bør i så fall ikke være så lav at den lett kan neglisjeres.

Videre er det på det rene at tilbøyeligheten til å respektere et lovverk avhenger av hvordan aktørene i sektoren oppfatter prosessen med å utforme regelverket. Jo mer anerkjennelse for de prosessene som ligger bak, desto mer mottakelig vil de være for reglens intenderte normdannende effekt – og sterkere tilbøyelighet vil de ha til å respektere reglene. En reaksjon kan da være mild og likevel vil den påvirke aktørenes handlingsmønster. Med andre ord, en grundig og inkluderende prosess med å vurdere, vedta og implementere regelverket, fremmer hensikten med reglene og reduserer da behovet for strenge reaksjoner.

14.2.2.2 Underhåndhevelse

En grunnleggende utfordring i sektoren er at det er mange påstander om ufin forretningspraksis som ikke er blitt brakt opp for rettsapparatet, antageligvis fordi en del aktører er bekymret for mulige motreaksjoner hvis de foretar seg et slikt steg. Særlig for leverandører, kan hver aktør være sårbar mot slike motreaksjoner hvis den står alene om å saksøke en kjede som den er avhengig av å selge varer til. Det er dette som beskrives som en koordineringssvikt og «collective action-problematikk» under pkt. 12.1. Problemstillingen er at alle (leverandørene) er tjent med at regler håndheves, men ingen har insentiver til å rapportere inn brudd på reglene. Siden «de andre» ikke klager eller saksøker, er det mest hensiktsmessig

og lønnsomt for den enkelte å tilpasse seg situasjonen så godt som mulig – uten å klage eller saksøke. Dermed fortsetter problemene i bransjen.

En sentral utfordring ved nytt regelverk på dette feltet, er dermed å påvirke aktørenes tilbøyelighet til å rapportere inn ufin handelspraksis – slik at de faktisk velger å klage på en aktør som er en viktig handelspartner og som helst skal fortsette å være det. At nye regler og styrket sanksjonsrisiko antagelig har en normdannende effekt, vil bidra til å styrke denne tilbøyeligheten. Det er imidlertid usikkert om dette er tilstrekkelig, og dermed er det også uvisst om partene i sektoren vil oppfatte en risiko for å bli klaget inn til det foreslåtte Handelstilsynet som så betydelig at det vil gjøre dem mer påpasselig med å holde sin forretningspraksis innenfor hva som er redelig.

På grunn av den påståtte underhåndhevelsen av eksisterende regelverk, har utvalget vurdert hvordan den nye loven kan følges opp med ordninger som vil fremme partenes insentiver til å klage på en handelspartner. I andre sammenhenger der det er et tilsvarende koordineringsproblem, kunne utveksling av informasjon og samarbeid horisontalt vært aktuelle løsninger. I forhold til et marked, der vi ikke ønsker at aktørene samarbeider for tett, kunne slike løsninger imidlertid virket mot sin hensikt. Et bedre alternativ er å redusere risikoen ved å klage til håndhevelsesorganet. Denne risikoen vil antagelig bli lavere for partene hvis håndhevelsesorganet får mulighet til å holde en klage konfidensiell inntil det er kommet flere klager på den aktuelle motparten. Ved å samle opp klager fra flere leverandører, kunne klagen få større tyngde og samtidig redusere den enkelte aktørs «klage-ansvar». Den enkelte vil ikke lenger stå alene om å klage.

For å få til en slik ordening, må håndhevelsesorganet kunne gi løfter om ikke å forfølge en sak det har mottatt informasjon om. Når organet har mottatt flere klager, kan det be de klagende aktørene om samtykke til å bruke informasjonen og reagere mot den aktuelle aktøren. En slik ordening vil sikre at den enkelte aktør som klager, kan vurdere «tyngden» av klageomfanget i forhold til bekymringen for motreaksjonen. Noen vil synes det er «trygt» å klage hvis det er tre foretak som er involvert i klagen, kanskje noe avhengig av de andres størrelse. Andre vil gjerne mene at de bør være mer enn ti foretak før det er «trygt» å klage, og kanskje vil aktører som er behandlet ufinnt ha behov for mye «klagetyngde» så lenge loven er ny. Når den har vært i bruk en stund, vil det å klage kunne virke mindre risikabelt, og en del aktører vil gjerne begynne å akseptere at organet behand-

ler deres sak og reagerer overfor motparten selv om de står alene i anklagen.

På denne måten kan praktiseringen av den nye loven tilpasses problemet med underhåndhevelse, og sikre en «myk» implementering – for slik å gi mulighet for aktørene til å klage på en måte som reduserer risikoen for motreaksjoner. Utvalget er av den oppfatning at et håndhevelsesorgan har adgang til å prioritere mellom saker og vil kunne administrere loven på en måte som ivaretar dette hensynet, jf. også nedenfor om varsling.

14.2.3 Kompetanse

14.2.3.1 Påbud om opphør

Det er på det rene at en generell god-skikk-standard i bransjen vil måtte utvikles over tid, og at det ikke verken er ønskelig eller hensiktsmessig å innføre detaljregulering av hva som kan anses som akseptabel handelsskikk i bransjen. Utvalget har foreslått enkelte særreguleringer, og har gått så langt det er mulig uten å diktere innholdet i enkeltavtaler. Gjennom en generell bestemmelse med de presiseringer som er gitt ovenfor, vil det kunne tas stilling til hvorvidt grensene for det akseptable er overskredet i enkelttilfeller.

Dette innebærer at forvaltningsorganet vil måtte ha kompetanse til å ta stilling til om god-skikk-standard er overtrådt i enkelttilfeller. Utvalget vurderer det imidlertid også slik at et organ må kunne gi konkrete pålegg om etterlevelse av god-skikk-standard. Dette gjelder f.eks. pålegg om å endre en atferd eller avtalevilkår som finnes i strid med loven, eller forbud mot å operere med visse avtalevilkår. Det understrekes at det ikke er meningen å utstyre organet med en generell inngrepshjemmel, idet påvist brudd på god handelsskikk vil være et vilkår for å gripe inn etter loven. Derimot vil en slik kompetanse gjøre det mulig å foreta tilpasninger i aktørenes handelspraksis med virkning utenfor den enkelte tvisesak, og dermed bidra til å skape tydeligere kjøreregler i bransjen. Adgangen til å gi påbud om opphør må gjelde både den generelle god-handelsskikk-standard og de enkelte spesialbestemmelsene. Det understrekes at en slik påbudshjemmel vil måtte forholde seg til forbrukerprinsippet som retningsgivende for prinsippet om god handelsskikk. Rene kontraktsbruddssanksjoner anser utvalget at må reserveres for de alminnelige domstoler, eventuelt voldgiftsdomstoler, på ordi-nær måte.

Kompetanse til å pålegge opphør av atferd og tiltak for å sikre at praksisen ikke gjentas anses

som den primære mekanismen for at loven skal få gjennomslag i markedet. Dette går lenger enn muligheten til å kreve opphør, og også lenger enn eventuell reguleringskompetanse etter f.eks. pristiltaksloven § 1. Kompetansen har slektskap både med konkurranseloven § 12 om påbud om opphør og markedsføringsloven § 41, der det heter at «Det kan gis påbud som finnes nødvendige for å sikre at et forbud gitt i eller i medhold av denne lov overholdes», jf. også § 49 om straff, som sier at «Påtalemyndigheten kan i forbindelse med straffesaken kreve dom for tiltak for å sikre at den lovstridige handlingen opphører og for å hindre at den gjentas.» En slik påbudsadgang vil også gå lenger enn de alminnelige domstolenes kompetanse i forbudssøksmål. Det er nødvendig at hjemmelen dekker alle de materielle atferdsbestemmelsene i loven, dvs. generalklausulen om god handelsskikk i § 4 samt spesialreglene i §§ 5-11, i tillegg til brudd på forskrifter etter § 12. Utvalget foreslår følgende ordlyd i § 13:

«Handelstilsynet kan gi slike påbud som finnes nødvendig for at forbud gitt i eller i medhold av denne lov overholdes. Et påbud kan gå ut på forbud mot vilkår, avtaler eller handlinger, påbud om å utlevere informasjon eller andre handlinger som er nødvendige for å sikre etterlevelsen. Handelstilsynet kan også fatte vedtak som fastslår at det har skjedd en overtredelse av loven.»

Utvalget anser at håndhevelsesorganet skal kunne offentliggjøre detaljer om overtredelser. En slik mulighet vil kunne ha en effektiv preventiv virkning. Utvalget minner om forbrukerreaksjonene i den såkalte TINE-saken vinteren 2004-05, der svært mange forbrukere sa tydelig i fra om synspunktene på det som da fremstod som et forsøk fra TINEs side på å kvitte seg med en mindre konkurrent.⁵ Utvalget anser derfor en mulig offentliggjøring av eksempler på atferd i strid med prinsippet om god handelsskikk som et meget vel-egnet virkemiddel. Offentliggjøringen vil ha en klar preventiv effekt, og samtidig bidra til å bringe den konkrete praksisen til opphør. Utvalget antar at en bestemmelse om at det kan fattes vedtak som fastslår at det har skjedd en overtredelse av loven, i kombinasjon med at vedtak vil være offentlige, vil være tilstrekkelig i så måte. Utvalget har vurdert om foretak som bryter loven selv skal kunne pålegges å informere om lovbruddet på

⁵ TINE ble frifunnet for anklagene om forsøk på å etablere eksklusivavtaler i Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2011 s. 910.

egne hjemmesider, eller kunne pålegges å bekoste publisering gjennom media. Utvalget anser imidlertid ikke en slik hjemmel som nødvendig for å sikre publisitet om overtredelser.

For å sikre etterlevelse har utvalget også vurdert om det bør innføres obligatoriske krav om interne etterlevelseshemmeligheter som «compliance programmer» og «compliance officers».

Utvalget vurderer det som en generell trend at slike mekanismer stadig oftere introduseres av foretak for å sikre etterlevelse av ulike regelverk; f.eks. konkurranse- og korrupsjonslovgivning, verdipapirhandelregler og miljøkrav. I Storbritannia inneholder GSCOP nærmere regler om dette. Dersom slike ordninger også inkluderer varslingsmekanismer og kontrollerende organer utenfor bedriften, anser utvalget at slike ordninger representerer effektive midler for å sikre etterlevelse. Utvalget finner likevel at det primært er opp til foretakene å sikre etterlevelse av regelverket, og at det ikke i lovgivningen bør innføres absolutte krav til hvordan dette skal skje. Dette synspunktet understrekes av at foretak har en egeninteresse i å etablere slike ordninger. Etter utvalgets oppfatning vil lovgivers hovedansvarliggende være å sørge for at lovverket har tilstrekkelig preventiv effekt, som skaper de rette insentiver til å skape effektive compliance-ordninger hos foretakene. Utvalget vil på denne bakgrunn ikke foreslå tvungne regler om interne etterlevelseshemmeligheter, men vil understreke at foretakene bør ha en klar oppfordring til å etablere slike.

Utvalget har endelig vurdert om det bør innføres en mulighet for midlertidig sikring i form av midlertidig vedtak. Slik kompetanse finnes i dag innenfor bl.a. psykisk helsevern og barnevern, samt i konkurranseloven. Utvalget har imidlertid kommet til at dersom det skulle være behov for midlertidige tiltak, vil dette best kunne håndteres ved de alminnelige domstoler gjennom ordinære midlertidige forføyninger. Utvalget viser til at faren for akutt og uopprettelig skade på konkurransen, slik vilkåret for midlertidig vedtak etter konkurranseloven er utformet, ikke lar seg overføre til de situasjoner utvalget søker å regulere.

14.2.3.2 Overtredelsesgebyr

Mht. sanksjoner har utvalget vært noe mer i tvil. Det er ikke vanlig med sanksjoner i form av overtredelsesgebyr, straff eller rettighetstap ved overtredelse av rent privatrettslige/kontraktsrettslige normer. Pristiltaksloven fremstår her som en slags hybrid, idet den både regulerer innholdet i enkeltkontrakter men samtidig har et mer over-

ordnet prisreguleringsformål i situasjoner hvor dette er nødvendig. Det samme gjelder beskyttelsen av forretningshemmeligheter, som også har strafferettslige implikasjoner. Utvalget mener like fullt at en lov uten sanksjoner lett vil miste den normerende funksjonen reguleringen er ment å ivareta. På dette punkt vises det til det som er sagt ovenfor om nødvendigheten av reaksjoner med preventiv/avskrekkende effekt.

For at loven skal kunne ha en oppdragende effekt er det utvalgets oppfatning at overtredelser av regelverket bør kunne sanksjoneres med overtredelsesgebyr. Dette gjelder klart de spesifikke reglene utvalget har foreslått. Disse pålegger de næringsdrivende spesifikke forpliktelser, og følbare sanksjoner vil klart bidra til at disse respekteres. Det vises i denne sammenheng til den avskrekkende virkning som overtredelsesgebyr har i f.eks. konkurransen. Det samme gjelder brudd på eventuelle forskrifter som presiserer god-handelsskikk-standarden, og enkeltvedtak om påbud om opphør eller spesifikke tiltak for å sikre etterlevelse.

Utvalget er i noe større tvil vedrørende adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr for brudd på den generelle god-handelsskikk-standarden. Slik det er påpekt ovenfor, fremstår denne som en rettslig standard, der det kan være betydelig tvil om hvor grensene går. Utvalget vil særlig påpeke at en slik vurderingspreget regel i kombinasjon med strenge sanksjoner lett kan føre til at foretakene blir for forsiktige, og at dette kan motvirke mulighetene til å oppnå effektive forhandlingsløsninger. Samtidig tilsier legalitetsprinsippet at en kombinasjon av strenge sanksjoner og vage hjemmelsbestemmelser unngås.

Utvalget har derfor funnet at de beste grunner taler for at det ikke ilegges sanksjoner ved brudd på standarden. Den sanksjonsadgang som følger ved brudd på spesialbestemmelser, forskrift og enkeltvedtak, må etter utvalgets oppfatning anses som tilstrekkelig. Utvalget vil understreke at dersom det fattes enkeltvedtak om påbud for å sikre etterlevelse av standarden, og dette påbudet overtres, vil det kunne ilegges overtredelsesgebyr.

På denne bakgrunn foreslår utvalget at håndhevelsesorganet skal ha kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr ved brudd på spesialbestemmelsene i lovforslagets §§ 5-11, og ved brudd på forskrift etter § 12 eller enkeltvedtak etter § 13. Overtredelsesgebyrets størrelse bør utmåles på bakgrunn av foretakets potensielle vinning ved overtredelsen (for å sikre at det ikke gis insentiver til å overtre loven), samt den objektive grovheten.

Videre bør brudd på opplysningsplikten etter forslaget § 15 kunne sanksjoneres, jf. at dette er den vanlige løsningen i lovgivning som håndheves av forvaltningen.

Utvalget har endelig vurdert om gebyr bør ilegges av håndhevingsorganet selv i første instans, eller om det bør innføres en ordning der gebyr ilegges etter innstilling fra organet, eventuelt en delt løsning, jf. f.eks. løsningen i markedsføringsloven §§ 37-43. Utvalget har likevel kommet til at effektivitetshensyn tilsier at organet selv skal kunne ilegge gebyr. Utvalgets forslag er utformet på bakgrunn av markedsføringsloven § 43 om overtredelsesgebyr, men utvalget har søkt å forenkle formuleringen noe. Utvalget har også sett hen til konkurranseloven § 29.

Utvalgets forslag er tatt inn i § 14.

14.2.3.3 Varsling og tips

Utvalget har flere steder påpekt at bransjen kan sies å lide under en underhåndhevelse av det regelverk som allerede gjelder. I dette perspektivet vil muligheten til å klage eller varsle anonymt kunne avbøte problemene, jf. også 14.2.2.2 om koordineringsproblemer.

Utvalget vil på denne bakgrunn foreslå en bestemmelse som sikrer varslers anonymitet, etter mønster fra reglene i konkurranseloven. Utvalget understreker at dersom det anmodes om at håndhevingsorganet skal fatte vedtak om påbud om opphør, vil det ikke ha krav på anonymitet. Dersom det derimot kommer inn tips eller varsler om ulovligheter, som organet eventuelt selv vil undersøke nærmere, plikter organet å bevare taushet om varslers identitet. Dette innebærer at også ansatte i foretak som utsettes for brudd på god handelsskikk vil kunne varsle håndhevingsorganet om dette. Utvalget vil foreslå en bestemmelse som sikrer tipseres anonymitet.

14.2.4 Personell kompetanse

Utvalget har vurdert flere alternativer, og finner i denne sammenheng bare å kunne legge begrenset vekt på forslaget om et ombud i NOU 2011: 4, idet ordningen der ikke er utredet nærmere. I vurderingen er det i første rekke et spørsmål om oppgaven bør legges til et eksisterende organ eller om det bør foreslås opprettet et nytt, og for det andre et spørsmål om hvilke virkemidler et håndhevingsorgan bør utstyres med.

Vedrørende spørsmålet om opprettelse av et nytt organ vurderes det at et organ bør være av en

viss størrelse både ressursmessig og mht. bemanning, ikke minst av hensyn til å unngå for tette forbindelser mellom myndigheter og foretak. Saken har også en ressursmessig side; opprettelse av et nytt forvaltningsorgan med ansvar for dagligvaresektoren ville representert en betydelig kostnad vurdert opp mot de relativt begrensede oppgaver det ligger i mandatet å utrede. Dette tilsier at tilsyn med loven etableres innenfor rammene av den eksisterende tilsynsstrukturen.

Utvalget har i denne forbindelse vurdert om kompetansen bør legges til Konkurransetilsynet. Det er flere forhold som tilsier en slik løsning.

For det første peker Konkurransetilsynet seg ut som et interessenneutralt organ, og er også sektorovergripende i den forstand at det ikke er begrenset til bestemte produktgrupper.

For det andre har Konkurransetilsynet betydelig juridisk og økonomisk kompetanse, og har erfaring med å håndtere saker som (også) innebærer interessekonflikter mellom kommersielle parter.

For det tredje har Konkurransetilsynet erfaring med å håndtere tips om lovbrudd, og å følge opp disse.

For det fjerde har utredningen vist at de spørsmål som kan reises under en god-skikk-standard gjennomgående vil ha konkurransepolitiske overtoner. At kompetansen legges til et organ med tilknytning til Konkurransetilsynet vil kunne lette koordineringen mellom ulike politikkområder, samtidig sikres at pålegg etter loven også er konsistente med effektiv konkurranse i bransjen med de fordeler dette har for forbrukerne.

For det femte har Konkurransetilsynet også i dag et forvaltningsansvar for pristiltaksloven, jf. 8.4. Slik det er påpekt, innebærer denne loven at Konkurransetilsynet etter gjeldende rett er gitt kontrolloppgaver som et stykke på vei sammenfaller med det som foreslås her. Å legge fullmakter til et organ helt uavhengig av Konkurransetilsynet ville gjort kompetansegrensene svært uoversiktlige.

Endelig vises det til at utvalget har understreket viktigheten av § 14-forskriftshjemmelen i tilfeller hvor det består reelle konkurransemessige problemstillinger i markedet. For visse typer av praksis kan det ikke utelukkes at lov om god handelsskikk og konkurranseloven § 14 vil kunne være alternative virkemidler, men da ut fra ulike hensyn. Også dette tilsier at ting lettere vil kunne ses i sammenheng der kompetansen etter begge lover er lagt til det samme organ. Tilsvarende følger dessuten mht. konkurranseloven § 9 første ledd bokstav c om tiltak for å øke

gjennomsiktigheten i markedene, jf. § 23 om prisopplysning.

Utvalget vil likevel ikke foreslå at beslutningsmyndigheten legges til Konkurransetilsynet, idet en effektiv håndhevelse av loven krever et uavhengig organ, og deler av organets kompetanse er vesensforskjellig fra Konkurransetilsynets oppgaver. Utvalget vurderer heller ikke Forbrukerombudet som et egnet organ, særlig fordi deres erfaringer med tvister mellom næringsdrivende er begrenset.

Utvalget finner at en løsning med et organ som administrativt er lagt til Konkurransetilsynet, men som i sin virksomhet er uavhengig, vil være den foretrukne løsning. Grunnet likheten i tilsynsoppgaver kan det eventuelt vurderes å overføre myndighet etter pristilaksloven til dette organet, uten at utvalget har utredet dette nærmere.

Utvalget foreslår således å opprette et selvstendig beslutningstagende organ administrativt lagt til Konkurransetilsynet. Dette organet kan nyttiggjøre seg den kompetanse og de ressurser som tilsynet besitter, men vil fatte selvstendige beslutninger som kan påklages særskilt. Det foreslås ikke et kollegialt organ etter modell av Klagenemnda for Offentlige Anskaffelser, men en direktørmodell. En passende betegnelse vil være «Handelstilsynet for dagligvaresektoren». Handelstilsynet skal være uavhengig, og skal verken kunne instrueres av politiske myndigheter eller konkurransedirektøren, jf. utvalgets forslag § 3. Konkurransetilsynet skal ha plikt til å bistå Handelstilsynet, noe som gjenspeiles i forslaget § 16.

Handelstilsynet skal kunne ta opp saker av eget tiltak. Herunder vil tilsynet kunne behandle saker som følge av anonyme henvendelser. Det foreslås derfor en egen bestemmelse om bevaring av taushet om klageres eller varslers identitet, på linje med forslaget til ny § 27A i konkurranseloven, jf. NOU 2012: 7 og Prop. 75 L (2012-13).

14.2.5 Klageadgang

Utvalget anser at vedtak fra Handelstilsynet bør bringes inn for en uavhengig klageinstans, og ikke et administrativt organ slik tilfellet f.eks. er for Konkurransetilsynets vedtak etter konkurranseloven (Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet) og Post- og teletilsynets vedtak etter ekomloven (Samferdselsdepartementet). Utvalget ser det som viktig at man sikrer nøytralitet ved overprøving av vedtakene, og at det ved en lov som denne – som et stykke på vei vil overlappes med eksisterende kontrakts- og immaterialretts-

lovgivning – er særskilt viktig å unngå at det tas politiske hensyn ved praktiseringen av den.

Utvalget vil imidlertid ikke foreslå opprettelse av et nytt organ – f.eks. i form av en klagenemnd – til å håndtere saker etter loven. Utvalget fremhever at et slikt organ vil måtte bygge opp kompetanse, at dette vil kunne være ressurskrevende, og at sakstilfanget er usikkert. Utvalget har derfor sett hen til eksisterende organer. I denne sammenheng peker Markedsrådet seg ut som et egnet organ. På www.markedsradet.no er rådet beskrevet som følger:

«Markedsrådet er et domstollignende forvaltningsorgan som har som oppgave å avgjøre klager på antatte overtredelser av markedsføringsloven, samt reklameforbudene i kringkastingsloven og alkohol- og tobakkskadeloven.

Markedsrådet ble etablert i 1974, og er et forvaltningsorgan som hovedsaklig følger forvaltningslovens regler i sin saksbehandling. Markedsrådet ligger administrativt under Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, og får alle sine midler over statsbudsjettet.

En sak som skal behandles av Markedsrådet etter markedsføringsloven, må alltid først ha vært til behandling hos Forbrukerombudet. Saken kan bringes inn for Markedsrådet av Forbrukerombudet selv eller av noen med rettslig interesse. Saker om reklameforbud i kringkastingsloven skal først behandles av Statens medietilsyn, og saker om forbud mot reklame for tobakk og alkohol skal være behandlet av Sosial- og helsedirektoratet.

Vedtak som fattes i Markedsrådet er forvaltningsvedtak etter forvaltningsloven. Markedsrådets vedtak kan imidlertid ikke påklages, men kan bringes inn for de ordinære domstolene. Sivilombudsmannen har også ansett seg berettiget til å uttale seg om Markedsrådets vedtak. Saksbehandlingen kan påklages til Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet. Etter at slik klage er ferdig behandlet i departementet, kan klagen fremmes for Sivilombudsmannen for vurdering.»

Til forskjell fra saker fra Forbrukerombudet, foreslår utvalget at Handelstilsynet skal fatte vedtak i første instans, slik at det blir en reell toinstansbehandling på forvaltningsnivået. Tilsvarende rolle har Markedsrådet der Forbrukerombudet fatter vedtak i første instans, jf. markedsføringsloven § 38 annet ledd.

Utvalget mener at det er en rekke fordeler knyttet til dette organet, dels ved at det allerede

har betydelig kompetanse på forbrukerrelaterte juridiske problemstillinger, og dels besitter det også markedskunnskap. Videre vil organet kunne forelegge prejudisielle spørsmål for EFTA-domstolen, noe som kan vise seg viktig i den utstrekning man på et senere tidspunkt skulle komme til å implementere direktivregler. Markedsrådet vil også bidra til å kunne etablere en praksis under loven som er konsistent med andre sider av regelverket, særlig markedsføringsloven.

Utvalget anser at fristen for å bringe et vedtak inn for Markedsrådet bør være lik den alminnelige klagefristen i forvaltningssaker, dvs. tre uker, jf. forvaltningsloven § 29. Videre foreslår utvalget en frist på to måneder for å bringe Rådets vedtak i påbudssaker inn for de alminnelige domstoler, og seks måneder for vedtak om overtredelsesgebyr, jf. den tilsvarende løsningen i konkurranseloven.

Forslaget vil kreve endringer i forskriften om Markedsrådets saksbehandling.⁶ Utvalget har imidlertid ikke prioritert å gå inn på disse endringene.

14.3 Privat håndhevelse

Den standarden som utvalget foreslår regulerer forholdet mellom næringsdrivende, ut fra hensynet til forbrukerne. På denne måten vil reguleringen innebære både rettigheter og plikter for kontraktspartene. Rettighetene er imidlertid instrumentelle, ved at formålet ikke er å beskytte partene i seg selv. Det er likevel på det rene at rettigheter etter god-skikk-standard må kunne håndheves av partene selv, og kanskje også primært håndheves på den måten. Til dette kommer at normen som foreslås langt på vei vil overlape med bestående normer som lojalitet i kontraktsforhold, beskyttelse av immaterielle goder og avtalesensur gjennom avtaleloven og pristiltaksloven.

En effektiv privat håndhevelse krever klare regler om rettsvirkninger, og eventuelt tiltak for å hindre strategisk misbruk. Utvalget ønsker likevel ikke en rettsliggjøring av forhandlinger, ved at kontraktsmessige spørsmål i større utstrekning en nødvendig bringes inn for domstolene. Dette taler mot å utstyre loven med særskilte eller mer kraftfulle sanksjoner og rettsvirkninger. Etter utvalgets oppfatning vil de alminnelige sivile rettsvirkninger og søksmålsmuligheter være tilstrekkelig. Dette gjelder mulighet for midlertidig for-

føyning og forbuds- eller fastsettelsessøksmål for å sikre etterlevelse, og videre erstatningsansvar eller ugyldighet der brudd på standarden har oppstått.

Utvalget presiserer at ugyldighet bare skal gjelde så langt en kontrakt er influert av overtredelsen, noe som må anses i samsvar med hovedregelen i norsk rett om avtaler i strid med lov.

Utvalget har videre vurdert om sivile søksmål under loven bør samles for en egen domstol. På dette punktet har utvalget vurdert om Markedsrådet også burde ha kompetanse i slike saker. I første rekke er det hensynet til å se håndhevelse av lov om god handelsskikk i sammenheng med øvrige regler som forvaltes av Forbrukerombudet som peker i denne retning. I private søksmål vil det imidlertid ofte påberopes flere grunnlag for et krav, herunder kontraktsrettslige regler og prinsipper. Et forslag om at Markedsrådet skulle avgjøre slike saker, ville reelt medført opprettelse av en særskilt handelsdomstol. Dette ligger utenfor utvalgets mandat. Samtidig er det en tradisjon for at tvister knyttet til kontrakter føres for voldgiftsdomstoler, og tilfanget av saker for rådet vil derfor være usikker. Utvalget antar også at den primære håndhevelseskanalen vil være offentlig. Det presiseres at lovens materielle regler i kraft av preceptorisk tvingende lovgivning vil måtte legges til grunn og anvendes av en voldgiftsrett.

14.4 Evaluering

De fenomener som har motivert utvalgets forslag er vanskelig å observere, og det samme vil nødvendigvis gjelde virkningene av en lov om god handelsskikk. Dette er derfor en type informasjon som må aktivt etterspørres og vurderes. I forbindelse med innføringen av en ny lov, vil det ikke la seg gjøre å sikre et tilstrekkelig kontrafaktisk sammenligningsgrunnlag. Når det gjelder denne sektoren finnes det heller ikke eksakt informasjon om utfordringene *ex ante*, og en etterkontroll av lovverkets funksjon vil ikke kunne inkludere en sikker sammenligning av situasjonen før og etter innføringen av loven.

I mangel på eksakt informasjon under arbeidet med dette lovforslaget har utvalget måttet vurdere de aktuelle utfordringene som «potensielle problemer» (jf. diskusjonen under 6.2 om kvaliteten på de underliggende empiriske undersøkelserne); altså at de kan være et stort problem, men man kan ikke vite det med sikkerhet. Mangelen på solid empirisk grunnlag svekker muligheten for å evaluere reguleringen. Gitt utfordringene med å

⁶ Forskrift nr. 588 av 5. juni 2009 om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling mv.

observere utfordringer og endring, foreslår utvalget derfor at det legges opp til en evaluering som er metodisk noe svakere enn det som ville vært ideelt, samtidig som at betydningen av at det foretas en evaluering understrekes. Evalueringen vil gi nyttig informasjon om hvordan loven fungerer, men den vil ikke kunne gi resultater som bekrefter med sikkerhet at endringer i forretningspraksis faktisk har skjedd og at eventuelle endringer kan tilskrives lovreguleringen.

Utvalget foreslår at det foretas en evaluering etter 3-4 år, og at den evalueringen inkluderer følgende tiltak:

1. Det utføres en grundig spørreundersøkelse i sektoren. Undersøkelsen må være metodisk solid, og inkludere et tilstrekkelig antall tilfeldig valgte deltakere i sektoren. Den bør utføres av en uavhengig organisasjon uten interesser i saken.

2. Det foreslåtte Handelstilsynet må føre statistikk over hvilke, og hvor mange klager som kommer inn, i tillegg til å være i dialog med partene i sektoren og orientert om utfordringene. Etter en periode på 3-4 år presenteres en rapport med fakta og informasjon om utviklingen.
3. Det innhentes informasjon om hvilke løsninger som er valgt i andre europeiske land og hvordan reglene ser ut til å fungere.

En slik evaluering vil gi grunnlag for å trekke slutninger om lovens funksjon og avdekke eventuelle behov for justeringer, eventuelt også basert på erfaringer i andre europeiske land med lignende utfordringer.

Utover dette foreslår utvalget at Handelstilsynet skal publisere årlige rapporter om markedet.

Kapittel 15

Økonomiske og administrative konsekvenser

Utvalgets forslag vil, om det etterleves, ikke legge nevneverdige byrder på foretak. De regler som foreslås må anses som temmelig selvsagte utslag av et prinsipp om god handelsskikk, som lovgivningen allerede langt på vei knesetter. Utvalgets forslag om å tilby en varslingskanal og et håndhevelsesregime på områder som tradisjonelt har blitt ansett å ligge innenfor kontraktsretten og privatrettslig lovgivning ellers, vil bare representere merkostnader i den utstrekning det skjer en økt håndhevelse i forhold til dagens situasjon.

Opprettelsen av en tilsynsmyndighet vil imidlertid kreve en del ressurser. Utvalget foreslår, for å minimere ressursbruken, at Handelstilsynet legges til Konkurransetilsynet (dvs. samlokaliseres), slik at man unngår at det bygges opp parallelle strukturer. Alternativet vil være å bygge opp et

eget organ med egen kompetanse i alle ledd, noe utvalget anslår vil kreve i størrelsesorden 15-20 årsverk.

Selv med den løsningen utvalget foreslår, vil det være behov for å tilføre Handelstilsynet ressurser, både til ansatte og til handelsdirektørstillingen. Utvalget antar at ca. 4-6 årsverk bør allokeres til Handelstilsynet slik det er foreslått opprettet. I tillegg vil det være nødvendig å tilføre Konkurransetilsynet ressurser for at tilsynet skal kunne gi Handelstilsynet den bistand som forutsettes etter utvalgets forslag.

Utvalget fremhever at i den utstrekning det foreslåtte Handelstilsynet skulle få uforholdsmessig mange henvendelser vil organet ha skjønnsmessig frihet til å prioritere saker.

Kapittel 16

Utvalgets forslag

Lov om god handelsskikk ved omsetning av dagligvarer

Kapittel 1 Innledende bestemmelser

§1 Lovens formål

Lovens formål er å bidra til økt forbrukervelferd ved å fremme forretningsforbindelser mellom næringsdrivende med en høy etisk standard, særlig i form av effektive og forutberegnelige relasjoner.

Med forbrukervelferd menes velferd for sluttkunder gjennom lave priser, høy kvalitet, bredt vareutvalg og høy grad av tilgjengelighet.

§ 2 Anvendelsesområde

Loven gjelder for omsetning mellom næringsdrivende av dagligvarer til bruk i husholdningen som er ment for detaljistsalg i butikk. Loven gjelder også for salg av næringsmidler og forbruksartikler til storkjøkken. Loven gjelder ikke mellom næringsdrivende og forbrukere.

Kongen kan ved forskrift fastsette bestemmelser om lovens virkeområde og om forholdet til andre lover.

§ 3 Tilsyn

Handelstilsynet for dagligvaresektoren er ansvarlig for å føre tilsyn med loven. Handelstilsynet skal være et uavhengig organ ledet av en direktør utnevnt av Kongen i statsråd. Handelstilsynet skal ikke kunne instrueres i enkelt saker.

Som ledd i sitt tilsyn skal Handelstilsynet

- kontrollere at lovens forbud og påbud overholdes og håndheve disse,
- utgi årlige rapporter om utviklingen i næringskontrakts- og handelspraksis.

Kapittel 2 God handelsskikk

§ 4 God handelsskikk

Forretningsforhold skal bygge på redelighet, forutberegnelighet og gjensidig respekt for immaterielle rettigheter.

§ 5 Skriftlighet og fullstendighet

Avtaler skal inngås skriftlig. Avtaler skal klart beskrive hvilke ytelser partene er forpliktet til å levere, herunder markedsføringstjenester, og dessuten inneholde bestemmelser om prosedyrer for prisendringer, bestillinger (herunder volum) og leveringsforpliktelser. En part kan ikke ensidig gi påbud om endringer i forpliktelser etter at avtale er inngått.

§ 6 Informasjon i forhandlinger

Partene har forut for avtaleinngåelse om distribusjon og salg krav på all relevant informasjon den andre parten besitter som er av betydning for fastleggelse av forpliktelsene etter avtalen. Dette gjelder likevel ikke informasjon den annen part har en legitim grunn til å bevare hemmelig.

§ 7 Forretningshemmeligheter

Produkt-, markedsførings- og forretningskonsepter, herunder resepter, som en part har blitt kjent med gjennom forretningsforhold eller sonderinger om forretningsforhold, må ikke uten skriftlig samtykke utnyttes til produksjon, markedsføring eller lansering av produkter som ikke klart distanserer seg fra det opprinnelige konsept.

§ 8 Beskyttelse av investeringer

Der en part i god tro har foretatt investeringer eller foretatt andre disposisjoner i henhold til enighet med en annen part om produktutvikling, mulig leieproduksjon e.l., er den annen part forpliktet til å opptre på en måte som ivaretar den annens berettigede forventninger.

§ 9 Svinn og reklamasjoner

Ansvar for svinn og økonomisk ansvar for kundereklamasjoner skal være regulert i den enkelte avtale.

§ 10 Oppsigelse og delisting

Det skal avtales frister for varsling av delisting av produkter og oppsigelse av avtaleforholdet. Slike frister skal avtales selv om avtalen ellers fastsetter tidsvinduer da delisting kan finne sted. Delisting skal begrunnes skriftlig.

§11 Utillatelige forretningsmetoder

Ingen parter må benytte forretningsmetoder som kan fremkalle alvorlig frykt hos andre parter ansatte, f.eks. trusler om utilbørlige represalier eller spredning av usann informasjon.

§ 12 Forskriftshjemmel

Kongen i statsråd kan gi forskrifter om hva som skal anses som god handelsskikk etter § 4.

Kapittel 3 Håndhevelse

§ 13 Påbud

Handelstilsynet kan gi slike påbud som finnes nødvendig for at forbud gitt i eller i medhold av denne lov overholdes. Et påbud kan gå ut på forbud mot vilkår, avtaler eller handlinger, påbud om å utlevere informasjon eller andre handlinger som er nødvendige for å sikre etterlevelsen. Handelstilsynet kan også fatte vedtak som fastslår at det har skjedd en overtredelse av loven.

§ 14 Overtredelsesgebyr

Ved forsettlig eller uaktsomme overtredelser av

- §§ 5-11,
- vedtak etter § 13,
- forskrifter i medhold av § 12, og
- § 15,

kan Handelstilsynet ilegge overtredelsesgebyr.

Overtredelsesgebyret skal gjenspeile overtredelsens grovhet, foretakets vinning og de potensielle skadevirkningene for forbrukerne.

§ 15 Opplysningsplikt

Enhver plikter å gi Handelstilsynet de opplysninger som disse myndigheter krever for å kunne utføre sine gjøremål etter loven, bl.a. for å undersøke en mulig overtredelse av denne lov eller vedtak i medhold av denne lov, eller for å

undersøke *handels*-forhold mv. ellers. Opplysningene kan kreves gitt skriftlig eller muntlig innen en fastsatt frist både fra enkelte og fra grupper av foretak og kan nedtegnes og lagres som lydopptak.

Den kontrollerte har plikt til å la *Handelstilsynet* få besiktige bedrifter, andre faste eiendommer og løsøre-gjenstander. På samme vilkår som nevnt i første ledd kan Handelstilsynet for gransking kreve utlevert alle typer informasjon og bærere av slik informasjon.

Opplysninger som kreves etter første og annet ledd, kan gis uten hinder av den lovbestemte taushetsplikt som ellers påhviler ligningsmyndigheter, andre skatte- og avgiftsmyndigheter og myndigheter som har til oppgave å overvåke offentlig regulering av ervervsvirksomhet.

Kongen kan ved forskrift fastsette nærmere regler for opplysningsplikt og gransking.

§ 16 Bistand fra Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynet skal gi Handelstilsynet bistand i utføringen av Handelstilsynets oppgaver etter denne lov.

§ 17 Taushetsplikt og beskyttelse av kilder

Handelstilsynet har taushetsplikt om identiteten til foretak eller person som gir tips om overtredelse av §§ 4-11 og forskrifter etter § 12. Taushetsplikten gjelder også overfor sakens parter og deres representanter. Anmodning om påbud etter § 13 omfattes ikke av taushetsplikten.

Forvaltningsloven §§ 13 til 13e gjelder tilsvarende så langt de passer.

Kapittel 4 Domstolsprøving

§ 18 Markedsrådets kompetanse

Vedtak om påbud etter § 13 kan bringes inn for Markedsrådet. Markedsrådet kan prøve alle sider av saken, og skal særlig iaktta at vedtaket er proporsjonalt. Fristen for å klage til Markedsrådet er 3 uker.

Vedtak om overtredelsesgebyr etter § 14 prøves av Markedsrådet i første instans. Markedsrådet kan prøve alle sider av saken.

§ 19 Prosessuelle bestemmelser

Overtredelsesgebyr forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket er mottatt. Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg. Dersom foretaket går til søksmål mot staten for å prøve vedtaket, suspenderes tvangs-

kraften. Søksmål mot vedtak etter § 14 må reises innen seks måneder fra partene mottok vedtaket, og innen to måneder for vedtak etter § 13.

Kapittel 5 Avsluttende bestemmelser

§ 20 Ikraftredelse

Loven trer i kraft fra den tid Kongen bestemmer.



Norges offentlige utredninger

2012 og 2013

Statsministeren:

Rapport fra 22. juli-kommisjonen. NOU 2012: 14.

Arbeidsdepartementet:

Arbeidsrettede tiltak. NOU 2012: 6.
Grunnlaget for inntektsoppgjørene 2012. NOU 2012: 11.

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet:

Bedre beskyttelse av barns utvikling. NOU 2012: 5.
Politikk for likestilling. NOU 2012: 15.

Finansdepartementet:

Fripoliser og kapitalkrav. NOU 2012: 3.
Pensjonslovene og folketrygdreformen II.
NOU 2012: 13.
Samfunnsøkonomiske analyser. NOU 2012: 16.
Pensjonslovene og folketrygdreformen III.
NOU 2013: 3.

Fiskeri- og kystdepartementet:**Fornyings-, administrasjons- og kirke-**

departementet:
Mer effektiv konkurranselov. NOU 2012: 7.
Ventetid – et spørsmål om tillit. NOU 2012: 12.
Hindre for digital verdiskaping. NOU 2013: 2.

Forsvarsdepartementet:**Helse- og omsorgsdepartementet:**

Om kjærlighet og kjøletårn. NOU 2012: 17.

Justis- og beredskapsdepartementet:

Trygg hjemme. NOU 2012: 4.
Ny utdanning for nye utfordringer. NOU 2012: 8.
Gjennomføring av Rotterdamreglene i sjøloven.
NOU 2012: 10.
Når det virkelig gjelder... NOU 2013: 5.

Kommunal- og regionaldepartementet:**Kulturdepartementet:**

Det livssynsåpne samfunn. NOU 2013: 1.
Kulturutredningen 2014. NOU 2013: 4.

Kunnskapsdepartementet:

Til barnas beste. NOU 2012: 1.

Landbruks- og matdepartementet:

God handelsskikk i dagligvarekjeden. NOU 2013: 6.

Miljøverndepartementet:

God handelsskikk i dagligvarekjeden. NOU 2013: 6

Nærings- og handelsdepartementet:

Rett om bord. NOU 2012: 18

Olje- og energidepartementet:

Energiutredningen – verdiskaping,
forsyningssikkerhet og miljø. NOU 2012: 9.

Samferdselsdepartementet:**Utenriksdepartementet:**

Utenfor og innenfor. NOU 2012: 2.

Bestilling av publikasjoner

Offentlige institusjoner:
Departementenes servicesenter
Internett: www.publikasjoner.dep.no
E-post: publikasjonsbestilling@dss.dep.no
Telefon: 22 24 20 00

Privat sektor:
Internett: www.fagbokforlaget.no/offpub
E-post: offpub@fagbokforlaget.no
Telefon: 55 38 66 00

Publikasjonene er også tilgjengelige på
www.regjeringen.no

Trykk: 07 Xpress 04/2013