



Landbruks- og matdepartementet
postmottak@lmd.dep.no
Oslo

Oslo, 30.11.2011

Høringsuttalelse til NOU 2011:4

"Mat, makt og avmakt – om styrkeforholdene i verdikjeden for mat"

Vi viser til høringsbrev fra Landbruks- og matdepartementet, Fornyings- og administrasjonsdepartementet og Barne- og likestillingsdepartementet med anmodning om merknader til NOU 2011:4 *"Mat, Makt og avmakt – om styrkeforholdene i verdikjeden for mat"*, offentliggjort den 13. april d.å¹.

Dagligvareleverandørenes forening (DLF) sendte ut Matkjedeutvalgets rapport til samtlige 102 medlemsbedrifter i etterkant av framleggelsen med oppfordring om innspill. Videre har rapporten vært til behandling i DLFs fagkomiteer og styre. Det er medlemsbedriftenes synspunkter og diskusjoner i tillitsmannsapparatet som danner grunnlaget for DLFs høringsuttalelse. Denne uttalelsen ble enstemmig vedtatt i styremøte 30.11.2011.

Medlemsbedriftene kjenner seg igjen i den virkelighetsbeskrivelsen som framkommer i Matkjedeutvalgets utredning. De bekrefter at urimelig forretnings- og forhandlingspraksis forekommer slik utvalget beskriver. DLFs medlemmer uttrykker bred støtte til utvalgets flertallsinnstillinger, og fremhever særlig sin støtte til forslagene om lov- og ombudsordning for god handelsskikk.

DLF støtter Matkjedeutvalgets forslag om å innføre en Lov om forhandlinger og god handelsskikk i dagligvaresektoren og et ombud for dagligvaresektoren.

Formålet med lov- og ombudsordningen er å oppnå et effektivt samspill mellom kjeder og leverandører, for dermed å sikre at en rimelig andel av ytelse i verdikjeden for mat kommer forbrukeren til gode i form av et bredere utvalg, kvalitet, tilgjengelighet og riktig pris. DLF mener også at forslaget vil stimulere til mer innovasjon og bidra til en mer rettferdig konkurranse i hele verdikjeden for mat, til beste for forbrukeren.

1. Matkjedeutvalgets rapport: En reell virkelighetsbeskrivelse

Matkjedeutvalget gir en grundig beskrivelse av den betydelige konsentrasjonen som har skjedd i verdikjeden for mat. Den horisontale integrasjonen i handelsleddet har skjedd i form av at frittstående enkeltbutikker som tidligere fikk sine leveranser fra selvstendige grossister nå er tilknyttet og til dels integrert med en dagligvarekjede. Konsekvensen er at fire kjeder i dag til sammen kontrollerer over 99 prosent av dagligvaremarkedet, hvilket Matkjedeutvalget betegner som *"kritisk lav konkurranse"*.

Den vertikale integrasjonen som har skjedd mellom produksjons-, grossist-, detaljist- og distribusjonsleddene har gitt dagligvarekjedene økt makt over hele verdikjeden. I praksis betyr dette at forsyningskjeden i økende grad kontrolleres helt tilbake til leverandørenes lager. I storhusholdningsmarkedet er konsentrasjonen størst. Denne kanalen preges av én dominerende aktør. Storhusholdningskundene, inkludert offentlige innkjøpere, har

¹ Denne høringsuttalelsen er oversendt Landbruks- og matdepartementet med kopi til Fornyings- og administrasjonsdepartementet og Barne- og likestillingsdepartementet.

ofte bare denne aktøren å henvende seg til for tilbud. Dette innebærer svært begrenset konkurranse i grossistleddet.

Dagligvarekjedene selger også varer under sine egne merkenavn (EMV). I tilfeller med EMV etablerer kjedene en *horisontal konkurranserelasjon til sine leverandører*, og blir dermed *både leverandørens kunde og konkurrent*. Dette reiser særlige spørsmål i forhold til maktbalansen mellom kjede og leverandør: Kjedene kan krysssubsidiere og favorisere sine egne varer prismessig og de kan få innsyn i sine konkurrenters kalkyler, samtidig som de kontrollerer konkurransearenaen (hylleplassen) der kjedenes EMV møter leverandørens merkevarer. I tilfeller med EMV står kjedene også i fare for å bryte immaterialrettens forbud mot etterligning, f.eks. ved å utnytte sensitiv informasjon om leverandørens innovasjoner til utvikling av deres egne varer.

1.1. En tydelig sammenheng mellom økt kjedemakt og urimelig forretningspraksis

Matkjedeutvalget ser en tydelig sammenheng mellom økt kjedemakt og urimelig forretningspraksis: Urimelig forretnings- og forhandlingspraksis er utbredt. Rapporten beskriver forhandlingene mellom kjeder og leverandører i den norske dagligvarebransjen som lukket, og viser til utbredt frykt blant leverandørene for represalier fra kjedene ved eventuelle rapporteringer av urimelige forhold.

Matkjedeutvalgets virkelighetsbeskrivelse bekreftes av en undersøkelse blant norske leverandører i regi av den europeiske leverandørorganisasjonen AIM (European Brands Association).² Et utdrag som er presentert i faktaboksen under, viser at *funnene i den kvantitative leverandørundersøkelsen fra AIM bekrefter Matkjedeutvalgets kvalitative intervjuundersøkelse*:

- 64 % har en eller flere ganger opplevd manglende konsistens mellom ytelser og motytelser i forhandlingene.
- 76 % svarer at de en eller flere ganger har opplevd at motpart har fremsatt trusler om de-listing for å oppnå urimelige fordeler i forhandlingene.
- 27 % svarer at de har opplevd misbruk av fortrolig informasjon til utvikling av kjedenes egne merkevarer (EMV).
- 67 % av respondentene rangerer trusler om urimelig delisting som mest skadelig.
- 26 % sier at urimelig forretningspraksis har hatt negativ effekt på deres innovasjonsarbeid. Viktigste årsaker er høye kostnader som reduserer innovasjonskapasiteten, samt trusler om urimelig de-listing.
- 85 % har ikke iverksatt tiltak for å begrense omfanget av kjedenes urimelige forretningspraksis, begrunnet med frykt for sanksjoner (72 %) eller uttrykkelige trusler om represalier fra dagligvarekjedene (16 %).

1.2. Forbrukerne taper på urimelig forhandlings- og forretningspraksis

I forhandlingene mellom en dagligvarekjede og en leverandør, gir leverandøren ytelser i form av rabatter, felles markedsføring (JM) og andre økonomiske tilskudd til kjeden. Funn fra leverandørundersøkelsen viser at det er mangel på konsistens mellom disse ytelsene og kjedenes motytelser i forhandlingene. Det gjør det vanskelig å garantere at leverandørens ytelser faktisk kommer forbrukerne til gode i form av pris og utvalg.

I leverandørundersøkelsen rangerer leverandørene trusler om de-listing på urimelige vilkår som mest skadelig for virksomheten, og viser til økte kostnader og tapt salg som følger av løpende trusler om de-listing og uforutsette avtalebrudd. For forbrukeren innebærer slik bruk av de-listing at forutsigbarhet med hensyn til tilgjengelighet av vareutvalget reduseres betraktelig. De-listing med urimelig kort varsel fører også ofte til at store mengder varer, inkludert ferske matvarer, blir kastet. Også samfunnets behov for redusert matsvinn og økt ressursutnyttelse tilsier derfor at det er et behov for å regulere bruken av de-listing.

I undersøkelsen svarer 63 prosent av norske leverandører at urimelig forretningspraksis reduserer virksomhetens innovasjonskapasitet. Tilsvarende svarer 48 prosent at manglende tillit i forhandlingene med kjedene hindrer investeringer i innovasjon og introduksjon av nye produkter. Dette er særlig aktuelt i tilfeller der kjedene kommer i direkte konkurranse med leverandørene gjennom sine EMV, fordi kjedene blir både sine leverandørens kunde og konkurrent. EMV har lav innovasjonsgrad og er gjennomgående produkter som tar utgangspunkt i leverandørens merkevarer. Et økende omfang av EMV innebærer dermed at leverandørens

² AIM Survey: "Unfair commercial practices in Norway" følger [vedlagt](#).

incentiver for å investere i produktutvikling og innovasjoner svekkes. For forbrukerne betyr det at de sjeldnere vil presenteres for nye produkter.

1.3. Kjodemakten har økt både i Norge og internasjonalt

Kjodemakt er ikke et særnorsk fenomen. Tvert i mot er kraftig konsentrasjon i store dagligvarekjeder vært sterkt økende i en rekke land i og utenfor EU det siste tiåret. For å kartlegge hvordan økt kjodemakt påvirker forhandlingene mellom kjeder og leverandører i Europa, har AIM derfor gjennomført tilsvarende nasjonale leverandørundersøkelser i 15 europeiske land (den norske undersøkelsen er utført etter identisk modell).³ På oppdrag fra AIM har Dedicated Research sammenholdt disse nasjonale undersøkelsene i en rapport som til sammen omfatter 680 leverandører fra 15 land i Europa. Rapporten viste at det forekommer et betydelig omfang av *“unfair commercial practices”* – urimelig forretningspraksis – i hele området. Hele 96 prosent av leverandørbedriftene svarte at de i løpet av det siste året hadde vært utsatt for urimelig forretningspraksis.

Gjennomgående er det en høy grad av konsistens mellom funnene i den norske og den europeiske undersøkelsen. For spørsmål knyttet til ytelse/motyttelse, de-listing, bruk av pressmidler og misbruk av fortrolig informasjon, er imidlertid omfanget av urimelig forretningspraksis i Norge på et høyere nivå enn det europeiske gjennomsnittet. I tillegg viser det seg også at frykten for represalier ved eventuelle tiltak for å begrense urimelig forretningspraksis er mer utbredt blant de norske leverandørene: Internasjonalt sier 65 prosent at de vegrer seg for mottiltak i frykt for represalier fra kunde. I Norge er det tilsvarende tallet 72 prosent. Mens 11 prosent sier at de har mottatt uttrykkelige trusler om represalier fra kunde internasjonalt, sier 16 prosent av de norske leverandørene det samme.

Funnene i rapporten fra Dedicated Research har vist seg å være avgjørende for en rekke myndighetsinitiativ i Europa for å kartlegge og begrense omfanget av urimelig forretnings- og forhandlingspraksis i dagligvaremarkedet. Undersøkelsen inngår som grunnlagsmateriale for EU-rapporten *“A more efficient and fairer retail market,”* utarbeidet under ledelse av den svenske EU-parlamentariker Anna Maria Corazza Bildt. I tillegg er rapporten vært retningsgivende for EUs Høynivåforums arbeid med å kartlegge og balansere maktforhold i verdikjeden for mat.

2. Urimeelig forhandlings- og forretningspraksis sanksjoneres ikke av Konkurranseloven – behov for en komplementerende lov

Siden Konkurranseloven ikke regulerer atferd som fører til urimelige avtaler eller avtaleklausuler, vil ikke de forhold som avdekkes i Matkjedeutvalgets rapport – og senere bekreftes av funnene i den norske leverandørundersøkelsen – sanksjoneres av gjeldende lovgivning. Likevel er dette forhold som hemmer fri konkurranse og fører til et ineffektivt samspill mellom kjeder og leverandører. Det er konklusjonen i den juridiske betenkningen advokat dr juris Olav Kolstad utarbeidet på oppdrag for Matkjedeutvalget (vedlegg nr 21 til NOU 2011:4). Kolstad diskuterer behovet for en egen lov sett i lys av gjeldende lovgivning (Konkurranseloven, Markedsføringsloven og Avtaleloven), og konkluderer med at *“prinsippet om god handelsskikk”* ikke ivaretas av gjeldende lovverk.

Som ledd i arbeidet med denne høringsuttalelsen, har DLF engasjert advokat Kolstad for 1) en videre kartlegging av de juridiske betingelsene for en lov om god handelsskikk samt 2) å vurdere en mulig utforming av en lov og ombudsordning for god handelsskikk.⁴

Kolstads konklusjon at Konkurranseloven har klare begrensninger som virkemiddel for å ivareta et balansert forhandlingssystem. Lovens fokus på konkurransebegrensninger er ikke egnet til å forhindre urimelig forretningsatferd som ikke direkte begrenser konkurransen, eller for å sikre at gevinster som kjedene oppnår i forhandlingene med leverandørene kommer forbrukerne til gode. Kolstad konkluderer derfor med at en lov for god handelsskikk ikke kommer i konflikt med Konkurranseloven, men vil bli komplementerende i den forstand

³ Dedicated Research: “AIM-CIAA Survey on unfair Commercial Practices in Europe” følger [vedlagt](#).

⁴ Advokat dr juris Olav Kolstads betenkning følger [vedlagt](#).

at Konkurranseloven regulerer *utfallet* av forhandlingene, mens Loven om god handelsskikk definerer *spillereglene*, gir en *atferdskodeks* i forhandlingene. I følge Kolstad vil en lov om god handelsskikk forfølge andre formål og regulere andre sider ved markedsaktørens atferd som ikke omfattes av konkurranselovens forbudsbestemmelser, og kan således sies å utfylle eller supplere konkurranseloven på en lignende måte som forbudet mot handlinger i strid med god forretningsskikk i markedsføringslovens § 25.

2.1. En lov om god handelsskikk skal sikre forbrukernes interesser og effektiv ressursbruk

Intensjonen med en eventuell lov- og ombudsordning kan ikke være å gå inn i og etterprøve enhver forhandling mellom kjede og leverandør. Loven må ikke være konkurransehemmende eller konkurransevridende. Det er den uholdbare forretnings- og forhandlingsatferden – som hemmer fri konkurranse og et effektivt samspill mellom kjede og leverandør – loven og ombudet skal slå ned på. Det betyr at de som i dag opererer innenfor rammen av det som defineres som god handelsskikk ikke har noe å frykte ved en lov og ombudsordning.

Målsettingen med en lov om god handelspraksis bør være å oppnå 1) *velfungerende forhandlinger gjennom hele verdikjeden*, og 2) *sikre at forbrukernes interesser ivaretas*. Gjennom disse to målsettingene vil loven bidra til effektiv konkurranse, tilstrekkelig samfunnsmessig kontroll og effektiv bruk av samfunnets ressurser.

DLF støtter seg til Matkjedeutvalgets definisjon av prinsippet for god handelsskikk:

“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 andres immaterielle rettigheter.”

Loven bør videre utformes med forbrukerens beste som et retningsgivende prinsipp som sier at:

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

Som det fremgår i Matkjedeutvalgets rapport, vil den foreslåtte definisjonen tvinge partene i forhandlingene til tydelighet i avtaleforholdet hva angår partenes rettigheter og plikter. Det vil fremme transparens i den forstand at ytelser og motytelser må beskrives og balanseres mellom partene i forhandlingen. Dette er i sin tur en forutsetning for at ytelsene faktisk kommer forbrukeren til gode.

2.2. Forhold som kan innlemmes i loven

Matkjedeutvalgets rapport peker på en rekke forhold som bør underlegges en lov om god handelsskikk. I faktaboksen under, refereres advokat Kolstads forslag om hvordan disse kan innlemmes i loven:

- Balanse mellom ytelse og motytelse: For å skape åpenhet i verdikjeden kan det i kontraktene med leverandørene spesifiseres hva som er motytelsen for de økonomiske ytelsene leverandørene betaler til kjedene. For at disse ytelsene skal komme forbrukerne til gode kan det være et krav til at ytelsene spesifikt relaterer seg til videresalg av de produktene til den leverandør som betaler ytelsen.
- Matkjedeutvalget nevner "prisdrivende kalkylemodeller" som et forhold som bør vurderes regulert i en lov om god handelsskikk. Dette har en side til det som kan betegnes som prinsippet om ytelse mot ytelse, da kalkylemodellene er bestemmende for størrelsen på den økonomiske ytelse leverandørene gir til kjedene.
- De-listing: De-listing bør være begrunnet i objektive forhold, primært reelle, kommersielle forhold, for at det i et etablert kontraktsforhold skal være lojalt å utøve de-listing. De-listing bør betinges av at leverandøren har fått varsel i rimelig tid for de-listing kan skje. Leverandøren bør også ha krav på en begrunnelse for hvorfor de-listing i det enkelte tilfellet.
- Bruk av sanksjoner: Kontraktbruddsanksjoner må kunne benyttes av begge parter, men vil kunne misbrukes av den sterke part. Prinsippet om god handelsskikk tilsier at sanksjoner ikke skal inneholde et "straffelement", men utformes og utøves på grunnlag av et proporsjonalitetsprinsipp.
- EMV: For å hindre misbruk av informasjon som kjedene får om produksjonskalkyler i forbindelse med avtaler om EMV-produksjon kan kjedene pålegges å ikke benytte informasjon utenfor forhandlingene om EMV-produksjon til skade for produsenter og konkurrenter.

- Distribusjon: En lov om god handelsskikk kan sikre hensynet til en effektiv distribusjon av dagligvarer gjennom hele verdikjeden ved å sikre likebehandling mellom kjedenes og leverandørenes distribusjonsløsninger. Dette vil også kunne legge til rette for større konkurranse mellom kjedenes og leverandørenes distribusjonsløsninger. Videre kan man gjennom en lov om god handelsskikk sikre leverandører uten egne distribusjonsløsninger tilgang til distribusjon på ikke-diskriminerende og kostnadsrelaterte vilkår.
- Storhusholdning: Det bør presiseres i en egen bestemmelse at loven om god handelsskikk også kommer til anvendelse på storhusholdningssektoren.

2.3. Like konkurransevilkår for kjedenes og leverandørenes distribusjonsløsninger

Matkjedeutvalget diskuterer grundig betydningen av kontroll over distribusjon av dagligvarer. Paraplykjedene har gradvis overtatt det meste av distribusjonen og de leverandørene som fortsatt har egen distribusjon står under sterkt press for å gi den fra seg til kjedene.⁵ Matkjedeutvalget presiserer derfor at "en ytterligere kontroll over distribusjon fra paraplykjedenes side vil være et steg i feil retning."

DLF støtter Matkjedeutvalgets vurderinger, og ønsker særlig å understreke viktigheten av rettfærdig konkurranse i distribusjonsmarkedet: Leverandørene må sikres like konkurransevilkår i markedet for distribusjonstjenester gjennom en lov om god handelsskikk. Prinsippet om god handelsskikk tilsier at den sterke part ikke skal kunne benytte seg av sin forhandlingsposisjon til å sikre seg urimelige fordeler, som for eksempel krav om overtakelse av distribusjonsløsninger. DLF mener en Lov om god handelsskikk må sikre like konkurransevilkår for kjedenes og leverandørenes distribusjonsløsninger.

3. En lovforankret ombudsordning er den eneste løsningen på problemene

Et alternativ til en lovforankret ombudsordning, er en frivillig bransjeordning mellom leverandører og dagligvarekjeder. NorgesGruppen har fremmet forslag om en slik ordning, og hevder at bransjen selv bør komme til enighet om en definisjon av prinsippet god handelsskikk, og håndheve denne etter samme modell som Pressens faglige utvalg.

DLF vurderer forslaget til NorgesGruppen som et konstruktivt innspill som tyder på en forståelse av nødvendigheten av å imøtegå de forholdene som Matkjedeutvalget belyser. Forslaget får imidlertid ikke bred støtte fra de øvrige handelskjedene, og er dermed ikke et realistisk alternativ. På generelt grunnlag vil vi likevel drøfte noen sider ved frivillige bransjeløsninger.

En frivillig ordning mellom handelskjedene og deres leverandører er ikke et tilstrekkelig og treffsikkert virkemiddel, etter DLFs vurdering. For det første vil en frivillig bransjeavtale og et partssammensatt utvalg gjenspeile den samme ubalansen i maktforholdet mellom aktørene som vi ser i dag. Det vil dermed ikke være rimelig å forvente at utvalget vil fungere som et uavhengig korrektiv mellom partene i forhandlingene.

For det andre er informasjonen i forhandlingene mellom kjede og leverandør fortrolig og konkurransesensitiv. Samtidig vil åpenhet og tilstrekkelig innsyn i forhandlingene være avgjørende for at et bransjeutvalg skal fungere optimalt. Hensynet til konkurransesensitiv informasjon vil tilsa at utvalget ikke vil få tilgang på den informasjonen som er nødvendig for å utøve det tiltenkte mandat. Fullmakten til innsyn må derfor tildeles en uavhengig aktør som ikke har egeninteresser i forhandlingene, og som agerer i forhold til regler fastsatt av en lovgivende myndighet.

For det tredje er Matkjedeutvalgets forslag om lov og ombud utformet for å sikre fair konkurranse gjennom alle ledd i verdikjeden, med forbrukerens interesser som overordnet mål. Dette er et betydelig videre perspektiv enn en bransjeordning som regulerer relasjonen mellom dagligvarekjedene og deres leverandører.

For det fjerde viser internasjonale erfaringer at effektive ordninger forutsetter lovhjemmel og sanksjonsmakt. I Storbritannia vedtok et samlet Parlament en lovforankret ombudsordning for handelsskikk i februar 2011 etter

⁵ Ref redegjørelsen om den vertikale integreringen på kjedeledet (side 2)

en lengre periode med en frivillig ordning som ikke viste seg å gi de ønskede resultatene. Manglende resultater ble blant annet begrunnet med en svak definisjon av hva som betegnes som god forretningsskikk, manglende hjemmel for å gå videre med klager ved konstaterede brudd, samt frykt for represalier ved eventuelle klagemål blant leverandørene. Lovverket (Grocery Supply Code of Practice) blir derfor styrket med en håndhevende og overvåkende myndighet i form av en voldgiftsdommer (adjudicator). DLF konstaterer at også i andre land, som Irland og Portugal, er forsøk med frivillige bransjeordninger lagt til side og det arbeides med innføring av lovbaserte ordninger med sanksjonsmakt.

4. DLF støtter Matkjedeutvalgets anbefalinger

DLF støtter flertallsinnstillingene fra Matkjedeutvalget. En dagligvareportal bygger på en svært god intensjon om å gi forbrukeren best mulig informasjon. Det vil være en absolutt forutsetning at tiltaket kan utformes slik at det ikke oppstår konkurransevridende eller -hemmende effekter, og at kvaliteten på informasjonen som gis er eksakt og riktig i sanntid i de markedene som dekkes.

DLF støtter anbefalingene om bedre matmerking og om endring i Konkurranselovens fusjonskontroll for å tydeliggjøre hensynet til forbrukernes interesser i loven. Av utvalgets "Andre anbefalinger" vil DLF særlig peke på behovet for å vurdere konkurranseforholdene innen storhusholdning og servicemarkedet. Rapporten peker på stor maktkonsentrasjon i disse salgskanalene.

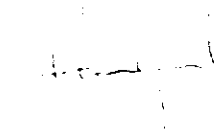
5. Oppsummering

DLF har siden Matkjedeutvalget la fram sin rapport vært tydelige i sin støtte til utvalgets forslag om en egen lovforankret ombudsordning for god handelsskikk. Den kartlagte mangelen på transparens i forhandlingene, urimelige avtaler og avtaleklausuler med mangel på konsistens mellom ytelser og motytelser aktualiserer behovet for å etterprøve partenes forhandlingsatferd.

For å sikre norske forbrukere et best mulig utvalg og riktig pris på dagligvarer, ser DLF et tydelig behov for en lov som definerer prinsipper for god handelsskikk og et ombud som kan sanksjonere urimelig forhandlings- og forretningspraksis i henhold til loven. DLF er av den vurdering at en lovforankret ombudsordning er den eneste løsningen som sikrer en uavhengig regulering som ivaretar forbrukerens overordnede interesser.

Etter DLFs mening, vil Konkurranseloven og Loven for god handelsskikk til sammen gi oss en sterkere lovhjemmel for å sikre et mer effektivt samspill mellom kjeder og leverandører, og sikre at ytelser som oppnås i fair konkurranse gjennom hele verdikjeden kommer forbrukeren til gode.

Dagligvareleverandørenes forening (DLF)



Helge Hasselgård
Adm. direktør

JURIDISK BETENKNING

Til: Dagligvareleverandørenes forening
Fra: Advokat dr. juris Olav Kolstad
Ansv. adv.: Olav Kolstad
Dato: 30. november 2011
Vedr.: **Lov om forhandlinger og god handelsskikk**

1. OPPDRAG OG MANDAT

Matkjedeutvalget analyserer i NOU 2011:4 *Mat, makt og avmakt* maktforholdene i verdikjeden for mat. Etter Matkjedeutvalgets oppfatning er maktforholdene av en slik karakter at det bør gjennomføres tiltak for å ivareta forbrukernes interesser med hensyn til pris, kvalitet, vareutvalg og tilgjengelighet, samt sørge for åpenhet og innsyn i hele verdikjeden, tilfredsstillende samfunnsmessig kontroll og effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Som et sentralt tiltak anbefaler Matkjedeutvalget at det vedtas en lov om forhandlinger og god handelsskikk i dagligvaresektoren mv. Jeg er gitt i oppdrag av Dagligvareleverandørenes forening å vurdere hvilke hovedelementer en slik lov, på bakgrunn av anbefalingene fra Matkjedeutvalget, kan inneholde. Jeg er også bedt om å vurdere hvordan en lov om god handelsskikk vil forholde seg til regulering av makt i verdikjeden for dagligvarer i andre lover. Det faller utenfor mitt mandat å foreta en nærmere vurdering av de analyser Matkjedeutvalget foretar, og de funn utvalget gjør. Vurderingen av hvordan en lov kan utformes vil således bygge på Matkjedeutvalgets analyser og funn.

2. LOVENS FORMÅL

Som rettesnor for handelsrelasjonene mellom kjeder og leverandører er "god handelsskikk" en vurderingspreget norm. En rettslig standard om "god handelsskikk" vil måtte gis et nærmere innhold gjennom praksis. Riktignok vil konkrete utslag av prinsippet kunne reguleres i egne bestemmelser, for eksempel i en bestemmelse om kjedenes de-listing av sine leverandører, se nedenfor. God handelsskikk som en generell, rettslig standard krever likevel at det angis hvilke formål som skal forfølges i den nærmere konkretisering av prinsippets innhold. En lov om god handelsskikk bør derfor angi de overordnede formål som prinsippet om god handelsskikk skal utformes på bakgrunn av. Formålsbestemmelsen vil tjene som en rettesnor ved tolkningen av lovens bestemmelser.

Avtalene mellom leverandørene og kjedene er gjennomgående av ett års varighet og forhandles hovedsakelig i løpet av det siste kvartal hvert år (den såkalte "høstjakta"). Forhandlingene mellom leverandørene og kjedene har stor betydning for vilkår, vareutvalg,

innovasjoner mv. som forbrukerne møter i butikkhyllene. Lovens overordnede formål er, slik Matkjedeutvalget formulerer det, å sikre forbrukernes interesser med hensyn til pris, kvalitet, vareutvalg og tilgjengelighet, samt sørge for åpenhet og innsyn i hele verdikjeden, tilfredsstillende samfunnsmessig kontroll og effektiv bruk av samfunnets ressurser. Reguleringen av forhandlingene mellom leverandører og kjeder skal tjene til at disse overordnede målsetningene oppfylles. Samtidig vil en effektivt fungerende forhandlingsmekanisme mellom leverandører og kjeder ha en egenverdi som en lov må ivareta.

Loven skal gjennom å fremme god handelsskikk ivareta samfunnets og forbrukernes interesser i en effektiv og velfungerende forhandlingsmekanisme gjennom hele verdikjeden. Det er allikevel god handelsskikk i relasjonen mellom kjeder og leverandører som er lovens umiddelbare mål eller reguleringsobjekt. Loven kan ikke direkte etablere en effektiv ressursbruk eller regulere priser, vareutvalg mv. Dette målet skal oppnås gjennom regler som sikrer at leverandører og kjeder opptrer i tråd med god handelsskikk. Lovens formål må relateres til de forhold loven skal regulere, og formuleres på bakgrunn av hvordan tiltakene kan ivareta disse formålene.

God handelspraksis er et virkemiddel til å oppnå to overordnede målsetninger.

For det første skal loven bidra til en velfungerende forhandlingsmekanisme gjennom hele verdikjeden, for på denne måten legge til rette for en effektiv ressursbruk. Dette relaterer seg både til hvordan kontrakter forhandles i verdikjeden for mat, og til kontraktens innhold. Kontrakter må som virkemiddel for gjennomføringen av transaksjoner mellom dagligvareleverandører og dagligvarekjeder være effektive fra et samfunnsperspektiv.

For det andre skal loven sikre at kontraktene på dagligvaresektoren sikrer forbrukernes interesser i en effektivt fungerende distribusjonskjede. Matkjedeutvalgets formulering av "et forbrukerprinsipp" kan tjene som utgangspunkt for en formulering av forbrukerhensynet i formålsbestemmelsen til en lov om god handelsskikk:

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

De to overordnede målsetningene bør reflekteres i en formålsbestemmelse som to sidestilte målsetninger.

3. PRINSIPPET OM GOD HANDELSSKIKK

Matkjedeutvalget anbefaler at en regulering av forhandlingsmekanismen i dagligvaresektoren tar utgangspunkt i et prinsipp om god handelsskikk.¹ Prinsippet om god handelsskikk relaterer seg til redelighet og god skikk i forhandlingsprosessen. Ved å pålegge partene i dagligvaresektoren å opptre redelig og rimelig, sett på bakgrunn av en norm om god handelsskikk, unngår man at skjevheter i maktbalansen får urimelige utslag.

¹ NOU 2011: s 119.

Det klare utgangspunkt for forhandlingene mellom leverandørene og kjedene er at det er full kontraktsfrihet. Kontraktene er virkemiddelet for utvekslinger av ytelser og motytelser, og som et utgangspunkt vil resultatet av frie forhandlinger mellom leverandører og kjeder være effektive kontrakter. Det kan allikevel være tilfelle der en part har en særlig maktposisjon som kan utnyttes. Lovens oppgave vil være å slå ned på de klare misbruk.

Loven bør klart slå fast det overordnede prinsippet om god forhandlingskikk, og at aktørene i verdikjeden har en overordnet plikt til å innrette seg i tråd med dette. Med utgangspunkt i Matkjedeutvalgets angivelse av prinsippet om god handelsskikk i dagligvarebransjen kan prinsippet gis følgende innhold:

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

Prinsippet om god handelsskikk vil være en rettslig standard som konkrete handlinger i forhandlingene mellom kjeder og leverandører vurderes i forhold til. Prinsippet vil danne utgangspunktet for utformingen av en atferdskodeks for forhandlingene og varebyttet mellom leverandørene og kjedene. Ved en anvendelse av det generelle prinsippet på konkrete saker vil det i praksis danne seg retningslinjer for kjedenes og leverandørenes atferd i forhandlingene.

Det generelle prinsippet kan suppleres med bestemmelser som retter seg mot konkrete typer atferd. En atferd i strid med de konkrete bestemmelsene vil rammes av disse. Atferd som ikke omfattes av de konkrete bestemmelsene vil måtte vurderes i forhold til det generelle prinsippet om god handelsskikk.

Prinsippet om god handelsskikk bør gjelde for alle produkter i dagligvaresektoren, og ikke begrenses til matvareprodukter. Det vil ikke være hensiktsmessig å begrense lovens anvendelse til matvarer, og la andre dagligvarer stå uregulert. Videre bør prinsippet gis anvendelse på storhusholdningssektoren, der det i stor utstrekning er de samme aktørene som møter hverandre.

4. BESTEMMELSER RETTET MOT KONKRETE FORHOLD

4.1. Innledning

Matkjedeutvalget peker på flere forhold som bør reguleres i en lov om forhandlinger og god handelsskikk, men utformer ikke noe nærmere forslag til lovbestemmelser vedrørende de forhold som nevnes. I det videre vil jeg gi noen utdypende kommentarer til de forhold som omfattes av Matkjedeutvalgets liste over forhold som bør reguleres.

4.2. Balanse mellom ytelse og motytelse

Flere av de forhold som Matkjedeutvalget angir kan gjøres til gjenstand for konkret regulering relaterer seg til balansen mellom ytelser og motytelser i kontraktsrelasjonen mellom kjeder og leverandører. Utvalgets utgangspunkt er at den sterke part i et kontraktsforhold ikke skal benytte sin forhandlingsmakt til å sikre seg urimelige fordeler. Som et eksempel nevner utvalget betaling for markedsføringstiltak som ikke følges opp med reelle tiltak rettet mot forbrukerne.

Den kompensasjon dagligvarekjedene gir leverandørene ved kjøp av dagligvareprodukter for videresalg til forbrukere har to hovedelementer. Det første er prisen. Det andre er rabatter og andre økonomiske ytelser, hvor ytelser til felles markedsføringsføring står sentralt (såkalt Joint Marketing/JM). Økonomiske ytelser i form av rabatter mv. har i de senere år økt betydelig i omfang. Forhandlinger om rabattenes størrelse må anses å være en integrert del av prisforhandlingene. Derimot er ikke sammenhengen med pris like klar for økonomiske ytelser som JM, hylleplassbetaling mv. Betaling i form av for eksempel JM og hylleplassbetaling er betaling fra leverandørene for en motytelse fra kjedene. JM har sitt grunnleggende rasjonale som en betaling for markedsføringstiltak. Hylleplassbetaling har sitt rasjonale som en betaling for tilgang til begrenset plass i hyllene i butikk, og sikrer eksponering mot forbruker. Selv om betaling for JM, hylleplass m.v. er knyttet mot konkrete ytelser, har betalingen karakter av å være rundsumbetaling uten direkte årsakssammenheng til konkrete ytelser.

En forutsetning for at økonomiske ytelser som JM og hylleplassbetaling kommer forbrukerne til gode er at de gir seg et økonomisk utslag for den enkelte butikk. Det varierer mellom kjedene hvor stor andel av de økonomiske ytelsene som betales sentralt til kjeden, og hvor stor andel, direkte eller indirekte, som videreføres til butikkene. Skal forbrukerne ha glede av økonomiske ytelser som kjedene fremforhandler med leverandørene må ytelsene føre til reduserte priser i butikk. Dette vil også øke priskonkurransen i butikkhyllene.

En lov om forhandlinger og god handelsskikk kan slå fast som et utgangspunkt at alle økonomiske ytelser skal basere seg på et prinsipp om ytelse og motytelse. Matkjedeutvalget viser til at leverandørene anslår at de i snitt oppnår kun 30 % gjenytelser på de midler som er innbetalt til felles markedsføringsaktiviteter i regi av paraplykjedene. For å skape åpenhet i verdikjeden kan det i kontraktene med leverandørene spesifiseres hva som er motytelsen for de økonomiske ytelser leverandørene betaler til kjedene. For at disse ytelsene skal komme forbrukerne til gode kan det være et krav at ytelsene spesifikt relaterer seg til videresalg av produktene til den leverandør som betaler ytelsen. Uspesifiserte rundsumbetalinger vil i så fall ikke kunne avtales.

Matkjedeutvalget nevner "prisdrivende kalkylemodeller" som et forhold som bør vurderes regulert i en lov om god handelsskikk. Matkjedeutvalget har en egen vurdering av "prissystemene og økonomiske transaksjoner internt i paraplykjedene".² Et forhold utvalget

² NOU 2011:4 s. 28-29.

vurderer i denne forbindelse er i hvilken grad utformingen av transaksjonssystemene har betydning for fastsettelsen av forbrukerprisene.

Utvalget peker på at det er paraplykjedene som har kontroll over utformingen av transaksjonssystemene.³ Leverandørenes priser og økonomiske ytelser i form av bonuser, JM m.v. fastsettes i forhandlinger med kjedene. Leverandørene har mulighet til å justere prisene to ganger i året dersom dette kan begrunnes i økte råvarekostnader utenfor leverandørenes kontroll. Matkjedeutvalget peker på at kjedenes transaksjonssystemer "i seg selv" kan føre til at slike prisøkninger kan få en prisforsterkende effekt.⁴ Et eksempel utvalget nevner er det logistikkpåslag som kjedenes grossistvirksomheter legger på leverandørprisen. Øker leverandørens pris vil også logistikkpåslaget øke, uten at det i sin helhet kan relateres til økte kostnader eller endring av ytelsene fra grossistene. Videre vil rabattene øke som en følge av at rabattgrunnlaget øker. Begge disse forhold vil kunne gi seg utslag i en uforholdsmessig økning i forbrukerprisen, d.v.s. en økning som overstiger leverandørenes prisøkning.

Utvalget nøyer seg med å peke på at transaksjonssystemene "kan teoretisk ha en pris og kostnadsdrivende effekt", uten å konkludere m.h.t. om dette er en hovedregel i praksis.⁵ En årsak til det er den komplekse oppbygning transaksjonssystemene har.

Kalkylemodellene har en side til det som kan betegnes som prinsippet om ytelse mot ytelse, da kalkylemodellene, som påpekt ovenfor, er bestemmende for størrelsen på den økonomiske ytelse leverandørene gir til kjedene.

Nivået på de økonomiske ytelsene skal fastsettes i forhandlingene mellom leverandørene og kjedene og bør ikke reguleres i en lov. Derimot vil man gjennom et krav om at økonomiske ytelser skal ha en konkret motytelse, eventuelt kombinert med regler som gir større åpenhet i transaksjonssystemet internt i paraplykjedene, kunne legge til rette for at "pengestrømmen følger varestrømmen", og at de økonomiske ytelsene leverandørene gir i større grad kommer forbrukerne til gode.

Dersom det slås fast at økonomiske ytelser skal forhandles på basis av prinsippet om at det skal være balanse mellom ytelse og motytelse, vil man ved å i større grad knytte leverandørenes ytelser til konkrete varelinjer legge til rette for at ytelsene i større utstrekning kommer forbrukerne til gode.

4.3. De-listing

Det er opp til dagligvarekjedene å bestemme hvilke produkter de skal ha i hyllene, basert på forbrukernes preferanser og etterspørsel. Konkurrerende leverandører må på like vilkår konkurrere om hylleplassen.

³ NOU 2011:4 s. 28.

⁴ NOU 2011:4 s. 29.

⁵ NOU 2011:4 s. 29.

Selv om en kontrakt er inngått med en dagligvarekjede risikerer en leverandør at en dagligvarekjede bestemmer at den ikke lenger skal distribuere et eller flere av leverandørens produkter. Leverandørens produkter blir "de-listet", og går dermed ut av listen over de produkter kjeden tilbyr forbruker.

En de-listing bør være begrunnet i objektive forhold, primært reelle, kommersielle forhold, for at det i et etablert kontraktsforhold skal være lojalt å utøve de-listing. De-listing bør ikke skje vilkårlig og bør heller ikke kunne brukes som sanksjonsmiddel. Det kan derfor utformes en egen bestemmelse som regulerer de-listing, og der det slås fast at det vil være i strid med god handelsskikk å foreta de-listing av andre enn objektive, kommersielle grunner basert på forbrukerpreferanser.

Det kan videre være et krav at de-listing, der den er objektivt og kommersielt begrunnet, implementeres på en måte som også hensyntar leverandørens interesser. Leverandørene må planlegge sin produksjon, og de-listing bør varsles i tilstrekkelig tid til at leverandørene får justert sin produksjon før produktene tas ut av hyllen. Det er en ineffektiv bruk av ressurser å produsere produkter som ikke vil nå ut i butikkhyllene. De-listing kan derfor være betinget av at leverandøren har fått varsel i rimelig tid før de-listing kan skje. Det kan også stilles krav om at leverandøren har krav på en begrunnelse for hvorfor de-listing gjennomføres i det enkelte tilfellet.

En bestemmelse om de-listing i tråd med det ovenstående vil ikke gripe inn i kjedenes adgang til å de-liste. Kjedene vil fortsatt kunne de-liste der tilbakemeldingen fra forbrukerne tilsier det. Derimot vil det stilles krav til begrunnelse for de-listing, og til prosessen knyttet til de-listing.

Kravet til begrunnelse for de-listing vil sikre åpenhet og innsyn i de de-listinger kjedene foretar. Ved å sikre åpenhet vil man gjøre det mulig å vurdere konkrete tilfelle av de-listing i forhold til det overordnede prinsippet om god handelsskikk.

4.4. Bruk av sanksjoner

Prinsippet om god handelsskikk får også anvendelse under oppfyllelsen av en kontrakt. Kjernen i prinsippet er at en kontrakt skal oppfylles lojalt etter sin ordlyd. I de tilfelle der oppfyllelse ikke skjer i tråd med det avtalte, er den part som har blitt utsatt for et mislighold berettiget til å benytte seg av de misligholdssanksjoner kontrakten gir grunnlag for.

I kontraktsforhold der det er skjevheter i styrkeforholdet mellom partene, vil kontraktbruddsanksjoner kunne misbrukes av den sterke part. Av et prinsipp om god handelsskikk kan det utledes et krav om at kontraktbruddsanksjoner ikke skal inneholde et "straffeelement", men utformes og utøves på grunnlag av et proporsjonalitetsprinsipp. Et slikt krav kan nedfelles i en særskilt bestemmelse om at misligholdssanksjoner skal stå i et rimelig forhold til kontraktbruddet.

4.5. EMV

Flere av dagligvarekjedene selger produkter under egne merkevarer (EMV), i konkurranse med leverandørens merkevarer. Dagligvarekjedene produserer i hovedsak ikke produktene som selges under EMV selv, men har inngått avtaler med produsenter som produserer varene for kjedene. Mange av produsentene som kjedene har inngått avtaler med er tilbydere av de samme produktene, og står i den forbindelse også i et leverandørforhold til kjedene, men da under produsentenes merkevarer.

Når dagligvarekjedene får produsert produkter som selges under kjedenes EMV foretar kjedene en vertikal integrering oppstrøms. Integreringen er kontraktuell i den forstand at produksjonen er basert på produksjonsavtaler. Med EMV etablerer kjedene en horisontal konkurranserelasjon til sine leverandører. Kjeden går fra å være kunde til også å bli konkurrent. I tillegg har det skjedd en utvikling der kjedene integrerer oppstrøms, med den konsekvens at de også eier produsentbedrifter.

Gjennom forhandlingene om avtaler med produsentene om produksjon av kjedenes EMV får kjedene detaljert informasjon om kostnadsforhold som råvarepriser, produksjonskostnadene m.v. Det er legitimt at kjedene får denne informasjonen knyttet til den rolle de har som tilbydere av EMV, men informasjonen kan benyttes av kjedene utenfor relasjonen mellom kjedene og EMV-produsentene. For det første kan kjedene bruke informasjonen i forhandlinger med EMV-produsenter som også er produsenter og leverandører til kjedene av produkter med konkurrerende merkevarer. For det andre gir den informasjon en kjede får i forhandlinger med en produsent/leverandør knyttet til EMV og leveranser av tilsvarende produkter under produsentens konkurrerende merkevarer, kjeden informasjon som kan benyttes som grunnlag for analyser av hvilke vilkår konkurrerende kjeder får.

For å hindre misbruk av informasjon som kjedene får om produksjonskalkyler m.v. i forbindelse med avtaler om EMV-produksjon kan kjedene pålegges å ikke benytte informasjonen utenfor forhandlingene om EMV-produksjon til skade for produsenter og konkurrenter.

EMV reiser særlige spørsmål i forhold til produktutvikling og innovasjon. Dagligvarekjedenes EMV konkurrerer med leverandørens merkevarer. EMV har lav innovasjonsgrad, og er gjennomgående produkter som tar utgangspunkt i et marked utviklet av leverandørens produkter og merkevarer. EMV produkter kan således stå i fare for å bryte immaterialrettens forbud mot etterligning. Videre vil kjedene kunne benytte leverandørens presentasjon av nyheter og innovasjoner i produksjonen av egne merkevarer.

Immaterialrettslovgivningen, og da særlig varemerkeloven og markedsføringsloven, gir i utgangspunktet en effektiv beskyttelse mot inngrep i immaterialrettigheter. Der en leverandør står i en kontraktsrelasjon med en dagligvarekjede med forhandlingsmakt vil det allikevel kunne oppstå situasjoner der en leverandør lar være å påtale varemerkeinngrep og ulovlige etterligninger på grunn av de konsekvenser dette vil kunne ha for leveranseforholdet i forhold til dagligvarekjeden.

Disse forholdene kan tilsa at det i en lov om god handelsskikk tas inn bestemmelser som sikrer at dagligvarekjedene respekterer leverandørers immaterialrettigheter, derunder know how, knyttet til kjedenes produksjon og tilbud av EMV.

4.6. Distribusjon

Det har i de senere år funnet sted en utvikling der kjedene og deres grossistvirksomheter har overtatt en stadig større del av distribusjonen av dagligvarer til butikk og på storhusholdningssektoren. Tilgangen til distribusjon er en forutsetning for at leverandørene skal nå forbrukerne. Det er sentralt at leverandørene sikres lik tilgang til effektive distribusjonstjenester på konkurransedyktige vilkår.

Distribusjonstjenester er tjenester som må vurderes atskilt fra de varer som distribueres. Distribusjonstjenestene er ikke en del av markedet for de varer som distribueres, men kan sies å tilbys på et eget marked. Leverandører som ikke har eget distribusjonssystem må sikres tilgang på ikke-diskriminerende vilkår, og på vilkår som reflekterer kostnadene knyttet til distribusjonen av varene.

I forhold til distributører som har egne distribusjonsløsninger vil det være sentralt at det er like konkurransevilkår på markedet for distribusjonstjenester mellom kjedenes og leverandørenes distribusjonsløsninger. Forhandlingsmakt i kontraktsrelasjonen bør derfor ikke kunne benyttes til å påvirke konkurransen på markedet for distribusjonstjenester. For å sikre konkurranse mellom distribusjonsløsninger er det sentralt at det legges til rette for at det kan utvikles effektive distribusjonssystemer som supplement til kjedenes distribusjonssystemer.

4.7. Storhusholdning

Matkjedeutvalgets foreslår at det foretas en nærmere vurdering av maktforholdene innen storhusholdning og servicemarkedet. Det kan legges til rette for en regulering av storhusholdningssektoren ved at det presiseres i en egen bestemmelse at prinsippet om god handelsskikk også kommer til anvendelse på storhusholdningssektoren. En undersøkelse av storhusholdningssektoren i tråd med Matkjedeutvalgets forslag vil kunne danne utgangspunkt for en nærmere utpensling av prinsippets anvendelse på storhusholdningssektoren. Dette forutsetter at det i en lov om god handelsskikk tas inn en hjemmel til å gi nærmere forskrifter om anvendelsen av prinsippet om god handelsskikk på storhusholdningssektoren.

5. OMBUD FOR DAGLIGVARESEKTOREN OG SANKSJONERING AV BRUDD PÅ LOVEN

For at en lov om forhandlinger og god handelsskikk skal kunne realisere de formål den skal forfølge, kreves en effektiv håndheving av loven. Dette krevet at det etableres et effektivt system for håndheving av loven, og at det etableres et sanksjonssystem som gir lovens adressater et insentiv til å ikke handle i strid med lovens bestemmelser.

Matkjedeutvalget foreslår at håndhevingen av loven legges til en egen instans; et ombud for dagligvaresektoren.⁶ Organisatorisk foreslår Matkjedeutvalget at ombudet "legges inn som en del av forbruker- og matmyndighetene".⁷

Matkjedeutvalget foreslår at Ombudet kan gripe inn etter klage fra aktørene i matkjeden, inkludert forbrukerne, eller gripe inn etter eget tiltak. Ombudet skal kunne påpeke brudd på loven om god handelsskikk, pålegge at brudd bringes til opphør og ha myndighet til å sanksjonere brudd på loven. Utvalget foreslår at ombudets avgjørelser skal kunne påklages til Markedsrådet.

Etter utvalgets forslag vil ombudet mer ha preg av å være en tilsynsmyndighet enn et "ombud", sammenlignet med utformingen av ombud på andre områder. Hvilken betegnelse som brukes på den aktuelle instans er av mindre betydning. Det sentrale er hvilken kompetanse instansen gis.

En instans som løpende skal føre tilsyn med at loven etterleves og ivareta lovens formål, vil mer aktivt kunne utforme en atferdskodeks for dagligvaresektoren enn en instans som skal begrense seg til å behandle tvister i den konkrete sak. Det antas at en slik instans kan opprettes uten en omfattende organisasjon, sett hen til at tilsynsmyndigheten vil referere seg til en enkelt sektor.

Instansen bør ha kompetanse til å påpeke og pålegge opphør av ethvert brudd på god handelsskikk. Sanksjonering av brudd på lovens bestemmelser bør derimot begrense seg til en sanksjonering av grovere brudd på loven. Instansen bør gis kompetanse til å gi sanksjoner av økonomisk karakter, som overtredelsesgebyr. I tillegg bør manglende etterlevelse av pålegg om opphør av en atferd i strid med loven om god handelsskikk gjøres til gjenstand for sanksjonering. Det bør videre vurderes om gjentatte brudd på loven bør kunne sanksjoneres selv om det enkelte brudds grovhet, isolert betraktet, ikke ville kvalifisert for sanksjonering.

6. FORHOLDET TIL ANDRE LOVER

6.1. Innledning

Det er ingen lover som eksplisitt tar for seg makt og maktutøvelse i verdikjeden for mat. Jeg har i en utredning for Matkjedeutvalget påpekt at de forhold som Matkjedeutvalget foreslår ivaretatt gjennom en lov om god handelsskikk ikke er ivaretatt i det eksisterende lovverk på en måte som ivaretar de hensyn utvalget søker å ivareta gjennom sitt forslag om en ny lov.⁸ I det videre vil jeg først kort gi en redegjørelse for hvilke føringer Matkjedeutvalgets maktanalyse vil kunne legge på utformingen av en lov om god handelsskikk, og vurdere hvordan de aspekter ved makt som utvalget foreslår omfattet av en ny lov vil forholde seg til relevante bestemmelser i gjeldende lovverk. Jeg begrenser gjennomgangen til de, etter min

⁶ Det antas at begrepet "ombud" er valgt etter inspirasjon fra GSCOP.

⁷ NOU 2011:4 s. 120.

⁸ Særskilt vedlegg til NOU 2011:4: Sentrale underlagsdokumenter, vedlegg 21, s. 303-310.

oppfatning, tre mest relevante lovene; avtaleloven, markedsføringsloven og konkurranseloven.

6.2. Generelt om Matkjedeutvalgets maktanalyse

Matkjedeutvalgets maktanalyse foretas på grunnlag av en statsvitenskapelig tilnærming til maktbegrepet.⁹ Med støtte i statsvitenskapelig teori om makt "gjøres det et grovt skille mellom tre hovedformer for makt som strukturerer og fanger mye av det som er viktig for å forstå makt i en verdikjede".¹⁰ De tre hovedformene for makt er makt over utfall, regimakt og idémakt.

Utvalgets analyser og funn må ses på bakgrunn av den metode som benyttes. Det kan tenkes andre metoder som kan benyttes for å analysere maktforholdene i verdikjeden for mat. For eksempel kan samfunnsøkonomiens analyser av eksistens og utnyttelse av markedsrett benyttes til å analysere virkninger av makt(utøvelse) på ressursbruken i samfunnet, ut fra en målsetning om samfunnsøkonomisk effektivitet, og på konsumentvelferden.

Ulike vitenskaper har ulike definisjoner av makt, og fokuserer på forskjellige aspekter ved makt og maktutøvelse. Det kan neppe hevdes at en bestemt vitenskaps analyser av makt er "riktigere" en andre vitenskapers analyser av makt. Det fremstår således som lite fruktbart å avvise en vitenskaps maktanalyse med at en annen vitenskap har en annen inngang til maktanalysen og andre forklaringsmodeller for makt og maktutøvelse.

Matkjedeutvalgets maktanalyse identifiserer sider ved maktutøvelsen i verdikjeden for mat som utvalget mener bør reguleres i en lov om forhandlinger og god handelsskikk i dagligvarebransjen. Forslaget til lov griper ikke inn i etablerte maktstrukturer, men skal forhindre maktmisbruk. Utarbeidelsen av en lov må ta utgangspunkt i de problematiske sider ved maktutøvelsen som Matkjedeutvalget, ut fra en statsvitenskapelig inngang til analysen av makt, påpeker.

Dersom lovgiver velger å følge Matkjedeutvalgets anbefalinger, innebærer det at lovgiver gir sin tilslutning til utvalgets analyser av makt. Andre analyser av makt blir da primært relevant om de har gitt seg utslag i lovbestemmelser som vil stå i motstrid med bestemmelsene i en eventuell lov om god handelsskikk. Dette vil jeg vurdere nærmere i det følgende.

6.3. Markedsføringsloven

Den såkalte generalklausulen i markedsføringslovens § 25 kommer til anvendelse på handlinger næringsdrivende imellom som er i strid med "god forretningsskikk". Bestemmelsens primære anliggende er handlinger mellom næringsdrivende som kan skade en virksomhets konkurranseposisjon ved å skade virksomheten som konkurranseobjekt, for

⁹ Matkjedeutvalget støtter seg i denne forbindelse særlig på Lukes, Steven: Power. A radical view (2nd. Edition, Basingstoke 2005), og bearbeidningen av Lukes tilnærming i Tranøy, Bent Sofus: Markedets makt over sennene (Oslo 2006).

¹⁰ NOU 2011:4 Mat, makt og avmakt s. 22.

eksempel gjennom å skade virksomhetens omdømme eller gjennom å snylte på en virksomhets konkurranseposisjon gjennom produktetterligninger m.v. Markedsføringsloven § 25 retter seg således mot konkurranseatferd, m.a.o. mot den horisontale relasjonen mellom næringsdrivende, som går på tvers av forretningslivets spilleregler eller på tvers av god forretningsskikk.

En lov om forhandlinger og god handelsskikk vil også komme til anvendelse på handlinger mellom næringsdrivende, men da i deres egenskap av "handlende". Den vil ikke fokusere på konkurranseflatene mellom aktørene (den horisontale relasjonen), men på deres handlinger knyttet til varebyttet mellom dem (den vertikale relasjonen). Lov om god handelsskikk vil således regulere andre aspekter ved relasjonen mellom aktører i verdikjeden for dagligvarer enn markedsføringslovens § 25.

6.4. Avtalelovens regulering av urimelige kontraktsvilkår

Dersom den sterke part i et kontraktsforhold benytter sin forhandlingsmakt til å tvinge igjennom klausuler overfor en svakere part som skaper en klar ubalanse i kontraktsforholdet, vil klausulene kunne rammes av avtalelovens ugyldighetsbestemmelser. Det er særlig avtalelovens § 36 som vil være relevant. Avtalelovens § 36 rammer avtaler og avtaleklausuler som er urimelige eller i strid med god forretningsskikk. Avtaler i strid med god forretningsskikk kan settes helt eller delvis tilside.

Bestemmelsen i avtalelovens § 36 åpner for konkret rimelighetssensur av avtaler i etterkant. Ved vurderingen av om en avtale er i strid med god forretningsskikk vil man således vurdere om avtalens inngåelse eller innhold avviker så mye fra det som anses å være god forretningsskikk i en bransje at den er urimelig og bør settes tilside. Forslaget til lov om god handelsskikk vil ha til formål å etablere en atferdskodeks og vil ha et bredere nedslagsfelt enn avtalelovens § 36. Avtalelovens § 36 vil som en bestemmelse rettet mot konkret rimelighetssensur ikke være et egnet virkemiddel for å etablere normer av mer generell karakter. Det reguleringsformål som søkes realisert gjennom Matkjedeutvalgets forslag til lov om forhandlinger og god handelsskikk vil således ikke kunne realisere gjennom anvendelsen av avtalelovens § 36.

6.5. Konkurranseloven

Konkurranseloven kommer til anvendelse på tiltak iverksatt av foretak som begrenser konkurransen i markedet. Konkurranseloven § 10 inneholder et forbud mot avtaler og samordnet praksis som har til formål eller virkning en merkbar begrensning av konkurransen. Konkurranseloven § 11 forbyr dominerende foretak å misbruke sin sterke markedsstilling.

I et maktperspektiv fokuserer konkurranseloven på markedsrett.

Konkurranseloven § 10 forbyr at konkurrenter gjennom avtaler eller samordnet praksis etablerer, forsterker eller samordner markedsrett. Dette vil særlig være tilfelle der avtaler

inngås mellom aktører på samme trinn i produksjons eller distribusjonskjeden, såkalte horisontale avtaler. Konkurranseloven § 10 kommer til anvendelse både på avtaler mellom aktører på selgersiden i markedet (selgermakt) og kjøpersiden av markedet (kjøpermakt). Konkurranseloven § 10 kommer også til anvendelse på avtaler mellom aktører på ulike trinn i omsetningskjeden, for eksempel mellom produsenter og distributører, såkalte vertikale avtaler. Vertikale avtaler inngås ikke mellom konkurrenter, og vil således ikke direkte føre til koordinering av markedsrett, men vil kunne ha virkninger på konkurransen, særlig i nedstrømsmarkedet.

Konkurranseloven § 11 setter rammer for dominerende foretaks markedsrett gjennom et forbud mot misbruk av markedsrett. Den forbyr ikke eksistensen av markedsrett i seg selv, m.a.o. at et foretak har en dominerende markedsstilling, men forbyr misbruk av markedsrett. Forbudet i § 11 rammer to typer misbruk. For det første rammer bestemmelsen ekskluderende misbruk, d.v.s. tilfelle der et dominerende foretak iverksetter tiltak som ekskluderer konkurrerende foretak fra markedet. For det andre rammer bestemmelsen utnyttende misbruk, for eksempel der et dominerende foretak benytter sin markedsrett til å ta urimelige priser av sine kunder.

Det ligger, slik jeg forstår det, utenfor Matkjedeutvalgets forslag til lov om god handelsskikk, å regulere tilfelle der markedsrett etableres, forsterkes eller samordnes gjennom avtaler, jf. konkurranseloven § 10. Riktignok vil avtaler kunne være et virkemiddel for utnyttelse av rett i forretningsforhold, for eksempel ved å tvinge gjennom urimelige avtalevilkår, men det er ikke utøvelse av rett i kontraktsrelasjonen § 10 rammer. Bestemmelsen rammer en avtales "ytre" konsekvenser, d.v.s. virkninger av kontraktsklausuler på konkurransen i markedet.¹¹ For at bestemmelsen skal komme til anvendelse må en avtale være rettet mot markedsrettmekanismens funksjon, enten ved å ha til formål å begrense konkurransen i markedet eller ved å ha slik virkning. Det vil således ikke være noe overlapp mellom konkurranselovens § 10 og en lov om god handelsskikk.

Konkurranseloven § 11 er rettet mot dominerende foretaks utøvelse av markedsrett. Bestemmelsen kan således umiddelbart synes å ha en grenseflate, og et mulig overlapp, med en regulering av rett i verdikjeden for mat gjennom en lov om forhandlinger og god handelsskikk.

Har et foretak markedsrett vil det gjennomgående også ha forhandlingsrett. Markedsrett er allikevel ingen nødvendig forutsetning for forhandlingsrett. Forslaget til lov om god handelsskikk vil komme til anvendelse på misbruk av forhandlingsrett, uavhengig av om den som misbruker forhandlingsretten er dominerende på markedet. En lov om god handelsskikk vil fokusere på misbruk av rett i kontraktsrelasjonen. Hvilke virkninger den aktuelle atferden har på konkurransen på markedet vil ikke være et relevant moment ved vurderingen av om en handling er i strid med god handelsskikk. Virkningene av atferden på konkurransen vil reguleres av konkurranseloven.

¹¹ Riktignok med forbehold for avtaler som begrenser konkurransen etter sitt "formål". Finnes en avtale å ha et konkurransebegrensende formål er dette tilstrekkelig til å konstatere et brudd på § 10 uten at det foretas en undersøkelse av om avtalen også har en konkurransebegrensende virkning.

At konkurranseloven § 11 ikke forbyr en atferd er ikke et avgjørende argument for at atferden ikke kan forbys gjennom en annen lov, forutsatt at forbudet er begrunnet i hensyn eller virkninger som ikke ivaretas i den konkurranserettslige analyse. Et forbud mot atferd i strid med redelighet og rimelighet i forhandlingene vil ramme andre sider av atferden enn konkurranselovens forbud. Selv om atferden skulle falle inn under konkurranseloven § 11 er det etter EØS-konkurranseloven § 7 andre ledd adgang til å gi regler som er mer restriktive enn hva som følger av § 11.

Vilkårene for gjennomføringen av transaksjoner i et marked nedfelles i avtaler. For at kontraktsvilkårene, og dermed markedsvilkårene, skal nærme seg de vilkår som gjelder i et konkurransemarked, er det viktig at kjøperne kan bruke den forhandlingsmakt de har for å sette selgerne under press, for dermed å oppnå lave priser m.v.

En lov om god handelsskikk skal, slik jeg forstår Matkjedeutvalget, ikke gripe inn i de etablerte maktforholdene i markedet, for eksempel ved å legge bånd på kjedene i forhandlinger med leverandørene som reduserer deres forhandlingsmakt. Utvalgets forslag til lov om god handelsskikk skal ramme de klare misbruk av makt i forhandlingene mellom kjeder og leverandører. Kjedene vil således kunne bruke sin forhandlingsposisjon til å legge press på leverandørene, slik de i betydelig utstrekning gjør i dag. De vil derimot ikke kunne benytte sin forhandlingsmakt til å tvinge igjennom klart urimelige løsninger overfor en leverandør, for eksempel de-liste en leverandør som "straff" for at leverandøren ikke godtok et bestemt sett med betingelser.

Konkurranseloven vil ramme de alvorligste tilfelle av misbruk av forhandlingsmakt, men har allikevel klare begrensninger som virkemiddel for å ivareta et balansert forhandlingsystem. Lovens fokus på konkurransebegrensninger er ikke egnet til å forhindre urimelig forretningsatferd som ikke direkte begrenser konkurransen, eller til å ivareta forbrukernes interesse i at gevinster kjedene oppnår i forhandlingene med leverandørene videreføres til forbrukerne. Konkurranseloven kan derfor suppleres med lovregler som rammer handlinger som ikke er i tråd med god handelsskikk i dagligvarebransjen, og lovregler som legger til rette for at forbrukerne sikres en rimelig andel av gevinstene kjedene oppnår i forhold til leverandørene. Det kan også hevdes at regler som bidrar til en velfungerende forhandlingsmekanisme legger til rette for økt konkurranse.

Hvordan en lov om god handelsskikk kan supplere konkurranseloven kan illustreres ved vedtagelsen av *The Grocery Supply Code of Practices* (GSCOP) i Storbritannia. GSCOP er vedtatt av Competition Commission (CC), som er en del av konkurransemyndighetene i Storbritannia. Et hovedprinsipp i GSCOP er prinsippet om "fair dealing". Dagligvarekjedene pålegges i GSCOP Part 2 (2) å behandle sine leverandører i tråd med prinsippet om "fair dealing":

A Retailer must at all times deal with its Suppliers fairly and lawfully. Fair and lawful dealing will be understood as requiring the Retailer to conduct its trading relationships with Suppliers in good faith, without distinction between formal or informal

arrangements, without duress and in recognition of the Suppliers' need for certainty as regards the risks and costs of trading, particularly in relation to production, delivery and payment issues.

Begrunnelsen for pålegget rettet mot store dagligvarekjeder om å behandle sine leverandører i tråd med prinsippet om "fair dealing", har sin begrunnelse i skjevheter i maktforholdene mellom kjeder og leverandører på dagligvaresektoren i Storbritannia. GSCOP kommer til anvendelse på forhandlings- og kontraktsrelasjonen mellom kjeder og leverandører, og skal slå ned på misbruk av makt i denne relasjonen.

Det rettslige grunnlaget for vedtagelsen av GSCOP er Enterprise Act 2002. Etter Enterprise Act § 131 kan CC undersøke markedene for varer og tjenester for å avdekke om det er forhold i markedet som hindrer konkurranse.¹² Det følger av Enterprise Act § 138 at dersom CC på bakgrunn av en markedsundersøkelse finner at "it is one or more than one adverse effect on competition", skal CC gjøre det den finner hensiktsmessig

- a) to remedy, mitigate or prevent the adverse effect on competition concerned; and*
- b) to remedy, mitigate or prevent any detrimental effects on customers so far as they have resulted from, or may be expected to result from, the adverse effects on competition.*

Tiltak etter § 138 retter seg ikke mot konkurransebegrensende tiltak iverksatt av foretak, men mot tiltak som har en negativ effekt på konkurransen mellom foretak i en videre forstand. GSCOP søker således å ramme illojal eller uredelig opptreden i markedet, som igjen kan påvirke foretaks konkurranseposisjon negativt og være til skade for konsumentene.

Konkurransebegrensende avtaler og ensidige tiltak vil rammes av bestemmelsene i Competition Act 1998 §§ 2 og 18, som inneholder forbud som er parallelle til forbudene i konkurranseloven § 10 og § 11. Således understrekes det i GSCOP 1(2) at

"Compliance with the Code does not exclude any person from, or restrict the application of, the Competition Act 1998".

At en kjede handler i overensstemmelse med GSCOP utelukker således ikke at konkurranseloven kan anvendes på atferden dersom atferden begrenser konkurransen i strid med forbudet mot misbruk av en dominerende markedsstilling eller forbudet mot konkurransebegrensende avtaler. GSCOP fokuserer på redelighet og rimelighet i handelssamkvemmet mellom kjeder og leverandører, og ikke på hvordan handlinger kjeder og leverandørers handlinger påvirker konkurransen. Konkurransereguleringer reguleres av Competition Act 1998.

¹² Undersøkelser etter Enterprise Act § 131 iverksetter CC etter anmodning fra Office of Fair Trading: "The OFT may, subject to subsection (4), make a reference to the Commission, if the OFT has reasonable grounds for suspecting that any feature, or combination of features, of a market in the United Kingdom for goods or services prevents, restricts or distorts competition in connection with the supply or acquisition of any goods or services in the United Kingdom or a part of the United Kingdom".

En tilsvarende regulering av "unfair" konkurranse oppstiles i spansk konkurranselov § 3:

"The National Competition Commission or the competent bodies of the Autonomous Communities shall hear under the terms that this Act establishes for prohibited conduct the acts of unfair competition which affect the public interest by the distortion of free competition".

Illojale konkurransehandlinger reguleres i lovgivningen separat fra den spanske konkurranselovs regulering av konkurransebegrensende tiltak.¹³ Illojale konkurransehandlinger er kun relevant for konkurranseloven dersom de, i tillegg til å representere "unfair competition", begrenser konkurransen i markedet.

Tilsvarende vil en eventuell lov om forhandlinger og god handelsskikk ramme bestemte typer illojal forhandlingsatferd, men vil ikke forhindre anvendelsen av konkurranseloven på andre aspekter av de samme handlingene, d.v.s. dersom den aktuelle atferd er et ledd i tiltak som begrenser konkurransen. En lov om god handelsskikk vil forfølge andre formål og regulere sider ved markedsaktørens atferd som ikke omfattes av konkurranselovens forbudsbestemmelser, og kan således sies å utfylle eller supplere konkurranseloven på en lignende måte som forbudet mot handlinger i strid med god forretningsskikk i markedsføringslovens § 25.

6.6. Forholdet til regulering av makt i gjeldende lovgivning – oppsummering

De forhold Matkjedeutvalget foreslår regulert i en lov om god handelsskikk er ikke regulert i gjeldende lovverk på en måte som ivaretar de hensyn utvalget søker ivaretatt gjennom sitt forslag til lov. En lov om forhandlinger om god handelsskikk vil utfylle gjeldende lovverk, og omfatte sider ved utøvelsen av makt i verdikjeden for dagligvarer som ikke er adressert i gjeldende lovgivning.

¹³ I norsk rett kan dette illustreres med reguleringen av god forretningsskikk i markedsføringsloven § 25.

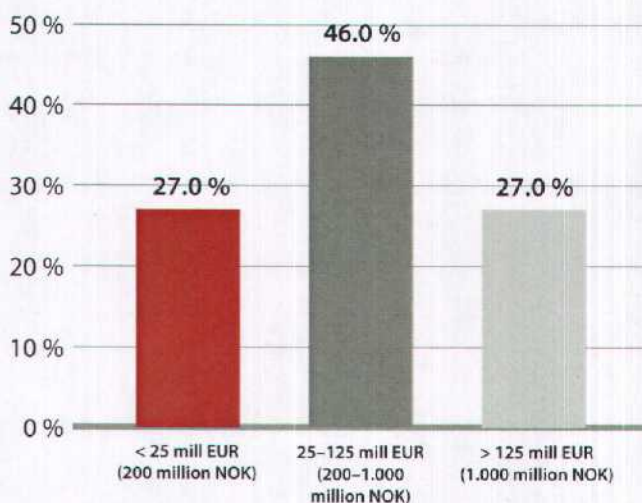
Unfair commercial practices in Norway | November 2011

Methodology and sample structure

- Web survey among grocery brands manufactureres, members of DLF Norway
- Number of respondents (N) = 61
- Fieldwork: September – November 2011
- Analysis provided only for cells where statistically there are sufficient observations
- Identical surveys conducted in 15 countries within EU December 2010 – January 2011
- Conducted by European Brands Association (AIM), Brussels

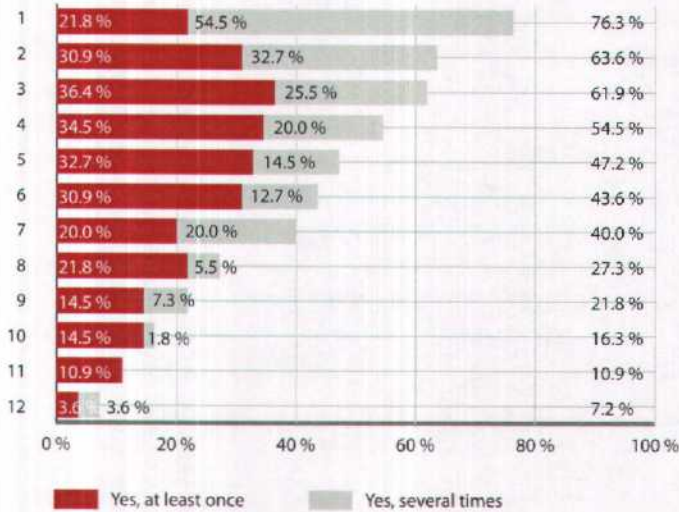
Company size (turn over) in Norway 2010

(N=61)



Were you confronted with the following situations in the last 12 months?

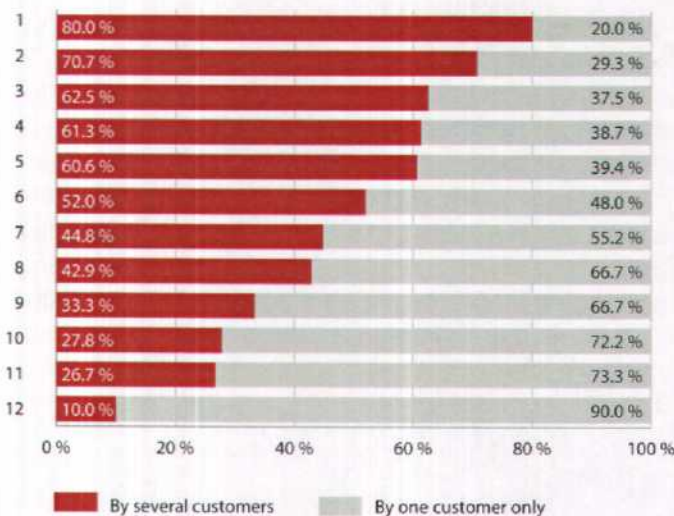
(N=55)



- 1) De-listing threats to obtain unjustified advantages
- 2) Your company providing payments clearly in no relation to the service provided
- 3) Unilateral disruption of the business relationship to obtain unjustified advantages (e.g.: removing products suddenly from the shelves)
- 4) Your company paying for noservice (e.g.: pay to compensate customer's lower profit)
- 5) The non-respect of contractual terms by some customers (e.g.: late payment)
- 6) Your paying retrospectively for items not foreseen in the contract (e.g.: additional discounts)
- 7) Imposing clearly one-sided contractual provisions (e.g.: require 5 of 29 mandatory use of third parties, demand to produce retailer own brand as a condition to be listed, impose a contract with no substantial content,...)
- 8) Customer's use of your privileged information to develop their competing own retailer brand
- 9) Unilateral cessation of contract by customers without commercial reasons, notice
- 10) Non-respect of confidentiality (e.g.: sharing with others your proprietary knowledge related to contracts, research or new product launch)
- 11) Blanket refusal to sign a confidentiality agreement without objective reasons
- 12) Unilateral deduction on your invoices without sound business reasons

If yes, were you confronted with the following situations by several or by one customer only?

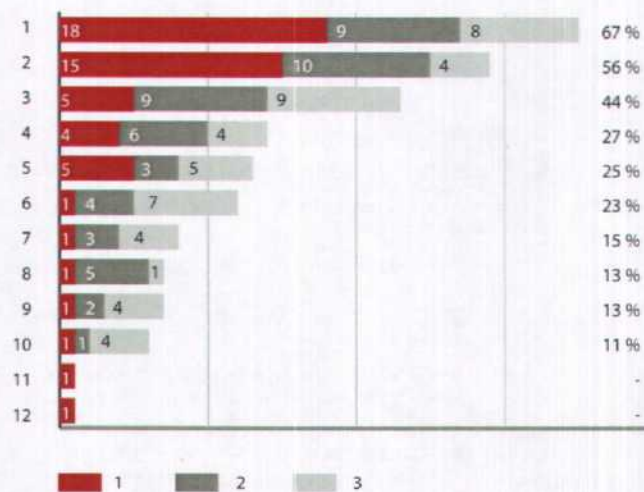
(N=50)



- 1) Your company providing payments clearly in no relation to the service provided
- 2) De-listing threats to obtain unjustified advantages
- 3) Imposing clearly one-sided contractual provisions (e.g.: require 5 of 29 mandatory use of third parties, demand to produce retailer own brand as a condition to be listed, impose a contract with no substantial content,...)
- 4) Your company paying for noservice (e.g.: pay to compensate customer's lower profit)
- 5) Unilateral disruption of the business relationship to obtain unjustified advantages (e.g.: removing products suddenly from the shelves)
- 6) Your paying retrospectively for items not foreseen in the contract (e.g.: additional discounts)
- 7) The non-respect of contractual terms by some customers (e.g.: late payment)
- 8) Unilateral deduction on your invoices without sound business reasons
- 9) Blanket refusal to sign a confidentiality agreement without objective reasons
- 10) Unilateral cessation of contract by customers without commercial reasons, notice
- 11) Customer's use of your privileged information to develop their competing own retailer brand
- 12) Non-respect of confidentiality (e.g.: sharing with others your proprietary knowledge related to contracts, research or new product launch)

Please select and rank the top 3 worst practices, i.e. the ones you consider most detrimental to your business (1= the worst, 2nd most damaging, 3..)

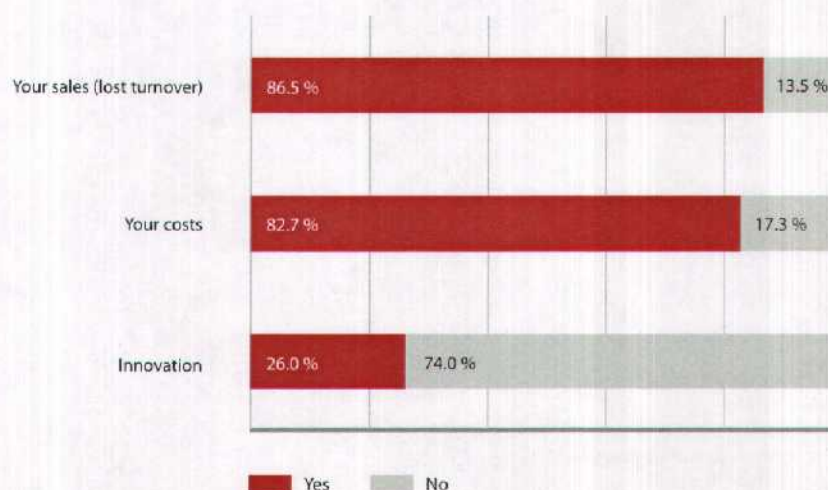
(N=52)



- 1) De-listing threats to obtain unjustified advantages
- 2) Your company providing payments clearly in no relation to the service provided
- 3) Your company paying for noservice (e.g.: pay to compensate customer's lower profit)
- 4) Unilateral disruption of the business relationship to obtain un-justified advantages (e.g.: removing products suddenly from the shelves)
- 5) The non-respect of contractual terms by some customers (e.g.: late payment)
- 6) Customer's use of your privileged information to develop their competing own retailer brand
- 7) Non-respect of confidentiality (e.g.: sharing with others your proprietary knowledge related to contracts, research or new product launch)
- 8) Your paying retrospectively for items not foreseen in the (e.g.: additional discounts)
- 9) Unilateral cessation of contract by customers without commercial reasons, notice
- 10) Imposing clearly one-sided contractual provisions (e.g.: require 5 of 29 mandatory use of third parties, demand to produce retailer own brand as a condition to be listed, impose a contract with no substantial content,...)
- 11) Blanket refusal to sign a confidentiality agreement without objective reasons
- 12) Unilateral deduction on your invoices without sound businessreasons

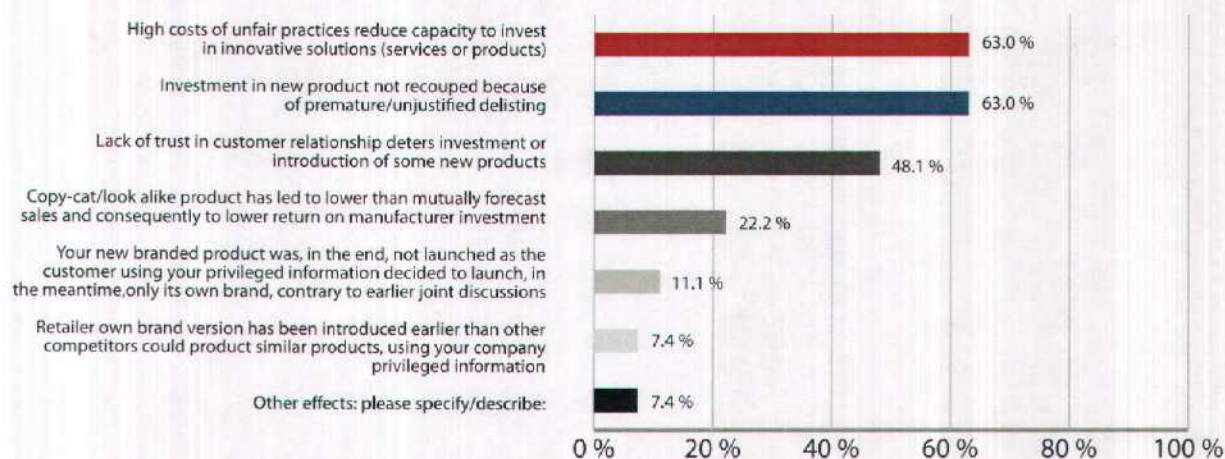
Have these unfair commercial practices had a negative effect on...

(N=52)



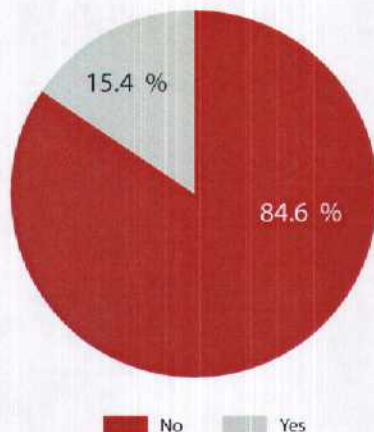
If yes, please specify the effects of unfair commercial practices on Innovation (multiple answers possible):

(N=27)



If confronted with unfair commercial practices, have you taken action beyond discussion with your customer (example: arbitration, legal action...)

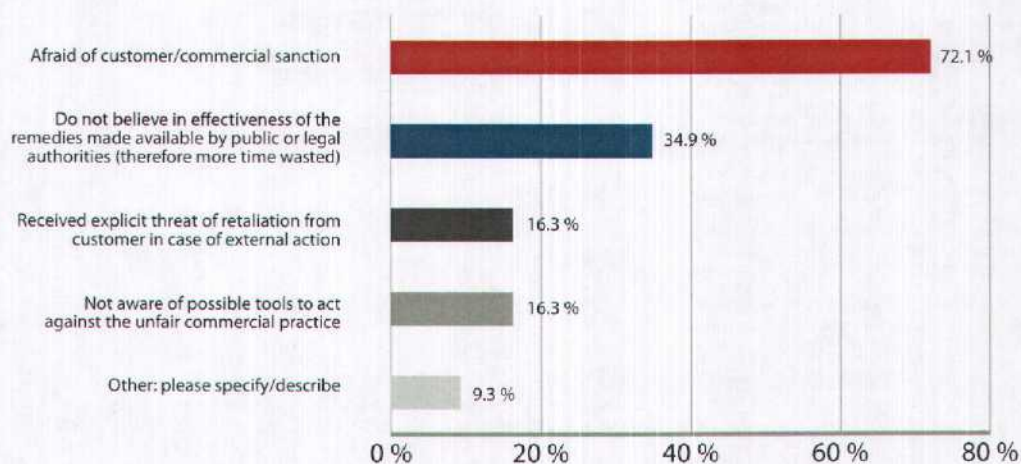
(N=52)



- Most who took action, primarily used arbitration
- Most who took action considered it helped solve the conflict

If you have not taken action when confronted with unfair commercial practices, please explain why not:

(N=43)



Summary

- There is a high level of exposure to unfair commercial practice
 - a) In terms of conditions vs. counterparts:
 - 64 % are providing payments clearly in no relation to the service provided
 - 55 % experience payments for no service, e.g. payments to compensate for customer's profit. This means that the rebate provided does not follow the product
 - 40 % are imposing clearly one-sided contractual provisions
 - b) In terms of threats and de-listings
 - 76 % have experienced delisting threats to obtain unjustified advantages
 - 62 % have experienced unilateral disruption of the business relationship to obtain unjustified advantages, e.g. removing products suddenly from the shelves
 - c) In terms of confidentiality
 - 27 % claims that privileged information have been used by customers to develop their own retailer brand
- The exposure of unfair commercial practice is in general faced from more than one costumer
- Threats of de-listings and payments with no relation to the service provided are considered to be most detrimental to the business
- 86 % reports that unfair commercial practices had a negative effect on sales (lost turnover), while 83 % experience a negative effect on the costs.
- 26 % of the companies consider that these unfair practices also have a **negative effect on innovation**. This is due to:
 - a) Higher costs reduce the capacity to innovate
 - b) Investments in new products are not recouped because of premature/ unjustified de-listings
 - c) Lack of trust in costumer relationship deters investments or introduction of some new products
- 85 % of the companies confronted with unfair commercial practices, have **not** taken any action
 - 72 % are afraid of customer/commercial sanction
 - 16 % received explicit threat of retaliation from customer in case of external action



AIM-CIAA Survey
Unfair commercial practices
in Europe



March 2011

Table of content

Introduction

Survey methodology and sample structure	3
---	---

Results

1. Relationship with the customers	5
2. Exposed to Unfair Practices in 2009	7
3. Exposed repeatedly (several times)	16
4. Exposed by several customers	19
5. Exposure summary	20
6. Top 3 most detrimental practices	22
7. Effect of these practices	26
8. Action taken	29
9. Summary	32

Methodology and sample structure

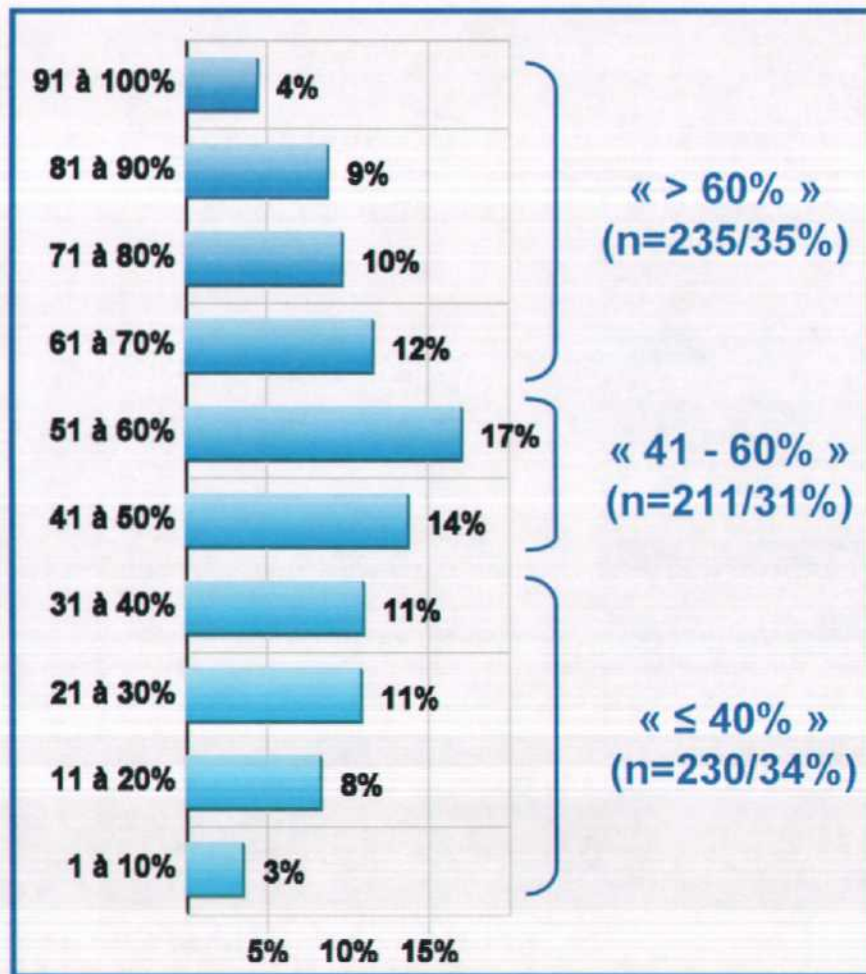
- Web survey in 15 European countries; N=686
- Fieldwork: December 2010 – January 2011
- Analysis provided only for cells where statistically there are sufficient observations

Countries			Area of activity		
- Belgium	58	8,5%	- Active in several markets	419	61,1%
- Czech Republic	22	3,2%	- National	267	38,9%
- Denmark	29	4,2%	Brands		
- Finland	70	10,2%	- Manufacturer brands only	332	48,4%
- France	80	11,7%	- Manufacturer&retailer brands	340	49,6%
- Germany	84	12,2%	- Retailer brands only	14	2,0%
- Hungary	23	3,4%	Product		
- Ireland	10	1,5%	- Food and drinks	547	79,7%
- Italy	92	13,4%	- Grocery non-food	102	14,9%
- Portugal	21	3,1%	- Both	37	5,4%
- Slovenia	13	1,9%	% of annual turnover of top 3 customers		
- Spain	55	8,0%	- < 40%	230	33,5%
- Sweden	38	5,5%	- 40 – 60%	211	30,8%
- The Netherlands	56	8,2%	- > 60%	235	34,2%
- United Kingdom	35	5,1%	- Unknown (no answer)	10	1,5%
Company size (turn over)			Total	686	100%
- ≤ 20M	205	29,9%			
- 20 - 100M	219	31,9%			
- > 100M	237	34,5%			
- Unknown (no answer)	25	3,6%			
Total	686	100%	Total	686	100%

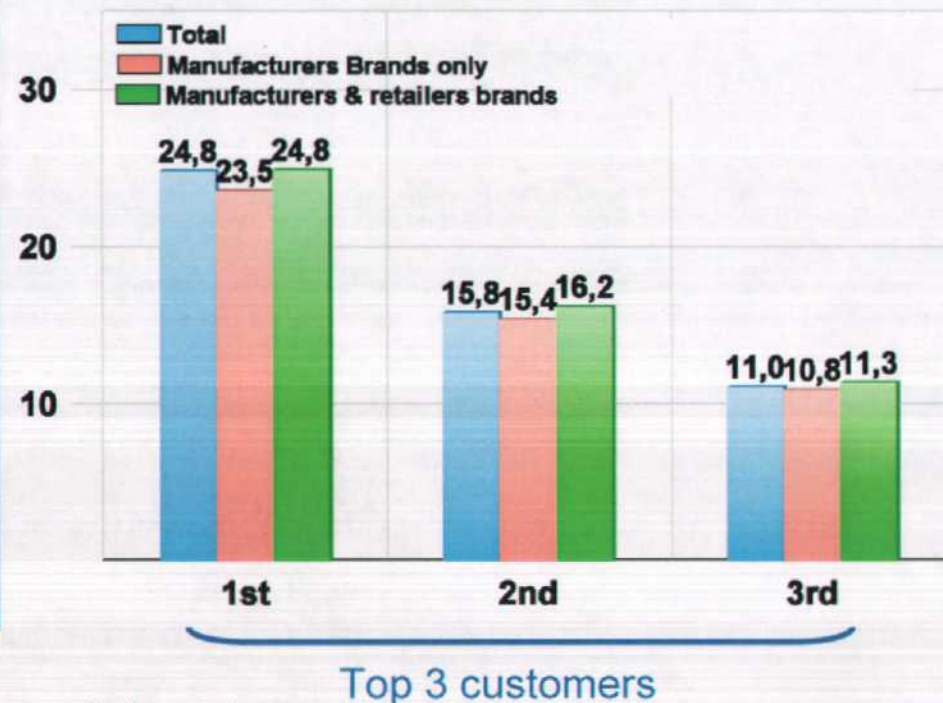
Results of Unfair Commercial Practices Survey in Europe

1. Relationship with the customers

Q: On 100% of your annual sales in the country, please indicate how much is taken by your top 3 customers in 2009?

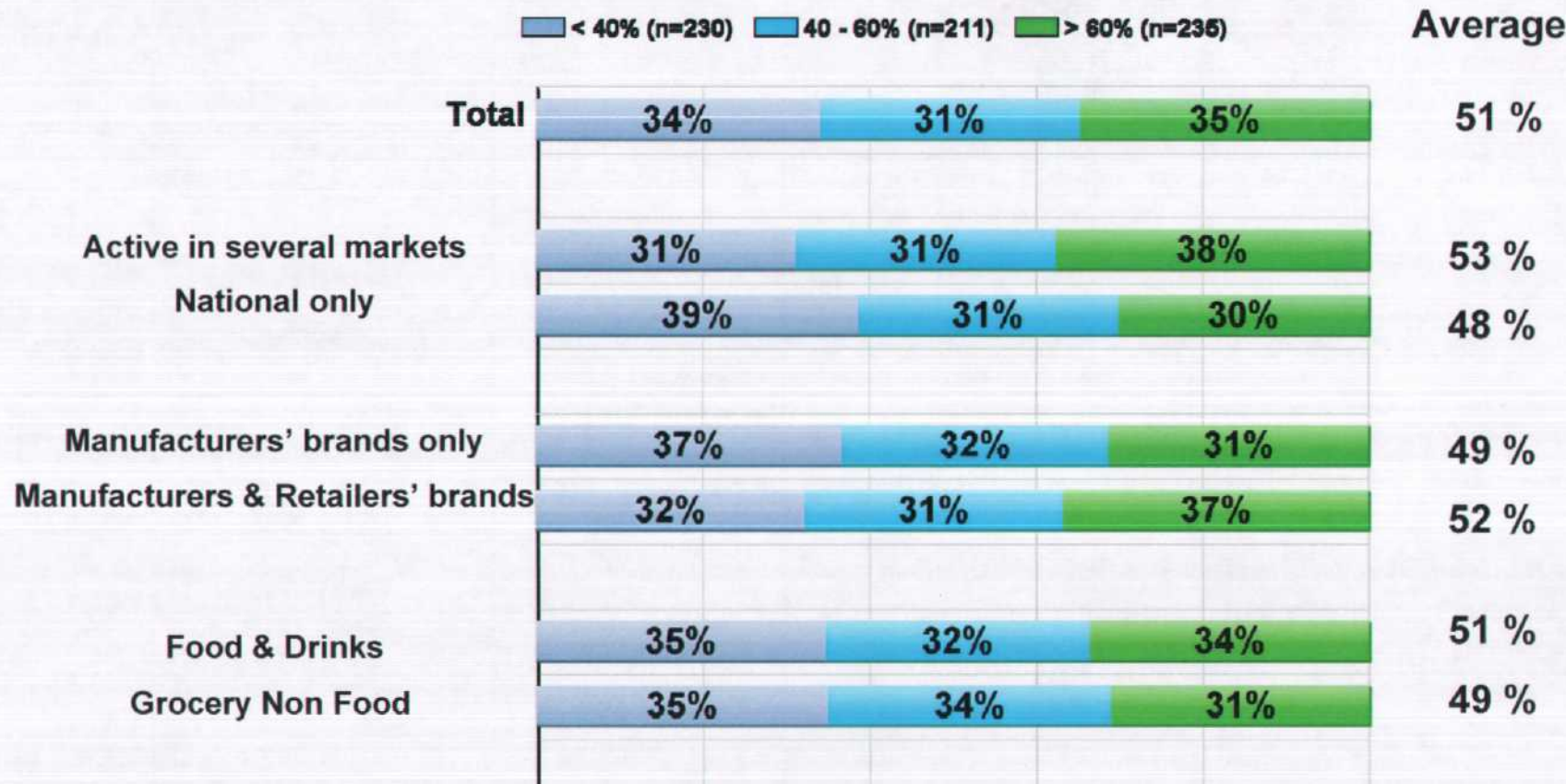


On average, the top 3 customers represent 51.6% of the suppliers business at European level (in the countries surveyed)



(Base : Total sample AND gave an answer to the question, N=676; open question/ answer)

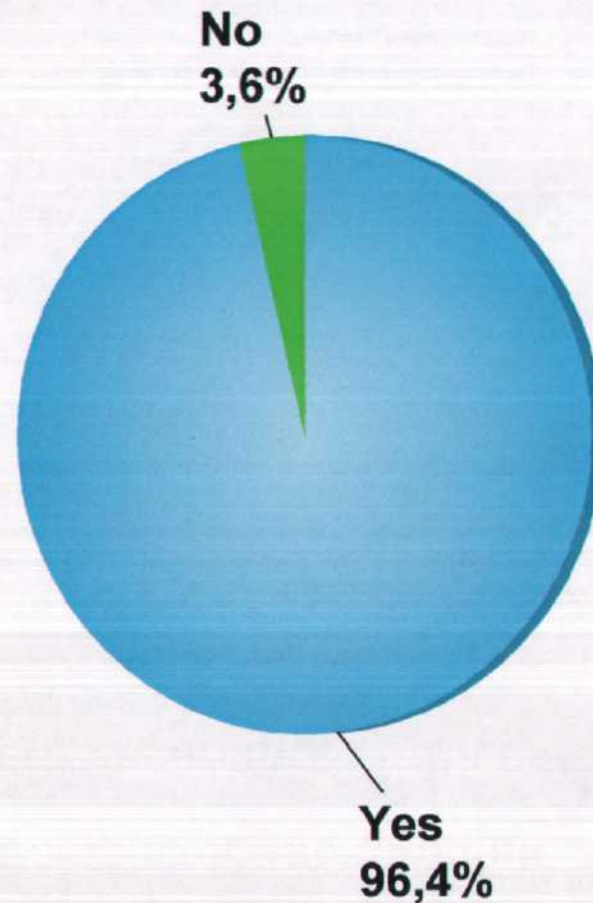
Q: On 100% of your annual sales in the country, please indicate how much is taken by your top 3 customers in 2009?



[Base: Total sample, N=686; prompted answers]

2. Exposed to Unfair Practices in 2009

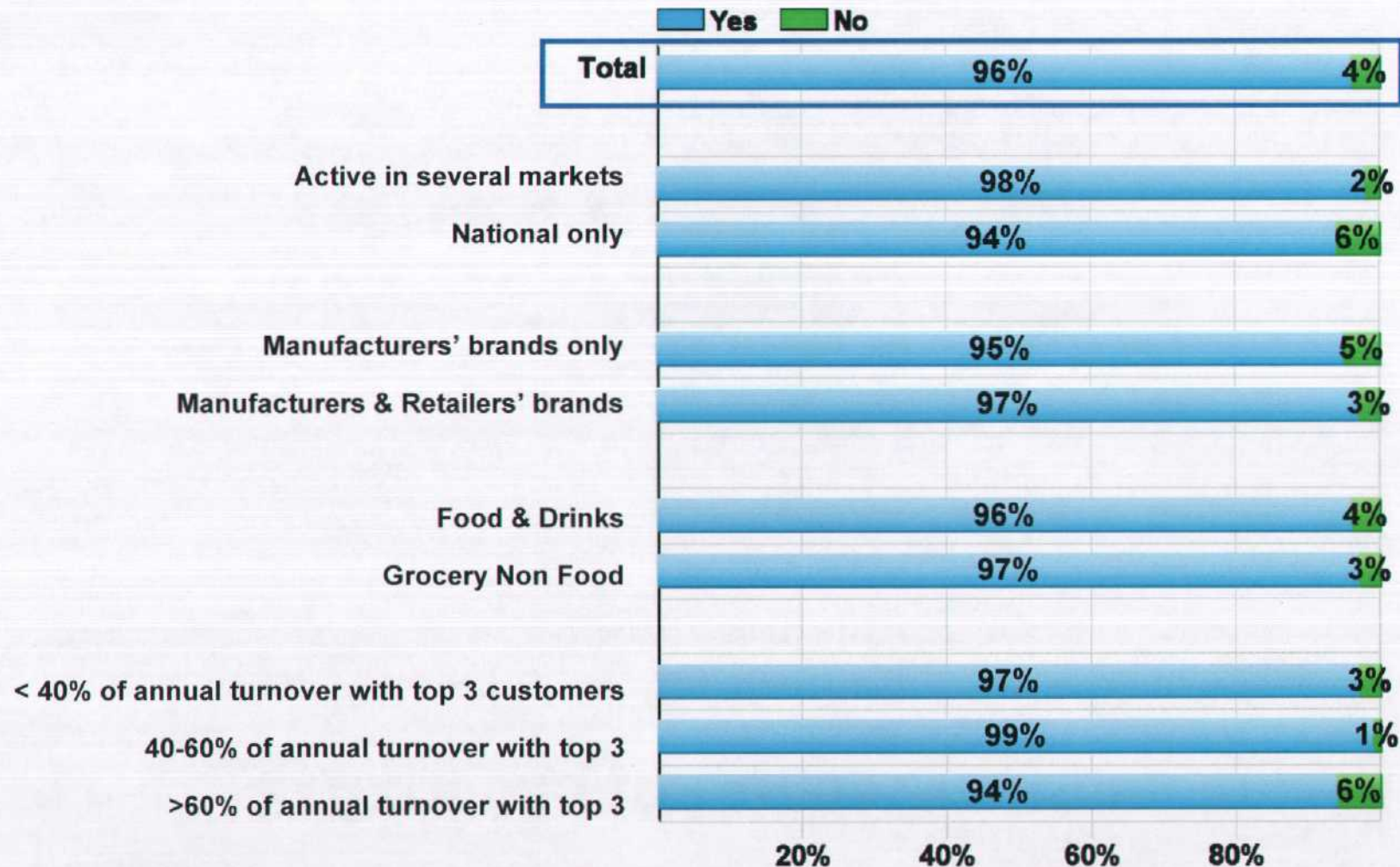
Practically all companies exposed to unfair commercial practices



[Base: Total sample, N=686; prompted answers]

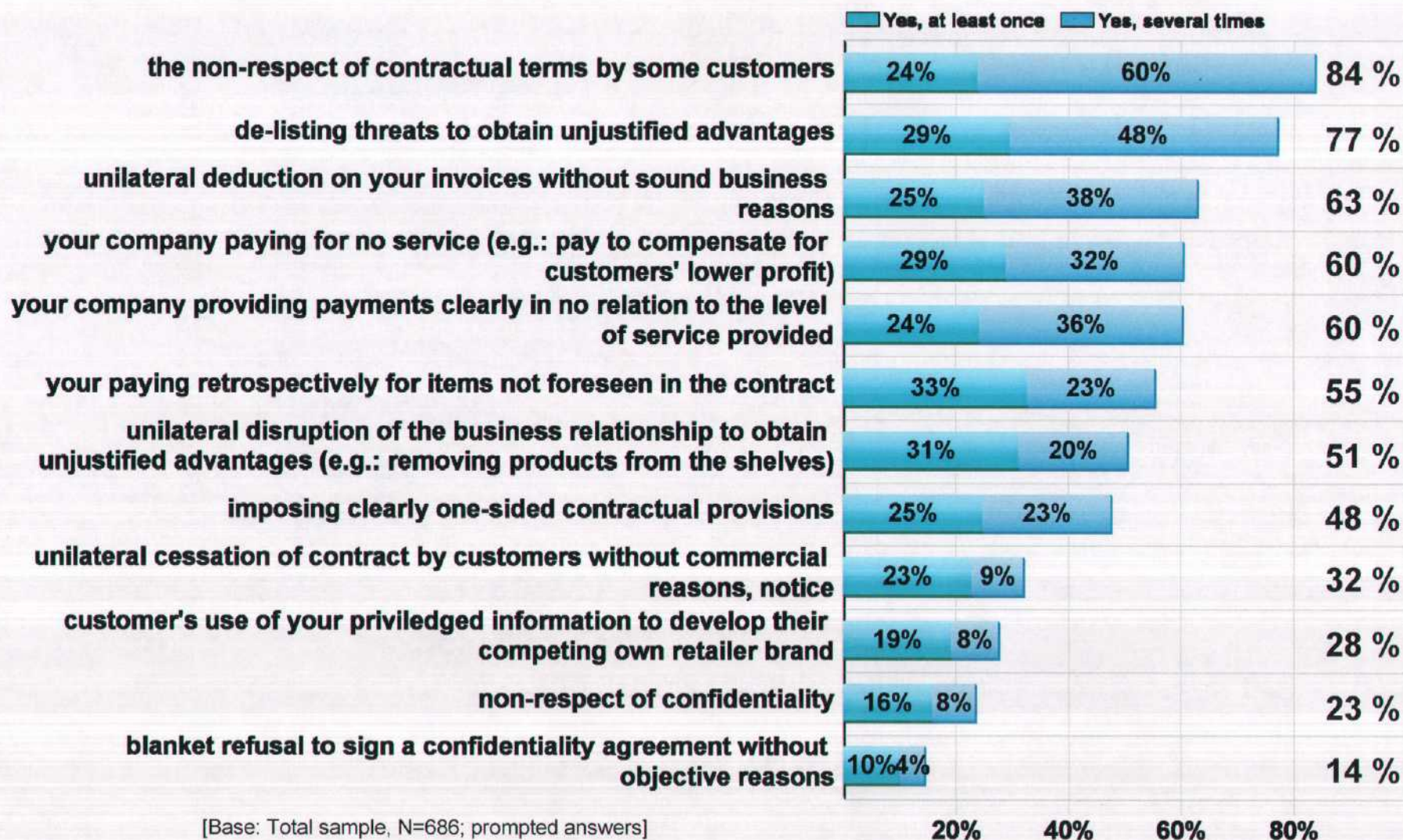
Practically all companies exposed to unfair commercial practices

Some even more than others



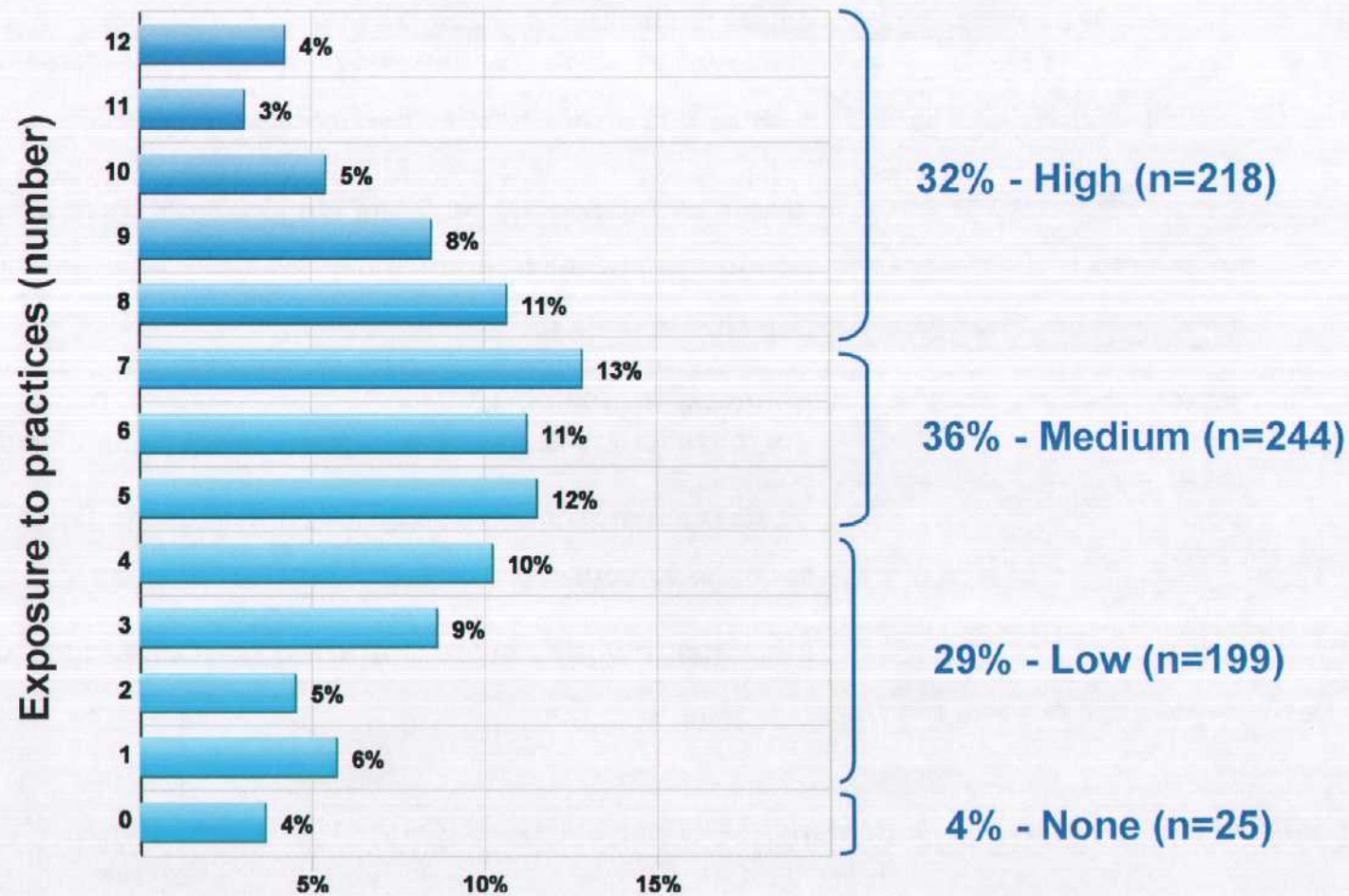
[Base: Total sample, N=686; prompted answers]

Q: Were you confronted with the following situations in 2009?



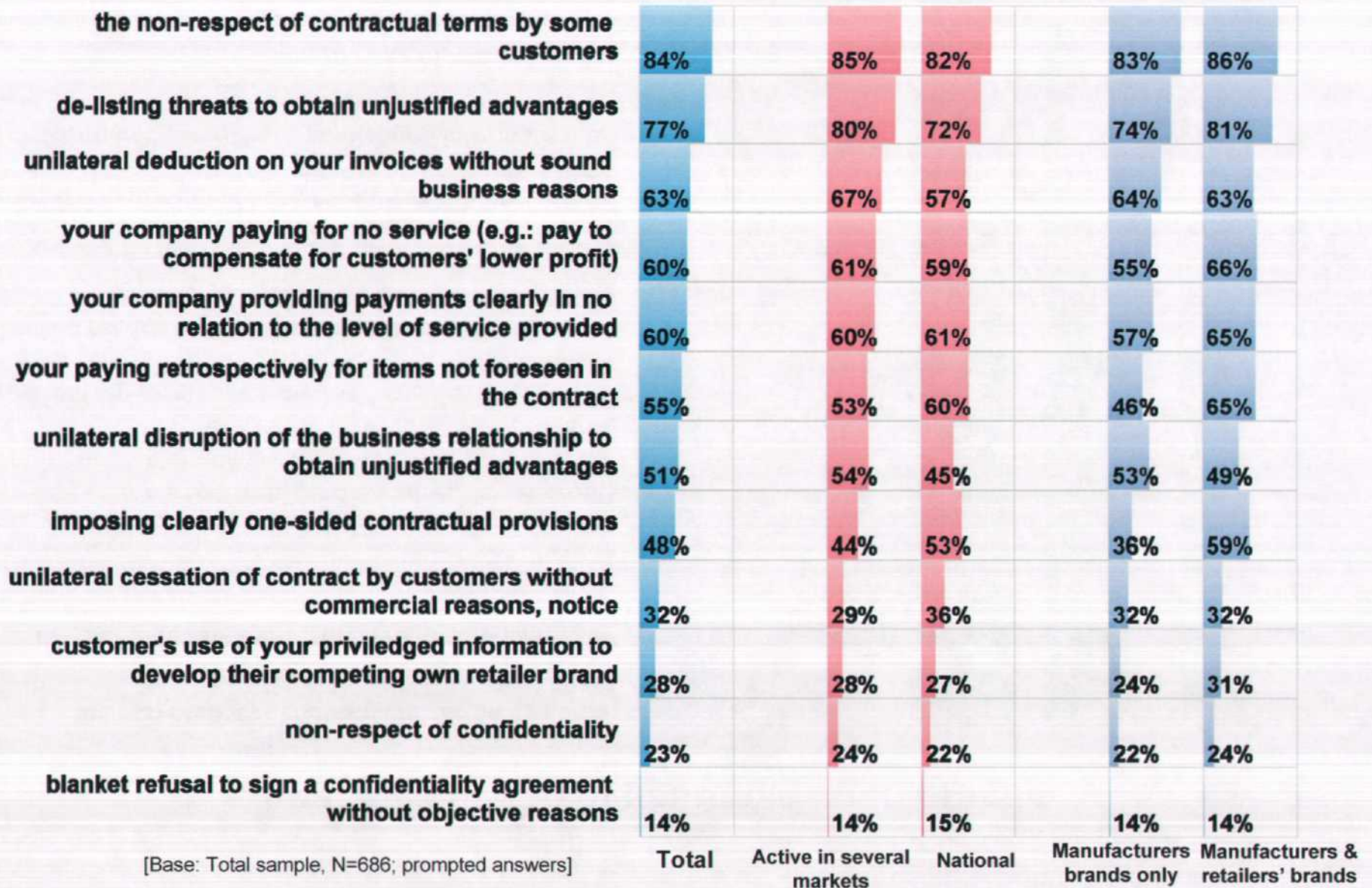
2.1. Exposure level

On average in 2009, companies were exposed to 6 unfair commercial practices

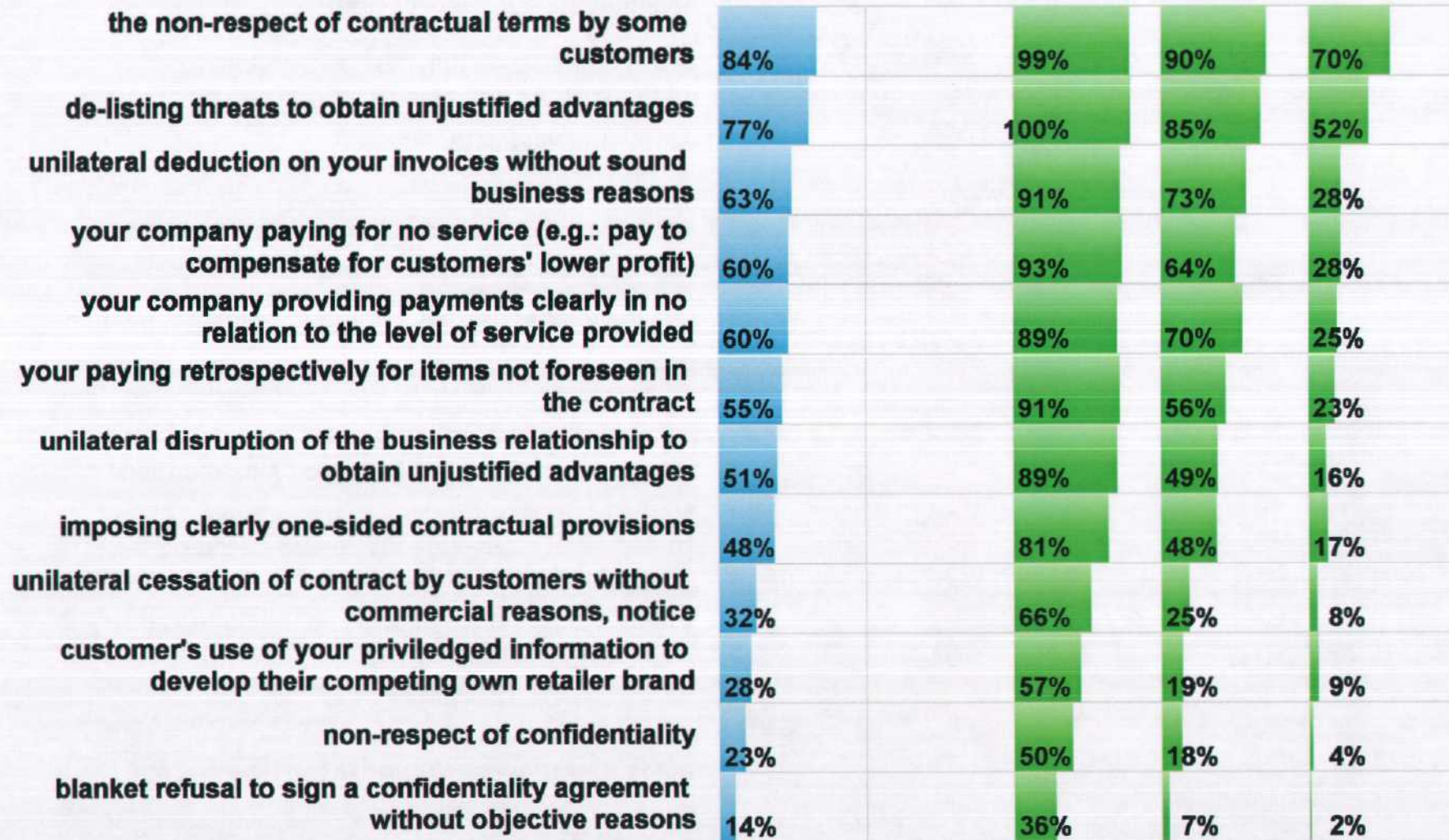


[Base: Total sample, N=686; prompted answers]

2.2. Analysed by company's geographic coverage and brands



2.3. Analysed by the exposure level to practices



[Base: Total sample, N=686; prompted answers]

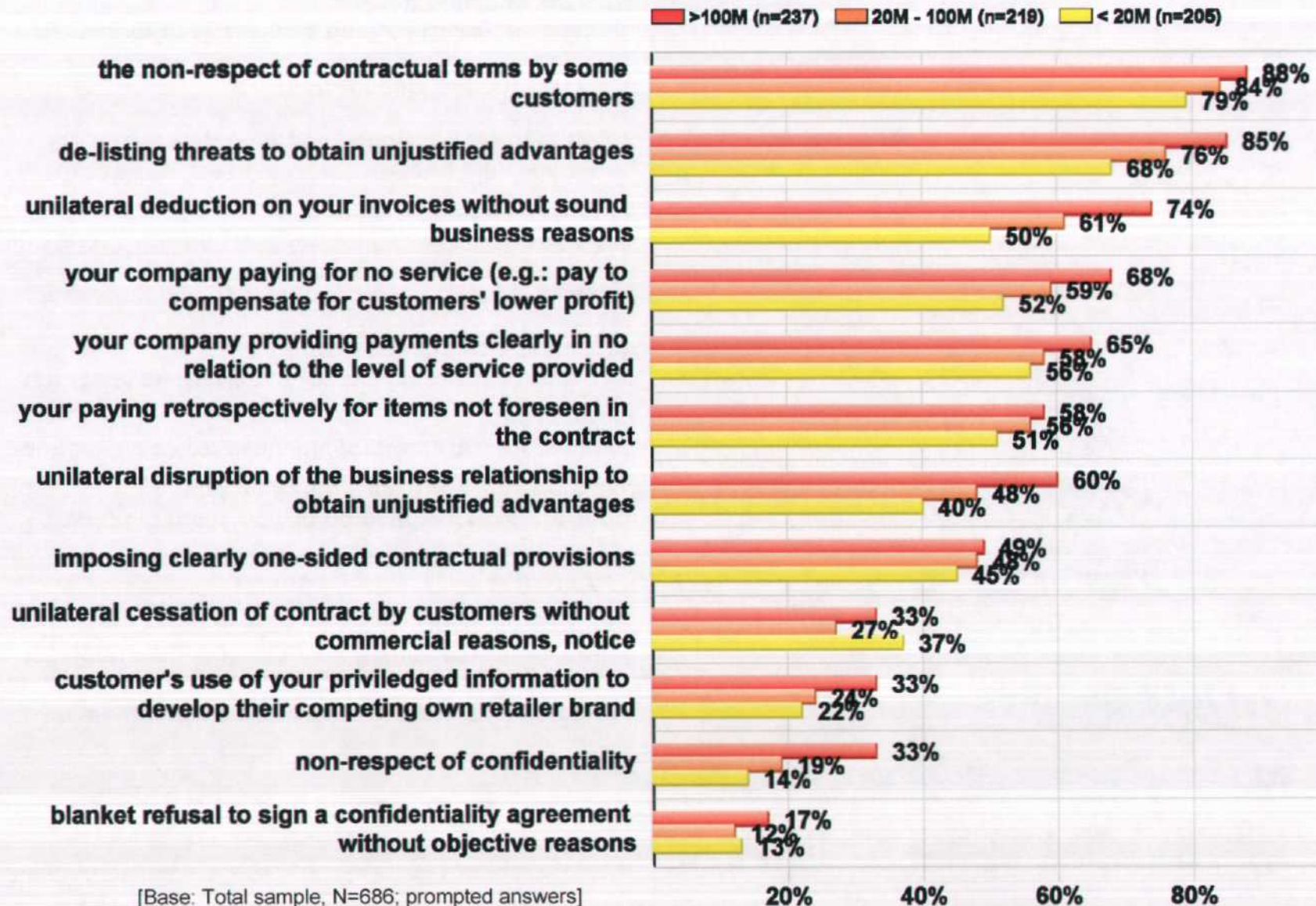
Total

High

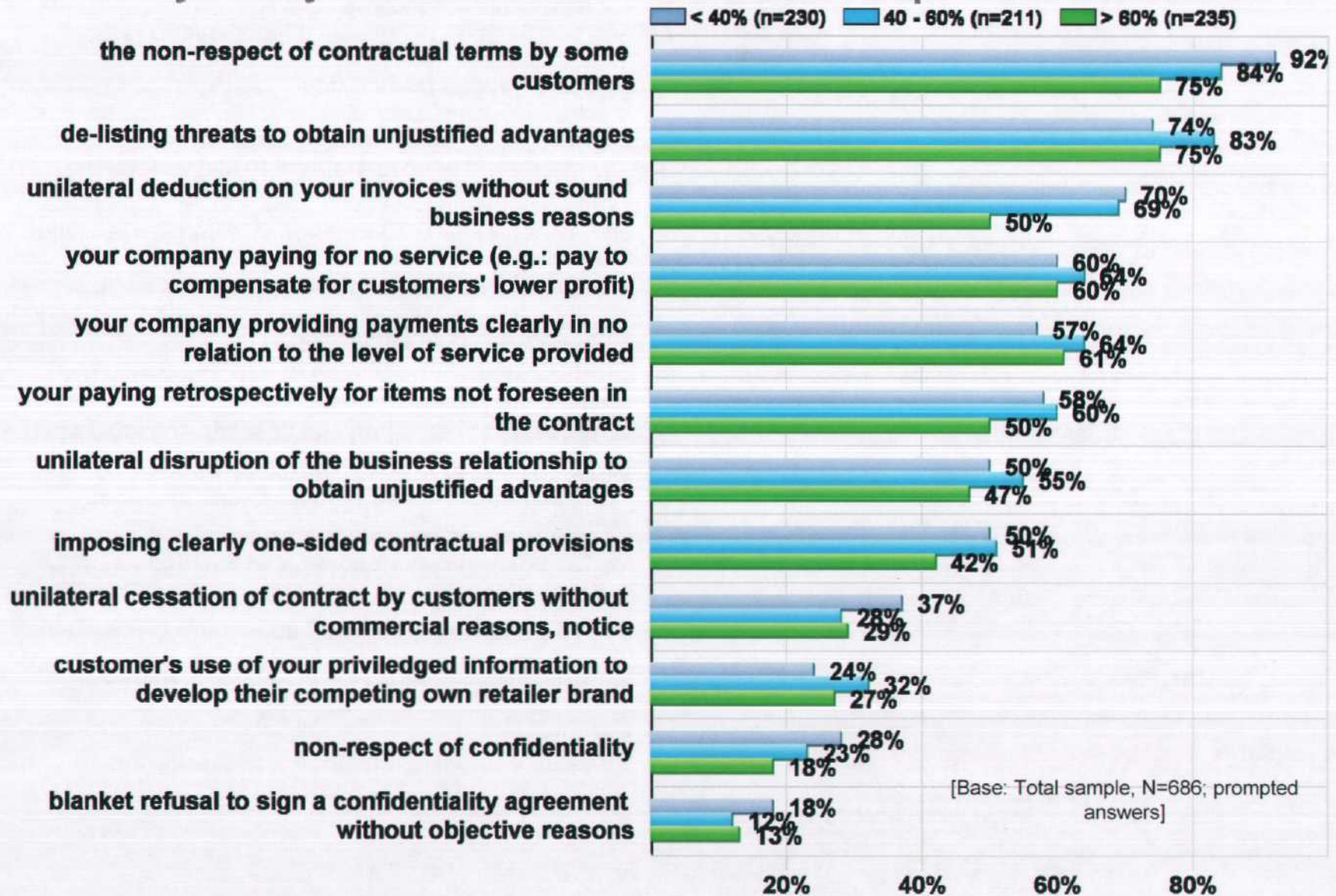
Medium

Low

2.4. Analysed by the company size (turnover)





2.5. Analysed by the sales to the three most important customers*




* « On 100% of your annual sales in the country, please indicate how much is taken by your top 3 customers in 2009? »

2.6. Analysed in the European markets

 1st most frequent unfair practice

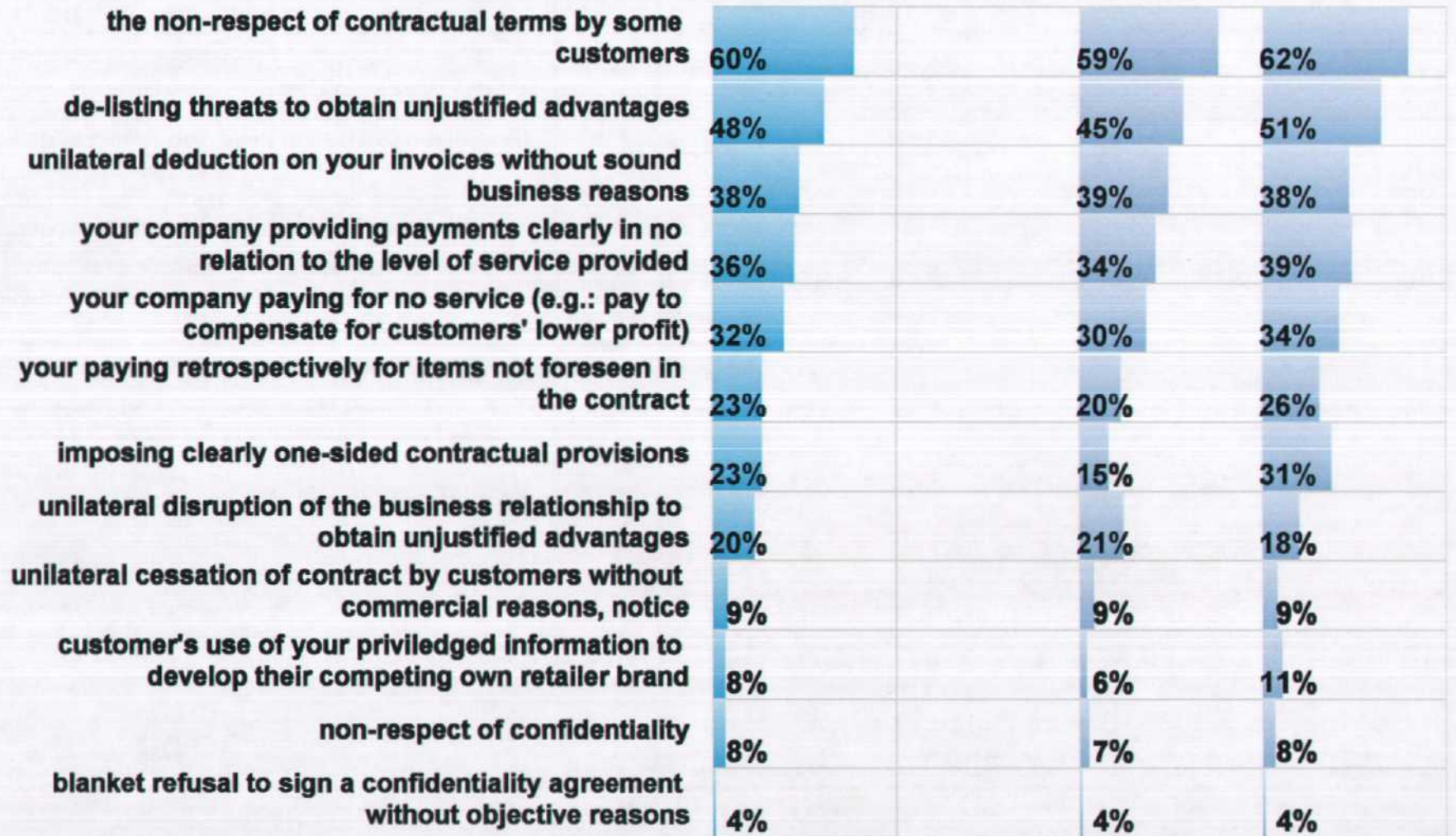
 2nd most frequent unfair practice

 3rd most frequent unfair practice

	EU	GER	ITA	FRA	SPA	UK	FIN	NED	BEL
the non-respect of contractual terms by some customers (e.g late payment)	84%	92%	95%	84%	91%	77%	51%	88%	84%
de-listing threats to obtain unjustified advantages	77%	79%	78%	93%	80%	74%	50%	86%	71%
unilateral deduction on your invoices without sound business reasons	63%	75%	72%	83%	80%	60%	20%	63%	74%
your company paying for no service (e.g.: pay to compensate for customers' lower profit)	60%	64%	63%	68%	65%	54%	50%	52%	69%
your company providing payments clearly in no relation to the level of service provided	60%	79%	58%	75%	62%	37%	39%	52%	71%
your paying retrospectively for items not foreseen in the contract (e.g.:additional discounts)	55%	44%	62%	66%	75%	49%	37%	52%	59%
unilateral disruption of the business relationship to obtain unjustified advantages (e.g.: products removed from shelves)	51%	40%	53%	68%	67%	49%	31%	41%	53%
imposing clearly one-sided contractual provisions	48%	44%	55%	61%	56%	29%	34%	46%	53%
unilateral cessation of contract by customers without commercial reasons, notice	32%	26%	33%	34%	51%	26%	31%	23%	36%
customer's use of your privileged information to develop their competing own retailer brand	28%	25%	27%	30%	33%	29%	26%	25%	28%
non-respect of confidentiality	23%	12%	36%	43%	24%	11%	10%	30%	19%
blanket refusal to sign a confidentiality agreement without objective reasons	14%	14%	19%	20%	13%	9%	13%	13%	19%

3. Exposed repeatedly (several times)

Analysed by brands



[Base: Total sample, N=686; prompted answers]

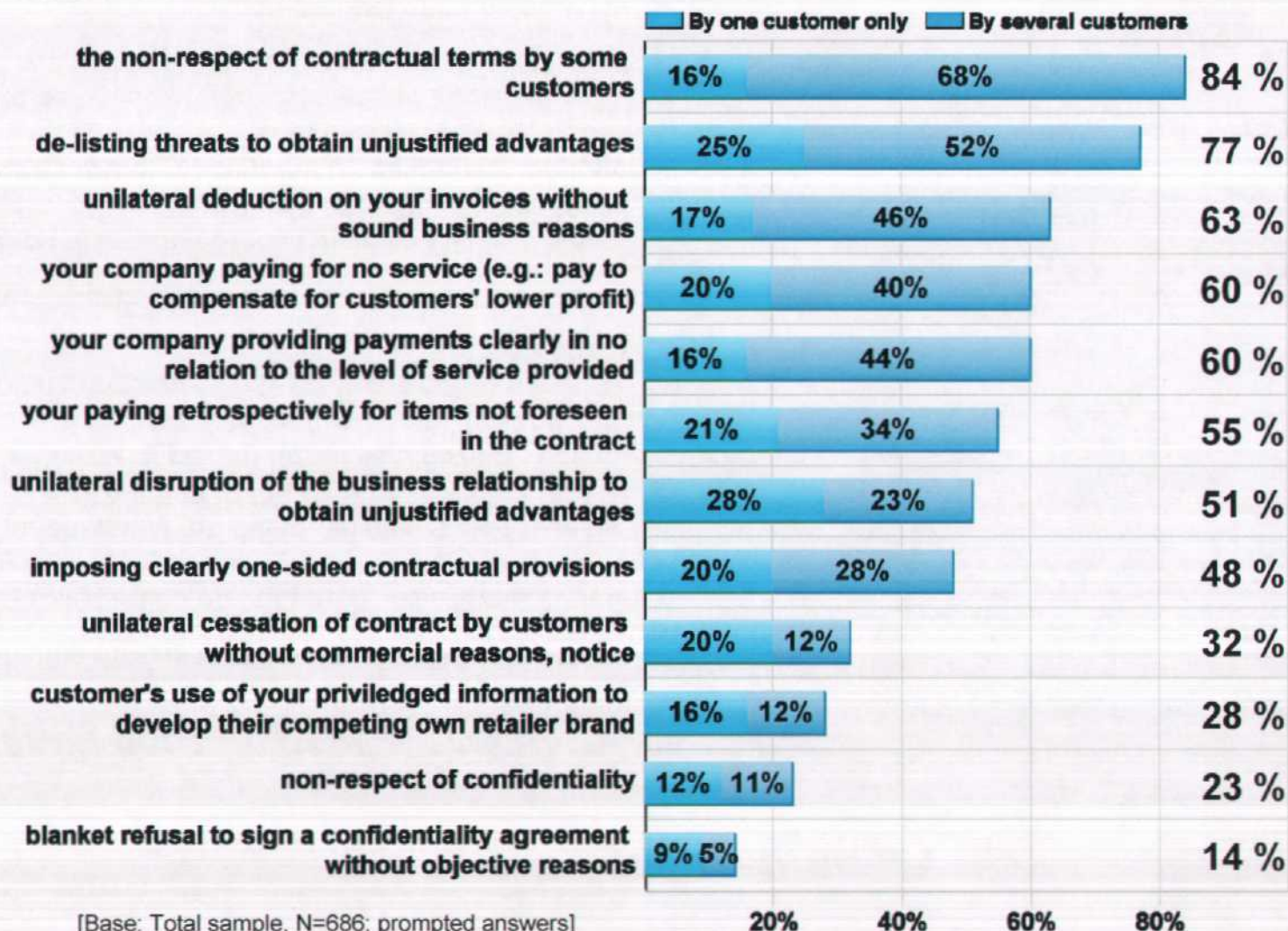
Total

Manufacturers' brands only

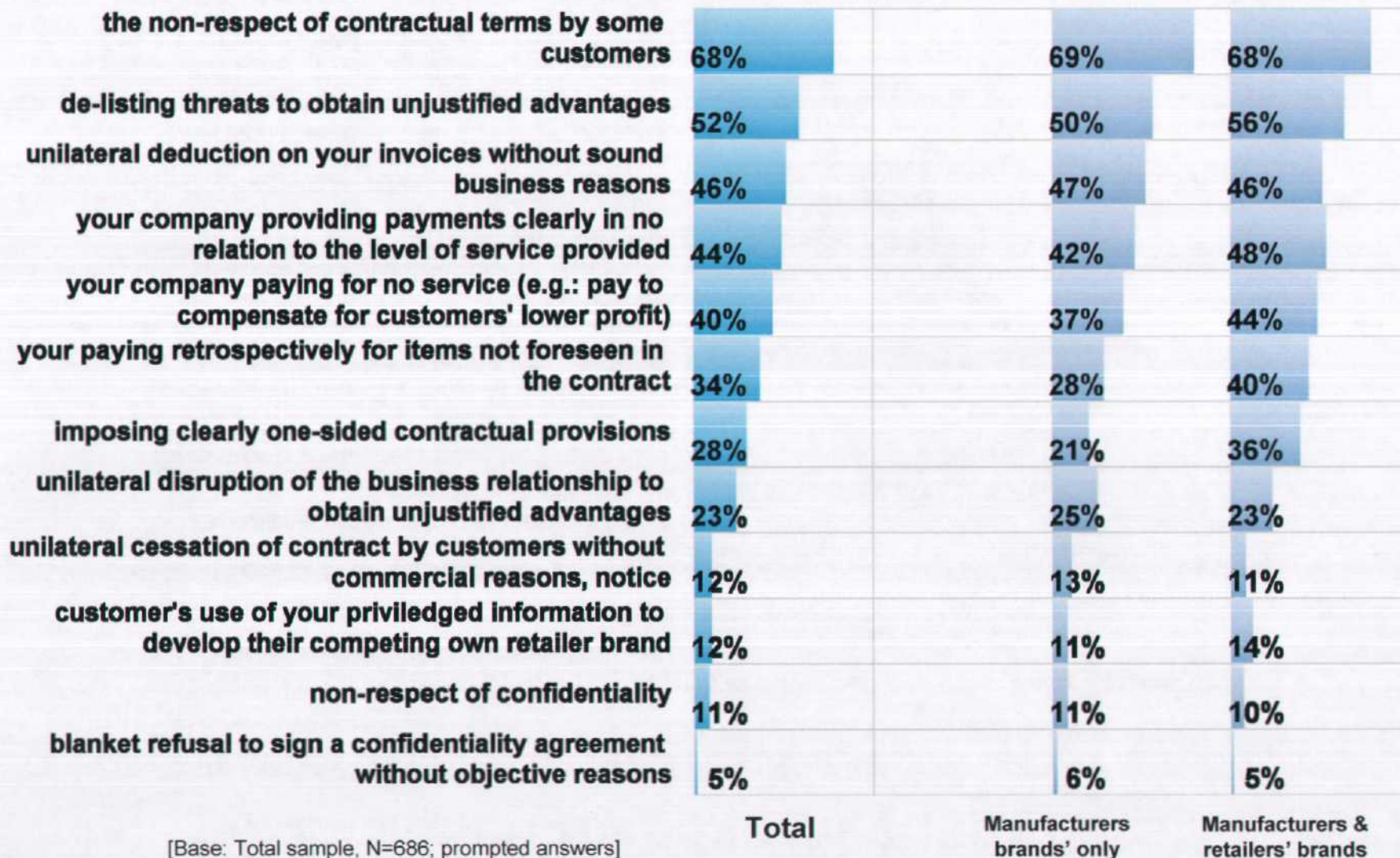
Manufacturers & retailers' brands

4. Exposed by several customers

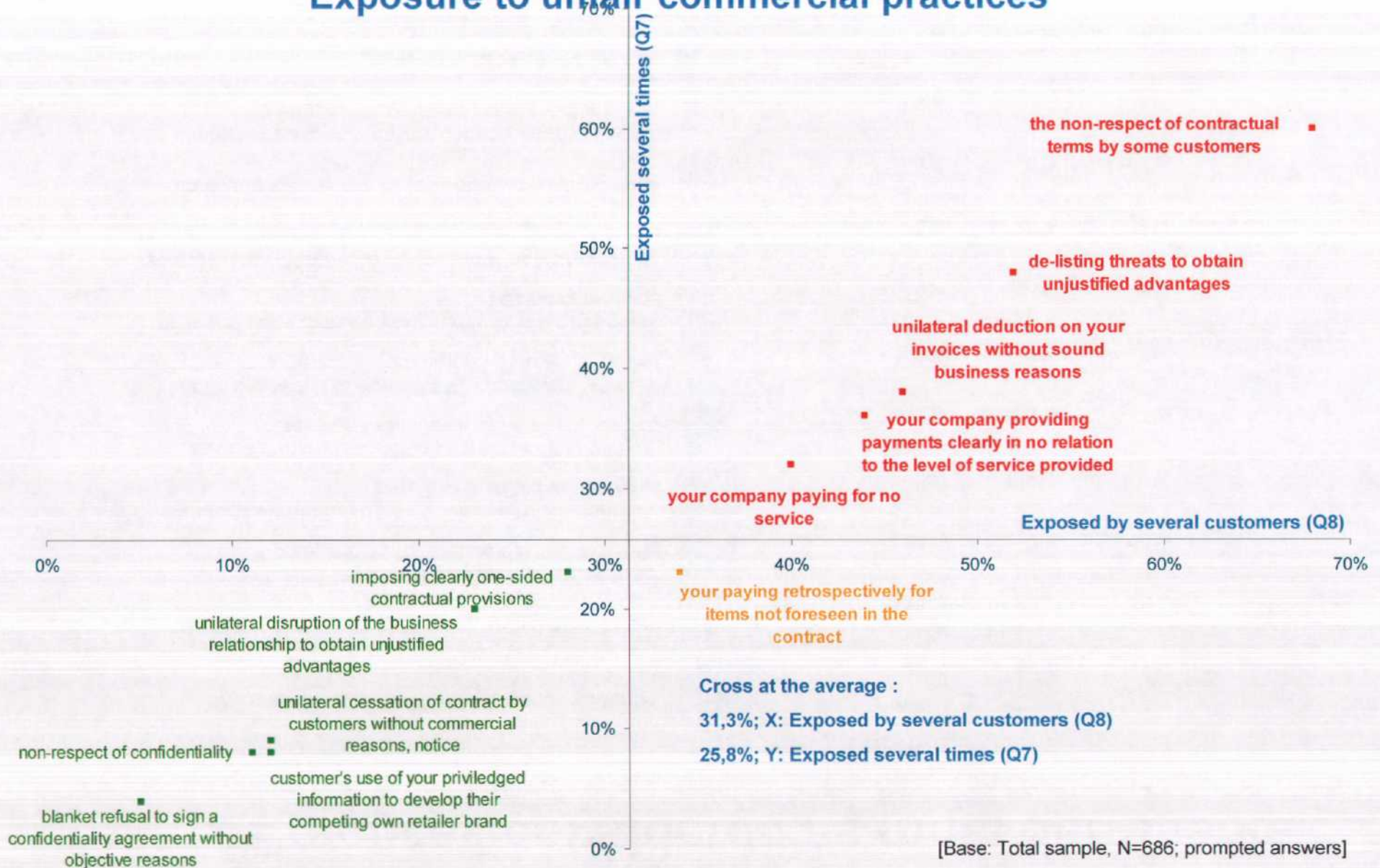
Q: Could you specify whether one or several customers confronted your company with situations described?



4.1. Analysed by brands

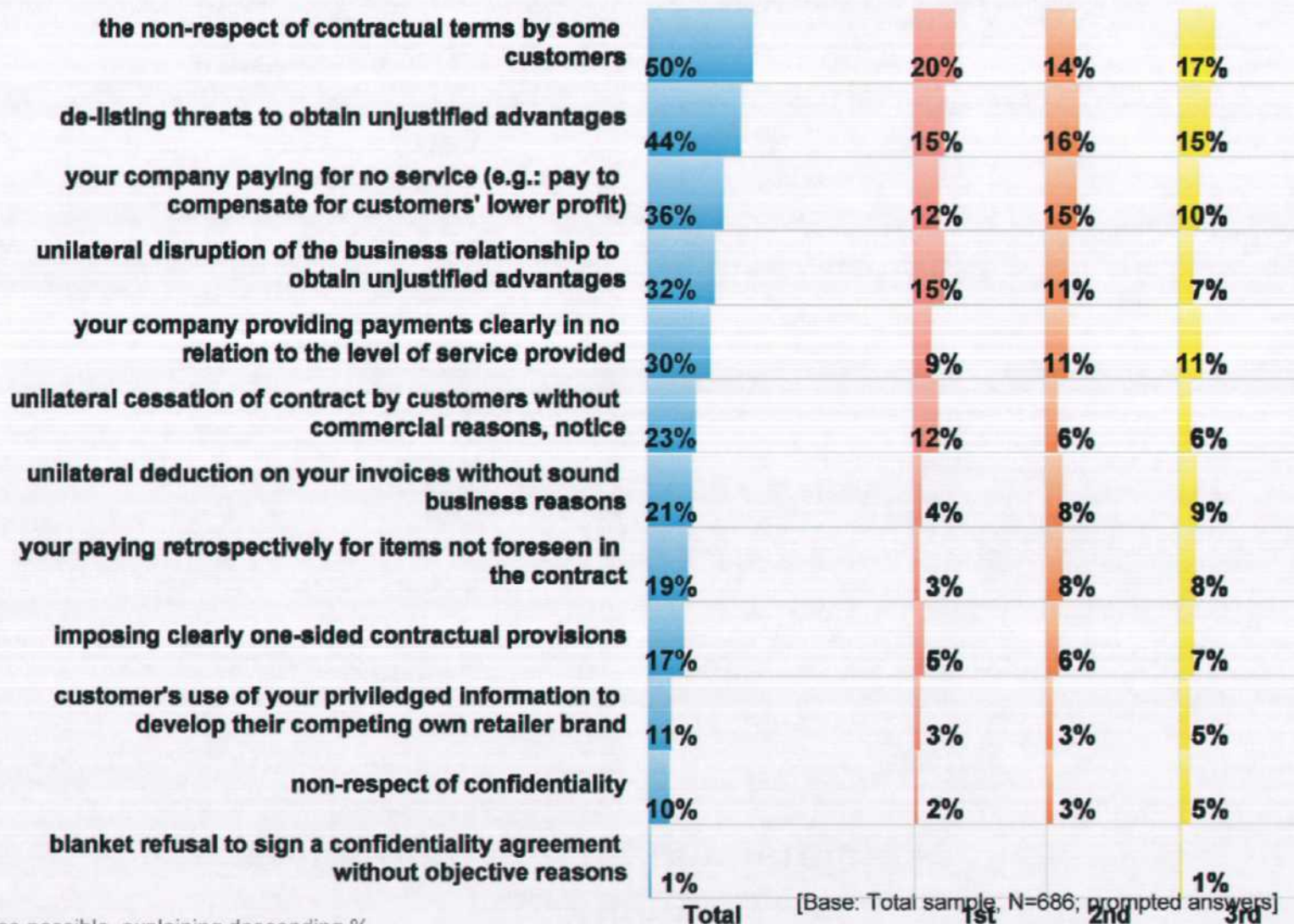


5. Summary: Exposure to unfair commercial practices



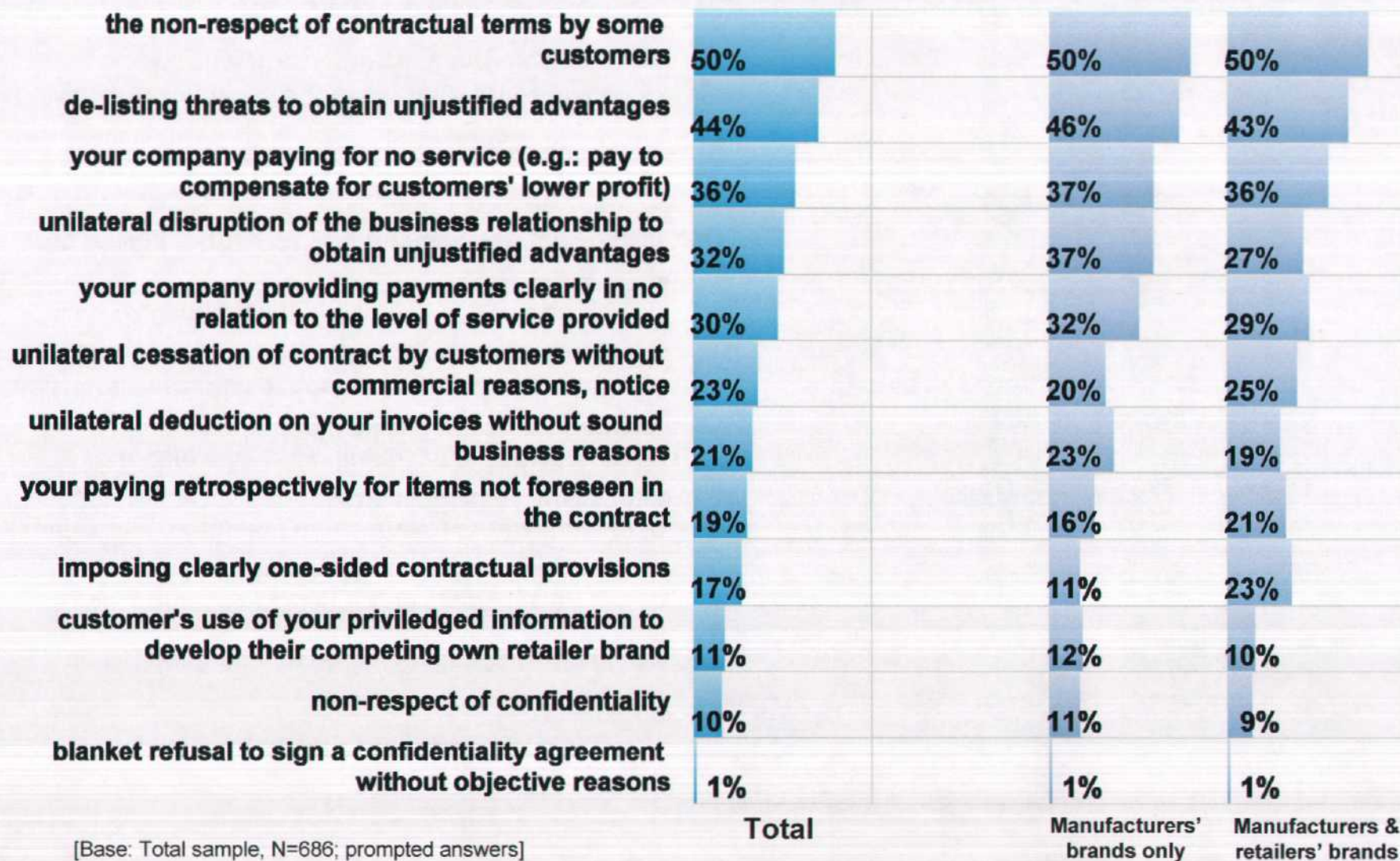
6. Practices considered as most detrimental

Q: Please select and rank the top 3 worst practice, i.e. the ones you consider most detrimental to your business (1st = the worst, 2nd most damaging, 3rd *)?

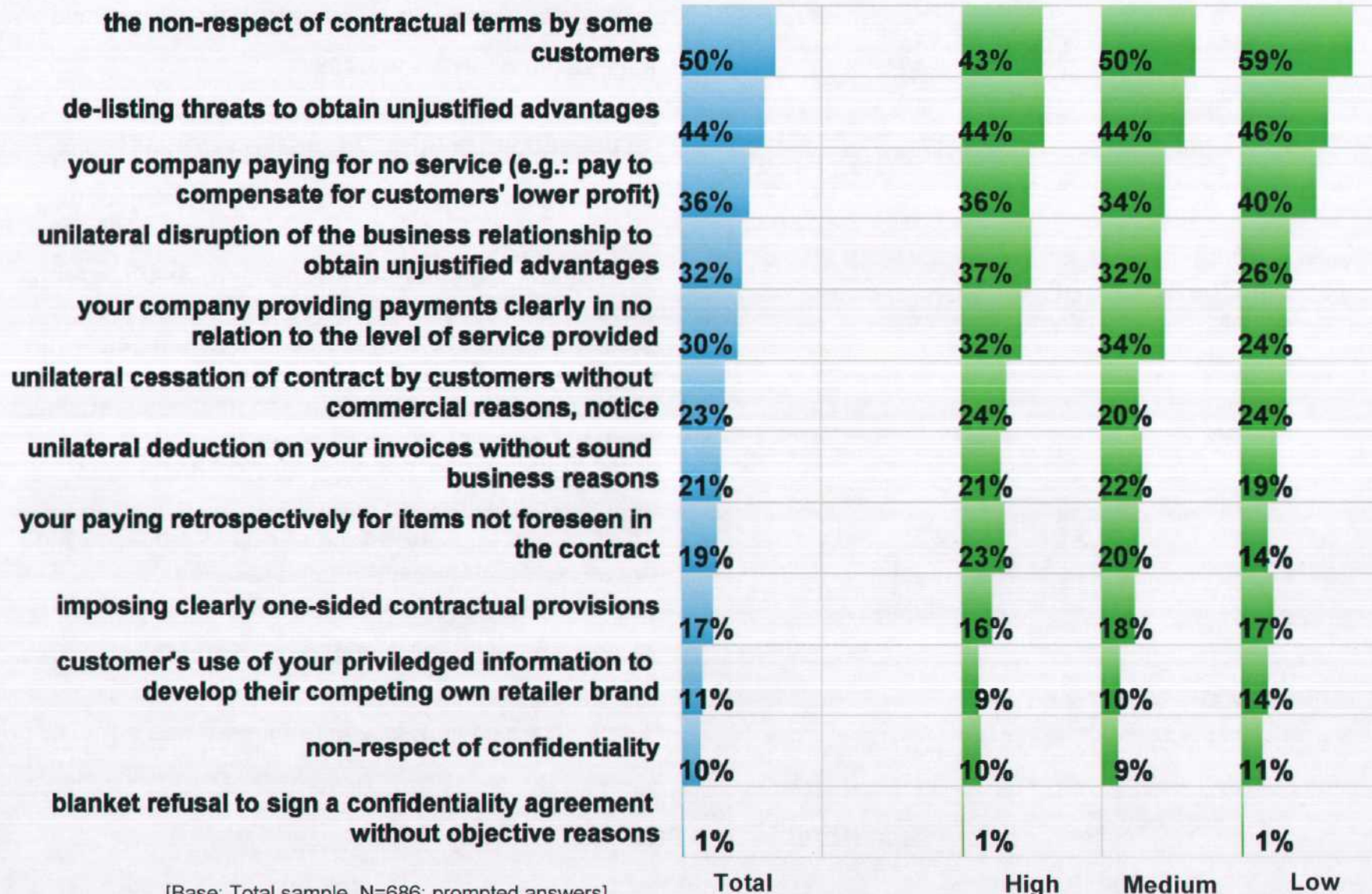


* Only 3 choices possible, explaining descending %

6.1. Analysed by brands

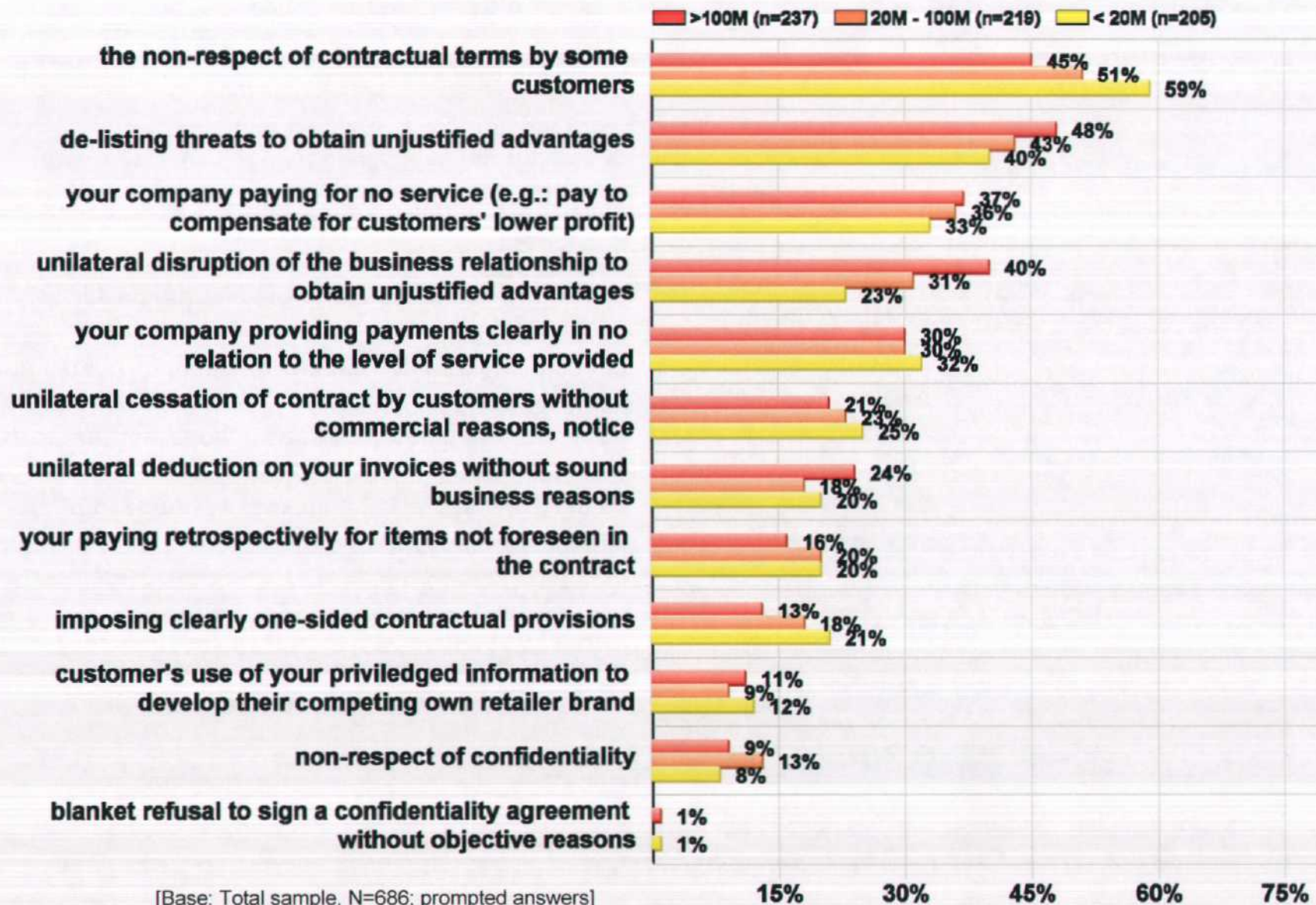


6.2. Analysed by the exposure level to practices

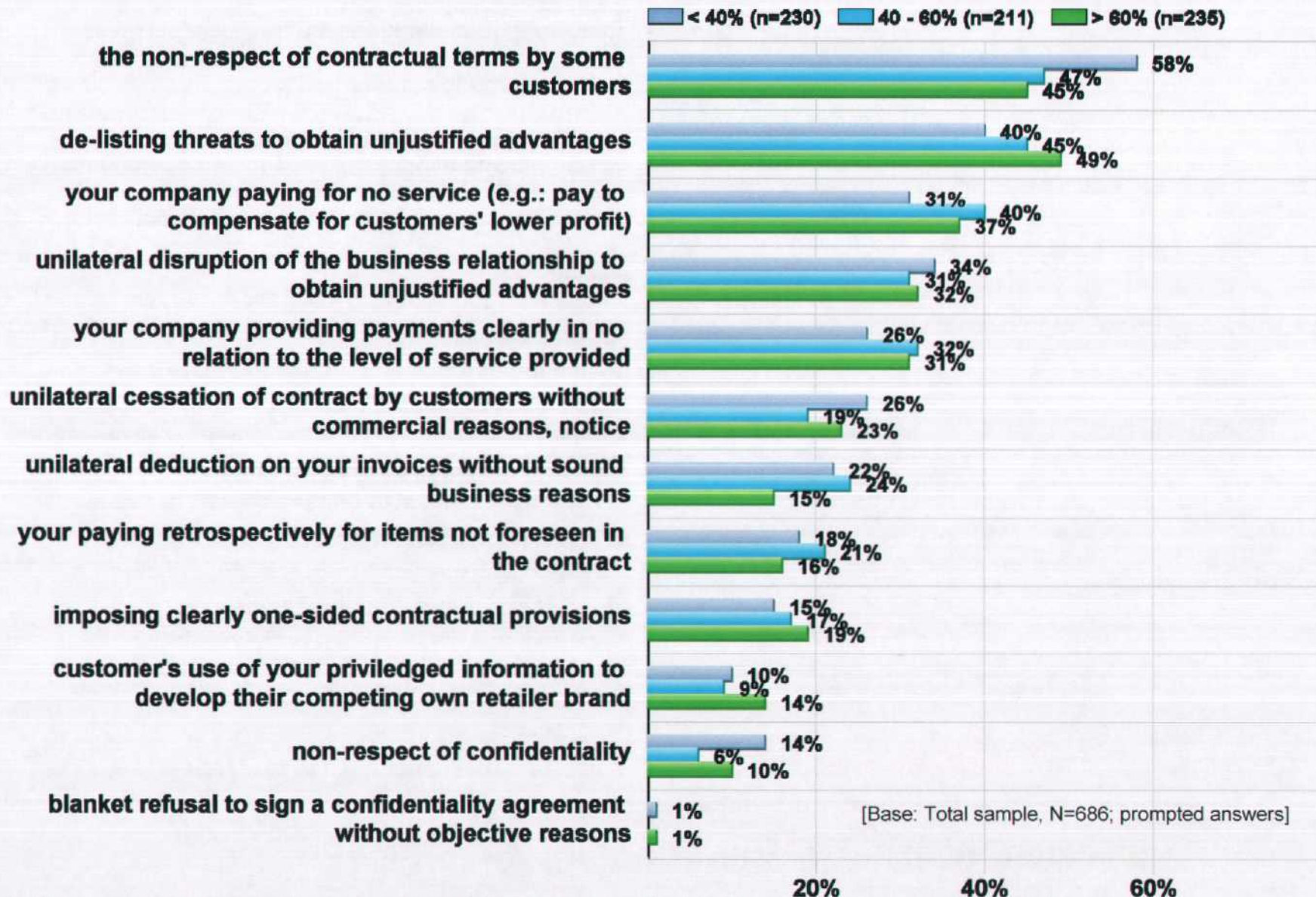


[Base: Total sample, N=686; prompted answers]

6.3. Analysed by the company size (turnover)

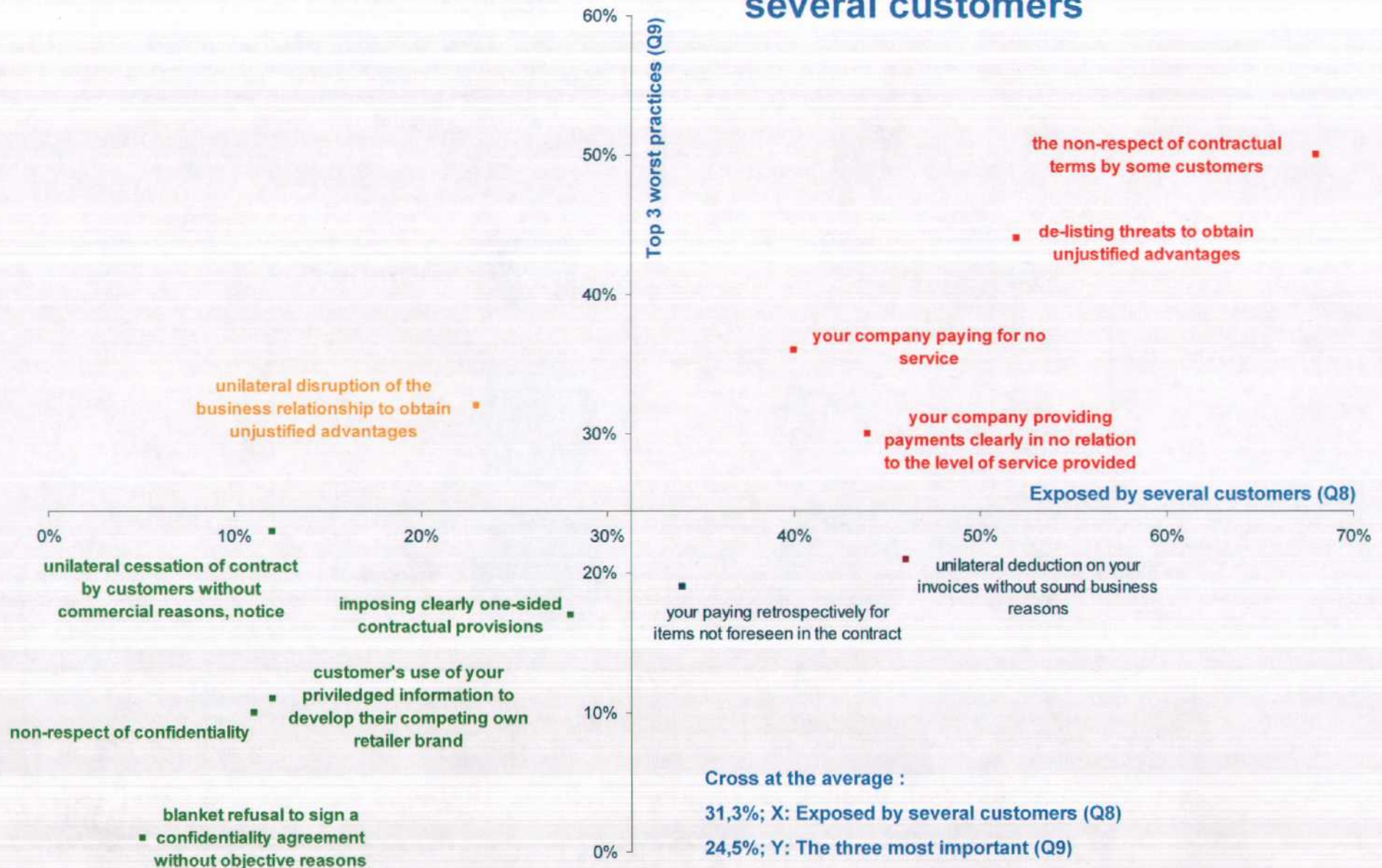


6.4. Analysed by the sales to the most important customers*



* « On 100% of your annual sales in the country, please indicate how much is taken by your top 3 customers in 2009? »

6. Practices considered as most detrimental by several customers

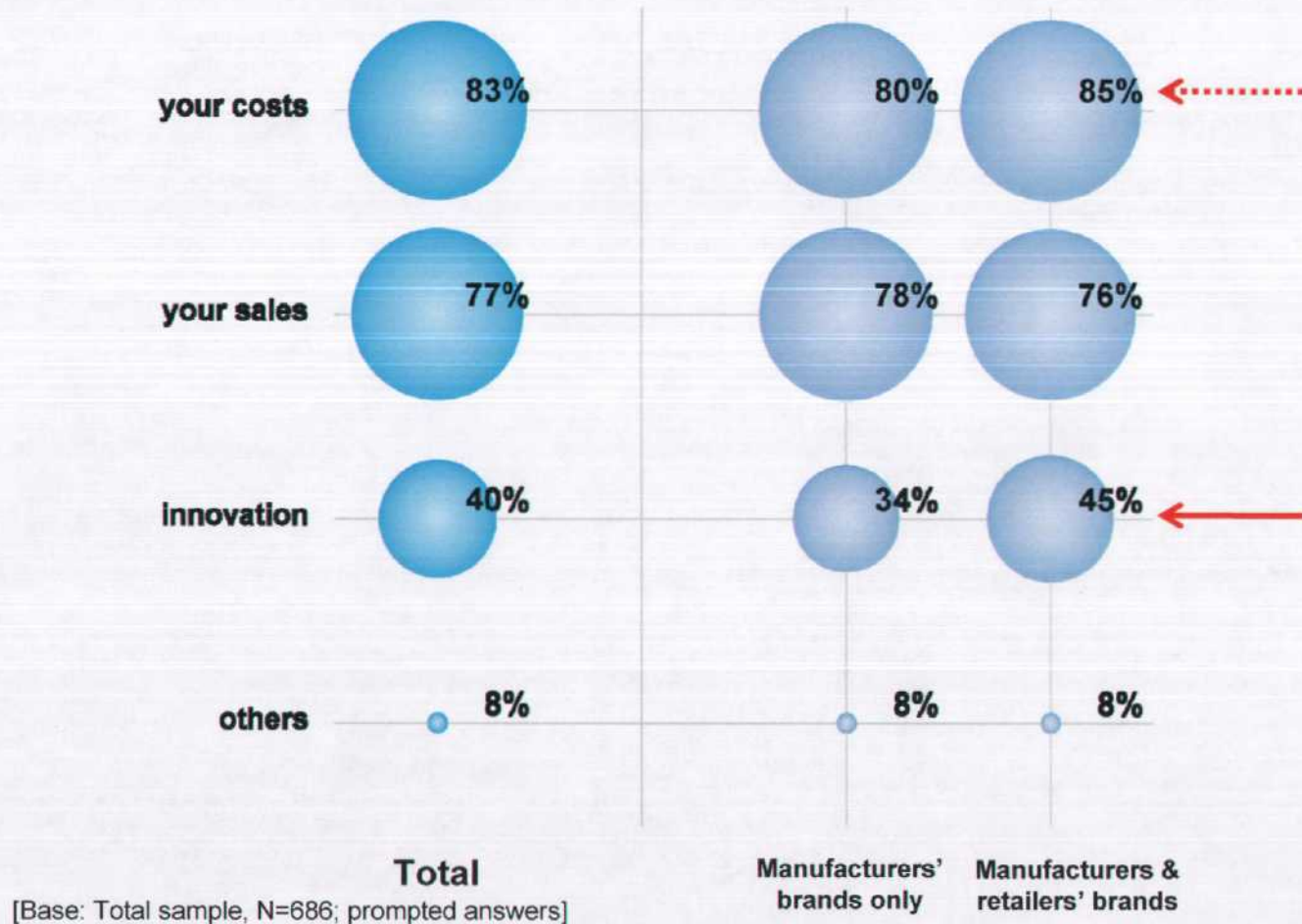


[Base: Total sample, N=686; prompted answers]

7. Effect of these unfair practices

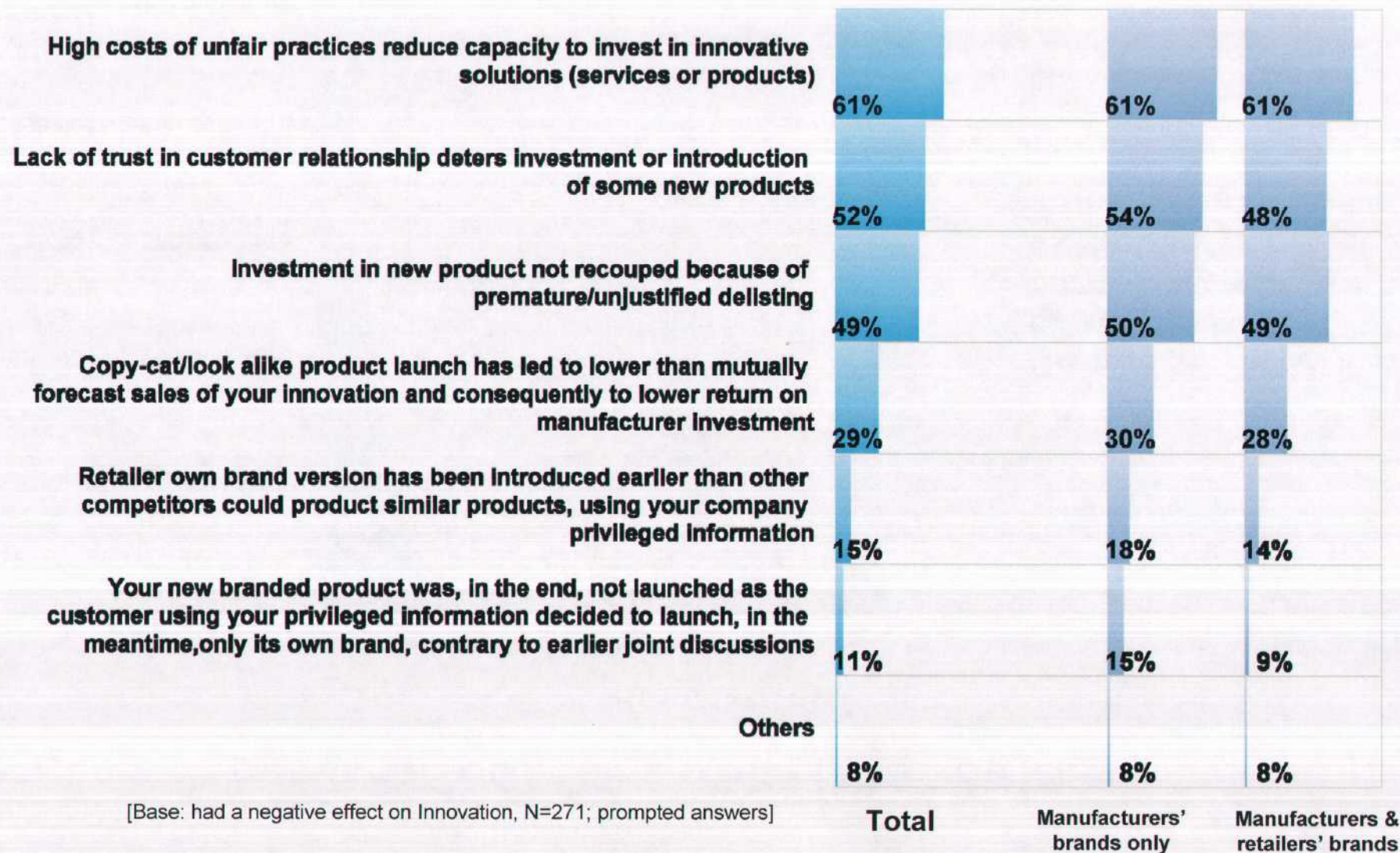
Q: Have these unfair commercial practices had a negative effect on...?

Analysed by brands



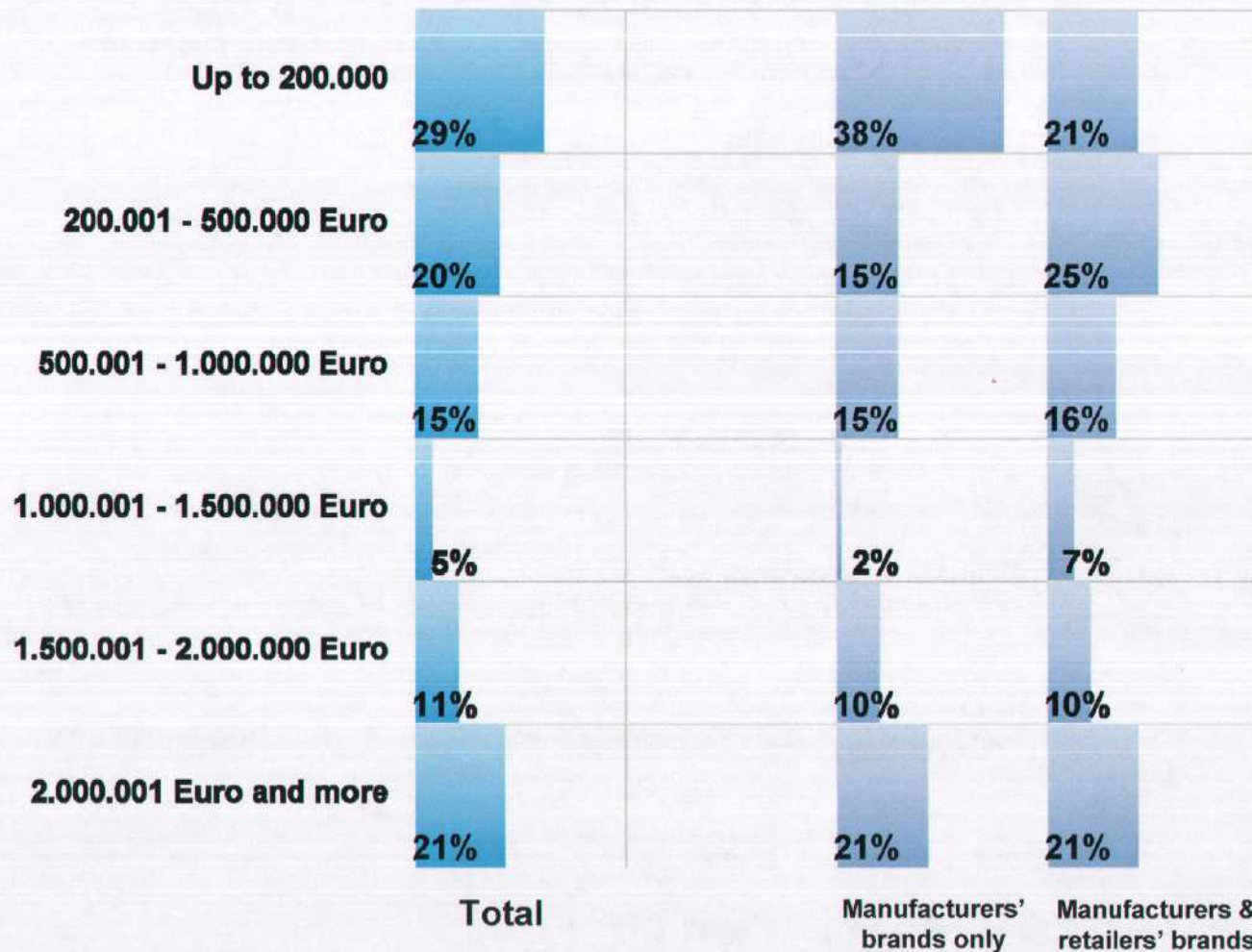
7.1. Effect on Innovation

Analysed by brands



7.2. Effect on costs (lost sales)

Analysed by brands

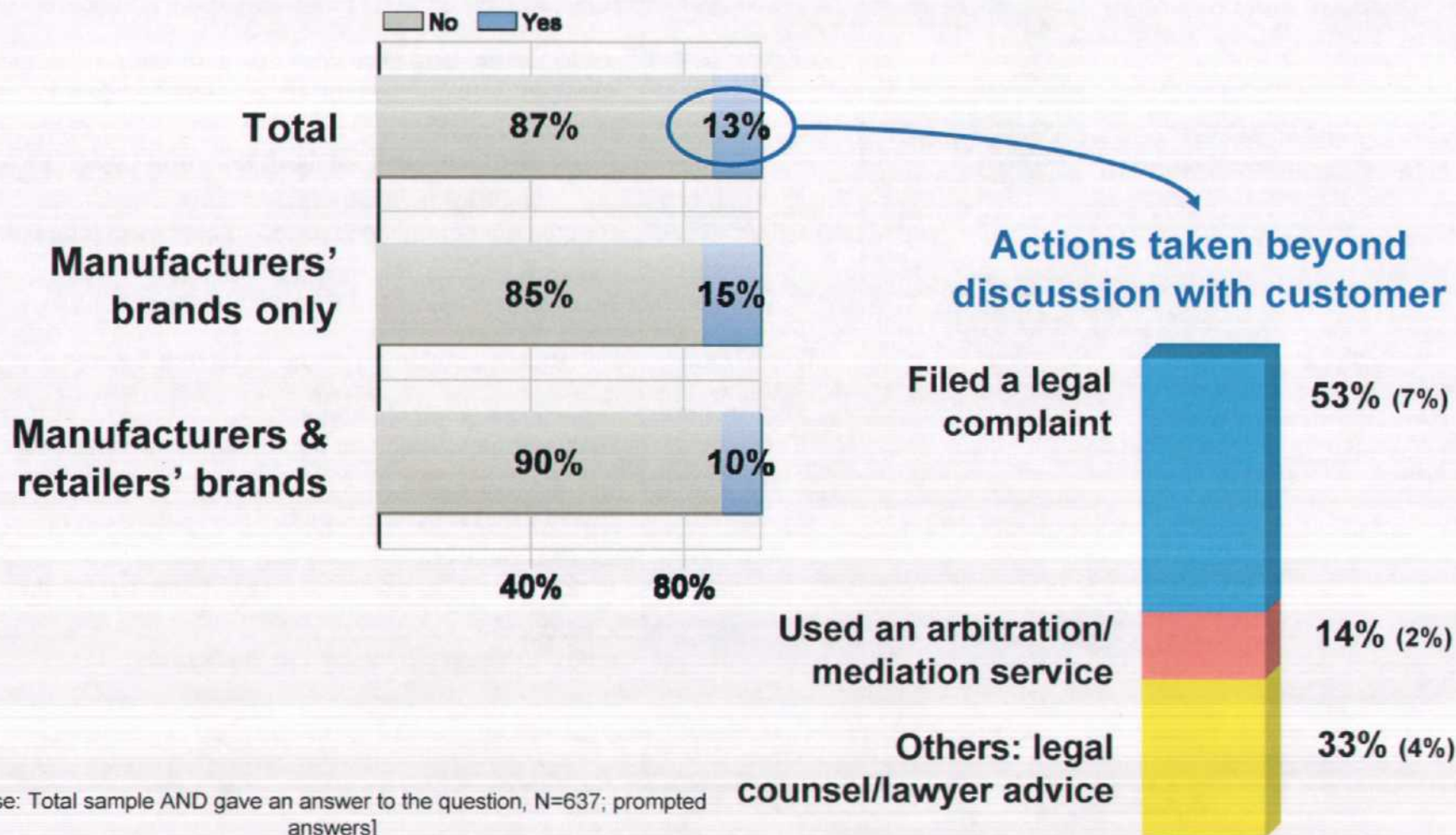


On average, the reported cost of these unfair practices represents 0,5% of the turnover of the campaign surveyed.

[Base: negative effect on the costs AND gave an answer to this question, N=188; spontaneous answers]

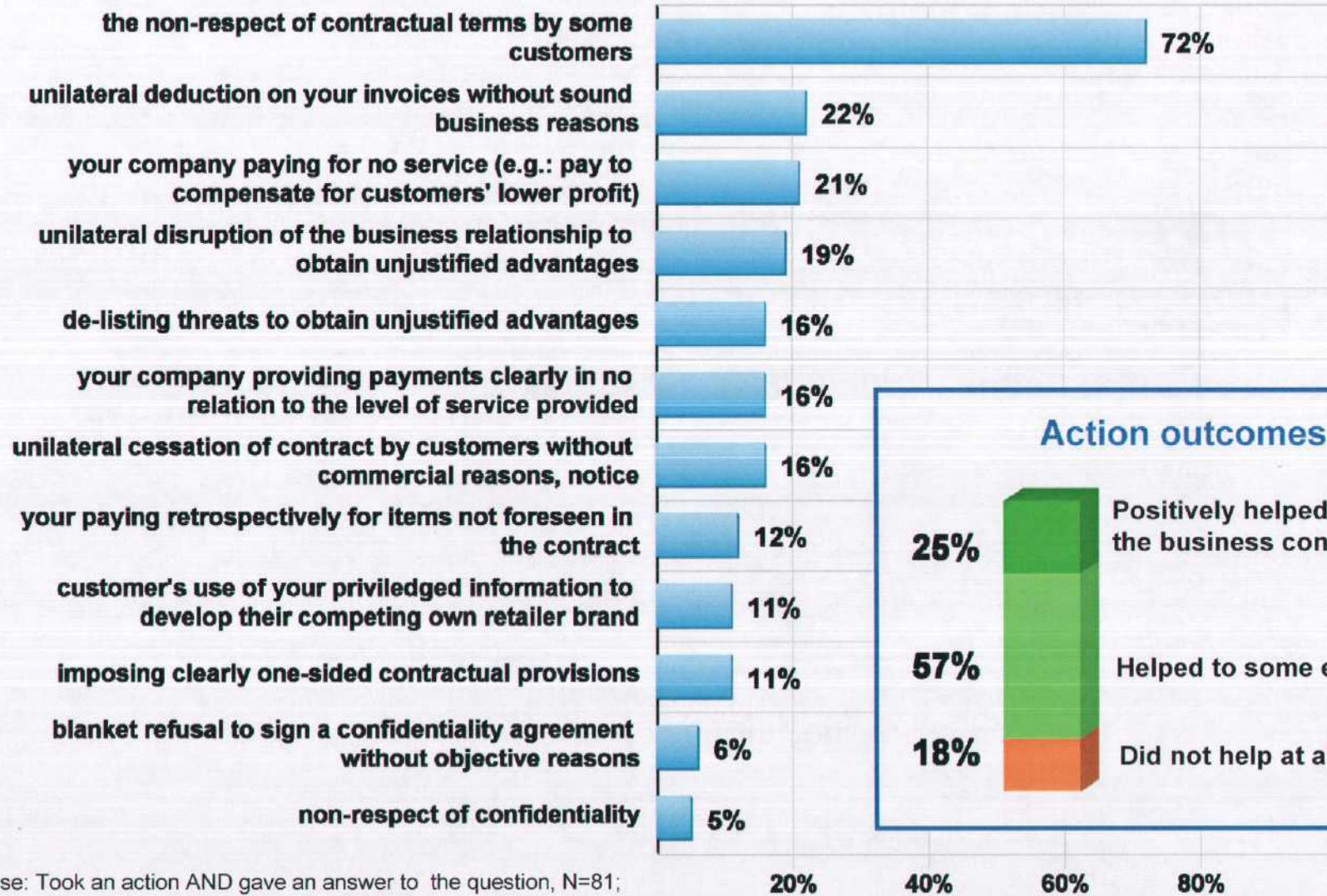
8. Action taken

Q: Have you taken action beyond discussion with your customer?



8.1. Practices which caused actions

Q: Please list for which of the following practices you have taken actions?

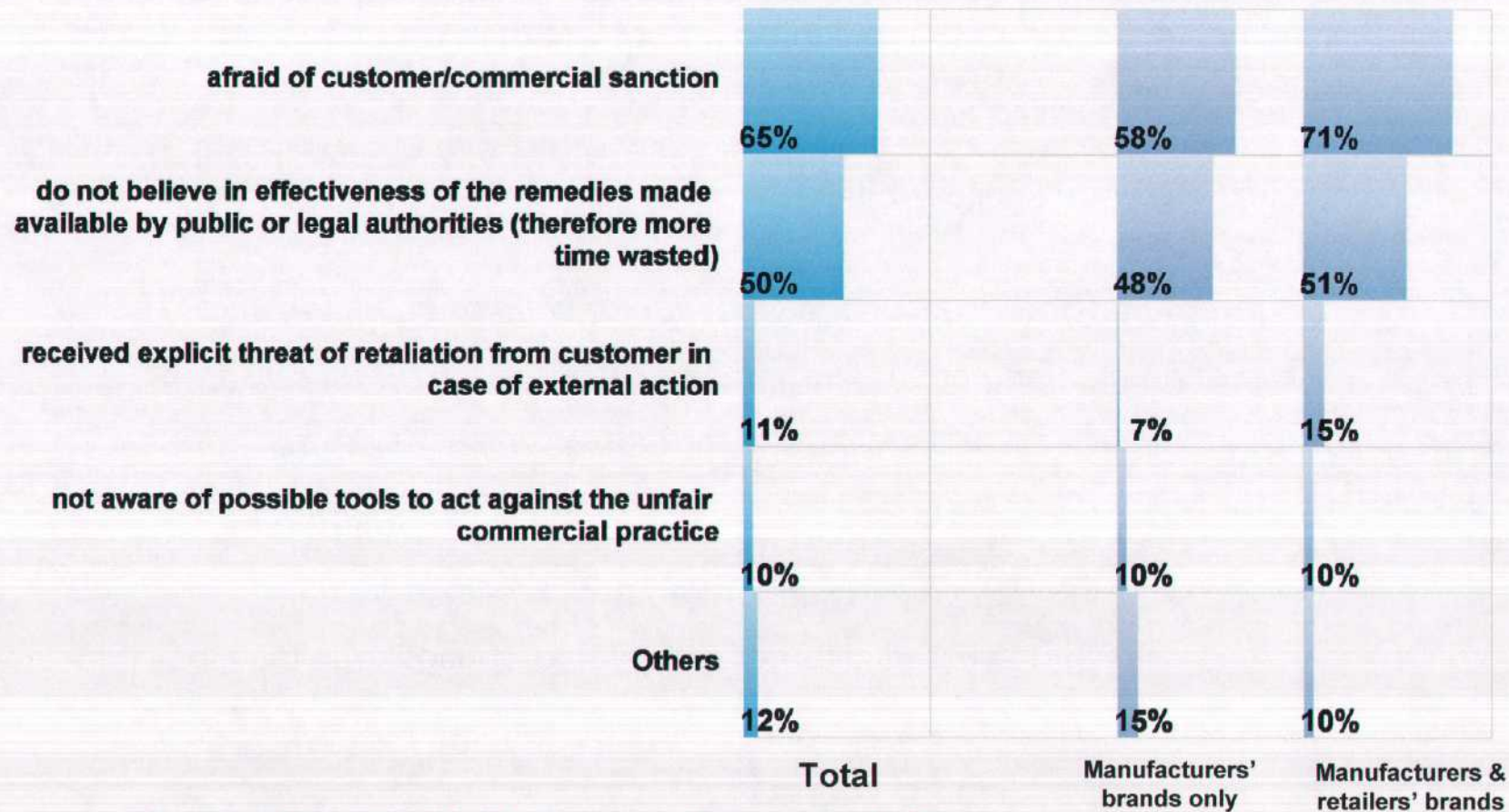


[Base: Took an action AND gave an answer to the question, N=81; prompted answers]

8.2. Reason why no action was taken


Q: If you have not taken action when confronted with unfair commercial practices, please explain why?

Analysed by brands



[Base: Didn't take any action AND gave an answer to the question, N=579; prompted answers]

9. Summary

- ❑ High level of exposure to unfair commercial practice (96%)
 - *non-respect of contractual terms (84%)*
 - *de-listing threats (77%)*
 - *unilateral deduction on invoices (63%)*
 - *paying for no service (eg customer margin compensation) (60%)*
 - *payment in no relation to the level of services provided (60%)*
 - ❑ 32 % of companies face more than 7 unfair practices and 36% claim to face between 5 to 7 abuses
 - ❑ The ranking in exposure is generally constant regardless the company profile or the product categories, even if we see that unfair practices are
 - *more frequent for companies active in several European markets (international activity)*
 - *more frequent for the biggest companies/groups*
 - *more frequent in continental Europe then in Nordic markets*
- 

- ❑ Unfair Practices are definitely not occasional but very frequent. They happen several times throughout the year for up to 60 % of the companies.
- ❑ Some practices are even more recurrent for some companies segment. For example, 81% of the companies most exposed have received several « de-listing threats » in the year!
- ❑ On top of being a frequent issue, the unfair practices are clearly applied by many customers for 68 % of the companies.
- ❑ The first 2 practices considered as most detrimental to business are also the most frequent and recurrent practices
 - (i) non-respect of contractual terms, and
 - (ii) de-listing threats to obtain unjustified advantages).
- ❑ The practice which ranked third for its negative impact was demands to pay for no service (e.g. pay to compensate a customer's lower profit).

- ❑ Over 83% of the companies consider that these unfair practices have a negative effect on their costs, hence affect their competitiveness on the market. More so for companies producing both manufacturer's and retailer's brands.
- ❑ 40% of the companies consider that these unfair practices have also a negative effect on innovation as the costs incurred reduce their capacity to invest. This leads also to a lack of trust incompatible with new product introductions.
- ❑ 50% of companies mention a cost effect up to 500 K€ in 2009. 21% claim to have « lost sales » of at least 2 Millions of euro in the year.
- ❑ On average, the cost of these unfair practices represent 0,5% of the turnover of the exposed companies.
 - Obviously, the negative impact increases with the frequency of such practices.
 - The negative impact is definitely more important for the national companies.

- ❑ Only 13 % have taken action beyond discussing with their customers.
 - Companies producing manufacturers' brands exclusively do it slightly more (15%)
 - as well as companies producing non food grocery products (21%).

- ❑ Among the companies which took action, only half of them decided to file a legal complaint, mainly for the non respect of the contractual terms. The companies active in several markets choose this option more frequently than the others.

- ❑ Less than one fourth of the companies which took action consider it lead to a positive business solution...

- ❑ The reasons for not taking action beyond customer discussion are
 - firstly the fear of commercial sanctions and
 - secondly the lack of believe in the effectiveness of the remedies made available by public or legal authorities