

Advokat Endre Storløkken
Advokat Ole Marius Bachke
Advokat Eirin Simonsen
Advokat Bernhard Halvorsen jr.
Advokat Karl-Anders Grønland

Til
Det kongelige landbruks- og matdepartement

1.12.2011

MAT, MAKT OG AVMAKT - HØRINGSUTTALELSE

På vegne av Kjøpmennenes Interesseforening, en forening til fremme av kjøpmenns interesser med gyldig franchiseavtale til kjedeprofiler i NorgesGruppen ASA, avgis følgende høringsuttalelse i anledning NOU 2011:4 Mat, makt og avmakt.

1. BAKGRUNN

Utvalget som avga sin utredning i NOU 2011: 4 behandler flere ulike spørsmål av betydning for kjøpmenn. Utvalgets mandat har selv redegjort for sitt mandat og de vurderinger knyttet til omsetning av mat. En slik utredning som inneholder både vurderinger av omsetning av dagligvarer og forslag til endringer har direkte betydning for kjøpmenn som omsetter dagligvarer. Kjøpmennenes Interesseforening har derfor et behov for å kunne bidra til å belyse forhold av betydning for kjøpmennenes hverdag, herunder å kommentere årsaker til maktens forflytning i forhold til tidligere historiske tilstander. En slik vurdering foretas i videre forstand, enn hva som synes vurdert av utvalget i nevnte NOU (heretter Matkjedeutvalget). Kommentarene vil ha sitt tyngdepunkt knyttet til endringer i forhold maktforholdene de siste tiårene for forbrukers interesser og kjøpmannens rolle. Vi vil også kommentere hva som er ønsket i retning og hva samfunnet kan forvente og bør tilstrebe når det gjelder kjøpmannens rolle i fremtiden.

Utredningen har behandlet effektivitet, forbrukerinteresser og maktplassering innenfor verdikjeden for mat m.v., men i liten grad omtalt kjøpmannens rolle, og heller ikke tydelig plassert kjøpmannen som et sentralt ledd i verdikjeden eller at denne representerer paraplykjedenes (heretter Kjedenes) møte med forbruker. Kjøpmannen synes i stor grad å ha blitt oppfattet som en brikke for andre aktører som antas å være mektigere i ulike presenterte maktstrukturer. Det synes også som om det i alt for stor grad er lagt til grunn at en grupperings (leverandør, parasollorganisasjoner, grossister og kjøpmenn) fortjeneste skjer på bekostning av andre grupperinger. Det legges således uriktig til grunn en altfor statisk vurdering av hvordan markedet fungerer i forhold til den mer komplekse og dynamiske mekanikken som de siste tiårs utvikling har demonstrert at er realiteten.

Mange kritiske merknader mot kjedemakt og parasollorganisering i kjeder er fremhevet av Matkjedeutvalget. Utvalget gir ingen beskrivelse av hvordan et alternativt leverandørdominert marked ville se ut.

Advokatfirmaet SGB Storløkken AS

Henrik Ibsens gate 60 A, Postboks 2913 Solli, NO-0230 Oslo
Telefon (+47) 22 54 20 90 - Telefax (+47) 22 54 20 91 - E-mail: post@storlokken.no
Klientkonto 9590.32.70404 - Org.nr.: 986 552 073 MVA
www.storlokken.no

Det er heller ikke presisert hvilket tilbyderssubjekt i verdikjeden som Matkjedeutvalget ønsker at skal være alternativet kjeder og parasollorganiseringen.

Det synes lagt til grunn at bestående maktfordeling er endelig, jf. NOU s. 107, 2. spalte., (jf. passussen "rollene... varig endret") uten å ta inn over seg den dynamikk som hersker i alle handelsforbindelser. Matkjedeutvalget synes dessuten i svært begrenset grad å ha tatt innover seg at selv om Norge er en del av en internasjonal organisering av dagligvaremarkedet med sterkere konsentrasjon og flere butikker. I denne forbindelse fremstår det norske markedet med et svært begrenset folketall som skal betjenes over svært store geografiske avstander med til dels små populasjoner. Det er lite som tyder på at dagligvarekjedenes distribusjon er fordyrende i forhold til hva man kunne forvente hensett til geografiske avstander i Norge. I denne sammenheng kan det være grunn til å fremheve at den organiseringen som har skjedd gjennom dagligvaremarkedet har fått sine etterfølgere i andre bransjer som henvender seg særlig til forbrukere.

Lite er drøftet av matkjedeutvalget om betydningen av at deler av markedet er utenfor EØS. Man har i svært begrenset grad påpekt betydningen av importvern. Vi ser dette som svakheter i hovedkonklusjonene og mener det er umulig å fatte riktige totalbeslutninger med hensyn til fremtid og eventuelle tiltak, uten også å trekke inn importvernproblematikk/tollsats i vurderingene. Importvernets betydning som skaper av «kinesiske murer» rundt det norske markedet i stedet for å være kulturelle og nasjonale utfordringer for utenlandske aktører som en faktor som styrker leverandørene og kjedenes makt synes å ha blitt lite vektlagt i forhold til den vekt dette generelt oppfattes å ha for markedsaktørene. Dette gjelder selv om Matkjedeutvalget tar for seg etableringshindringer.

2. HVORFOR HAR MAKTFORSKYVNINGEN LYKKES/HVORFOR LYKKES DE BESTE KJEDENE?

2.1 Nærmere om årsaksforholdene

Matkjedeutvalget foretar gode oppsummeringer av maktforskyvningen mellom de ulike leddene i verdikjeden fra 70-tallet, gjennom 80-årene og til i dag, men vi etterlyser en mer dyptgående analyse på hva som er de reelle årsaker til at maktforskyvningen har vært mulig og hvorfor den har lyktes.

Utelatelse av et forsøk på å finne dypere årsaker vil medvirke til større usikkerhet med hensyn til fremtiden og vil også være et savn i forhold til eventuelle konklusjoner og tiltak som bør vurderes. På denne bakgrunn ser vi det som viktig å medvirke til belysning av flere mulige bakenforliggende årsaker til hvorfor maktforskyvningen har skjedd og de facto også lyktes.

Vi tror ovennevnte spørsmålsstilling også vil kunne belyse spørsmål om hvem som bør ha makt, hva denne makten ville være avhengig av i fremtiden og eventuelt mulig fremtidig forflytning av makt. Dette ut fra dynamikken som råder blant aktørene, herunder forbrukers posisjon, som av matkjedeutvalget synes å være undervurdert maktfaktor. Forbrukernes kontroll av forholdet mellom kjedene er vist gjennom blant annet Icas tapte markedsandeler, jf. opplysninger om Icas posisjoner i utredningens s. 96, første spalte.

Vi antar at et riktig utgangspunkt for analysen av kjedenes og kjøpmennenes makt er å stille spørsmål om hva som er poenget med matproduksjon. Dette er et grunnleggende og isolert sett et "enkelt" spørsmål. Vi tror utgangspunktet er viktig for å lede tanken inn på andre årsaksperspektiver. Stikkord i denne sammen synes bl.a. å kunne være:

- Nødvendig forsyning av matvarer til befolkningen (lokalt/regionalt/nasjonalt/internasjonalt);
- Stabil og forutsigbar matforsyning;
- Billigst og best mulig matforsyning i forhold til forbrukers behov.

Hvilke aktører i en verdimatkjede har vist seg nærmest til å tilfredsstille forbrukers matvarebehov? Er dette:

- Produsent?
- Leverandør (industrien) /grossister?
- Enkeltkjøpmenn?
- Kjeder?

Maktforskyvningen har gått fra leverandørleddet/grossistleddet til paraplykjedene som har integrert store deler av distribusjonskjeden inklusive grossistvirksomhet. Det kan spørres mer konkret; hvorfor er makten forskjøvet fra leverandørene til paraplykjedene de siste årtier?

Hvilke aktører har så vist seg nærmest til å tilfredsstille forbrukernes matvarebehov?

Kjedenes maktovertakelse synes å være bl.a. at det har skjedd endringer i sisteleddet i verdikjeden, som har medført lavere innkjøpspriser i detaljhandelen. Vi kan oppsummere dette til:

- Strukturendringer;
- Konsolideringer;
- Integreringer i verdikjeden.

Det kan tillegges at følgende, mer presist har medvirket til maktforskyvningen:

- Spesialisering innenfor kunnskap om distribusjon fra produksjon til salg over disk;
- Logistikk- og kosteffektiv distribusjon;
- Testet og veldokumenterte konsepter (business format franchise);
- Forbrukerattraktivt konseptinnhold;
- Gode lokasjonsvalg;
- Distribusjonsleddet tjener penger/konseptet er økonomisk bærekraftig;
- Forutsigbarhet for forbruker, grossist og kjøpmann;
- Sterk konseptlojalitet.

Det synes lite iaktatt, om overhodet, av Matkjedeutvalget, at det ikke tjenes penger i noen del av verdikjeden før det skjer et «salg over disk» til forbruker. Dette innebærer at dersom salg over disk skjer i begrenset grad av et produkt, eller ikke i det hele tatt, vil verdiskapningen utebli, ikke bare for kjøpmannen, men i realiteten for alle bakenforliggende ledd i verdikjeden. Vi kommer senere tilbake til betydningen av dette, men det påpekes alt nå at det leddet i verdikjeden som står nærmest forbruker antagelig er nærmest til å ha størst makt rent prinsipielt.

Dette skyldes at det ledd i verdikjeden som er nærmest forbruker er best egnet til å motta forbrukerønsker og til å formidle slike ønsker bakover i verdikjeden. Derved vil bakenforliggende ledds risiko kunne reduseres. Forbrukerønsker og spørsmålet om hvor verdiene egentlig realiseres og risikoplassering i denne forbindelse, synes i liten grad diskutert.

Matkjedeutvalget har isteden vinklet det hele som en ensidig maktforskyvning til paraplykjeder som igjen ensidig og uten tanke på forbrukers valgmuligheter har styrt en utvikling. Dette fremstår som lite treffende dersom utredningen skal danne et grunnlag for senere debatter om dagligvaresektoren.

Vi ser mange årsaker som kan ha medvirket til en skjev vinkling og derav påfølgende feilslutninger utover de ovenfor nevnte. Disse kommenteres i det følgende.

2.2 Kjedenes makt

Matkjedeutvalget har i mindre grad gått inn på en dybdepresisering av hvordan "kjeden" eller "paraplykjeden" presist er sammensatt eller hva de enkelte elementer består av, herunder hvordan dens indre liv er organisert og de dynamiske prosesser som spiller i mellom de enkelte deltakere.

Kjeden kan i vanlig språkbruk forstås på ulike måter. For det første som *Kjedesentralen*"; en franchisegiverfunksjon. Det enkelte "*profilhus*", typisk "Meny" i Norgesgruppen, vil inneha franchisegiverfunksjoner, men også "*overordnet morselskap*" (Norgesgruppen ASA) vil kunne ha funksjoner i forhold til hva kjeden skal defineres som.

En "*kjede*" bør imidlertid mer presist defineres i forhold til nettverket, dvs. summen av kjedens samtlige deltakere, dvs. franchisegiverfunksjon og franchisetakerfunksjonen. I diskusjoner om maktforskyvning synes det oversett av matkjedeutvalget at et nettverk ikke er sterkere enn det svakeste leddet og at nettsammenbrudd er like dramatisk for kjedeeier/franchisegiver som for den enkelte franchisetaker det angår, og som også indirekte kan lide av et dalende omdømme.

I den grad det i en kjede også er selskaper med grossistfunksjoner eller produksjonsfunksjoner, slik som omtalt i matkjedeutvalgets rapporter, vil disse ikke være et sentralt element i selve franchisenettverket, idet disse ikke er parter i selve franchiseavtalen og i franchisetakers konseptutøvelse. Disse vil imidlertid være vesentlige bidragsyttere i virksomhetsutøvelsen og som det forventes operer med konkurransedyktige priser overfor kjøpmenn/franchisetakere. Med andre ord må Kjedenes egne aktører innenfor produksjon og grossistvirksomhet være konkurransedyktige med andre tilsvarende virksomheter.

2.2.1 Hva består kjedenes makt i?

Makt utøves av Kjeden i forhold til noen (subjekter), dvs.

- Leverandører/produsenter;
- Kjøpmenn / kontraktsparter;
- Forbruker.

Kjedens makt i forhold til noe kan være:

- Sortimentsstyring;
- Portvokterfunksjon;
- Delisting;
- EMV;
- Konseptutvikling.

For å bidra til klargjøring av begrepsbruk og forhåpentligvis mer presis besvarelse av aktuelle spørsmålsstillinger, anser vi følgende presiseringer nødvendige:

Vi finner at Matkjedeutvalgets definisjoner (NOU, s. 26) som vektlegger i sin definisjon at franchise er "*en metode for distribusjon av helhetlige forretningskonsepter*", gir et feil fokus på problemstillingene som er brakt til torgs. Kjeden distribuerer ikke konsepter, men varer.

Som påpekt av Matkjedeutvalget er franchise ikke positivt lovregulert i Norge. Definisjonen i NOU 2011:4, s. 26, er således ikke "feil", men, etter vår mening, vinklet på en måte som kan fordunkle forklaringen på paraplykjedenes suksess og maktovertagelse fra leverandørene og som synes lite iaktatt av matkjedeutvalget. Definisjonen bærer også indirekte preg av at den er sett fra leverandørens ståsted og ikke forbrukerne. Leverandøren opplever kjeden i all hovedsak som en distributør, mens forbrukerne har en mer sammensatt og kompleks opplevelse.

Å beskrive franchise som "*en metode for distribusjon av helhetlige forretningskonsepter*" er under henvisning til definisjonen i Pronuptia-avgjørelsen og KFO 4088/87 (se nedenfor) lite treffende og ikke forankret i det rettskildebildet som eksisterer i europeisk rett på området.

Det man skal distribuere er varer og/eller tjenester, ved hjelp av kunnskap om hvordan virksomheten skal utøves, herunder eksempelvis hvordan en kunde behandles. Det sentrale er å utnytte en erfaring økonomisk for en franchisetaker. Jo spissere konseptet er rettet mot nettopp dette sammensatte spørsmål, og som riktig påpekt av Angel i NOU 2011:4, s. 109, første spalte, består det av langt mer enn å sette sammen meninger om pris, sortiment, volum og leveringsbetingelser. Det dreier seg bl.a. om alt fra nyhetsplaner, mediaplaner, kategoriutvikling, markedsplaner eller tiltak for å skape vekst. Men viktigst er nok at dette i sum, skal tilfredsstillende forbrukerinteresser på de lokale steder hvor et gitt konsept velges anlagt. Mislykkes man her, mislykkes man også i kundekommunikasjon, og dette forklarer, etter vår mening, hvorfor industrien ikke engang overfor storhusholdningsmarkedet lykkes bedre. Kunnskaper om det leddet man skal betjene er for dårlige eller feiltilpasset. Er man mer opptatt av hva man selv skal produsere og bringe til markedet, enn hva markedet ønsker vil man tape maktkampen.

Når det gjelder konseptutvikling, definerer vi "*konsept*" som følger¹:

Med forretningskonsept siktes til en sammensetning av enkeltelementer til en helhet, der helheten representerer en måte å utøve forretningsvirksomhet på.

Mens forretningsidéer kan brukes som betegnelse på de underliggende generelle prinsipper, vil vi bruke forretningskonsepter om summen av praktiske ferdigheter, erfaringer, kjennetegn, utstyr mv..

Et "*franchisekonsept*" vil man i tråd med rådsforordning (KfO) 4087/88 (ikke lenger i kraft) om anvendelse av EF-traktatens artikkel 85 (3) på franchiseavtaler, artikkel 1 (3) (a), definere som: "*A package of industrial or intellectual property rights relating to trademarks, trade names, shop signs, utility models, designs, copyright, know how or patents, to be exploited for the resale of goods or the provision of services to end users.*"

¹ Se Are Stenvik, Tidsskrift for Forretningsjuss, nr. 4 2002, s. 502.

Valentine Korah² har i boken "Franchising and the EEC Competition rules regulation 4887/88", på s. 20, trukket ut essenser fra den såkalte Pronuptia-dommen.³:

"Rather than a method of distribution, it is a way for an undertaking to derive financial benefit for its expertise without investing its own capital. Moreover, the system gives traders who do not have the necessary experience access to methods which they could not have learned without considerable effort and allows them to benefit from the reputation of the franchisors business name... Such a system, which allows the franchisor to profit from his success, does not in itself interfere with competition. In order for the system to work to conditions must be met. First, the franchisor must be able to communicate his know how to the franchisees and provide them with the necessary assistance in order to enable them to apply its methods, without running the risk that the know-how and assistance might benefit competitors, even in directly." (Vår understrekning)

Det vises også til Martin Mendelsohn og Bryan Harris "Franchising and the Block Exemption Regulation", s. 77, som fremhever, også i forhold til Pronuptia-avgjørelsen, at: "A franchise is a method of exploiting financially... a collection of skills. Some of these skills are business methods: they may amount to some form of know how, but may well fall short of intellectual property in the strict sense of the term." (Vår understrekning.)

Poenget med det ovennevnte er:

Ved å definere franchise som gjort av Matkjedeutvalget, tapes det av syne at det er tale om å utnytte finansielt en samling av forretningserfaring som overføres løpende i hele avtaletiden fra franchisegiver til franchisetaker, mer enn en distribusjonsform (og uansett distribusjon av varer, ikke konsepter). Det essensielle er at dette, konkret, gjøres for salg av varer. Dersom konseptet er bedre tilpasset forbrukers ønsker og behov enn andre i kjeden frem til forbrukers kjøpsbeslutning, vil dette tilsi en meromsetning og etter hvert maktforflytning. Det kan sies at ICA har mislyktes i større grad og har tapt markedsandeler fordi de ikke har evnet å tilpasse konseptet til norske forhold eller til norske forbrukerønsker. Norgesgruppen har vært i fremste rekke til å utvikle flere gode forretningskonsepter tilpasset lokale behov og lokale forbrukermønstre og lokale konkurransesituasjoner.

Vi tror derfor at spissing av konseptinnhold i forhold til forbrukeratferd og forbrukerbehov, med involvering av kjøpmannen som "siste skanse" i maktkampen, er en hovedårsak til maktforskyvningen. Norgesgruppen ASA evnet å tydeliggjøre sine konsepter der hvor verdier definitivt skapes, nemlig den aktør som er nærmest "disken" og med produsenters og leverandørers tilsvarende fjernhet, er maktforskyvningen både forståelig og ønsket.

2.3 Hva er maktens opprettholdende forutsetninger?

Matkjedeutvalget synes å ha konkludert med at dagens tilstand vil kunne vedvare (s. 107) uten dermed å ha gått nøye innpå maktens opprettholdende forutsetninger. Vi mener, av hensyn til de tiltak som er foreslått, at det er viktig å se på disse forhold. Vi mener maktens opprettholdende forutsetninger innen matkjeden er:

² Professor i konkurranserett, University College, London.

³ Europadomstolen sak nr. 161/84

1. Kjedelimet er en vesentlig forutsetning for kjedemakt;
2. At alle elementer i kjeden er i balanse i forhold til fordeling av økonomiske gevinster;
3. At det er en beviselig merverdi ved deltagelse i kjeden i forhold til det å stå utenfor kjedenettverket.

Vi mener at så lenge Kjeden er i stand til å bevise merverdi ved deltagelse for den enkelte kjøpmann, og så lenge kjedene beviser en merverdi også i forhold til leverandørleddets manglende kompetanse til å tilfredsstille forbrukers ønsker, vil makten fortsatt ligge hvor den i dag er.

Et bevis på at leverandørene ikke evner og/eller mangler kompetanse, har Matkjedeutvalget selv pekt på i forhold til at leverandørene også taper kampen mot storhusholdningsmarkedet. Også effektivitetsgevinstene tas bedre ut i kjedene enn i industrien, og dette sammen med større profesjonalitet rundt konseptforståelse og forbrukers ønsker, medfører at vi sier oss enige i Matkjedeutvalgets utsagn i NOU 2014:4, s. 108, første spalte, med hensyn til at ikke flere grossister lykkes med etablering i storhusholdningsmarkedet med tanke på å ikke kunne ta ut høyere priser.

Et kjedekonsept som ikke er i stand til å påvise kontinuerlig en merverdi ved deltakelse i kjeden, vil etter hvert få mindre lojalitet og følgelig også tape markedsandeler. Man ser på kjeder hvor det har vært uro med rettssaker mv. at også disse har tapt markedsandeler. Norgesgruppen fremstår her som en solid aktør man er stolt av å være medlem av og som gir kjøpmenn en klar merverdi i form av tilfredsstillende vilkår i forhold til om man hadde stått utenfor samarbeidet. I stor grad synes Matkjedeutvalget å ha forbigått dette i stillhet og heller ikke ha lagt vekt på de positive effektene som gjør at forbrukere i liten grad leter etter dagligvarekjøpmenn utenfor kjedekonsepter.

2.4 Er makten i verdikjeden for mat i dag riktig plassert, hensyntatt Forbrukerinteresser - Delisting?

Det er stilt spørsmål om man er gått fra en grøftekant til en annen, jf. leverandørens syn gjengitt bl.a. i NOU 2011:4, s. 45. De ovennevnte resonneringer leder til at kjøpmannen som er tett på kunden, er nærmest til å innrette salg i forhold til kundens løpende endrede behov og at tilpasningen følgelig raskere kan skje når signaler meddeles nettverket derfra enn helt tilbake til produksjons- og leverandørledd. Det kan spørres om produsent og leverandør ikke nettopp er de siste som vil erfare kundens produktholdninger og produktetterspørsel fordi de rimeligvis aldri møter kunden direkte. Trolig er dette et oversett punkt fra leverandørsiden og også i Matkjedeutvalgets konklusjoner om hvor makten bør ligge. Man kan retorisk spørre om makten i verdikjeden innen mat bør ligge fjernest eller nærmest forbruker.

Vi antar at forbruker er det viktigste leddet i verdikjeden, idet det, som nevnt, ikke skapes verdier for noe ledd bakover med mindre det skjer «et salg over disk». Forbruket må altså etterspørre en gitt vare for at det i det hele tatt skal skapes verdier. Dette medfører at unyttige/for dyre varer vil selekteres bort og følgelig delistes.

Det synes helt oversett av Matkjedeutvalget at det er et risikoelement for kjøpmannen å sitte med store lager av varer som ikke etterspørres i tilstrekkelig grad av sluttbruker. Delisting vil allikevel undertiden komme for sent i forhold til mislykket vareinntak.

Å lovregulere delisting fremstår for oss som uhåndterlig vanskelig idet det langt fra kan bli annet enn helt generelle og overordnede prinsipper som i realiteten vil være meningsløse å utøve forretningsvirksomhet etter.

En forbruker vil alltid etterspørre produkter/preferere kjøpmenn som skaffer ønskede varer, og de beste kjedene er i dag i stand til å følge denne utviklingen tett.

3. FRANCHISELOV OG BEDRIFTSDEMOKRATI M.V.

Trenger vi også i Norge en franchiselov som regulerer franchisetakers stilling?

Den svenske loven er en såkalt disclosure-lov. Det er på det rene at det kun er tale om hvilken informasjon er pliktig til å gi før en franchiseavtale inngås. Kort summert kan man karakterisere loven som en forhåndsopplysningslov slik at franchisetaker ikke skal komme i den situasjon at han ikke på en enkel og oversiktlig måte før han inngår en kontrakt, er opplyst om hovedpunktene i det kommende avtaleforhold. Det synes misforstått av matkjedeutvalgets flertall, som synes å ha en annen innfallsvinkel til dette. Det er vår oppfatning at man ikke på noen måte føler behov for en slik lov i Norge. Langt på vei oppfylles forhåndsopplysninger via de forhandlinger partene fører, som oftest med profesjonelle rådgivere på begge sider. Rettspraksis viser da også at det i liten grad, om noen, er rettsvister basert på nettopp de forhold som loven er ment å avdekke eller opplyse om.

Italia har gått et skritt lenger enn svensk, fransk, belgisk og spansk rett hva angår lovgivning om franchise og i 2004 ble det vedtatt en lov som spesifikt regulerer franchise. I den italienske loven, artikkel 3, ser man bl.a. at det er langt mer reguleringer som skal sikre balanse i avtaleforholdet, og løpetid er også lovregulert. Det vises til artikkel 3 hva angår form og innhold, til en italiensk avtale hvor det i artikkel 3, nr. 3, er forutsatt at løpetiden minimum skal gjelde for en periode tilsvarende avskrivningstiden for franchisetakers investeringer. Perioden kan ikke være kortere enn tre år, med unntak av mislighold av en av partene.

I Norge er det vanskelig å se behov for en lovgivning som den italienske, og rettspraksis synes i liten grad å gjenspeile behov for lovregulering, idet annen relevant norsk lovgivning og gjeldende bakgrunnsrett innenfor kontraktsrett, i tilstrekkelig grad synes å ivareta begge parters interesser av kontraktuell art. Å hevde at den svenske loven bidrar til å balansere interesseavveiningene synes i liten grad å være tilfelle.

Å hevde at manglende lovgivning svekker bedriftsdemokratiet er dessuten en sterk misoppfatning som vi på det sterkeste tar avstand fra. Flertallet hevder i NOU 2011:4, s. 98, annen spalte, at: *"Verken kjøpmenn eller de ansatte i handelsnæringen utøver i dag noen synlig makt i matkjeden"*. Spørsmålet er vel mer om kjøpmenn og franchisetakers ansatte utøver en "usynlig", men reell makt, og dette er ikke vurdert. Å få kjedemedlemmene mot seg (som i praksis består av ansatte personer hos kontraktspartnern til franchisegiver, nemlig franchisetaker) vil kunne være ruinerende for enhver kjede. Dette er vel kjent hos alle Kjeder.

Matkjedeutvalget har selv påpekt ICAs etter hvert tapte markedsandeler, og selv om dette ikke er kjøpmanns feil, så er det ingen tvil om at kjøpmenn utøver makt i den forstand at dersom de er dyktige og følger et godt konsept eiet av franchisegiver, er det sannsynlighet for at de vinner markedsandeler i lokale markeder med stor opplevd konkurranse. Godt kjøpmannsskap, viser daglig at de som kjedeprofilens spydspisser har makt (eller manglende sådan) i forhold til hva forbruker prefererer.

Kjøpmannen er som sisteleddet i en Kjede, selvsagt medvirkende i årsakskjeden til om makt opprettholdes eller ei. Man er således fullt ut enig med matkjedeutvalgets mindretall, Thomas Angel, i de synspunkter han har gjort seg til talsmann for i NOU 2011:4. s. 98 og 99.

Det bør også erindres at utenlandske konsepter innenfor andre bransjer undertiden søker norske master franchisetakere. Det er vanskelig å tenke seg at franchisekjeder innenfor mat skulle være det eneste som ble underkastet ordningen til matkjedeutvalgets flertall og bedriftsdemokratisering. En slik ordning ville også medføre at man tillå bedriftsdemokratibestemmelsene aksjeloven andre formål enn det som denne ordningen i aksjeloven var tiltenkt når reglene ble vedtatt og som senere er lagt til grunn ved senere videreføring av denne ordningen. Formålet var ikke å styre en bransje, men til å gi de ansatte innflytelse over egne arbeidsplasser. De ansatte er ansatte hos franchisetaker og ikke hos medkontrahenten, franchisegiver.

Konsekvensene av en slik særnorsk ordning for norsk franchisedrift samt import av utenlandske franchisekonsepter, kan man bare gjette på konturene av. Utenlandske konsepters etablering i Norge vil trolig hindres i vesentlig grad dersom man innfører særnorske aksjerettslige krav. I realiteten vil det være å gripe inn i et aksjeselskaps beslutningsprosess ved at ansatte hos franchisetaker (som kontraktspart) skal få medinnflytelse i beslutninger hos franchisegiver (en annen kontraktspart). Det må erindres at franchisegiver og franchisetaker juridisk er to helt uavhengige rettssubjekter som ikke har annen tilknytning til hverandre en franchiseavtale.

Franchisetaker vil således fullt ut være underlagt gjeldende lovgivning om bedriftsdemokratiseringsregler og medbestemmelse, og innenfor cluster franchise er det ingen tvil om at det kan finnes eksempler på at cluster franchisetaker har så mange ansatte at regelen om medinnflytelse vil kunne spille inn. Dette synes overhodet ikke innsett eller omtalt av Matkjedeutvalgets flertall. Det synes heller ikke iaktatt at skulle man innføre særregler innenfor bedriftsdemokratisering for kjeder innenfor mat, måtte man vel rimeligvis også gjøre det innenfor andre kjeder innenfor varehandel og tjenesteyting.

Vi vil påpeke andre veier inn til medieinnflytelse enn hva flertallet foreslår og vil komme tilbake til dette nedenfor.

De rettstvister som har vært behandlet i det norske rettssystemet de siste 20 år, vitner om at det vel ikke er manglende lovgivning som har vært problemet mellom de stridende parter, men ren avtalesfortolkning som er løst etter vanlige kontraktsrettslige prinsipper nedfelt i rettspraksis og juridisk teori.

Det vites ikke om partene i det hele tatt har etterlyst lovgivning i de konflikter som har oppstått.

Det er på det rene at det vel snarere har forekommet mangler og hull i kontraktsutforming, som snarere kan skyldes inkompetanse ved utarbeidelsen og at slike ufullstendigheter har skapt rom for diskusjoner om hva som vitterlig var ment avtalt.

Det må også erindres at rådgivere i stor grad vil skjule hen til etiske prinsipper nedfelt av European Franchise Federation ved utforming av avtaler, og til syvende og sist vil også dette kunne være en rettskilde for utøvende norske domstoler.

Også utenlandsk rettspraksis vil, som følge av stor rettsenhet innenfor det aktuelle kontraktsområdet i Europa, være betydelige rettskildedefaktorer, og det er således ikke manglende rettskildemateriale som preger det aktuelle rettsfelt. Vi kan følgelig ikke se behov for en særnorsk lov.

Det har fremkommet, muligens fra anonyme uttalelser avgitt i KPMG, problematisering av forhold vedrørende manglende innsyn i beregninger som ligger til grunn i franchiseavtalers økonomiske ytelser. Det vises bl.a. til NOU, s. 26, annen spalte. Tilsvarende gjelder sterke bindinger som begrenser muligheten til å trekke seg ut av samarbeidsforhold som ikke fungerer og vanskeligheter med å skifte mellom ulike butikk-kjeder.

Hva angår de kjedeprofiler vi kan uttale oss om, synes det for det første som om dialogen mellom partene har vært god vedrørende beregning av økonomiske ytelser. Det har vært spørsmålsstillinger som har vært undergitt saklig, grundig behandling og som har vært nedfelt i klarere retningslinjer, og det er ikke grunnlag for stadig kritikk fra kjøpmannshold vedrørende disse forhold.

Hva angår sterke bindinger som begrenser mulighet for å trekke seg ut dersom samarbeidet ikke fungerer, er det svært sjelden det foretas oppsigelse fra / av kjøpmenn i Norgesgruppen. Forholdet må sees i sammenheng med følgende:

Så lenge det er en merverdi ved å delta i en kjede, vil som regel oppfatningen være den motsatte av å ville forlate Kjeden. Det er også en erkjennelse av at det sjelden er grønnere på den andre siden av gjerdet, og hva angår skifte mellom ulike butikk-kjeder, er det uklart om Matkjedeutvalget her mener konkurrerende kjeder eller andre profiler inne samme paraply.

Innenfor ethvert kjedenettverk, er det sentrale forhold om kjøpmannens interesser er tjent med omprofilering skal skje. Her vektlegges markedsforhold, konkurransesituasjon og lignende som ikke bare kjøpmannen er best til å vurdere, men også konseptieren. Det er ikke i noens interesse å drifte et fullsortimentskonsept, om de lokale forhold tilsier et smalsortiment. Man opplever en dialog hva angår kontraktsutvikling/omprofilering, og det vil være opp til hver kjedeeier og dets medlemmer å kommunisere ønsker i denne retning.

Det er gjennom rettspraksis i selskapslignende og andre samarbeidsforhold etablert ulike prinsipper som kan løse situasjoner der «frustrasjon» hos partene hindrer et rimelig samarbeidsforhold som tjener partenes samlede økonomiske interesser. Det er tvilsomt om det er behov for ytterligere lovregulering utover det som følger av disse rettsprinsippene og det som er en vanlig forståelse av partenes avtaler tolket ut fra ordinære norske kontraktsrettslige lojalitetsprinsipper.

4. HARD DISCOUNT OG SOFT DISCOUNT

I forhold til problemstillingen vedrørende hard- eller softdiscount-butikker og hva kjøpmenn måtte ønske i den forbindelse, er det på det rene at dagens profiler i Norgesgruppen dekker soft discount og må sies å treffe sluttbruker godt med disse alternativer. Andre aktører må selvsagt være hjertelige velkomne til å forsøke å penetrere markedet med hard discount-profiler.

Slik som man oppfatter det norske forbrukermønsteret går det imidlertid mer i retning av ytterligere soft discount enn hard discount, og dette må sees skapt nettopp av forbrukerønsker og ikke av andre regimer.

5. KJØPMANNSROLLEN FRAMOVER, EN NY MAKTFORDELING?

Vi ser det slik at vellykket nettverksdrift forutsetter god bakkekontakt med forbrukermarkedet og de til enhver tid trender og megatrender som rår i forbrukeratferden.

De aktører som er best til å lese dette, inkorporere dette i konsepthåndbøker løpende og overføre denne kunnskap til kjøpmannen, vil trolig være de som er best til å lykkes med markedspenetrering også i fremtiden.

Det er ingen statisk virksomhet å være kjøpmann eller nettverkseier, og man kan således ikke utelukke endringer innenfor maktbildet blant de største kjededriverne i dagens Norge. Poenget er imidlertid at makten trolig må være best og riktigst plassert nærmest plassert forbrukeren og forbrukerens behov. Bakenforliggende ledd vil bare unntaksvis være i stand til å lese forbrukers ønsker og da indirekte via kjøpmenns etterspørsel i forhold til hva som selger.⁴ Kjøpmannens påvirkning på konseptutvikling er således et viktig trekk i maktforskyvning fremover, idet det som i realiteten bør etterspørres er kommunikasjonslinjene mellom forbrukerens ønsker som blir fanget opp av kjøpmannen og viderefremidling av disse.

Det må erindres at de fleste kjøpmenn i Norge i dag er kjøpmenn som har vært dette i lang tid, som er positive mot franchisesystemet, støtter franchisegiver og andre franchisetakere fordi man har lykkes i lokaldrift gjennom lang tid og derved dokumentert resultater som viser at de kan drive en lønnsom franchise.

Erfarne franchisetakere er imidlertid også kritiske og krevende, og det kan være grunn til å foreta en henvisning til Greg Nathans bok *"Franchise F-factor"*, *"Franchisegivers guide til å forvalte franchiserelasjoner"*, som på s. 83 oppsummerer praktiske tips til en franchisegiver, nemlig å bl.a. motivere de mer erfarne franchisetakere til å nominere seg selv til franchiseutvalg og råd. Det vises dessuten til forslag som involverer franchisetakerråd og -utvalg i utvikling av konferanseprogrammer og invitere franchisetakere til å dele sin historie, til å ta på seg spesielle work shops, til å sette sammen prestasjons- og/eller forbedringsgrupper for franchisetakere som er klare og villige til å dele informasjon om sin virksomhet med andre, herunder evaluere regelmessig

⁴ En dominants aktørs helt manglende evne til å ta til følge og på en forbrukervennlig måte sørge for tilstrekkelig varetilgang i fredstid, må sies å være Tines nonsjaluante unnløstelse av å åpne for hurtigere utenlandsimport av smør ved å senke tollsatser denne høsten.

evne til medarbeidere for å forsikre seg om at man tar inn ledere på høyt nivå hvis strategiske saker ikke blir ordentlig løst.

Det er således grunn til å understreke at norske nettverk, kanskje i for liten grad, evner å ta inn over seg kjøpmannens ulike roller. Disse kan være som møtepunkt med forbruker, spydspiss for kjedeprofilen og som sentral medspiller og utviklingsfaktor i nettverket. Demokratisering i form av medinnflytelse på konseptutvikling antas således å ville kunne prege de mer vellykkede kjeder fremover enn hva som hittil har vært tilfelle i hva som må kunne karakteriseres som relativt unge nettverkskjeder i internasjonal sammenheng. Samspillet mellom forbruker, kjøpmann og kjede er en del av den driftskunnskap (hemmelige know-how) som også er sentral for forbruker i dennes kjøpsvalg. Når matkjedeutvalget således trekker frem paraplykjedenes portvokterfunksjon som noe negativt, må det i forbindelse med for eksempel delisting sies å tjene forbruker og ikke minst kjøpmann. Det vil selvsagt vil være i både paraplykjedenes og kjøpmannens interesse å betjene markedet på beste måte. Ikke etterspurte produkter vil bare bety en ensidig risikofaktor for enhver kjøpmann, og det er vanskelig å se at man skulle kunne forsvare en risikoplassering på kjøpmannsleddet for varer som det ikke er tilstrekkelig etterspørsel etter. Å fremelske produksjon av dette vil kun tjene produsenten og være en meningsløs sløsing med ressurser. Det er uheldig hvis formålet med dagligvarebransjen blir å sikre avtakere for leverandørene snarere enn å fremskaffe de varer kundene ønsker og er villig til å betale prisen for. Om en vare etterspørres av få forbrukere, er det trolig rett og rimelig at disse få dekker kostnaden, og ikke at kostnaden skal fordeles på alle forbrukere som ikke etterspør produktet.



Endre Storløyken



Karl-Anders Grønland