



Nærings- og fiskeridepartementet
postmottak@nfd.dep.no
Oslo

Oslo, 22.3.2018

Høringsuttalelse til to utredningsrapporter om dagligvaresektoren

Vi viser til høringsbrev fra Nærings- og fiskeridepartementet av 15.11.2017 der rapport om etableringshindringer i dagligvarebransjen, utarbeidet av Oslo Economics og Oeconomica, og rapport om muligheten for å etablere en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat, skrevet av Ronny Gjendemsjø og Ignacio Herrera Anhustegui, sendes ut til høring.

Dagligvareleverandørenes forening (DLF) representerer mer enn 100 leverandører til dagligvare- og serveringsmarkedet (medlemsoversikt følger nederst i dokumentet). Følgende høringsuttalelse er vedtatt av DLFs styre. På oppdrag fra DLF har advokat Olav Kolstad, advokatfirmaet Schjødt gitt faglige innspill til uttalelsen.

Oppsummert DLFs hovedkommentarer

- Stortinget har bedt regjeringen fremme forslag til virkemidler for å bedre konkurransen og effektiviteten i dagligvaremarkedet. De to foreliggende rapportene gir ikke svar på hvordan dette kan gjøres.
- DLF etterlyser konkrete forslag til virkemidler og forventer at NFD vil komme tilbake til hvilke tiltak som kan iverksettes for å styrke konkurransen i dagligvaremarkedet.
- Det har vært en utvikling i Norge mot et svært konsentrert marked med vertikalt integrerte dagligvarekjeder som i stor grad definerer markedets struktur og funksjon.
- Det finnes ingen uavhengige grossister. Et eget marked for distribusjon av dagligvarer ville kunne lette etablering for nye dagligvarekjeder, storhusholdningsleverandører og internetbutikker.
- Dagligvarekjedene integrerer seg inn i produksjonsleddet, både gjennom oppkjøp og gjennom avtaler om kontraktsproduksjon («egne merkevarer», EMV). Dette kan øke etableringshindringene, og DLF savner en problematisering av dette forholdet.

Oppsummert DLFs forslag

- Et videre arbeid bør ha et bredere fokus enn etableringshindringer. Det bør foretas en vurdering av om konkurransen i dagligvare- og serveringsmarkedet fungerer tilfredsstillende og, dersom konkurransen ikke fungerer, identifisere årsakene til dette og mulige tiltak.
- Det bør vurderes en egen lovbestemmelse om tilgang til eksisterende distribusjons- og lagerløsninger på ikke-diskriminerende og konkurransedyktige vilkår.
- Regulering av betingelsesstrukturen: Det bør vurderes en regulering som begrenser adgangen til å kreve økonomiske ytelser, f.eks. rabatter, hvis verdi ikke står i et rimelig forhold til motytelsens verdi. Rabatter bør gis på en transparent måte som sikrer at rabattens verdi i størst mulig grad kommer forbrukerne til gode.
- Vertikal integrering mot produksjonsleddet: Betydningen for konkurransen av dagligvarekjedenes inntreden i produksjonsleddet bør utredes nærmere.

- En Lov om god handelsskikk og et Handelstilsyn slik Hjelmengutvalget anbefalte, vil kunne effektivisere verdikjeden og komme forbrukeren til gode.

1. BAKGRUNN

Stortinget gjorde følgende vedtak¹ i 2015: «*Stortinget ber regjeringen fremme forslag til virkemidler for å bedre konkurransen og effektiviteten i dagligvaremarkedet*». I næringskomiteens innstilling i saken uttrykte flertallet at de «*er bekymret for effektiviteten og konkurransesituasjonen i norsk dagligvaremarked. Flertallet mener at et velfungerende og effektivt marked er avgjørende for å ivareta forbrukernes interesser knyttet til kvalitet, mangfold, tilgjengelighet og pris. Flertallet mener at det i dagens situasjon er slik at forbrukernes interesser ikke blir ivaretatt på en god nok måte.*»

Som en oppfølging av Stortingets vedtak fra 2015, presenterte daværende næringsminister Monica Mæland 15. mars 2016 fire tiltak «for å styrke konkurransen i dagligvarebransjen». Statsråden begrunnet de fire tiltakene på følgende måte:

Konkurransen er for dårlig, både blant dagligvarekjedene og blant leverandørene. Det er vanskelig for nye kjeder å etablere seg i Norge. Dette rammer forbrukerne. Derfor legger regjeringen frem flere tiltak som skal styrke konkurransen i markedet.

To av tiltakene var å igangsette eksterne utredninger om henholdsvis etableringshindringer på dagligvaresektoren og om det er mulig i konkurranseretten å gi Konkurransetilsynet en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger som kan være konkurransebegrensende, selv om aktøren ikke har en dominerende posisjon i markedet. Det er disse to rapportene som nå er sendt på høring.

NFD har i høringsbrevet ikke gitt uttrykk for egne vurderinger knyttet til de temaer rapportene omhandler, eller om, og eventuelt hvordan, funnene i rapportene kan gi grunnlag for tiltak som kan styrke konkurransen i markedene.

DLF vil minne om at Stortinget enda ikke har sett konkrete forslag til virkemidler for å styrke konkurransen og effektiviteten i dagligvaremarkedet, men forventer at rapportene inngår som en del av et bredere vurderingsgrunnlag, og at NFD vil komme tilbake til hvilke tiltak NFD anser kan iverksettes for å styrke konkurransen i dagligvaremarkedet.

2. SÆRTREKK VED DET NORSKE DAGLIGVAREMARKEDET

DLF ønsker å påpeke tre særtrekk ved det norske dagligvaremarkedet som har betydning for vurderingen av etableringshindringer og konkurranseforhold.

2.1 Konsentrasjon og kjededannelse

Det norske dagligvaremarkedet har over tid gått i en retning av et stadig mer konsentrert marked med stor kjedemakt plassert på betydelig færre hender. Oslo Economics beskriver dette: «dagens struktur preges av at tre vertikalt integrerte dagligvarekjeder, Coop, NorgesGruppen og Rema, står for 96 prosent av omsetningen i detaljistleddet og om lag 100 prosent av omsetningen i grossistleddet. I dag er så godt som alle dagligvarebutikker tilknyttet en kjede.» Oslo Economics skriver også at «oppsummert er ikke det norske dagligvaremarkedet mer konsentrert enn gjennomsnittet i øvrige nordiske land». Men i tillegg til høy konsentrasjon som også våre naboland

¹ Innst. 155 S Dokument 8:12 S (2014–2015)

har som utfordring, skiller Norge seg ut ved at vi har et enda lavere antall aktører på detaljistleddet og fravær av internasjonale aktører i det norske dagligvaremarkedet, sammenlignet med våre naboland. Mens Norge har totalt tre dagligvarekjeder i innkjøpsmarkedet, har Sverige seks, Danmark seks og Finland åtte dagligvarekjeder. I serveringsmarkedet er konsentrasjonen enda større, med kun to fullsortimentsgrossister som betjener storhusholdningsmarkedet, inkludert offentlig sektor.

2.2 Vertikal integrasjon

Et særtrekk ved utviklingen i dagligvaremarkedet som Oslo Economics også beskriver, er at dagligvarekjedene i økende grad har steget inn i produksjons- og foredlingsleddet gjennom satsinger på egne merkevarer og eierskap i leverandører av viktige varegrupper. Det norske dagligvaremarkedet er preget av at dagligvarekjedene har fullintegreert detaljist-, grossist- og distribusjonsleddene, og i økende grad kontrollerer merkevarer og produksjonsledd. De vertikalt integrerte matkjedenes dominerende rolle definerer i stor grad markedets struktur og funksjon. Hva det betyr for konkurranseforhold og forbrukerhensyn i dagligvare- og serveringsmarkedet, har offentligheten fortsatt manglende innsikt i.

2.3 Ingen uavhengige grossister

En konsekvens av den vertikale integrasjonen, er at de tre store dagligvarevarekjedene har en meget sterk stilling på grossistleddet, og det er ingen uavhengige grossister i dagligvaremarkedet. En ny aktør som ønsker å starte virksomhet i dagligvaremarkedet, serveringsmarkedet eller netthandel, må enten kjøpe varer direkte fra leverandørene eller inngå avtaler om innkjøp og distribusjon fra en av de tre dagligvarekjedene. Et eget marked for distribusjon av dagligvarer ville kunne lette etablering i Norge for nye dagligvarekjeder, og vil kunne styrke konkurransekraften til dagligvarer solgt gjennom internettbutikker ved å redusere kostnaden ved å få varen ut til kunden, uavhengig av valg av distribusjon gjennom dagligvarekjeden eller andre løsninger.

DLF registrerer at det i rapporten om etableringshindringer i dagligvaresektoren ikke foretas en analyse av hvordan konkurransen fungerer i dagligvaremarkedet. Vurderingen fokuserer på å identifisere etableringsbarrierer, og på tiltak som kan lempe eller redusere disse barrierene. I rapporten gjøres det en vurdering av tiltak som kan øke konkurransen på leverandørleddet, men uten at det foretas en tilsvarende vurdering av tiltak som eventuelt kan øke konkurransen mellom dagligvarekjedene. Rapporten vurderer heller ikke konkurransesituasjonen i serveringsmarkedet eller kiosk-, bensinstasjons- og servicemarkedet. Til sammen utgjør disse kanalene et totalmarked for mat og dagligvarer, som i stor grad kontrolleres av de samme aktørene. DLF vil påpeke at det i en vurdering av om det bør treffes tiltak for å styrke konkurransen i totalmarkedet for mat og dagligvarer bør inngå en analyse av om konkurransen mellom dagligvarekjedene fungerer tilfredsstillende og, dersom konkurransen ikke fungerer tilfredsstillende, identifisere årsakene til dette og mulige tiltak.

3. TILTAK FOR Å REDUSERE ETABLERINGSHINDRINGER

3.1 Innledning

At etableringsmuligheter har vesentlig betydning for hvordan et marked fungerer synes ukontroversielt, og DLF ønsker velkommen tiltak som gjør det enklere for nye dagligvarekjeder å etablere seg i Norge.

DLF anser at beskrivelsen og analysen av markedsstrukturen i dagligvaremarkedet i rapportens kapittel 4 gir en korrekt beskrivelse av flere sentrale trekk ved markedsstrukturen. DLF etterlyser

allikevel en nærmere analyse av betydningen av det at dagligvarekjedene er vertikalt integrert, både i forhold til hvordan vertikal integrering påvirker muligheten for nyetableringen og hvordan vertikal integrering påvirker konkurransen på ulike ledd og i de ulike kanalene i verdikjeden for mat.

Dagligvarekjedene er vertikal integrert i detaljist- og grossistleddet ved at hver kjede har egen grossistvirksomhet som utelukkende betjener egne butikker som utelukkende kan benytte kjedens grossistvirksomhet. Videre har kjedene kontrollerende eierinteresser i en rekke leverandørbedrifter. I tillegg har kjedene en rekke avtaler med leverandører om produksjon av kjedenes egne merkevarer (EMV). Gjennom slike produksjonsavtaler integrerer kjedene seg i realiteten kontraktuelt "opp" i produksjonsleddet. Rapporten begrenser seg til å se på betydningen av at dagligvarekjedenes detaljist- og grossistvirksomhet er vertikalt integrert. Tilgang til en grossistvirksomhet som gjennom stordriftsfordeler mv. kan konkurrere med de etablerte kjedenes grossistvirksomhet er riktignok viktig for mulige nyetableringer, men vertikal integrering mot leverandør- og produksjonsleddet, både strukturelt og kontraktuelt, kan øke etableringshindringene for nye dagligvarekjeder og andre aktører i detaljistmarkedet.

DLF savner en problematisering av dette i rapporten.

3.2 Innkjøpspriser som avhenger av størrelse

Rapporten om etableringshindringer er den første rapporten av denne karakter som fastslår at innkjøpsbetingelsene til dagligvarekjedene klart avhenger av størrelse på kjedenivå. Tallgrunlaget analysen baserer seg på er ikke gjengitt i rapporten, men DLF legger til grunn at konklusjonen bygger på data som gir grunnlag for denne konklusjonen.

I rapporten pekes det på at konsentrasjon på leverandørsiden er en faktor som bidrar til ulikheter i innkjøpsbetingelsene. Selv om konsentrasjon på leverandørleddet skulle være en av flere faktorer som fører til asymmetriske innkjøpspriser, er det kjedens størrelse som avgjør hvor stort utslaget blir.

I den grad det skal utformes rettslige virkemidler for å hindre asymmetriske priser i dagligvaremarkedet, må det foretas en nærmere utredning av det eventuelle omfanget av en slik asymmetri og årsakene til den.

3.3 Etableringshindringer vs. graden av konkurranse mellom kjedene

Ulikheter i innkjøpsbetingelser har ikke bare betydning for mulighetene til å etablere seg i det norske dagligvaremarkedet, men også for konkurransen mellom de etablerte kjedene. Det er naturlig å anta at en kjede som får betydelig dårligere innkjøpsbetingelser enn en eller flere av sine konkurrenter, over tid vil kunne ha problemer med å konkurrere lønnsomt på pris om kundene. Dersom innkjøpspriser avhenger av størrelse, vil en kunde ikke bare være en kunde, men en innsatsfaktor ("råvare") for å skaffe bedre innkjøpsbetingelser. Den som gis best innkjøpsbetingelser på pris vil være best rustet til å konkurrere om nye kunder som igjen gir lavere innkjøpsbetingelser, noe som gjør at ulikhetene forsterkes (snøballeffekt). I ytterste konsekvens kan en dagligvarekjede bli tvunget til å forlate markedet pga. ulikt utgangspunkt i konkurransen om kundene. Ulikheter i innkjøpsbetingelser kan også være en årsak til den butikk tettheten vi ser i Norge i dag og konkurransen om egnede lokaler for dagligvarebutikker. Flere butikker gir bedre eksponering mot kundene, men innebærer samtidig en kostnad som kan bidra til at kjeder som får et press på lønnsomheten pga. dårligere innkjøpsbetingelser enn konkurrentene, taper kampen om de beste butikklokalene og om kundene.

3.4 Tilgang til grossisttjenester

Det er DLFs oppfatning at tiltak for å redusere vertikal integrasjon og mangel på uavhengige grossister, bør vurderes.

Nye aktører som ønsker å etablere seg på dagligvare- og serveringsmarkedet møter en utfordring i at det er mangel på uavhengige grossister. Kjedene har egne grossistvirksomheter som betjener den enkelte kjedes detaljistledd. For nye aktører som ønsker å etablere seg, vil det være en utfordring å kjøpe grossisttjenester i markedet, og en oppbygning av et eget grossistledd vil være lite lønnsomt med mindre volumgevinster kan realiseres raskt. DLF foreslo i sitt hørings svar til forslaget om en lov om god handelsskikk at tilgang til distribusjonstjenester blir underlagt en regulering som legger til rette for at det utvikler seg et marked med uavhengige tilbydere av grossisttjenester hvor slike tjenester prises separat.

Både nye og etablerte aktører vil ha en fordel av uavhengige grossister. Alle kundene vil dermed kunne kjøpe grossisttjenester av hvilken som helst grossist. Det kan bidra til å dempe konkurransen om lokalene og gjøre det enklere for nyetablerere og dagligvareaktører som ikke er størst.

DLF ber om at det igangsettes et arbeid med å utrede en egen lovbestemmelse om tilgang til eksisterende distribusjons- og lagerløsninger på ikke-diskriminerende og konkurransedyktige vilkår.

3.5 Tiltak for å motvirke begrenset tilgang til lokaler

Rapporten peker på at tilgangen på attraktive butikklokaler er begrenset, og at dette utgjør et vesentlig etableringshinder for nye aktører. På den bakgrunn er DLF enig i at en regulering av tilgangen til lokaler bør vurderes.

DLF vil i denne sammenheng peke på at Konkurransetilsynet i fusjonssaker som gjelder dagligvaresektoren, har hatt et sterkt fokus på lokal konkurranse. I vurdering av om en foretakssammenslutning begrenser konkurransen har Konkurransetilsynet kartlagt alle dagligvarebutikker i de relevante, lokale markedene med GPS-koordinater, og ut fra vurderinger av hvor langt kundene vil kjøre for å handle i en annen dagligvarebutikk, kartlagt konkurransen på butikknivå i lokale markeder. En tilsvarende fremgangsmåte kan benyttes for å avgjøre om en etablert kjede av konkurransehensyn bør nektes tilgang til et butikklokale, en nektelse som vil åpne for at andre kjeder eller nye aktører etablerer seg i de aktuelle lokalene.

Etter det DLF forstår har Konkurransetilsynet detaljert oversikt over et svært stort antall av de dagligvareforretninger som finnes i Norge. Kostnadene ved å etablere et verktøy for å vurdere om konkurransehensyn tilsier at en kjede ikke får etablere seg i et bestemt lokale vil i så fall være små, da de relevante opplysningene allerede er samlet inn. Metoden som benyttes for å foreta konkurransevurderingen kan være den samme som Konkurransetilsynet har benyttet i fusjonssaker som berører dagligvaremarkedet.

Samtidig mener DLF at Konkurransetilsynet bør vektlegge hvordan nyetableringer og overdragelse av butikker påvirker konkurranseforholdene i det nasjonale markedet.

Rettslig kan en bestemmelse om at en dagligvarekjede må ha godkjennelse for å åpne butikker i nye lokaler for eksempel nedfelles i plan og bygningsloven, men med Konkurransetilsynet som godkjenningsorgan. En slik bestemmelse kan alternativt nedfelles i konkurranseloven.

4. ANDRE VIRKEMIDLER SOM BØR VURDERES

4.1 Innledning

DLF legger til grunn at departementet, i tråd med Stortingets vedtak, vil fortsette arbeidet med å identifisere mulige virkemidler som kan bedre konkurransen og effektiviteten i dagligvaremarkedet. Et videre arbeid bør ha et bredere fokus enn etableringshindringer. Det bør foretas en vurdering av om konkurransen i dagligvare- og serveringsmarkedet fungerer tilfredsstillende og, dersom konkurransen ikke fungerer, identifisere årsakene til dette og mulige tiltak. I denne forbindelse vil DLF i det følgende peke på to tiltaksområder som bør utredes nærmere.

4.2 Regulering av betingelsesstrukturen

Prisen på en dagligvare fra leverandør til en dagligvarevarekjede bestemmes ikke utelukkende av grunnprisen for varen. Ved vurderingen av hva som er varens reelle pris må det tas hensyn til rabatter og andre økonomiske ytelser som dagligvarekjedene forhandler seg til. Fra forbrukernes ståsted er det viktig at de rabatter og andre økonomiske ytelser som gis kjedene kommer forbrukerne til gode.

Den tyske konkurranseloven har i § 19(1) et tilsvarende forbud som man finner i konkurranseloven § 11, mot at dominerende foretak misbruker sin dominerende markedsstilling. Den tyske konkurranselovens § 19 skiller seg allikevel fra den norske konkurranselovs § 11 med en videre "eksempelliste" i § 19(2) enn eksempellisten i den norske konkurranselovens § 11(2). Det fremgår av § 19(2)(5) at et forbud mot å gi ytelser som ikke har en saklig begrunnelse, innebærer et misbruk. Bestemmelsen lyder

Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ...

5. andere Unternehmen dazu auffordert, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren; hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob die Aufforderung für das andere Unternehmen nachvollziehbar begründet ist und ob der geforderte Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung steht.

Et element i vurderingen av om en ytelse er saklig begrunnet er om den står i et rimelig forhold til begrunnelsen for kravet om ytelsen. I dette ligger at selve kravet om en ytelse må være begrunnet på en måte som muliggjør en vurdering av kravets forholdsmessighet.

Det følger av den tyske konkurranselovs § 20(2) at bestemmelsen i § 19(5) også gjelder hvor et foretak står i et avhengighetsforhold til et annet foretak uavhengig av om foretaket som krever ytelsen har en dominerende markedsstilling:

§ 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 5 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen.

Det fremgår av en dom avsagt av tysk Høyesterett (Bundesgerichtshof) den 23 januar 2018 at det ikke er et vilkår for å anvende § 19(2)(5) at den som mottar en fordel med dette stilles i en bedre konkurransemessig posisjon enn sine konkurrenter. Bestemmelsen går således lenger enn den norske konkurranselovs § 11, som forutsetter at den aktuelle ytelse gir en konkurransefordel på et nedstrømsmarked.

Det er videre ikke et vilkår at det foreligger en utnyttelse av en dominerende markedsposisjon. Det avgjørende er om det er et åpenbart misforhold mellom ytelsen og motytelsen. En rabatt som gis må

således stå i et rimelig forhold til begrunnelsen for rabatten. Det er en presumsjon for at en ytelse som ikke er relatert til forhold hos leverandør, varen eller produktet, ikke er objektivt begrunnet. Saken gjaldt en bestemmelse (§ 20(3)) i den tyske konkurranseloven av 2007 som lød:

Marktbeherrschende Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 dürfen ihre Marktstellung nicht dazu ausnutzen, andere Unternehmen im Geschäftsverkehr dazu aufzufordern oder zu veranlassen,

Bestemmelsen ble videreført i den tyske konkurranseloven av 2013 i nåværende § 19(2)(5), men forbudet ble utvidet til også å gjelde hvor foretak står i et avhengighetsforhold, f.eks. hvor en leverandør er avhengig av leveranser til en dagligvarekjede for å nå ut til sluttbrukerne. Tysk Høyesterett la til grunn at rettstilstanden i 2007 og 2013 er den samme selv om lovens ordlyd er noe endret.

Det bør etter DLFs oppfatning vurderes om en regulering som begrenser adgangen til å kreve økonomiske ytelser, f.eks. rabatter, hvis verdi ikke står i et rimelig forhold til motytelsens verdi, bør forbys. Rabatter bør etter DLFs syn gis på en transparent måte som sikrer at rabattens verdi i størst mulig grad kommer forbrukerne til gode, og kravet til objektiv begrunnelse bør knyttes opp mot en vurdering av om ytelsens verdi overveltes til forbruker gjennom prisingen av det produkt rabatten gjelder.

4.3 Vertikal integrering mot produksjonsleddet

Det har, som påpekt ovenfor, vært en utvikling mot at kjedene søker å integrere seg opp i verdikjeden og bli aktive på produksjonsleddet. Dette har skjedd både gjennom avtaler hvoretter etablerte og nye produsenter inngår avtale med kjedene om å produsere deres EMV, og gjennom oppkjøp som gjør at kjedene etablerer seg som eiere på produksjonsleddet. Dette har vært særlig merkbart innenfor kategorier som er omfattet av importvernet.

Gjennom å integrere seg vertikalt mot produksjonsleddet blir dagligvarekjedene konkurrenter av merkevareprodusentene i dagligvarehyllen. Dagligvarekjedenes egne merkevarer (EMV) trenger allikevel ikke å konkurrere om plassen i dagligvarehyllen. I dagligvarehyllen er plassen begrenset, og ofte er det ikke plass til mer enn tre produkter i en kategori. Dagligvarekjedens EMV produkter er produkter som gjennomgående selges til en lavere pris enn leverandørens merkevareprodukter, og er som oftest det produktet i kategorien som er lavest priset.

Leverandørene må konkurrere om plassen i hyllen og betaler i realiteten for dette gjennom ulike økonomiske ytelser. Leverandørens merkevarer konkurrerer ikke om plassen som en kategoris lavprisprodukt, da denne plassen ofte er forbeholdt kjedenes EMV, men konkurrerer om plassen i øvre eller midterste prissegment. Dette er ytelser som i stor utstrekning betales til kjedenes sentralledd, og således ikke uten videre kommer kundene til gode i form av lavere pris på produktene, noe som kunne vært naturlig all den tid slike ytelser kan sammenlignes med rabatter. I den utstrekning økonomiske ytelser som betales til kjedene benyttes til å gjøre EMV billigere, med andre ord at kjedene "krysssubsidierer" EMV, er realiteten at kjedene påfører leverandørens merkevarer en konkurranseulempe for å fremme salg av EMV, og gi EMV en omsetning som disse produktene ikke ville hatt om de hadde konkurrert med merkevareleverandørens produkter på like vilkår.

Betydningen for konkurransen av dagligvarekjedenes inntreden i produksjonsleddet bør utredes nærmere. Som en del av en slik utredning bør det undersøkes om konkurranselovens bestemmelser om kontroll med foretakssammenslutninger er et effektivt virkemiddel for å håndtere de utfordringer

vertikal integrasjon reiser. Det bør videre undersøkes om det bør innføres regulering som sikrer merkevareleverandørenes produkter like konkurransevilkår med kjedenes EMV i dagligvarehyllen.

4.4 Lov om god handelsskikk

DLF viser til sin høringsuttalelse til NOU 2013:6, der Dagligvarelovutvalget («Hjelmengutvalget») legger frem forslag til en lov om god handelsskikk. *Vi mener fortsatt at dette lovforslaget vil kunne effektivisere verdikjeden og gi normer for samhandlingen i verdikjeden som vil komme forbrukeren til gode.* Vi deler også utvalgets vurdering av at en tilsynsordning er avgjørende for å sikre en effektiv håndhevelse av loven. DLF støtter derfor opprettelsen av et Handelstilsyn, slik utvalget foreslo.

Som et supplement til eller som et alternativ i mangel av en slik offentlig instans, vil DLF være positiv til å utvikle en frivillig bransjeordning for etterlevelse av omforente prinsipper for god praksis i verdikjeden.

Formålet med forslaget til lov om god handelsskikk er å skape fordeler for forbrukerne, gjennom å legge til rette for mer effektive relasjoner mellom leverandører og kjeder. Dette er også angitt i forslagetets formålsbestemmelse:

"Lovens formål er å bidra til økt forbrukervelferd ved å fremme forretningsforbindelser mellom næringsdrivende med en høy etisk standard, særlig i form av effektive og forutberegnelige relasjoner. Med forbrukervelferd menes velferd for slutt kunder gjennom lave priser, høy kvalitet, bredt vareutvalg og høy grad av tilgjengelighet."

I tillegg vil loven kunne bidra til å styrke konkurransen, slik Oslo Economics påpeker: *«Klare retningslinjer om blant annet skriftlighet og fullstendighet i avtaleutforming og krav på relevant informasjon, slik som anbefalt i Dagligvarelovutvalgets (2013) utredning om god handelsskikk, er imidlertid tiltak som kan bidra til styrket konkurranse».*

5. HANDLINGSROM I FORHOLD TIL EN INNGREPSHJEMMEL

DLF er enig i at dersom en inngrepshjemmel innføres, må denne være innenfor EØS-rettens rammer. DLF stiller allikevel spørsmål ved om rapporten om muligheten til å innføre en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger som ikke rammes av § 11, foretar en korrekt analyse av det EØS-rettslige handlingsrommet.

ODA protokoll 4, kapittel II avsnitt 3 nr. 27 anerkjenner at avtalepartene i EØS kan innføre regler rettet mot "ensidige handlinger" som er strengere enn det som følger av EØS-avtalens artikkel 54. Det er på det rene at en slik regulering ikke kan forby atferd som er lovlig etter forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i EØS-avtalens artikkel 53. ODA protokoll 4 tar allikevel ikke stilling til hvordan grensedragningen skal skje. Den forutsetter kun at det finnes ensidige handlinger som kan reguleres.

«Denne rettsakt skal ikke hindre EFTA-statene i å vedta og anvende strengere nasjonal lovgivning på sitt territorium som forbyr eller ilegger sanksjoner for foretaks ensidige atferd».

Når det foreligger en "avtale eller samordnet praksis" som reguleres av artikkel 53, sier ODA ingen ting om. Dette må avgjøres på bakgrunn av en tolkning av artikkel 53 alene og kan ikke, slik det gjøres i rapporten, avgjøres på bakgrunn av en klassifisering av handlinger som baserer seg på en tolkning av begrepet "ensidig handling". Dette er et begrep som hverken finnes i artikkel 53 eller artikkel 54.

Grensen mellom de bestemmelsene må avgjøres på bakgrunn av EU domstolens praksis hvor de to bestemmelsene tolkes, ikke på basis av ODA.

Rapporten synes å finne støtte i EU domstolens avgjørelse i Bayer for at begrepet "ensidig handling" kan danne grunnlag for å trekke grensen mellom artikkel 53 og 54. Dette er ikke treffende. Bayer gjaldt grensene for koordineringskravet ved en tolkning av "avtaler" og "samordnet praksis". Den gjaldt ikke innholdet i begrepet "ensidige handlinger".

Når det gjelder det nærmere innholdet i koordineringskravet, illustreres dette på en god måte av EU domstolens uttalelser i C-194/14, AC-Treuhand mot Kommissjonen:

28 *It should also be noted that, according to the Court's case-law, in order for there to be an 'agreement', there must be the expression of the concurrence of wills of at least two parties, the form in which that concurrence is expressed not being by itself decisive.*

30 *When, as in the present case, the infringement involves anticompetitive agreements and concerted practices, it is apparent from the Court's case-law that the Commission must demonstrate, in order to be able to find that an undertaking participated in an infringement and was liable for all the various elements comprising the infringement, that the undertaking concerned intended to contribute by its own conduct to the common objectives pursued by all the participants and that it was aware of the actual conduct planned or put into effect by other undertakings in pursuit of the same objectives or that it could reasonably have foreseen it and that it was prepared to take the risk.*

Avtale eller samordnet praksis fordrer m.a.o. at man har villet bidra til å nå målet med handlingen. At en misbruksatferd forutsetter avtale for å implementeres, f.eks. rovprising, er ikke nok til å slå fast at avtalen forfølger et felles mål. Om det foreligger en "concurrence of wills" må avgjøres på basis av en tolkning av begrepene "avtale" og "samordnet praksis" i artikkel 53.

På denne bakgrunn er det DLFs oppfatning at den grensdragning mellom 53 og 54 som rapporten gir uttrykk for ikke har støtte i rettskildene, men tvert imot avviker fra den fremgangsmåte som EU domstolen har brukt. Dette fører til at det EØS-rettslige handlingsrommet i rapporten vurderes for snevert.

Dagligvareleverandørenes forening (DLF)



Helge Hasselgård
Adm. direktør

Dagligvareleverandørenes forening (DLF) – Medlemsbedrifter pr mars 2018

3M Norge AS
Akzo Nobel Salt
Arcus AS
Arla Foods AS
Arvid Nordquist Norge AS
Barilla Norge AS
Baxt AS
Bel Nordic
BIC Nordic AB
Bladcentralen ANS
Bonaventura Scandza
British American Tobacco Norway AS
Brynild Gruppen AS
Bräuner Norge AS
Cloetta Norge AS
Coca-Cola European Partners Norge AS
Colgate Palmolive AS
Conaxess Trade Norway AS
Confecta AS
Conrad Langaard AS
Danone Norge
Demaso AS
Den Stolte Hane AS
Diplom-Is AS
Dr. Oetker Norge AS
Duni AS
Energizer Group Sweden AB
Essity Norway AS
Ferrero Scandinavia AB
Findus Norge AS
Fjordland AS
Fria Bröd AB
Friele Foods AS
Galleberg AS
General Mills Norway AS
Grilstad AS
Hallvard Lerøy AS
Hansa Borg Bryggerier AS
Haribo Lakris AS
Haugen-Gruppen AS
Hennig-Olsen Is AS
Himmelspannet AS
HOFF SA
Hval Sjokoladefabrikk ASA
Idun Industri AS
Imperial Tobacco Norway AS
Jacobs Douwe Egberts Norge AS
Jensen & Co AS
Johnson & Johnson Consumer Nordic
Kavli Norge AS
King Oscar AS
Krefting AS
Lactalis Norge AS
Lantmännen Cerealia AS
Lantmännen Unibake Norway AS
Ledvance AS
Leiv Vidar AS
Lerum AS
Lime Nordic AS
L'Oreal Norge AS
Löfbergs Lila AS
Maarud AS
Mars Norge AS
Metsä Tissue AS
Midsona Norge AS
Millba AS
Mills AS
Mondelez Norge AS
Multibev AS
Nestlé Norge AS
Nordic Sugar AS
Norgesmøllene AS
Nortura SA
Nøgne Ø Det Kompromissløse Bryggeri AS
Oatly AS
Orkla Confectionery & Snacks Norge AS
Orkla Foods Norge AS
Orkla Health AS
Orkla Home & Personal Care
OsteCompagniet AS
PepsiCo Nordic Norway AS
Philip Morris Norway AS
Philips Norge AS
Pierre Robert Group AS
Prima Jæren AS
Procter & Gamble Norge AS
Pågen AS
Red Bull Norway AS
Ringnes AS
Roma Mineralvannfabrikk AS
Rørosmat SA
Salmon Brands AS / Salma
Santa Maria Norge AS
SC Johnson Norway AS
Smaken av Grimstad AS
Spirehagen AS
Swedish Match Norge AS
Taga Foods Norway AS
TINE SA
Tulip Norge AS
Unilever Norge AS
Xmarket AS
Aass Bryggeri AS