

**Utredning av muligheten for å etablere en inngrepshjemmel mot
ensidige handlinger i verdikjeden for mat som ikke rammes av
konkurranseloven § 11**

Endelig versjon

Av

Ronny Gjendemsjø og Ignacio Herrera Anhustegui

20.01.2017

Innholdsfortegnelse

Utredning av muligheten for å etablere en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat som ikke rammes av konkurranseloven § 11	1
1. Innledning.....	1
1.1. Nærmere om temaet for utredningen	1
1.2. Sammendrag av utredningens hovedinnhold	2
2. Ensidige handlinger	4
2.1. Om viktigheten av å definere ensidige handlinger.....	4
2.2. Mangelen på en definisjon av «ensidige handlinger»	5
2.3. Generelt om klassifisering av handlinger.....	6
2.4. Grensen mellom samarbeid som omfattes av konkurranseloven § 10 og ensidige handlinger som faller utenfor.	8
2.5. Hva omfattes av «ensidig atferd» i ODA protokoll 4, kapittel II, avsnitt 3 nr. 2?.....	11
2.6. Oppsummering og konklusjon.....	14
3. Rettslige skranker for en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger	14
3.1. EØS-rettslige skranker	14
3.2. Nasjonalrettslige skranker.....	17
4. Ensidige handlinger i matvaresektoren som kan begrense konkurransen.....	21
4.1. Markedsmakt uten dominans	21
4.2. Ulike typer handlinger og deres virkning på konkurransen	24
4.3. Regulering i andre stater.	25
5. Konklusjoner	27
6. Anbefalinger.....	28
6.1. Primær anbefaling.....	28
6.2. Subsidiær anbefaling nummer 1 – inngrepshjemmel mot ensidige handlinger	29

6.3. Subsidiær anbefaling 2 – inngrepshjemmel som også omfatter ensidig bestemte avtalevilkår	31
---	----

Vedlegg:

Unilateral Behaviors Below Dominance and Unfair Purchasing Practices: A Comparative Perspective	1
1. Introduction – unilateral behavior	1
2. UPPs in general	2
3. Types of conducts.....	4
4. Efforts at EU level concerning UPPs	5
4.1 Introduction	5
4.2 The Supply Chain Initiative.....	6
4.3 Policy reports	7
5. Comparative solutions.....	10
6. Comparative legal solutions	12
Bibliography.....	0

Utredning av muligheten for å etablere en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat som ikke rammes av konkurranseloven § 11

av Ronny Gjendemsjø*

1. Innledning

1.1. Nærmere om temaet for utredningen

Denne utredningen undersøker muligheten for å etablere en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat som ikke rammes av konkurranseloven § 11. Utredningen er utarbeidet på oppdrag fra Nærings- og Fiskeridepartementet.

Med ensidige handlinger som ikke rammes av konkurranseloven § 11, forstås handlinger utført av et foretak som ikke har en dominerende stilling. Forbudet mot misbruk av en dominerende stilling i konkurranseloven § 11 forbyr kun ensidige handlinger utført av dominerende foretak. Spørsmålet som skal utredes kan da formuleres som et spørsmål om det er mulig å utfylle § 11 med en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger utført av foretak som ikke har en dominerende stilling. Oppdragsbeskrivelsen oppgir at det er handlinger utført av foretak som har markedsrett inngrepshjemmelen skal omfatte. Det vil si foretak som har markedsrett men som ikke har en dominerende stilling.

Selv om oppdragsbeskrivelsen fremhever *muligheten* for å etablere en inngrepshjemmel mot konkurransebegrensende ensidige handlinger, vil det også bli vurdert om en slik inngrepshjemmel er *hensiktsmessig*. Oppdragsbeskrivelsen ber indirekte om en vurdering av hensiktsmessigheten. For det første er det konkurransebegrensende handlinger inngrepshjemmelen skal rette seg mot. Dette innebærer at det må utredes hvilke handlinger som kan være konkurransebegrensende når de utføres av foretak som ikke har en dominerende stilling. Dersom det viser seg at de fleste handlinger som utføres av foretak uten en dominerende stilling ikke er konkurransebegrensende, vil ikke en inngrepshjemmel være hensiktsmessig. Videre ber oppdragsbeskrivelsen om en vurdering av når en aktør har tilstrekkelig markedsrett til å skade konkurransen uten å ha en dominerende stilling. Det er ikke hensiktsmessig at en inngrepshjemmel omfatter handlinger av foretak som ikke har slik markedsrett. Til slutt bes det i oppdragsbeskrivelsen om forslag til forskrifts- eller lovtekst. Et slikt forslag er det vanskelig å presentere uten å ha vurdert hvilke typer handlinger som eventuelt bør omfattes, og om noen handlinger har et større skadepotensiale enn andre handlinger. En vurdering av hensiktsmessigheten omfatter også å se på i hvilken grad de aktuelle handlingene allerede er

* Førsteamanuensis, Det Juridiske Fakultet, Universitetet i Bergen og BECCLE.

omfattet av de eksisterende forbudene i konkurranseloven. Det vil bli presentert separate konklusjoner for spørsmålet om *muligheten* for å etablere en inngrepshjemmel og for *hensiktsmessigheten* av en inngrepshjemmel.

Konkurransbegrensende handlinger forstås her som handlinger som fører til redusert samfunnsøkonomisk effektivitet. Konkurransbegrensningskriteriet kan defineres på ulike måter, men det er denne betydningen av konkurransebegrensning som benyttes i denne utredningen.¹

Ettersom formålet er å utrede muligheten for å etablere en inngrepshjemmel mot *ensidige handlinger*, inneholder utredningen en drøftelse av hva som er ensidige handlinger. For å kunne gi en klar anbefaling om det kan og bør etableres en inngrepshjemmel, er det viktig å klargjøre hva som er ensidige handlinger. Som forklart i punkt 2 er dette viktig både i forhold til de begrensningene som følger av EØS-retten og i forhold til spørsmålet om de handlinger som vil bli omfattet av inngrepshjemmelen allerede omfattes av konkurranseloven § 10.

I fortsettelsen kommer først et sammendrag av utredningens hovedinnhold. Deretter vil punkt 2 inneholde en vurdering av hva som er ensidige handlinger. Punkt 3 drøfter mulige rettslige skranker for etableringen av inngrepshjemmelen. Punkt 4 inneholder en kort vurdering av hvilke virkninger på konkurransen ulike typer handlinger kan ha i verdikjeden for mat og en beskrivelse av hvordan slike handlinger er regulert i andre europeiske land. Konklusjonen på om det er mulig å etablere en inngrepshjemmel og hvordan denne kan utformes uten å være i strid med EØS-retten, presenteres i punkt 5. I punkt 6 presenteres anbefalingene, herunder forslag til utforming av lov- eller forskriftstekst.

1.2. Sammendrag av utredningens hovedinnhold

Det påpekes her at denne utredningen kommer med et vedlegg. Dette vedlegget inneholder en omtale av hvilke typer handlinger som typisk kan tenkes å begrense konkurransen i verdikjeden for mat. Den har et særlig fokus på utnyttelse av kjøpermakt. Denne delen av vedlegget er i stor grad basert på utredninger foretatt i regi av EU og utenlandske konkurransemyndigheter. Vedlegget inneholder også en skjematisk oversikt over hvilke reguleringer av ensidige handlinger som finnes i andre land, med et særlig fokus på reguleringer som er relevante for matvaresektoren. Vedlegget er utarbeidet av Ignacio Herrera Anchustegui.²

I kapittel 2 diskuteres det hva som skal regnes som ensidige handlinger. Først drøftes grensen mellom samarbeid som omfattes av konkurranseloven § 10 og ensidige handlinger. Dette gjøres for å avklare behovet for en inngrepshjemmel, ved at det avklares hvilke av de potensielt konkurranseskadelige handlingene i verdikjeden for mat som allerede er omfattet av konkurranseloven § 10. Det konkluderes med at ensidige handlinger som faller utenfor

¹ Oppdragsgiver har i epostkorrespondanse avklart at det er slik konkurransebegrensningskriteriet skal forstås.

² Forsker, Det Juridiske Fakultet, Universitetet i Bergen og BECCLE.

anvendelsesområdet til § 10 først og fremst er *nektelser av å levere, kjøpe eller føre et produkt*, herunder *delisting*, og *ensidige prisfastsettelse* (for eksempel *rovprising* og *marginsskvis*). Videre vil beslutninger om å produsere, selge, promotere og favorisere *EMV-produkter* være ensidige handlinger. Når det derimot gjelder utnyttelse av markedsrett til å påtvinge kontraktsparter avtalevilkår som kun er i den ene parts interesse, vil disse avtalevilkårene være omfattet av konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53, dersom de er konkurransebegrensende. Slik atferd omtales i denne utredningen som *ensidig bestemte avtalevilkår*. Dette omfatter handlinger som pålegger kontraktsparten plikter som *konkurranseklausuler* (i betydning at en ikke kan føre andre produkter), *hylleplassbetaling*, *listing fees*, *joint marketing bidrag*, og *andre former for kompensasjoner*. Det omfatter også *lojalitetsrabatter*, *bindingssalg* og *diskriminerende avtalevilkår*.

Punkt inneholder videre en drøftelse av om «ensidig atferd» i ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2 skal tolkes likt som ensidige handlinger i relasjon til konkurranseloven § 10, eller om «ensidig atferd» også inkluderer ensidig bestemte avtalevilkår. Formålet med drøftelsen er å bidra til en avklaring av i hvilken grad ODA protokoll 4 begrenser muligheten for å regulere ensidige handlinger i norsk rett. Etter ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2 kan norske myndigheter fritt regulere ensidig atferd, men avtaler og samarbeid kan ikke forbys i nasjonal rett, dersom de ikke også er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53. Her er konklusjonen at det kan argumenteres for en utvidet en utvidet tolkning av «ensidig atferd» slik at dette også omfatter såkalte ensidig bestemte avtalevilkår, men at dette er en usikker tolkning.

Temaet for kapittel 3 er mulige rettslige hindringer for etableringen av inngrepshjemmelen. Det er først og fremst ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2 som behandles her. Det blir drøftet om denne bestemmelsen begrenser muligheten for å etablere inngrepshjemmelen og i hvilken grad den påvirker hvordan inngrepshjemmelen kan utformes. Det konkluderes med at ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2 ikke til hinder for å regulere ensidige handlinger strengere i norsk rett. Derimot kan denne regelen være til hinder for en inngrepshjemmel som omfatter såkalte ensidig bestemte avtalevilkår. Såfremt inngrepshjemmelen kun forbyr atferd som er konkurransebegrensende er dette uproblematisk, ettersom konkurransebegrensende avtalevilkår også er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53. Det påpekes også at en i Norge står fritt til å regulere atferd som er knyttet til produkter som faller utenfor EØS-avtalens virkeområde og avtaler eller atferd som ikke påvirker samhandelen, men at en ikke bør ha ulik regulering av atferd knyttet til ulike produktgrupper innenfor samme sektor.

Kapittel 3 inneholder også en vurdering av om konkurranseloven § 14 kan være hjemmel for inngrepshjemmelen. Her er konklusjonen at for en inngrepshjemmel som kun omfatter ensidige handlinger, både kan og bør konkurranseloven § 14 være hjemmel. Det kan stilles spørsmål ved om nødvendighetskravet i § 14 er oppfylt dersom inngrepshjemmelen også omfatter såkalte ensidig bestemte avtalevilkår. Konklusjonen her er at nødvendighetskravet i § 14 synes å hindre at en vedtar en inngrepshjemmel som omfatter handlinger som allerede er omfattet av konkurranseloven § 10, slik som ensidig bestemte avtalevilkår. Dersom inngrepshjemmelen også

omfatter ensidig bestemte avtalevilkår som ikke er forbudt etter konkurranseloven § 10, fordi de for eksempel er omfattet av et gruppefritak, så er derimot nødvendighetskravet oppfylt.

Punkt 4 inneholder en kort gjennomgang av de ulike handlingene som vil kunne omfattes av inngrepshjemmel og en vurdering av om dette er handlinger som vil eller kan begrense konkurransen. Det knyttes også noen kommentarer til når et foretak kan antas å ha tilstrekkelig markedsrett til at foretakets ensidige handlinger kan begrense konkurransen. De viktigste konklusjonene i punkt 4 er at de handlingene som er typiske i verdikjeden for mat ikke kan sies å være konkurransebegrensende i sin natur og at en eventuell konkurransebegrensende virkning er usikker. Derfor anbefales det at en eventuell inngrepshjemmel bør inneholde et vilkår om konkurransebegrensende virkning. Punkt 4 inneholder også en kort beskrivelse av lignende reguleringer i andre land. For en mer utdypende beskrivelse av dette vises det til vedlegget til denne rapporten.

Punkt 5 presenterer konklusjonene. Her er den klare konklusjonen at så lenge inngrepshjemmel begrenses til det som også i forhold til ODA protokoll 4, kapittel II, avsnitt 3 nr. 2 anses som ensidig atferd, er det ingen hindringer for å etablere inngrepshjemmel. Dersom en etablerer en inngrepshjemmel som også omfatter ensidig bestemte avtalevilkår må en derimot være oppmerksom på at ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2 kan begrense denne adgangen. Dette er ikke et problem dersom inngrepshjemmel kun omfatter ensidig bestemte avtalevilkår som også vil anses som konkurransebegrensende etter EØS-avtalen artikkel 53.

Punkt 6 inneholder anbefalinger. Den primære anbefalingen er at det ikke etableres en inngrepshjemmel. Begrunnelsen er for det første at det er usikkert hvor stort konkurranseproblem ensidige handlinger i verdikjeden for mat faktisk utgjør. Videre bør en inngrepshjemmel inneholde et vilkår om konkurransebegrensende virkning. Dette gjør at den vil være ressurskrevende å håndheve, og det kan stilles spørsmål ved om gevinsten ved å gripe inn mot denne typen handlinger er tilstrekkelig stor til å forsvare en inngrepshjemmel som er ressurskrevende å håndheve. Videre ser det ut til at de fleste problematiske handlingene i verdikjeden for mat allerede er omfattet av konkurranseloven § 10. Deretter inneholder punkt 6 to subsidiære anbefalinger om hvordan inngrepshjemmel kan utformes dersom det er ønskelig å etablere denne.

2. Ensidige handlinger

2.1. Om viktigheten av å definere ensidige handlinger

Temaet for utredningen er muligheten for å etablere en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger. Av den grunn alene kan det hevdes at det er nødvendig å avklare hva som er ensidige handlinger. En kan forestilles seg ulike betydninger av ensidig handlinger. En måte å definere ensidige handlinger på er som handlinger som ikke er avtaler eller samarbeid. På den annen side kan en også tenke seg at noe som nedfelles i en avtale noen ganger anses som ensidige handlinger. Vi kan for eksempel tenke oss at en sterk forhandlingspart forhandler seg til en

ensidig rett til å si opp en leverandøravtale på kort varsel. Motparten har kanskje ikke noe reelt valg dersom vedkommende ønsker å få omsetning på produktene sine. En slik klausul er kun i den ene partens interesse og er en følge av den ene partens vilje. Likevel tas det inn i leverandøravtalen og er således en avtale mellom partene. I denne utredningen vil denne typen handlinger bli omtalt som *ensidig bestemte avtalevilkår*.

Også to andre forhold gjør det nødvendig å avklare hva som er ensidige handlinger. For det første vil handlinger som ikke er ensidige, men som utgjør en avtale eller en samordnet opptreden, omfattes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10. Dersom en konkurransebegrensende handling utgjør et samarbeid som omfattes av konkurranseloven § 10, er det ikke nødvendig med en inngrepshjemmel for at slike handlinger skal være forbudt.

Det er også viktig å avklare hva som er ensidige handlinger i relasjon til EØS-retten. ODA protokoll 4 kapittel II art. 3 nr. 2 begrenser adgangen for nasjonale myndigheter til å forby samarbeid som påvirker samhandelen, men som ikke er forbudt i henhold til EØS-avtalen artikkel 53. Ensidige handlinger kan derimot reguleres mer restriktiv. EØS-konkurranseloven § 7 andre ledd gjennomfører denne bestemmelsen i norsk rett og har følgende ordlyd:

«Anvendelsen av norsk konkurranselovgivning må ikke føre til forbud mot avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, eller som er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3. Konkurransemyndighetene er ikke etter denne bestemmelse forhindret fra å anvende mer restriktiv norsk lovgivning som forbyr eller sanksjonerer foretaks ensidige atferd.»

Disse begrensningene gjelder som nevnt kun for atferd eller handlinger hvor samhandelen påvirkes. Det er ikke opplagt at det er tilfelle for alle produkter i verdikjeden for mat. Dette vil bli drøftet i punkt 3.1 nedenfor.

I fortsettelsen vil mangelen på en definisjon av ensidige handlinger omtales i punkt 2.2. Deretter vil punkt 2.3 presentere noen generelle poenger angående klassifisering av handlinger. Drøftelsen av hva som er ensidig handlinger vil bli foretatt i to ulike relasjoner. Først vil punkt 2.4 drøfte grensen mellom samarbeid og ensidige handlinger i relasjon til konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53. Dette vil vise hvilke av de ulike handlingene som kan være problematiske i verdikjeden for mat som allerede er omfattet av konkurranseloven § 10. Deretter vil det i punkt 2.5 bli drøftet hva som skal regnes som «ensidig atferd» i ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2, herunder om grensedragningen mellom samarbeid og ensidige handlinger også er avgjørende for tolkningen av artikkel 3 nr. 2.

2.2. Mangelen på en definisjon av «ensidige handlinger»

Verken konkurranseloven, EØS-avtalen eller ODA protokoll 4 inneholder noen definisjon av ensidig atferd eller ensidige handlinger. I EU-domstolens rettspraksis, nærmere bestemt *Bayer*, finner vi noe som ligner på en definisjon. Det fremgår av dommen at «[e]n sådan aftale kan

imidlertid ikke bygge på noget, som blot er udtryk for den ene af de kontraherende parter ensidige politik, der kan gennemføres uden den andens hjælp».³ Dette er ikke en definisjon av ensidige handlinger som sådan, men en avgrensning av anvendelsesområdet for TEUV artikkel 101 mot ensidige handlinger eller en ensidig politikk. Ensidig politikk beskrives som noe et foretak kan gjennomføre uten andres hjelp. Dette er en beskrivelse av hva som ikke omfattes av TEUV artikkel 101, og ikke en generell definisjon av ensidige handlinger. EU-domstolen tolker altså ikke EU-rettens versjon av ODA protokoll 4, kapittel 2, artikkel 3 nr. 2 – som er forordning 1/2003 artikkel 3 nr. 2 – her.⁴ Dette har to implikasjoner. For det første vil uttalelsen være avgjørende for grensen mellom samarbeid som reguleres av konkurranseloven § 10 og ensidige handlinger som faller utenfor § 10. Dette følger av konkurranselovens harmoniseringsformål som tilsier at konkurranseloven § 10 skal tolkes likt som EØS-avtalen artikkel 53 og TEUV artikkel 101.⁵ Det er derimot ikke like opplagt at den grensdragningen som EU-domstolen trekker opp her, skal være avgjørende for hva som anses som ensidige handlinger i relasjon til ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2. *Bayers* betydning for tolkningen av artikkel 3 nr. 2 blir vurdert i punkt 2.5 nedenfor.

2.3. Generelt om klassifisering av handlinger

Formålet med dette avsnittet er å forsøke å få frem hvilke typer handlinger som kan tenkes å bli omfattet av en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger. Det kan være nyttig å ha et inntrykk av hvilke handlinger dette er, før en tar fatt på drøftelsen av hva som er ensidige handlinger. Videre er det ønskelig å få frem hvilke handlinger som reguleres av eksisterende reguleringer i Norge (konkurranseloven § 10 og § 11) og i andre land.

Konkurranseloven § 10 forbyr konkurransebegrensende samarbeid. Dette forbudet utfylles av konkurranseloven § 11 som forbyr misbruk av en dominerende stilling. § 11 inneholder ikke noe vilkår om samarbeid, og forbyr dermed også ensidige handlinger. De typiske handlingene som er forbudt etter § 11 er *eksklusivitetsavtaler*, *eksklusivitetsrabatter*, *lojalitetsrabatter*, *rovprising*, *marginiskvis*, *bindingssalg*, *leveringsnekt* eller *lisensnekt* og *urimelig overprising*.⁶ Det er ikke slik at § 11 utelukkende omfatter ensidige handlinger. Dette følger allerede av ordlyden i § 11 som ikke begrenser forbudets anvendelsesområde til ensidige handlinger. Det er også bekreftet i

³ Forente saker C-2 og 3/01 P, *Bayer AG*, EU:C:2004:2, avsnitt 101.

⁴ Rådsforordning 1/2003 om gjennomførelsen av konkurransereglene i traktatens artikkel 81 og 82, OJ L 1, 4.1.2003, p.1-25.

⁵ Se NOU 2003 12 «Ny konkurranselov» s. 61, og s. 229-230, og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) «A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)» s. 224-225.

⁶ Se sak 85/76, *Hoffmann-La Roche*, EU:T:1979:36, Sak T-286/09, *Intel*, EU:T:2014:547, sak C-23/14, *Post Danmark II*, EU:C:2015:651, sak C-62/86, *Akzo*, EU:C:1991:286, sak C-209/10, *Post Danmark I*, EU:C:2012:172, sak C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, EU:C:2010:603, Sak C-12/03, *Tetra Laval*, EU:C:2005:87, sak T-201/04, *Microsoft*, EU:T:2007:289, sak 27/76, *United Brands*, EU:C:1977:173.

rettspraksis fra domstolene i EU. For eksempel har eksklusivitetsavtaler blitt ansett som misbruk av en dominerende stilling.⁷ Eksklusivitetsavtaler er også forbudt etter § 10 dersom de begrenser konkurransen. Dette kommer forutsetningsvis til uttrykk i gruppefritaket for vertikale avtaler som utelukker visse eksklusivitetsavtaler fra gruppefritaket.⁸ Av de atferdstypene som er nevnt ovenfor vil også rabatter normalt være noe som er en avtale mellom to eller flere foretak. Et siste og noe spesielt eksempel er de sakene hvor såkalte linjekonferanseavtaler ble ansett for å utgjøre et misbruk av en dominerende stilling.⁹ Dette var konkurransebegrensende avtaler som var unntatt fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, men de ble altså funnet å utgjøre et misbruk av en kollektivt dominerende stilling.

Det at § 11 også forbyr visse avtaler innebærer at anvendelsesområdet for § 10 og § 11 er delvis sammenfallende. I forhold til en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger utført av ikke dominerende foretak har dette en viktig implikasjon, og det er at det ikke kan legges til grunn at en slik inngrepshjemmel automatisk omfatter alle typetilfeller som er forbudt etter § 11, ettersom § 11 ikke er begrenset til ensidige handlinger.

De ulike nasjonale reguleringene av ensidige handlinger og/eller avtaleklausuler i andre land presenteres nærmere i punkt 4.3 nedenfor og i vedlegget til denne utredningen. I inneværende avsnitt er poenget bare å få frem hva slags type handlinger som er omfattet av disse reguleringene. De nasjonale reguleringene i ulike europeiske land kan disse deles inn i tre grupper.¹⁰ Den første er egne bestemmelser i konkurranselovgivningen som reduserer terskelen for å etablere en dominerende stilling. I Finland og Litauen har en etablert en legalpresumsjon for at dagligvarekjeder har en dominerende stilling dersom markedsandelene er over 30 prosent. Dette betyr at de ulike misbrukstestene kan anvendes på handlinger utført av foretak som har en lavere grad av markedsrett enn det som normalt kreves for å gripe inn mot misbruk av dominerende stilling. Det er verdt å merke seg at disse reguleringene ikke er begrenset til ensidige handlinger, men omfatter alle former for misbruk.

Den andre typen regulering er ulike former for forbud mot utnyttelse av økonomisk avhengighet eller en såkalt relativt dominerende stilling. Disse forbudene omfatter ulike typer atferd, slik som *leveringsnekt*, *(inn)kjøpsnekt*, *diskriminerende avtalevilkår*, *prising under kost*, *ensidige pålegg* om å dekke bestemte kostnader og *uvarslede oppsigelser*. Videre har for eksempel Tyskland

⁷ sak 85/76, *Hoffmann-La Roche*, EU:T:1979:36, avsnitt 90, Sak T-286/09, *Intel*, EU:T:2014:547, avsnitt 72.

⁸ Se forskrift 21.6.2010 nr. 898 om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden, § 5 nr. 1. Ordlyden viser her til konkurranseklausuler. Konkurranseklausuler er i forskriftens artikkel 1 (d) definert som det samme som en anser som eksklusivitetsavtaler i relasjon til § 11. Se også Kommisjonens retningslinjer for vertikale avtaler (OJ C-130, 19.5.2010, p. 1), avsnitt 66.

⁹ Forente saker C-395 and 396/96 P, *Compagnie maritime Belge*, EU:C:2000:132 og forente saker T-191, 212 og 214/98, *atlantic Cointainer Line*, EU:T:2003:245.

¹⁰ Disse reguleringene er nærmere omtalt i punkt 4.3 nedenfor og i vedlegget til denne rapporten.

regulert utnyttelsen av relativ dominans eller avhengighet på en mer generell måte ved å forby utnyttelsen av slik avhengighet. Dette forbudet er ikke begrenset til ensidige handlinger. Vi ser av disse eksemplene at både typiske ensidige handlinger og avtalevilkår omfattes. I punkt 2.5 nedenfor vil det bli diskutert om eksistensen av slike reguleringer i ulike EU-land er et argument for at «ensidig atferd» i ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2 må tolkes annerledes enn det som følger av grensen mellom samarbeid og ensidige handlinger i relasjon til konkurranseloven § 10. Det at disse reguleringene eksisterer i flere land uten å være avgrenset mot avtaler eller samarbeid, kan tale for at artikkel 3 nr. 2 ikke er til hinder for reguleringer som også omfatter noen typer avtalevilkår.

Den tredje gruppen av regulering er god handelsskikk reguleringer i verdikjeden for mat. Slike reguleringer inneholder typisk forbud mot *ensidige endringer av avtaler*, forbud mot *hylleplassbetaling*, dersom dette ikke er markedsføringsbidrag for nye eller relanserte produkter, begrensninger i adgangen til *delisting*, forbud mot betaling for mat som må kastes og forbud mot kompensasjon for feilslåtte omsetningsestimater.

I NOU 2013:6 ble flere handlinger som er relevante for verdikjeden for mat beskrevet og vurdert. De fleste av disse er også omfattet av en eller flere av de reguleringene som kort er presentert ovenfor, slik som *delisting*, *listing fees*, *hylleplassbetaling*, *joint marketing*, ulike former for *kompensasjoner* for feilslåtte omsetningsestimater eller for varer som må returneres eller kastes, *betalingsmislighold*, *prising under kost*, *prisdiskriminering*. I tillegg beskriver NOU 2013:6 introduksjon og bruk av *egne merkevarer (EMV)* og *faste betalinger*.

I drøftelsene av hva som er ensidige handlinger i punkt 2.4 og 2.5 nedenfor, vil det bli påpekt om de typene handlinger som er nevnt her, er ensidige handlinger eller ikke.

2.4.Grensen mellom samarbeid som omfattes av konkurranseloven § 10 og ensidige handlinger som faller utenfor.

Som nevnt i punkt 2.2 må uttalelsen i *Bayer* om at en «aftale kan imidlertid ikke bygge på noget, som blot er udtryk for den ene af de kontraherende parters ensidige politik, der kan gennemføres uden den andens hjælp».¹¹ anses som avgjørende for grensen mellom samarbeid og ensidige handlinger i relasjon til konkurranseloven § 10. Vi ser av uttalelsen i *Bayer* at ensidige handlinger krever mer enn at handlingen kun er uttrykk for den ene parts vilje eller politikk. Handlingen eller politikken må også kunne gjennomføres uten andres bistand. Med en slik forståelse av grensen mellom samarbeid og ensidige handlinger vil mange vertikale relasjoner som er tydelig påvirket av den enes forhandlingsstyrke og dermed først og fremst er et uttrykk for den sterke parts vilje, likevel være en avtale. For eksempel vil *hylleplassbetaling*, *lave innkjøpspriser*, *ensidige oppsigelsesklausuler* eller *eksklusivitetsavtaler* kunne være en dagligvarekjedes ønske og et uttrykk for dennes ensidige vilje. Likevel vil ikke dagligvarekjeden kunne oppnå dette uten

¹¹ Forente saker C-2 og 3/01 P, *Bayer AG*, EU:C:2004:2, avsnitt 101.

aksept fra den andre kontraktsparten. Atferden eller handlingen vil dermed anses som en avtale, selv om den andre parten kanskje ikke hadde et «reelt» valg om å nekte å godta det aktuelle avtalevilkåret.

Den grensen mellom ensidige handlinger og samarbeid som kommer til uttrykk i *Bayer* tilsier at det er veldig få handlinger som er ensidige. Nektelser av å inngå avtaler, *leveringsnekt* eller *innkjøpsnekt*, vil åpenbart være ensidige handlinger.¹² Dette omfatter en dagligvarekjedes beslutning om ikke å ta inn et produkt eller en produsent eller leverandørs beslutning om ikke å selge et produkt til en eller flere bestemte kunder. *Delisting* vil være en form for nektelse i denne sammenheng, enten det er en lovlig delisting eller delisting som innebærer et kontraktsbrudd.¹³ Uavhengig av om delistingen er et kontraktsbrudd eller ikke, vil det være en beslutning foretatt ensidig av dagligvarekjeden. En annen form for handling eller beslutning som er relevant i verdikjeden for mat er beslutninger om å føre *egne merkevarer* (EMV). Når en dagligvarekjede bestemmer seg for å lansere nye EMV produkter og eventuelt erstatte andre merkevarer med EMV produkter, er dette også en ensidig handling. Dette gjelder selv om det kan være inngått avtaler med andre foretak om produksjonen av EMV-produktene.

En kan spørre om prising av produkter er ensidige handlinger eller ikke. Her må det kanskje skilles mellom priser som er resultatet av forhandlinger og priser som settes ensidig. Når en pris er resultatet av forhandlinger og det inngås en avtale, kan det vanskelig hevdes at prisen eller prissettingen er en ensidig handling. Er det annerledes når prisen settes av selger uten rom for forhandlinger, slik som når f.eks. en dagligvarekjede bestemmer prisen forbrukerne må betale for produktet? Alle gjennomførte transaksjoner mellom forbrukerne og dagligvarekjedene vil fortsatt være avtaler. Er prisen da en del av avtalen eller er prissettingen en ensidig avgjørelse fra dagligvarekjeden eller butikken sin side? En kan hevde at å bestemme prisen i slike tilfeller er en ensidig handling, selv om det ikke er opplagt.

Prisatferd verdikjeden for mat kan tenkes å være konkurransebegrensende i flere situasjoner. Det ene er der en dagligvarekjede benytter sin markedsrett til å betale en *pris under kost* for å ta inn et produkt. Den andre er der en produsent eller leverandør benytter seg av *rovprising*. Rovprising er ikke prisfastsettelse basert på forhandlinger og må derfor anses som en ensidig handling. Når en aktør derimot betaler under kost for å ta inn et produkt, er det vanskelig å forestille seg at dette ikke er resultatet av forhandlinger og at prisen dermed er et uttrykk for en felles vilje, og dermed en avtale.

¹² Slik også Halvorsen Barlund, «*Kor fritt står nasjonale styresmakter til å regulere eigen konkurranse i den indre marknad?*», Tidsskrift for Forretningsjus 2015, s. 54-76, på s. 61.

¹³ Slik også Halvorsen Barlund, «*Kor fritt står nasjonale styresmakter til å regulere eigen konkurranse i den indre marknad?*», Tidsskrift for Forretningsjus 2015, s. 54-76, på s. 61

En annen type atferd som har vært ansett som ensidig er *marginskvis*. Marginskvis forekommer normalt ved at en vertikalt integrert aktør setter høye priser på leverandørleddet og priser til sluttbrukerne som ikke dekker detaljistens kostnader. En konkurrerende og like effektiv detaljist vil da ikke være i stand til å konkurrere på pris til sluttbrukerne. I en dom fra Court of Appeal i England ble marginskvis ansett som ensidig atferd.¹⁴ Ifølge domstolen var praksisen «by its very nature, a unilateral policy» som «requires no cooperation or assistance from [konkurrerende detaljist]». ¹⁵ Det kan stilles spørsmål ved om dette er helt riktig. Marginskvis er resultatet av avtaler inngått med detaljistene. Samtidig er det riktignok også en avgjørelse om prising, som kan sies å være ensidig. Marginskvisen er ikke bare en følge av avtalen med detaljisten, men også en følge av egen prissetting på detaljistleddet. Atferden består således av både ensidige elementer og en avtale. Selv om dette ble ansett som ensidig atferd av Court of Appeal, er dette en nasjonal domstol og dommen har således ingen prejudikatsverdi for tolkningen av EU- eller EØS-retten. Det er derfor noe usikkerhet knyttet til om det er riktig å anse marginskvis som ensidig atferd. Det vites ikke om dette er en praksis som utøves i verdikjeden for mat.

Når det gjelder atferd med virkning i horisontale relasjoner er ikke ensidige handlinger noe en normalt bekymrer seg for. Riktignok kan det tenkes at markedsforholdene er slik at foretakene hver for seg ensidig setter priser på et koordinert og høyt nivå. Slik atferd er det imidlertid gode grunner for ikke å gripe inn mot selv med en spesifikk inngrepshjemmel mot ensidige handlinger. For det første må en i så fall gripe inn mot prisnivået. Det er ikke noen annen handling det kan gripes inn mot. Da må det etableres at prisnivået er for høyt, noe som i seg selv er vanskelig. Dette medfører også en risiko for uriktige avgjørelser. Videre er det vanskelig å se for seg passende sanksjoner mot slik atferd. Når en griper inn mot prisnivået kan en ikke se for seg hvilke faktorer som i fremtiden vil påvirke hva som er et passende prisnivå, og dermed er det vanskelig å si at prisene må være på eller under et bestemt nivå.

For å oppsummere så er det altså veldig få typer handlinger som i relasjon til konkurranseloven § 10 anses som ensidige handlinger. Dette er først og fremst *leveringsnektelser*, *nektelse av å ta inn eller kjøpe produkter*, *priser fastsatt uten forhandlinger*, *delisting* og *marginskvis*. Videre vil ulike former for *kontraktsbrudd* som f.eks. betalingsmislighold være ensidige handlinger i relasjon til konkurranseloven § 10. De øvrige atferdstypene som er nevnt i punkt 2.3, slik som *eksklusivitetsavtaler*, *eksklusivitetsrabatter*, *lojalitetsrabatter*, *bindingssalg*, *diskriminerende avtalevilkår*, *ensidige pålegg om å dekke bestemte kostnader*, *hylleplassbetaling*, *listing fees*, *joint marketing*, *prising under kost (i betydningen når kjøper forhandler seg til priser under leverandørens kostnadsnivå)* og ulike former for *kompensasjoner*, vil være forhold som blir regulert i en avtale. Flere av disse kan være resultatet av et ensidig krav fra en av partene og bli tatt inn i avtalen mot den andre parts vilje, men det blir likevel en del av en avtale. Dette er

¹⁴ *UnipartGroup Ltd v O2 Ltd. And Anor*, EWCA Civ 1034.

¹⁵ *UnipartGroup Ltd v O2 Ltd. And Anor*, EWCA Civ 1034, avsnitt 105.

dermed eksempler på det som i denne utredningen omtales som *ensidig bestemte avtalevilkår*. Det er viktig å være klar over at de klausulene som er nevnt her ikke alltid vil være ensidig bestemt. Det kan også være at partene har en felles interesse av å avtale for eksempel eksklusivitet eller joint marketing.

Trusler om avtalenekt dersom avtalen ikke inneholder de klausulene som er nevnt ovenfor er en type handling som kan tenkes å forekomme i verdikjeden for mat. Truslene i seg selv vil være ensidige, men resultatet av truslene er enten en avtale eller ingen avtale. Dersom trusselen fører til en avtale er det gjerne avtalen som eventuelt begrenser konkurransen og ikke trusselen som sådan. Dersom trusselen fører til at det ikke inngås en avtale, er det eventuelt nektelsen av å inngå en avtale som kan være konkurransebegrensende. Det er dermed resultatet av trusselen som blir enten en avtale eller en ensidig handling.

2.5. Hva omfattes av «ensidig atferd» i ODA protokoll 4, kapittel II, avsnitt 3 nr. 2?

Den avgrensingen mellom samarbeid og ensidige handlinger som ble presentert ovenfor fremstår i utgangspunktet som avgjørende også for hva som skal anses som ensidig atferd i ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3. nr. 2. Dette følger av at bestemmelsen skiller mellom samarbeid som er omfattet av EØS-avtalen artikkel 53 på den ene siden og ensidig atferd på den andre siden. Som det fremgår av punkt 2.4 ovenfor, er det da få handlinger som anses som ensidige handlinger. Med en slik tolkning av ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2 vil denne bestemmelsen begrense i hvilken grad ensidig bestemte avtalevilkår kan forbys i nasjonal konkurranserett.

Såfremt inngrepshjemmelen kun omfatter konkurransebegrensende handlinger, vil ikke ODA protokoll 4, kapittel 2, artikkel 3 nr. 2 begrense adgangen til å forby disse handlingene. Da vil handlingene eller avtaleklausulene uansett være i strid med EØS-avtalen artikkel 53. Det er bare avtaleklausuler som ikke er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53 som ikke kan forbys i nasjonal rett. Ettersom det som utredes her er en inngrepshjemmel mot nettopp *konkurransebegrensende* ensidige handlinger, fremstår ikke ODA protokoll 4, kapittel 2, artikkel 3 nr. 2 som en hindring for inngrepshjemmelen. På tross av dette er det likevel grunn til å diskutere om «ensidig atferd» i artikkel 3 nr. 2 skal tolkes utvidende. For det første kan de ensidig bestemte avtalevilkårene være omfattet av gruppefritaket for vertikale avtaler, og dermed ikke forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53. Gruppefritaket vil gjelde selv om handlingen skulle bli vurdert som konkurransebegrensende. For det andre så vil en utvidende tolkning av «ensidig atferd» gjøre det nasjonale handlingsrommet videre, først og fremst ved at man ikke blir like bundet av konkurransebegrensningskriteriet i EØS-avtalen artikkel 53 når en anvender en nasjonal inngrepshjemmel.

Spørsmålet er da om såkalte ensidig bestemte avtalevilkår som er resultatet av den ene partens forhandlingsmakt eller markedsrett, skal anses som ensidige handlinger i relasjon til ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2. Som allerede nevnt trekker ordlyden i artikkel 3 nr. 2 i retning av at det som kvalifiserer som en avtale i relasjon til EØS-avtalen artikkel 53 ikke er å

anse som ensidig atferd. Noen omstendigheter kan imidlertid tyde på at begrensningen i artikkel 3 nr. 2 likevel skal tolkes annerledes.

Den første omstendigheten som kan indikere en utvidet tolkning av ensidig atferd i ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2 er andre lands reguleringer av matvaresektoren eller av relativ markedsrett. Disse reguleringene synes å omfatte handlinger eller atferd som ifølge EØS-avtalen artikkel 53 eller TEUV artikkel 101 er å anse som avtaler. Som det fremgår av punkt 2.2 og punkt 2.3 ovenfor gjelder dette regulering av atferd som *listing fees*, *hylleplassbetaling*, *joint marketing*, ulike former for *kompensasjoner* eller *diskriminerende avtalevilkår*. Reguleringen i Finland og Litauen som reduserer terskelen for dominans i dagligvaresektoren vil også kunne omfatte handlinger som er avtaler etter TEUV artikkel 101. Det samme gjelder det mer generelle forbudet mot utnyttelse av relativ markedsrett i Tyskland. Noen av disse reguleringene oppstiller heller ikke noe konkurransebegrensningsvilkår. De synes derfor å åpne for inngrep mot avtaler som ikke er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53 eller TEUV artikkel 101. De aktuelle reguleringene har eksistert over lengre tid på tross av at forordning 1/2003 artikkel 3 nr. 2 inneholder den samme begrensningen for medlemsstater i EU som artikkel 3 nr. 2 i protokoll 4, kapittel II, gjør for EFTA-statene. I utgangspunktet skulle en tro at det ble grepet inn mot disse bestemmelsene eller håndhevelsen av dem, dersom de var i strid med begrensningen på anvendelsen av nasjonal konkurranserett.

Det foreligger ingen praksis fra EU-kommisjonen om inngrep mot disse reguleringene. Dette kan ha flere ulike forklaringer. For det første kan det skyldes at den nasjonale håndhevingen av disse reguleringene i omfang er liten. Når det er liten grad av håndheving nasjonalt, er det ikke mange saker som kan tas opp på EU-nivå. En annen årsak kan være at flere av disse reguleringene ikke anses som konkurranserett. Merk at ordlyden i artikkel 3 nr. 2 retter seg mot håndhevelsen av *nasjonal konkurranserett*. Dersom de nasjonale reguleringene er begrunnet i andre hensyn enn konkurransepolitiske formål, faller disse reguleringene utenfor begrensningen i artikkel 3 nr. 2. Dette er også uttrykkelig slått fast i ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 3 og i forordning 1/2003 artikkel 3 nr. 3. Flere av disse reguleringene har som formål å oppnå en rettferdig eller rimelig konkurranse.¹⁶ Dette er ikke nødvendigvis det samme som en effektiv konkurranse som maksimerer den samfunnsøkonomiske effektiviteten. Som eksempel kan nevnes den tyske loven om urettferdig konkurranse (*gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) § 4a som forbyr aggressiv forretningsatferd. Dette er en regulering som er en mellomting mellom det vi norsk rett anser som konkurranserett og markedsføringsrett. Formålet er i større grad å beskytte konkurrenter mot aggressiv eller urimelig atferd fra aktører med markeds- eller forhandlingsrett, enn å sikre samfunnsøkonomisk effektivitet. Det er riktignok en tanke bak reguleringen om at beskyttelse av konkurrenter mot slik atferd på sikt også fører til effektivitet. Lignende reguleringer finnes også i

¹⁶ Se mer om dette i punkt 4.3 nedenfor og i vedlegget.

Portugal og Spania.¹⁷ Dersom denne typen lovgivning ikke anses som konkurranserett, kan det forklare hvorfor det ikke finnes praksis som vurderer om reguleringene er i strid med artikkel 3 nr. 2.

De forklaringene som er presentert ovenfor samsvarer imidlertid ikke med forklaringen på hvorfor artikkel 3 nr. 2 er utformet som den er. Kommisjonens opprinnelige forslag til forordning 1/2003 inneholdt også en begrensning på håndhevelsen av ensidig atferd som er omfattet av TEUV artikkel 102.¹⁸ Teksten ble senere i prosessen endret for å tillate strengere nasjonal regulering av ensidig atferd. Uten at det kan sies med sikkerhet, kan det antas at det nettopp er den typen reguleringer som er nevnt ovenfor, som var årsaken til endringen.¹⁹ Dersom artikkel 3 nr. 2 i ettertid tolkes slik at ensidig bestemte avtalevilkår er i strid med denne bestemmelsen, vil det kunne hevdes at dette ikke er i samsvar med formålet eller forutsetningene for artikkel 3 nr. 2. Det at EU-kommisjonen i 2016 fremhevet tilkomsten av ny lovgivning for å hindre såkalte «unfair purchasing practices» som noe positivt, er også et tegn på at Kommisjonen ikke anser slike reguleringer for å være i strid med artikkel 3 nr. 2.²⁰

De omstendighetene som er nevnt ovenfor kan tyde på at ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2 ikke er til hinder for nasjonale forbud mot ensidig bestemte avtalevilkår som ikke er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53. Det er mulig å tolke ordlyden i ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2 på en måte som støtter dette synet. Den første setningen i artikkel 3 nr. 2 slår fast at avtaler og samarbeid ikke kan reguleres strengere i nasjonal rett. Andre setning slår fast at denne bestemmelsen ikke er til hinder for en strengere regulering av ensidig atferd. Den andre setningen kan forstås som en innskrenkning av omfanget av første setning. Til støtte for en slik tolkning kan det anføres at om ikke andre setning er ment å innskrenke omfanget av første setning, er andre setning overflødig og unødvendig. At et forbud mot å regulere samarbeid strengere i nasjonal rett ikke forbyr strengere regulering av ensidige handlinger er tross alt opplagt, og ikke nødvendig å slå fast. Da kan en da hevde at andre setning for å ha noen annen virkning enn å være av ren informativ art, må forstås som en innskrenking av rekkevidden av første setning. Da kan den forstås slik at de avtalevilkår som i realiteten er resultatet av den ene parts vilje, og dermed i realiteten er ensidig bestemt, ikke er omfattet av den begrensningen som

¹⁷ Se punkt 4.3 nedenfor og vedlegget.

¹⁸ Se OJ C 365 E, 19.12.2000, p. 284-296, forslag til Rådets forordning om gjennomførelse af konkurrancereglene i traktatens artikkel 81 og 82 og om ændring af forordning (EØF) nr. 1017/68, (EØF) nr. 2988/74, (EØF) nr. 4056/86 og (EØF) nr. 4056/86 og (EØF) nr. 3975/87 (gennemførelsesforordningen til traktatens artikkel 81 og 82), KOM(2000) 582, artikkel 3.

¹⁹ Slik også Halvorsen Barlund, «Kor fritt står nasjonale styresmakter til å regulere eigen konkurranse i den indre marknad?», Tidsskrift for Forretningsjus 2015, s. 54-76, på s. 67.

²⁰ European Commission Report from the Commission to the European Parliament and the Council on unfair business-to-business trading practices in the food supply chain (2016), side 2. Se også punkt 4.3 i vedlegget til denne rapporten.

følger av første setning. Dette er langt i fra en sikker tolkning, og andre setning kan like godt forstås som utelukkende å ha et informativt formål.

På tross av de argumentene som her er anført for en utvidende tolkning av «ensidig atferd» i ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2, er det vanskelig å konkludere sikkert med at artikkel 3 nr. 2 skal tolkes på denne måten. Det som er viktig å få frem her er at det er noe usikkerhet knyttet til hvor langt en kan gå i nasjonal rett i å regulere ensidig bestemte avtalevilkår, fordi disse ikke med sikkerhet kan sies å være «ensidig atferd». Denne usikkerheten er noe en må være klar over når en skal vurdere om og eventuelt hvor langt en slik regulering skal gå når det gjelder å forby bestemte typer atferd.

2.6. Oppsummering og konklusjon

Drøftelsen ovenfor viser at det er ganske få typer atferd som med sikkerhet kan sies å være ensidige handlinger og ikke avtaler eller samarbeid i relasjon til konkurranseloven § 10. Det kan argumenteres for at også noen typer avtaleklausuler skal regnes som ensidig atferd i relasjon til ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2. Dette gjelder avtaleklausuler som i realiteten er ensidig bestemt av en part med markedsrett. Denne tolkningen er imidlertid usikker.

I forhold til ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2 vil uansett de handlingene som er ensidige i relasjon til § 10 være ensidige også i relasjon til artikkel 3 nr. 2. Dette er da som nevnt i punkt 2.4, avtalenektelser som *leveringsnekt*, *innkjøpsnekt* og *delisting*. Videre omfattes *oppsigelser* av avtaler, ulike *kontraktsbrudd*, *ensidig bestemte priser* og *marginskvis*.

Dersom den utvidende tolkningen av «ensidig atferd» i ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2 er riktig, reduserer det omfanget av den begrensningen artikkel 3 nr. 2 innebærer for hva som kan reguleres fritt i nasjonal rett. Da vil en også kunne regulere *hylleplassbetaling*, *joint marketing*, *listing fees*, *single branding*, *ulike former for kompensasjoner* for usolgte varer, *eksklusivitetsavtaler*, *single branding* klausuler og ulike former for *rabatter*. Det må imidlertid legges til at denne typen avtaleklausuler ikke alltid er ensidig bestemt, men noen ganger vil være basert på et reelt interessefelleskap. Da kan ikke klausulene anses for å være ensidig bestemt og dermed heller ikke en ensidig handling.

3. Rettslige skranker for en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger

3.1. EØS-rettslige skranker

ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2 er allerede nevnt ovenfor som en mulig begrensning på adgangen til å regulere ulike typer atferd nasjonalt. I utgangspunktet tillates det strengere regulering av ensidige handlinger, men ikke for avtaler eller samarbeid. I punkt 2.5 ble det diskutert om ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2 tillater strengere nasjonal regulering av noen avtaleklausuler, såkalte ensidig bestemte avtalevilkår. Konklusjonen var at det argumenteres for en slik tolkning, men at dette er et usikkert tolkningsresultat.

Her vil diskusjonen av i hvilken grad ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2 er en begrensning på nasjonal regulering av såkalte ensidig bestemte avtalevilkår bli videreført. Det som tas opp her – og som er av betydning for i hvilken grad ODA protokoll 4 begrenser muligheten til å etablere en inngrepshjemmel - er produktanvendelsesområdet til EØS-avtalen, samhandelskriteriet og konkurransebegrensningskriteriet i EØS-avtalen artikkel 53.

For at ODA protokoll 4 skal begrense muligheten til å regulere en handling, må handlingen eller avtalen angå et produkt som er omfattet av EØS-avtalen. For en del produkter i verdikjeden for mat kommer ikke EØS-avtalen til anvendelse og en kan fritt regulere avtaler som angår disse produktene så strengt en måtte ønske i nasjonal rett. Dette gjelder hovedsakelig ubearbeidede landbruks- og fiskeriprodukter. Disse er ikke omfattet av de produktgruppene som det vises til i EØS-avtalen artikkel 8 (3). Flere bearbeidede landbruksprodukter er inkludert i EØS-avtalens anvendelsesområde gjennom protokoll 3 til avtalen, jfr. Artikkel 8 (3). Uten å gå i detalj på hva som er omfattet, betyr dette at for noen produkter i verdikjeden for mat står norske myndigheter fritt til å regulere både ensidige handlinger og ensidig bestemte avtalevilkår, uten hinder av EØS-avtalen.

Videre vil ODA protokoll 4 kun forhindre strengere nasjonal regulering av ensidig bestemte avtalevilkår der avtalene påvirker samhandelen. På grunn av norsk landbrukspolitik er en del av produktene i verdikjeden for mat mer eller mindre beskyttet fra konkurranse fra utenlandske produkter. For disse produktene vil ikke avtaler mellom produsent eller leverandør på den ene siden og detaljist på den andre siden påvirke samhandelen. For disse produktene vil dermed nasjonale myndigheter stå fritt til å ha en strengere regulering. Det skal imidlertid lite til for at samhandelen anses for å være påvirket. Påvirkning av samhandelen er i rettspraksis definert som at handlingen eller samarbeidet «kan ha en direkte eller indirekte, faktisk eller potensiell virkning på mønsteret for samhandelen mellom EØS-statene».²¹ Det skal ikke vurderes om samhandelen påvirkes for alle ulike produktgrupper her. Det som det er viktig å være klar over er at handlinger eller avtaler knyttet til noen produkter vil kunne påvirke samhandelen, men ikke for andre produkter.

Konsekvensen av EØS-avtalens produktanvendelsesområde og samhandelskriteriet, for muligheten for å etablere en inngrepshjemmel, er at en kan gå lengre for noen produkter enn andre. Merk imidlertid at når det gjelder ensidige handlinger i snever forstand står norske myndigheter uansett fritt. Det er kun dersom en ønsker å regulere de såkalte ensidig bestemte avtalevilkårene at dette spiller en rolle. Da kan en enten begrense reguleringen av disse til de produktgruppene som er unntatt fra EØS-avtalens anvendelsesområde eller begrense dette ved håndhevelsen av regelverket. Skal selve hjemmelen avgrenses, er det enkelt å gjennomføre når det gjelder produktgrupper. Når det gjelder påvirkning av samhandelen så vil det være mindre

²¹ Sak E-15/15, *Holship*, avsnitt 75. Se også forente saker C-215/96 and C-216/96, *Carl Bagnasco*, EU:C:1999:12, avsnitt 47, sak C-306/96, *Javico*, EU:C:1998:173, avsnitt 16; sak 42/84, *Remia*, EU:C:1985:327, avsnitt 22.

heldig å knytte reguleringen til ulike produktgrupper. For hvilke produktgrupper en samhandelspåvirkning vil foreligge kan endre seg med tiden. Et alternativ er å ta inn et vilkår om at avtalen ikke påvirker samhandelen i hjemmelen. En klar anbefaling er likevel at inngrepshjemmelen ikke behandler ulike produktgrupper ulikt innenfor en og samme sektor. Dette vil være kompliserende for foretakene som skal forholde seg til regelverket, særlig med tanke på at det kan være vanskelig å avgjøre om samhandelen påvirkes for enkelte produkter. For det andre vil en slik forskjellsbehandling av ulike produktgrupper i seg selv være uheldig.

Det er viktig å være klar over at så lenge en inngrepshjemmel kun rammer atferd som er konkurransebegrensende også etter EØS-retten, vil ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2 uansett ikke innebære noen begrensning. Selv om inngrepshjemmelen skulle omfatte atferd som er en avtale som omfattes av EØS-avtalen artikkel 53, vil den også være forbudt etter artikkel 53 dersom den er konkurransebegrensende. Dette forutsetter at konkurransebegrensningskriteriet i den aktuelle inngrepshjemmelen ikke er videre enn det er i EØS-avtalen artikkel 53. Det kan likevel tenkes en utfordring her, og det er gruppefritaket for vertikale avtaler.²² Gruppefritakets artikkel 2 og 3 inneholder et unntak fra EØS-avtalen artikkel 53 for vertikale avtaler der ingen av avtalepartene markedsandeler over 30 prosent. For at gruppefritaket skal komme til anvendelse må begge partene, både selger og kjøper, ha markedsandeler under 30 prosent. Det vil si at ingen av Norgesgruppens avtaler vil være omfattet av gruppefritaket.²³ Dersom begge de to andre store dagligvarekjedene har markedsandeler under 30 prosent, vil deres avtaler være omfattet av gruppefritaket med unntak for når de inngår avtaler med leverandører som har markedsandeler over 30 prosent. Dersom f.eks. Rema inngår en avtale med en leverandør som har markedsandeler under 30 prosent vil denne avtalen være omfattet av gruppefritaket. Når Rema derimot inngår en avtale med Tine vil denne ikke være omfattet av gruppefritaket (i alle fall ikke for produkter som melk, hvitost og andre markedsledende produktet).

Gruppefritaket omfatter ikke de mest alvorlige konkurranserestriksjonene i vertikale avtaler, slik som faste- eller minimumspriser, total territorial beskyttelse og langvarige konkurranseklausuler (artikkel 5 og 6). De fleste avtaleklausulene som er nevnt ovenfor er ikke av en slik alvorlig karakter, og avtalene vil dermed være omfattet av gruppefritaket. Et mulig unntak kan være avtaler om eksklusivitet, der det avtales at en dagligvarekjede kun skal selge en leverandørs produkter, en såkalt «non-compete obligation» eller konkurranseklausul, se gruppefritakets artikkel 6. Slike klausuler er omfattet av gruppefritaket dersom de ikke går utover en varighet på 5 år. Det antas her at de fleste slike klausuler mellom leverandører og dagligvarer ikke har en så lang varighet i dagligvaresektoren og dermed er omfattet av gruppefritaket.

²² gruppefritaket for vertikale avtaler er tatt inn som en del av EØS-retten gjennom vedlegg XIV til EØS-avtalen. Vedlegget slår fast at forordning 330/2010 gjelder med noen EØS-spesifikke tilpasninger.

²³ Basert på en antagelse om at Norgesgruppen som den største dagligvarekjeden i Norge har markedsandeler over 30 prosent.

Gruppefritaket for vertikale avtaler forhindrer at nasjonal konkurranserett forbyr ensidig bestemte avtalevilkår i avtaler mellom foretak som begge har markedsandeler under 30 prosent, forutsatt at avtalen påvirker samhandelen. Ettersom den inngrepshjemmelen som er tema for denne utredningen angår foretak uten dominerende stilling, typisk med lavere markedsandeler enn 50 prosent, vil dette være en aktuell begrensning på hva som kan forbys nasjonalt. Merk at dette gjelder selv om en vurdering av avtalen viser at den er konkurransebegrensende. Ettersom den ikke er forbudt i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 på grunn av gruppefritaket, så kan den ikke forbys i nasjonal rett. Merk også at dette kun er tilfellet dersom den utvidede tolkningen av ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2 som er diskutert i punkt 2-5, ikke er riktig.

Det ble nevnt ovenfor at en av grunnene til det ikke gripes inn mot andre lands reguleringer av atferd som er å anse som avtaler, kan være at disse reguleringene ikke anses som nasjonal konkurranserett. Dersom en vurderte å innføre et forbud mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat som skulle beskytte konkurrenter mot aggressiv eller urimelig handelspraksis, eller på annen måte sikre såkalt rettferdig konkurranse, er det dermed ikke sikkert at ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2 ville vært en hindring. Det som vurderes her er derimot en inngrepshjemmel mot konkurransebegrensende handlinger, i betydningen atferd som reduserer samfunnsøkonomisk effektivitet. Dette vil åpenbart bli ansett som nasjonal konkurranserett. En slik inngrepshjemmel må derfor forholde seg til begrensningen som følger av artikkel 3 nr. 2.

ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2 er altså ikke til hinder for en inngrepshjemmel som retter seg mot konkurransebegrensende ensidige handlinger. Dersom en også ønsker å forby såkalte ensidig bestemte avtalevilkår, kan derimot artikkel 3 nr. 2 begrense adgangen. Dette beror for det første på hvor vidt «ensidig atferd» skal tolkes. Som nevnt i punkt 2.5 er det mest nærliggende å anta at ensidig bestemte avtalevilkår ikke anses som ensidig atferd, men det er en viss usikkerhet knyttet til dette. Begrensningen i ODA protokoll 4 gjelder videre kun for produkter som faller inn under EØS-avtalens anvendelsesområde og hvor avtalen påvirker samhandelen. Videre er det viktig å være klar over at så lenge inngrepshjemmelen kun retter seg mot konkurransebegrensende handlinger, vil ODA protokoll 4 ikke begrense adgangen til å regulere handlingene. Dette gjelder imidlertid kun dersom avtaler som nyter godt av gruppefritaket for vertikale avtaler ikke forbys. Det vil si avtaler mellom foretak som ikke har markedsandeler over 30 prosent.

EØS-rettens regler om fire friheter kan vanskelig anses for å være til hinder for en inngrepshjemmel mot konkurransebegrensende ensidige handlinger. Verken regelen eller eventuelle vedtak kan sies å vanskeliggjøre etablering eller tilbud av varer fra andre EØS-land.

3.2. Nasjonalrettslige skranker

Nasjonal rett inneholder ikke noen begrensninger på adgangen til å vedta en inngrepshjemmel mot konkurransebegrensende ensidige handlinger, utover den begrensningen som følger av at EØS-konkurranseloven § 7 som gjennomfører ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 i norsk rett.

Det understrekes at verken § 10 eller § 11 i seg selv begrenser muligheten til å ha en slik hjemmel.

Dersom inngrepshjemmelen skal vedtas som en forskrift med hjemmel i konkurranseloven § 14, inneholder denne bestemmelsen to vilkår for å etablere en inngrepshjemmel i forskrifts form. For det første må inngrepshjemmelen være «nødvendig for å fremme konkurransen i markedene» og for det andre kan forskriften kun anvendes til å gripe inn mot handlinger som «begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål». Det siste vilkåret er i utgangspunktet ikke noen hindring i dette tilfellet, ettersom formålet er å ramme konkurransebegrensende ensidige handlinger. Lovens formål er en effektiv bruk av samfunnets ressurser, og så lenge inngrepshjemmelen kun forbyr handlinger som fører til en mindre effektiv bruk av samfunnets ressurser (altså er konkurransebegrensende) så er vilkåret oppfylt. Dette vilkåret vil kun være en hindring dersom en ønsker å vedta en forskrift etter modell fra andre lands lover eller reguleringer av (u)rettferdig konkurranse. Som nevnt i punkt 4.3 forfølger disse reguleringene andre formål enn samfunnsøkonomisk effektivitet og rammer handlinger som ikke nødvendigvis er i strid med konkurranselovens formål. Denne typen regulering kan derfor ikke vedtas med hjemmel i konkurranseloven § 14.

Det er derimot grunn til å vurdere om det første vilkåret om at forskriften må være «nødvendig for å fremme konkurransen i markedene» begrenser adgangen til å benytte forskriftshjemmelen. Dette vilkåret krever for det første at det må foreligge en eller annen form for begrenset konkurranse på det aktuelle markedet som gjør at en ønsker å fremme konkurransen. Ved avgjørelsen av om dette er tilfellet må myndighetene i utgangspunktet anses å ha et vidt skjønn.

Nødvendighetskravet kan også forstås som et krav om at den atferden som omfattes av forskriften, ikke er omfattet av de eksisterende forbudene i konkurranseloven § 10 og § 11. Denne tolkningen er begrunnet i at dersom atferden allerede er omfattet av § 10 eller § 11, er det i grunn ikke nødvendig med en forskrift for å fremme konkurransen. Konkurransen kan fremmes ved at en benytter de eksisterende forbudene i loven. En inngrepshjemmel som kun åpner for inngrep mot ensidige handlinger i snever forstand utført av ikke-dominerende foretak vil uansett være nødvendig, ettersom disse handlingene ikke er omfattet av § 10 eller § 11. Dersom inngrepshjemmelen også omfatter ensidig bestemte avtalevilkår så vil den omfatte handlinger som allerede er omfattet av konkurranseloven § 10. Da kan det stilles spørsmål ved om en slik inngrepshjemmel er nødvendig.

Som nevnt er ordlyden «nødvendig» i § 14 et argument for at det ikke kan vedtas en forskrift som åpner for inngrep mot handlinger som er omfattet av § 10 eller § 11. Denne tolkningen finner også støtte i forarbeidene. Bestemmelsen ble først foreslått av et mindretall i NOU 2003:12.²⁴ Bakgrunnen var at den gamle konkurranseloven § 3-10 i enkelte relasjoner gikk lengre enn

²⁴ NOU 2003:12, side 69.

forslagene til § 10 og § 11 i ny lov. Forslaget fokuserer først og fremst på ensidige handlinger utført av ikke-dominerende foretak eller handlinger som ikke beviselig er et misbruk av en dominerende stilling. Det at bakgrunnen er å sikre at en ikke står uten virkemidler for å gripe inn mot atferd utenfor anvendelsesområdet til §§ 10 og 11, taler for at formålet først og fremst var å åpne for regulering av handlinger som ikke var omfattet av §§ 10 og 11. NOUen inneholdt ikke noe konkret forslag til lovtekst og selve nødvendighetsvilkåret var derfor ikke kommentert i NOU 2003:12.

Mindretallets forslag fikk departementets tilslutning i Ot.prp.nr.6 (2003-2004).²⁵ Departementets begrunnelse er mer eksplisitt på at formålet er å sikre en mulighet for å gripe inn mot handlinger som ikke rammes av §§ 10 og 11. Dette følger av uttalelsen om at «det likevel ikke kan utelukkes at det kan forekomme atferd som faller utenfor forslaget til §§ 10 og 11, men som det av hensyn til konkurransen i markedet likevel vil være ønskelig å forby». Dette er et argument for at nødvendighetskravet må forstås som at en ikke kan benytte § 14 til å regulere atferd som allerede er forbudt etter § 10 eller § 11. Riktignok nevnes det samme sted at behovet kan følge av at det kan være «vanskelig å bevise at forbudene brytes». Dette kan gi inntrykk av at en forskrift kan benyttes for å lette på bevisproblemene. Det er imidlertid vanskelig å forestille seg hvordan dette skal oppnås. En kunne kanskje tenke seg at en atferd ble gjenstand for en forskrift fordi det var vanskelig å etablere at den hadde konkurransebegrensende virkning, men en slik forskrift kan være problematisk i forhold til vilkåret om at en kun kan gripe inn mot atferd som begrenser konkurransen.

I NOU 2013:7 ble det vurdert om konkurranseloven § 14 skulle videreføres. I gjennomgangen av gjeldende rett påpekes det at hjemmelen «er ment brukt i markeder der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende, uten at forbudene i § 10 og § 11 kommer til anvendelse.»²⁶ I utvalgets vurdering av om bestemmelsen skal videreføres fremheves det igjen at «ikke alle former for konkurransebegrensende atferd i strid med lovens formål rammes av konkurranseloven § 10 og § 11» og videre at utvalget «mener likevel [på tross av et begrenset handlingsrom] at behovet for å kunne vedta utfyllende regler til konkurranseloven § 10 og § 11 tilsier at forskriftshjemmelen i § 14 opprettholdes».²⁷ I Prop.75 L ga departementet sin tilslutning til utvalgets vurderinger.²⁸

Forarbeidene gir et ganske entydig inntrykk av at formålet med konkurranseloven § 14 er å åpne for å vedta forskrifter som åpner for å gripe inn mot atferd som ikke er omfattet § 10 eller § 11. Spørsmålet om nødvendighetskravet skal tolkes strengt og således stenge for at en forskrift også

²⁵ Ot.prp.nr.6 (2003-2004), side 73.

²⁶ NOU 2013:7, side 157.

²⁷ NOU 2013:7, side 158 og 159.

²⁸ Prop.75 L, side 19.

omfatter atferd som allerede er forbudt etter § 10 eller § 11 er ikke eksplisitt kommentert i forarbeidene. I spesialmerknadene til § 14 i Ot.prp.nr.6 er dette heller ikke kommentert. Formålet som kommer frem av forarbeidene trekker uansett i retning av at nødvendighetskravet ikke er oppfylt i disse tilfellene.

Praksis ved vedtagelsen av § 14 gir ikke noe klart svar på spørsmålet. Det kan hevdes at det tidligere forbudet mot opptjening av bonuspoeng delvis rammet atferd som var forbudt etter § 10.²⁹ Forbudet omfattet bl.a. opptjening av bonuspoeng i flyselskapenes avtaler med forretningskunder. Forskriften rammet da avtaler mellom foretak som dersom de var konkurransebegrensende også ville være forbudt etter § 10, om de ikke var omfattet av gruppefritaket for vertikale avtaler. Forskriften omfattet også opptjening av bonuspoeng for kunder som ikke var foretak, så den rammet således også atferd som ikke var omfattet av § 10. Forskriften om tilgang til boligannonsering på internett plikter å gi tilgang på ikke-diskriminerende vilkår. Forskriften vil ramme atferd som kan være omfattet av § 11 dersom tilbydereren av boligannonsering er dominerende. Som forskriften om bonuspoeng regulerer også boligannonseringsforskriften både atferd som ikke rammes av § 10 eller § 11 og atferd som rammes av § 10 eller § 11. Praksis indikerer dermed at det ikke er noe til hinder for at forskriften rammer både atferd som ikke er omfattet av §§ 10 og 11 og atferd som ikke er det.

Gjennomgangen ovenfor viser at som et utgangspunkt må nødvendighetskravet forstås som en hindring for at det vedtas en forskrift som åpner for inngrep mot handlinger som allerede rammes av § 10 eller § 11. Praksis viser likevel at forskrifter som delvis rammer slik atferd har blitt vedtatt. Dette kan tyde på at et slikt delvis sammenfall med anvendelsesområdet for § 10 eller § 11 godtas. Dette finner også støtte i hensynet til at forskriftene ikke bør bli for kompliserte. Dersom formålet med forskriften er å åpne for inngrep mot atferd som ikke omfattes av § 10 eller § 11, men en avgrensning mot atferd som rammes av disse bestemmelsene vil komplisere forskriften, fremstår det som unødvendig strengt å kreve at en slik avgrensning skal gjennomføres.

Som nevnt ovenfor er det i forhold til den inngrepshjemmelen som utredes her, først og fremst dersom inngrepshjemmelen også rammer såkalte ensidig bestemte avtalevilkår at nødvendighetskravet kanskje ikke er oppfylt. Ettersom det vil være enkelt å avgrense inngrepshjemmelen til kun å omfatte ensidige handlinger, kan ikke hensynet til at forskriften bør være klar og ikke komplisert formulert begrunne at inngrepshjemmelen også skal omfatte ensidig bestemte avtalevilkår. Dette stiller seg derimot annerledes dersom en ønsker at forskriften skal ramme avtaler som er omfattet av gruppefritaket for vertikale avtaler. Som nevnt ovenfor vil flere av de avtalevilkårene som det tidvis hevdes er problematiske i verdikjeden for mat være omfattet av gruppefritaket for vertikale avtaler. Dersom begrunnelsen for å utvide anvendelsesområdet for

²⁹ Forskrift 20.6.2007 nr. 684 om forbod mot bonusprogram i innanriks luftfart, opphevet ved forskrift 16.5.2013 nr. 488 om opphevelse av forskrift om forbod mot bonusprogram i innanriks luftfart.

inngrepshjemmel til å omfatte ensidig bestemte avtalevilkår, er at disse avtaleklausulen skal være omfattet, vil nødvendighetskravet være oppfylt. Når det først er tilfellet, kan det også hevdes at forskriften blir unødvendig komplisert om den i tillegg skal inneholde en avgrensning mot ensidig bestemte avtalevilkår som ikke er omfattet av gruppefritaket.

En kunne stille spørsmål ved om inngrepshjemmel må være oppad begrenset til dominerende stilling på grunn av konkurranseloven § 11. Når et foretak med dominerende stilling utfører ensidige handlinger som begrenser konkurransen, vil disse handlingene normalt også utgjøre en utilbørlig utnyttelse av den dominerende stillingen, og dermed være forbudt etter § 11. Da kan en hevde at en separat inngrepshjemmel er unødvendig for disse tilfellene. Dette kan imidlertid ikke få som konsekvens at en inngrepshjemmel i en forskrift uttrykkelig må avgrense mot handlinger utført av dominerende foretak. Dette vil gjøre forskriften unødvendig komplisert av to grunner. For det første er formålet med inngrepshjemmel først og fremst å ramme handlinger fra foretak som ikke er dominerende og nødvendighetskravet i konkurranseloven § 14 er dermed i utgangspunktet oppfylt. Det å inkludere et vilkår i inngrepshjemmel om at foretaket ikke er dominerende vil gjøre inngrepshjemmel vanskeligere og mer ressurskrevende å håndheve, ettersom en da må foreta en dominansvurdering. Dette må, på samme måten som en slik avgrensning ikke er gjennomført i forskriften for boligannonsering på internett, anses for å være unødvendig kompliserende.

For å oppsummere så vil nødvendighetskravet i konkurranseloven § 14 ikke være til hinder for å etablere en inngrepshjemmel som kun rammer ensidige handlinger i snever forstand, det vil si handlinger som ikke anses som avtaler etter konkurranseloven § 10. Nødvendighetskravet kan være problematisk om en ønsker at forskriften også skal ramme såkalte ensidig bestemte avtalevilkår. Dersom formålet derimot er at også avtaleklausuler som i dag omfattes av gruppefritaket for vertikale avtaler skal omfattes av inngrepshjemmel, vil ikke nødvendighetskravet være en hindring. Det krever i så fall at inngrepshjemmel ikke inneholder en markedsandelsterskel på 30 prosent (sammenlign med punkt 4.1 nedenfor). En begrensning av inngrepshjemmel mot handlinger utført av foretak som har en dominerende stilling er ikke påkrevd av nødvendighetskravet i konkurranseloven § 14.

4. Ensidige handlinger i matvaresektoren som kan begrense konkurransen

4.1. Markedsmakt uten dominans

Det følger av oppdragsbeskrivelsen at inngrepshjemmel først og fremst skal rette seg mot foretak som har markedsmakt, selv om de ikke har en dominerende stilling. Det bes videre om en vurdering av når en aktør har tilstrekkelig markedsmakt til å skade konkurransen i markedet, uten at denne har en dominerende stilling. For det første er det vanskelig å gi et klart og generelt svar på når et foretak har markedsmakt av en slik grad at det kan skade konkurransen gjennom ensidige handlinger. Det kan også være at noen typer handlinger kan være konkurransebegrensende ved mindre grad av markedsmakt enn hva som gjelder for andre typer

handlinger. Dette spørsmålet har også en side til spørsmålet om inngrepshjemmelen bør inneholde et vilkår om markedsrett eller markedsandelstest, som også vil bli tatt opp her.

Selv om det er vanskelig å si når et foretak kan ha tilstrekkelig markedsrett til å skade konkurransen, vises det til at det antas at konkurranseskadelig utnyttelse av kjøperrett kan forekomme ved lavere markedsandeler enn skadelig utnyttelse av selgerrett.³⁰ I relasjon til kjøperrett er det heller ikke uvanlig å operere med et konsept om avhengighet eller «dependence» som vil si at produsenter eller leverandører er avhengig av kjøperen for å få omsetning på produktene sine. Det har blitt antatt at slik avhengighet kan forekomme når kjøperen har markedsandeler i overkant av 20 prosent.³¹

Om en ser til reguleringer i verdikjeden for mat eller andre generelle reguleringer av ensidige handlinger, avhengighetsforhold og lignende, i andre land, benytter noen land markedsandelstest på 30 prosent (Finland, Litauen og Spania), andre benytter konseptet relativ dominans (Frankrike, Tyskland, Portugal), eller vagere referanser til markedsrett (Latvia og Spania).³² De ulike teknikkene har hver for seg fordeler og ulemper. En markedsandelstest på 30 prosent er klar og skaper forutberegnelighet. Den reduserer også risikoen for type I feil (uriktige inngrep). En slik terskel mangler imidlertid den fleksibiliteten som konseptet relativ dominans gir. Dette reduserer derimot forutberegneligheten. Det er vanskelig å si at det ene er bedre enn det andre. Det kan nevnes at i Finland beskyldes dagligvarekjedene for å passe på å holde sine markedsandeler under 30 prosent etter at man fikk en inngrepshjemmel med en slik markedsandelstest. Dette kan gi inntrykk av at foretakene etter å ha nådd relativt høye markedsandelstest unngår å vokse, noe som igjen kan ha som effekt at konkurransen svekkes. En svakhet med å anvende relativ dominans som kriterium er at dette først og fremst brukes i reguleringer som ikke nødvendigvis er rettet mot konkurransebegrensende atferd, men i reguleringer som er rettet mot aggressiv og urimelig forretningsatferd. De har dermed et større fokus på virkninger *inter partes*. Disse reguleringene har et annet formål enn den inngrepshjemmelen som utredes her. Ettersom formålet med disse reguleringene er å unngå aggressiv og urimelig forretningsatferd fremstår også et krav om relativ markedsrett som mer passende i de reguleringene enn i en inngrepshjemmel mot konkurransebegrensende ensidige handlinger.

³⁰ Se f.eks. Carstensen, 'Buyer Power and the Horizontal Merger Guidelines: Minor Progress on an Important Issue' (2012) s. 782, Bundeskartellamt, *Summary of the Final Report of the Sector Inquiry into the food retail sector*, s. 13, Doyle C and Inderst R, 'Some economics on the treatment of buyer power in antitrust' 28 *European Competition Law Review*, s. 210

³¹ Se blant annet Kommisjonens avgjørelse i COMP/M. 1684 – Carrefour/Promodes avsnitt 52-55 og i Rewe/Meinl [1999] OJ L274/1, avsnitt 101.

³² Se vedlegget for mer detaljert informasjon.

Når det gjelder markedsandelsterskler kan en hevde at disse er unødvendige så lenge inngrepshjemmelen inneholder et krav om konkurransebegrensende virkning. Da vil en i virkningsvurdering måtte ta hensyn til om foretakets markedsrett er tilstrekkelig til at handlingen vil ha en slik virkning. Som drøftet nedenfor fremstår et vilkår om konkurransebegrensende virkning som nødvendig, fordi ingen typer ensidig atferd fra ikke-dominerende foretak kan anses for å begrense konkurransen i sin natur eller så ofte at en formåls eller per se tilnærming kan rettferdiggjøres. Dette gjør at en markedsandelsterskel først og fremst må ha som formål å øke forutberegneligheten og være ressursbesparende ved at saker hvor foretaket ikke møter denne terskelen kan legges bort. Disse to formålene oppnås kun ved bruk av markedsandelsterskler. Et mer vagt kriterium om markedsrett vil ikke bidra til den økning av forutberegneligheten og den forenkling som vil være begrunnelsen for terskelen. En økning av forutberegneligheten og en forenkling som innebærer ressursbesparelser er gode argumenter for en markedsandelsterskel, såfremt terskelen ikke settes så høyt at den fører til type II feil (manglende inngrep der konkurransen faktisk begrenses).

Et åpenbart argument mot markedsandelsterskler dersom en ønsker å innføre inngrepshjemmelen er at handlinger utført av to av tre store dagligvarekjeder i Norge kan falle utenfor. Dette gjelder særlig dersom en velger en markedsandelsterskel på 30 prosent. Dersom en ønsker å ramme ensidige handlinger i denne verdikjeden er det dermed gode grunner for ikke å inkludere markedsandelsterskler i inngrepshjemmelen. Dette gjelder i enda større grad dersom det er ønskelig at inngrepshjemmelen skal kunne benyttes på ensidige bestemte avtalevilkår som omfattes av gruppefritaket for vertikale avtaler. Da vil en markedsandelsterskel på 30 prosent være meningsløs. Det kan også legges til at med en inngrepshjemmel i stedet for en forbudsbestemmelse som kan sanksjoneres med gebyrer, er ikke behovet for en markedsandelsterskel som øker forutberegneligheten like stort.

Dersom en ønsker en inngrepshjemmel som med sikkerhet ikke går lengre enn det som er tillatt etter ODA protokoll 4, er en markedsandelsterskel et godt instrument. Sammen med konkurransebegrensningsvilkåret vil inngrepshjemmelen da kun omfatte ensidige handlinger som en nasjonalt står fritt til å regulere og ensidig bestemte avtalevilkår som er konkurransebegrensende og dermed vil være forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53. I teorien kunne en tenke seg at markedsandelsterskelen kun kommer til anvendelse på ensidig bestemte avtalevilkår. Foruten forholdet til ODA protokoll 4, er det imidlertid vanskelig å finne en god begrunnelse for å la markedsandelsterskelen kun gjelde for ensidige bestemte avtalevilkår, og ikke for andre ensidige handlinger.

For å oppsummere så er det vanskelig å si noe generelt om hvor mye markedsrett som kreves for at et foretak gjennom sine ensidige handlinger kan begrense konkurransen. Om markedsretten er tilstrekkelig er noe som uansett må vurderes i hver sak for å avklare om handlingen er konkurransebegrensende. Videre er det i utgangspunktet ikke nødvendig å inkludere en markedsandelsterskel i inngrepshjemmelen. Dersom formålet er å ramme ensidige handlinger utført av de store dagligvarekjedene vil en markedsandelsterskel også kunne virke mot

sin hensikt. Det samme gjelder dersom en ønsker å ramme ensidig bestemte avtalevilkår som er omfattet av gruppefritaket for vertikale avtaler, ettersom dette omfatter avtaler der ingen av partene har markedsandeler på over 30 prosent. Dersom en derimot ønsker at inngrepshjemmelen skal omfatte ensidig bestemte avtalevilkår og samtidig ikke risikere at inngrepshjemmelen er i strid med ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2, bør inngrepshjemmelen inneholde en markedsandelsterskel på 30 prosent. Da unngår en at det kan gripes inn mot avtalevilkår som etter EØS-retten er omfattet av gruppefritaket for vertikale avtaler, og det vil bare kunne gripes inn mot avtalevilkår som også er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53.

4.2. Ulike typer handlinger og deres virkning på konkurransen

Når det gjelder de ulike handlingene som det er aktuelt at en inngrepsterskel skal omfatte, er det usikkert om og i hvilken grad disse begrenser konkurransen. Det vises her til vedlegget til denne rapporten som fremhever dette i punkt 2 og 4. Videre vises det til en gjennomgang av de ulike atferdstypene i NOU 2013:6.³³ Gjennomgangen i NOUen er ikke først og fremst rettet mot virkning på konkurransen, men tar likevel opp virkningene for forbrukerne som også er viktige for eventuelle virkninger på konkurransen. Gjennomgangen av konkurranseloven § 11 i NOU 2013:6 viser også at selv for dominerende foretak så er den konkurransebegrensende virkningen usikker for flere av de atferdstypene en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat typisk vil rette seg mot.³⁴

Når det gjelder leveringsnekt, nektelse av å ta inn produkter eller delisting, så kan det ikke hevdes at slik praksis i seg selv er konkurransebegrensende. Dersom en dagligvarekjede ikke kan nekte å ta inn et produkt, eller unnlater å gjøre dette i frykt for sanksjoner fra konkurransemyndighetene, vil det øke kostnadene for kjedene og det vil redusere innovasjonsinsentivene hos produsentene og leverandørene. Når det gjelder leveringsnekt eller eksklusiv levering til kun en aktør er dette atferd som kan være konkurransebegrensende, men som gjerne ikke anses for konkurransebegrensende der produsenten eller leverandøren har lave markedsandeler. Slik atferd er for eksempel omfattet av gruppefritaket for vertikale avtaler når partene har markedsandeler under 30 prosent og eksklusivitetens varighet er begrenset til mindre enn 5 år.

Når det gjelder utnyttelse av selgermakt er det i rettspraksis om misbruk av dominerende stilling utviklet tester for å avgjøre om ulike typer atferd begrenser konkurransen. Disse testene bygger på en forutsetning om en dominerende stilling, og det er derfor grunn til å advare mot å benytte de samme testene i en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger. Det gjelder ikke minst de testene som kun i liten grad inneholder en vurdering av atferdens konkurransebegrensende virkning, slik som for eksklusivitetsavtaler og rabatter. Det samme må legges til grunn for rovprisingstesten som bygger på en forutsetning om at det dominerende foretaket kan presse en

³³ NOU 2013:6, side. 45 følgende.

³⁴ NOU 2013:6, side 88-92.

mindre ressurssterk konkurrent ut av markedet og senere gjenvinne tapet påført i underprisingstiden. Disse forutsetningene er ikke til stede når et foretak ikke er dominerende.

Når det gjelder de såkalte ensidig bestemte avtalevilkårene som er omtalt i punkt 2 ovenfor, kan det heller ikke her opereres med en presumsjon om eller antagelse om at de vil være konkurransebegrensende. I relasjon til konkurranseloven § 10, EØS-avtalen artikkel 53 og TEUV artikkel 101 vil alle disse restriksjonene være omfattet av gruppefritakene for vertikale avtaler der begge foretakene har markedsandeler under 30 prosent. Dette tilsier at de har blitt vurdert til ikke å utgjøre noen stor risiko for en begrensning av konkurransen. Dette finner også noe støtte i NOU 2013:6.³⁵

Gjennomgangen av de ulike typene handlinger som kan tenkes å være omfattet av en inngreps hjemmel mot ensidige handlinger, viser at det ikke kan opereres med noen presumsjoner om konkurransebegrensning for disse handlingene. Dette er så vidt det vites også i samsvar med økonomisk teori. Det er ikke kjent at det finnes økonomisk forskning som viser at disse handlingene når de utføres av foretak som ikke er dominerende, kan presumeres å være konkurranseskadelig, eller antas å være det i de fleste tilfeller. Dette tilsier at en eventuell inngreps hjemmel må inneholde et vilkår om konkurransebegrensende virkning.

En vurdering av handlingens konkurransebegrensende virkning vil være en vurdering av om handlingen svekker den samfunnsøkonomiske effektiviteten. En bør da vurdere om handlingen kan føre til ekskludering av foretak, men det at foretak blir eller kan bli ekskludert kan ikke i seg selv være tilstrekkelig. Ikke all ekskludering reduserer konkurransen på en måte som har negativ virkning på den samfunnsøkonomiske effektiviteten. Dersom en dagligvarekjede ikke ønsker å ta inn et produkt eller ønsker å deliste et produkt, kan det skyldes at innkjøpsprisen er for høy (fordi produksjonskostnadene er for høye for eksempel), kvaliteten er for dårlig eller at produktet av andre grunner ikke slo an eller ikke antas å ville bli attraktivt for forbrukerne. At et produkt eller produsenten av et slikt produkt ekskluderes fra markedet er ikke et samfunnsøkonomisk tap. Ekskluderingen i seg selv er ikke tilstrekkelig, den må også føre til at konkurransen begrenses i betydingen at den samfunnsøkonomiske effektiviteten påvirkes negativt.

4.3. Regulering i andre stater.

Når det gjelder reguleringer av ensidige handlinger i verdikjeden for mat i andre land, vises det hovedsakelig til vedlegget til denne utredningen. Noen hovedpunkter derfra vil likevel tas inn her.

For det første er det verdt å merke seg at i Sverige og Danmark finnes det ingen særregulering av ensidige handlinger i verdikjeden for mat. Som i norsk rett er det de alminnelige

³⁵ NOU 2013:6, s. 45 flg.

konkurranserettsreglene som regulerer atferden i denne verdikjeden, og som i Norge vil også markedsføringsretten kunne begrense hvordan foretakene kan opptre seg i mellom.

Flere andre land har ulike typer reguleringer. Disse kan grovt deles inn i tre kategorier. Den første er tilpasninger gjennomført i konkurranselovgivningen. Den andre er regler om det en på engelsk omtaler om fair eller unfair competition, og på tysk som unlauteren Wettbewerb. I norsk rett finnes det ikke noen etablert terminologi for dette rettsområdet. Rettsområdet eller reguleringene er en mellomting mellom konkurranserett og markedsføringsrett. Formålet med reglene er gjerne å sikre en rettferdig konkurranse og beskyttelse av konkurrenter, ofte små og mellomstore foretak, mot aggressiv, urimelig eller utnyttende atferd. Den tredje gruppen er regler som kan karakteriseres som regler om god forretningsskikk i dagligvaresektoren. Dette er reguleringer som i sin form og natur ligner på den reguleringen som er utredet i NOU 2013:6.

De landene som har egne regler om matvaresektoren i konkurranseretten er Finland, Litauen og Latvia. I Finland og Litauen er det en legalpresumsjon for at dagligvarekjeder har en dominerende stilling når de har markedsandeler over 30 prosent. Dette betyr at de ulike misbrukstestene kan anvendes på atferden til foretak som har en lavere grad av markedsrett enn det som normalt kreves for å gripe inn mot misbruk av dominerende stilling. Dette fremstår som en lite heldig måte å regulere ensidig atferd på. Resultatet er at atferd som først og fremst antas å begrense konkurransen når et foretak er dominerende, kan bli ulovlig når foretakene ikke har særlig grad av markedsrett. Til dette kommer at flere av misbrukstestene kun i liten grad tar hensyn til atferdens konkrete virkninger. En slik regulering kan dermed føre til en økning av antallet uriktige inngrep. Slike dominanspresumsjoner kan også føre til at dagligvarekjedene er fornøyde med markedsandeler i underkant av 30 prosent, og i et konsentrert marked kan dette svekke konkurransen. Risikoen ved å vokse blir høy og en kan få en situasjon hvor for eksempel 4 dagligvarekjeder alle er fornøyde med markedsandeler rundt 25 prosent og dermed mangler insentiver til å øke sine markedsandeler.

Den andre typen regulering er ulike former for forbud mot utnyttelse av økonomisk avhengighet eller en såkalt relativt dominerende stilling. Den situasjonen som reguleres er typisk at detaljistmarkedet er konsentrert og at detaljistkjedene dermed blir viktige distribusjonskanaler for produsenter og leverandører. Dette gir detaljistene en relativ markedsrett som gjør at de får en økt innflytelse på avtalevilkårene med produsenter og leverandører. Denne typen regulering er ofte mer rettet mot å løse problemer knyttet til manglende balanse i forhandlingene enn den er rettet mot å sikre en effektiv konkurranse. Det er likevel ofte antatt fra lovgivernes side at reguleringen på lang sikt også sikrer en effektiv konkurranse. Denne typen regulering finner en i land som Frankrike, Tyskland, Portugal og Spania. Noen av disse, som i Tyskland og Portugal er tatt inn i konkurranselovene. Det vil ikke bli nærmere utredet her om dette er en løsning en bør gå for i Norge, først og fremst fordi disse reglene har et annet formål enn konkurransereglene normalt har.

Den siste gruppen reguleringer er god handelsskikk reguleringer i verdikjeden for mat. Vi finner slike reguleringer i Litauen, Portugal, Storbritannia og Spania. Denne typen reguleringer blir ikke utredet nærmere her ettersom en slik type regulering allerede er grundig utredet i NOU 2013:6.

5. Konklusjoner

Denne utredningens primære formål er å utrede muligheten for å etablere en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat. Drøftelsene ovenfor, særlig i punkt 2 og 3, viser at det er mulig å etablere en slik inngrepshjemmel. Dersom en holder seg til det som er ensidige handlinger i snever forstand, det vil si at såkalte ensidig bestemte avtalevilkår ikke omfattes, er det ingen rettslige hindringer for å etablere en slik inngrepshjemmel.

Dersom en ønsker en inngrepshjemmel som rammer ensidige handlinger i en mer utvidet forstand, hvor dette også inkluderer handlinger som innebærer å presse gjennom eller tvinge frem fordelaktige avtalevilkår, er det *usikkert hvor langt en kan gå i å regulere denne typen handlinger*. Inngrep mot denne typen handlinger kan bli vurdert som inngrep mot handlinger som anses som avtaler etter EØS-avtalen artikkel 53. Dersom avtalene ikke er forbudt etter artikkel 53 fordi de ikke anses å være konkurransebegrensende, hindrer ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2 nasjonale myndigheter å forby disse. Såfremt avtalen er konkurransebegrensende skulle ikke dette by på noen problemer ettersom konkurransebegrensende avtaler også er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53. Dersom en vurderer å gripe inn mot denne typen handlinger når foretakene har markedsandeler under 30 prosent, vil det derimot være problematisk også om det kan påvises en konkurransebegrensende virkning, ettersom avtaleklausulene er omfattet av gruppefritaket fra EØS-avtalen artikkel 53 og dermed ikke er forbudt etter EØS-retten.

En inngrepshjemmel som rammer såkalte ensidig bestemte avtalevilkår er strengt tatt ikke nødvendig ettersom disse avtalevilkårene uansett rammes av konkurranseloven § 10. Dersom en derimot ønsker at inngrepshjemmelen også skal omfatte ensidig bestemte avtalevilkår fra foretak som har markedsandeler under 30 prosent så er en inngrepshjemmel nødvendig, ettersom disse avtalevilkårene i dag er omfattet av gruppefritaket for vertikale avtaler. Ved valget av en slik løsning må en være oppmerksom på at inngrepshjemmelen, eller håndhevelsen av denne, kan bli ansett for å være i strid med ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2. Se nærmere om dette i punkt 2 og 3 ovenfor.

I punkt 4 ovenfor er det påpekt at de typer handlinger som kan bli omfattet av inngrepshjemmelen ikke åpenbart er konkurransebegrensende. En inngrepshjemmel kan dermed ikke inneholde en formålskategori eller såkalte per se forbud mot visse typer handlinger. Med andre ord bør inngrepshjemmelen inneholde et vilkår om konkurransebegrensende virkning. Dette vil føre til at inngrepshjemmelen blir ressurskrevende å håndheve. En mulig konsekvens av dette er igjen at det kun er de sakene hvor det finnes relativt åpenbare skadehypoteser som kan undersøkes videre, som blir forfulgt av konkurransemyndighetene. I ytterste konsekvens kan konsekvensen bli, som det ser ut til å være i flere andre land, at inngrepshjemmelen blir hva en

kan betegne som en sovende bestemmelse. Alternativet til et vilkår om konkurransebegrensende virkning er en risiko for mange type I feil, eller uriktige inngrep, og det er en dårligere løsning enn å ha en inngrepshjemmel som kan være ressurskrevende å håndheve.

I punkt 4 ovenfor ble det også påpekt at en markedsandelsterskel kan ha både positive og negative virkninger. Det anbefales i utgangspunktet ikke at en eventuell inngrepshjemmel inneholder en slik markedsandelsterskel. Derimot kan en markedsandelsterskel på 30 prosent sikre at inngrepshjemmelen ikke benyttes til å forby ensidig bestemte avtalevilkår som er omfattet av EØS-rettens gruppefritak for vertikale avtaler.

I punkt 3.2 ovenfor ble det drøftet om nødvendighetskravet i konkurranseloven § 14 er til hinder for å etablere inngrepshjemmelen. En inngrepshjemmel som kun rammer ensidige handlinger i snever forstand hindres ikke av nødvendighetskravet. Derimot er det unødvendig med en inngrepshjemmel for å kunne forby ensidig bestemte avtalevilkår, fordi disse vil være forbudt etter konkurranseloven § 10 dersom de begrenser konkurransen. Konklusjonen i punkt 3.2 er at nødvendighetskravet i konkurranseloven § 14 derfor er til hinder for en slik inngrepshjemmel. Situasjonen stiller seg annerledes dersom en ønsker en inngrepshjemmel som også omfatter ensidig bestemte avtalevilkår som i dag er omfattet av gruppefritaket for vertikale avtaler. Ettersom disse ikke er forbudt etter konkurranseloven § 10, vil det være nødvendig med en inngrepshjemmel for å kunne forby disse handlingene.

6. Anbefalinger

6.1. Primær anbefaling

I utgangspunktet anbefales det ikke å innføre en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat. Begrunnelsen for det består av flere ledd. For det første fremstår bekymringene knyttet til denne typen atferd mer rettet mot forholdet mellom avtaleparter enn virkningen på konkurransen.³⁶ Dette gjør at grunnlaget for å etablere inngrepshjemmelen er svakt. Dersom det er forholdet mellom aktørene og ikke konkurransen en ønsker å forbedre er det andre reguleringstiltak enn en inngrepshjemmel mot konkurransebegrensende ensidige handlinger som fremstår som bedre alternativer. Et eksempel er en regulering av typen som ble foreslått i NOU 2013:6 om god handelsskikk i dagligvaresektoren. Andre eksempler kan være forbud mot utnyttelse av en relativt dominerende stilling eller utnyttelse av avhengighet slik som f.eks. § 20 i den tyske konkurranseloven, eller lignende bestemmelser i den portugisiske konkurranseloven eller den spanske loven om rettferdig konkurranse. Se vedlegget til denne rapporten for nærmere informasjon om innholdet i disse reguleringene.

For det andre er det få typer atferd som er ensidige handlinger. Dette er først og fremst ulike varianter av å nekte å inngå avtaler, prisatferd og kontraktsbrudd. Som allerede nevnt ovenfor, er

³⁶ Se NOU 2013:6, kapittel 7 og 9.

det sjeldent at det å nekte å inngå avtaler vil begrense konkurransen, foruten når dette gjøres av dominerende foretak for å ekskludere konkurrenter. Der en nektelse av å ta inn produkter forekommer i sammenheng med at en annen leverandør har fått eksklusiv tilgang til en butikkjede, vil avtalen om eksklusivitet være forbudt etter konkurranseloven § 10 dersom den er konkurransebegrensende. Heller ikke i de tilfellene fremstår en inngrepshjemmel som rammer nektelser av å inngå avtaler nødvendig. Når det gjelder avtalebrudd finnes det allerede andre regelverk som har som formål å hindre dette, og også her er virkningen på konkurransen usikker.

6.2. Subsidiær anbefaling nummer 1 – inngrepshjemmel mot ensidige handlinger

Dersom en skulle ønske en inngrepshjemmel, foreslås det at den utformes med følgende innhold: *«Konkurransetilsynet kan forby ensidige handlinger som har til virkning å hindre, vri eller innskrenke konkurransen.»* Denne formuleringen benytter samme ordlyd for å betegne konkurransebegrensningsvilkåret som konkurranseloven § 10. Det skulle dermed ikke være tvil om hva innholdet i vilkåret er.

Dersom det er ønskelig med en markedsandelsterskel foreslås det en andre setning som presiserer dette: *«Kun handlinger utført av foretak med markedsandeler over 30 prosent på det markedet de opptrer på når handlingen utføres kan forbys».* Formuleringen av markedsandelsterskelen bør understreke at der er markedsandelene på det markedet foretaket opptrer på når handlingen utføres som er relevant. Det vil si at for en kjøper så er markedsandelene denne har som kjøper som er relevant, og ikke foretakets markedsandeler nedstrøms. Det vises til drøftelsen i punkt 4.1 som konkluderer med at en markedsandelsterskel ikke er å anbefale for en slik inngrepshjemmel som foreslås her.

I tillegg bør anvendelsesområdet begrenses til verdikjeden for mat. Dette kan gjøres i en egen bestemmelse med følgende ordlyd: *«Denne forskriften får kun anvendelse på handlinger foretatt i verdikjeden for mat.»*

En slik inngrepshjemmel kan vedtas som en forskrift med hjemmel i konkurranseloven § 14. For det første så vil inngrepshjemmelen oppfylle vilkårene i § 14. Den omfatter atferd som ikke rammes av §§ 10 og 11 og er således nødvendig. En fordel med å velge forskriftsformen er at konkurranselovens øvrige bestemmelser, både om sanksjoner og saksbehandling kommer til anvendelse. Da unngår en å måtte regulere dette på nytt.

Det bemerkes imidlertid at ordlyden i konkurranseloven § 12 i utgangspunktet kun omfatter *overtredelser av forbud* i forskrift i medhold av § 14. Den inngrepshjemmelen som foreslås her er ikke et forbud, men en hjemmel for å forby handlinger. Den faller da utenfor ordlyden i § 12, og det virker som at § 12 ikke hjemler inngrepsvedtak etter forskrifter som ikke inneholder forbud. For å bøte på dette er ordlyden til § 2 i forskriften formulert som at det er konkurransetilsynet som kan forby handlingene. Det at ordlyden i konkurranseloven § 12 ikke hjemler inngrepsvedtak etter forskrifter som ikke inneholder forbud, skaper en utfordring med tanke på eventuell ileggelse av gebyr for manglende etterlevelse av tilsynets vedtak. Konkurranseloven §

29 viser kun til vedtak etter lovens §§ 12, 15, 16a eller 23. En eventuell gebyrkompetanse bør derfor reguleres særskilt for å unngå et hull i hjemmelsrekken. Det foreslås følgende bestemmelse *«Et foretak kan ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket eller noen som handler på deres vegne, forsettlig eller uaktsomt overtrer vedtak etter § 2. Konkurranseloven § 29 andre til 5 fjerde ledd gjelder tilsvarende»*. Når det gjelder de nye bestemmelsene om konkurranseklagenemda viser disse til konkurransetilsynets vedtak generelt, og det er derfor ikke nødvendig med en særregulering av dette i forskriften.

Det påpekes at dette er et problem som også kan oppstå ved fremtidig bruk av konkurranseeloven § 14, når denne benyttes til å vedta inngrepshjemler og ikke forbud. En bør derfor vurdere å endre konkurranseeloven § 12.

Et siste spørsmål er om inngrepshjemmelen bør kombineres med en rapporteringsplikt for aktørene i bransjen. En slik rapporteringsplikt vil sikre at Konkurransetilsynet mottar informasjon om forhold som kan være viktige. En negativ virkning av en slik rapporteringsplikt er den kostnadsøkningen som det kan føre til både for markedsaktører og konkurransemyndighetene. Dersom inngrepshjemmelen kun omfatter ensidige handlinger i snever forstand vil ikke antallet rapporteringer bli så voldsomme som dersom også ensidig bestemte avtalevilkår omfattes. Likevel vil det omfatte alle tilfeller av delisting av produkter for eksempel. Det legges til grunn her at den økte kostnaden i ressursbruk både for markedsaktørene og for konkurransemyndighetene fremstår som unødvendig for å sikre at Konkurransetilsynet får den kunnskapen dette gir. Videre må det antas at kunnskap om dette kan tilkomme tilsynet på andre måter, ettersom de ensidige handlingene ofte vil ha en konkret negativ effekt på en eller flere markedsaktører som dermed kan bringe denne kunnskapen til konkurransetilsynet.

Forslag til forskriftsufoming for subsidiær anbefaling 1 (det som er markert med kursiv er det som ovenfor er lansert som en alternativ løsning):

§ 1 Forskriftens anvendelsesområde:

Denne forskriften får kun anvendelse på handlinger foretatt i verdikjeden for mat.

§ 2 Forbud mot konkurransebegrensende ensidige handlinger

Konkurransetilsynet kan forby ensidige handlinger som har til virkning å hindre, vri eller innskrenke konkurransen. *Kun handlinger utført av foretak med markedsandeler over 30 prosent på det markedet de opptrer på når handlingen utføres kan forbys.*

Forslag til § 2 dersom en ikke ønsker en markedsandelsterskel (nødvendig for å begrense hjemmelen til handlinger utført av foretak)

Konkurransetilsynet kan forby ensidige handlinger som har til virkning å hindre, vri eller innskrenke konkurransen. Kun handlinger utført av foretak kan forbys.

§ 3 overtredelsesgebyr

Et foretak kan ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket eller noen som handler på foretakets vegne, forsettlig eller uaktsomt overtrer vedtak etter § 2. Konkurranseloven § 29 andre til fjerde ledd gjelder for illeggelse av overtredelsesgebyr etter denne bestemmelse.

6.3. Subsidiær anbefaling 2 – inngrepshjemmel som også omfatter ensidig bestemte avtalevilkår

Forslaget i punkt 6.2 omfatter kun ensidige handlinger i snever forstand, og utelukker dermed såkalte ensidig bestemte avtalevilkår. Som diskutert i punkt 2 og delvis i punkt 3 er mange av de handlingene som det tidvis rettes kritikk mot i verdikjeden for mat, såkalte ensidig bestemte avtalevilkår. Det vil si at en aktør med markedsrett tvinger eller presser medkontrahenten til å akseptere avtalevilkår denne ikke ønsker, ved å true med delisting eller lignende. Disse handlingene kan karakteriseres som ensidige i sin natur. Likevel er resultatet av handlingene at innholdet i avtalen påvirkes eller at det ikke blir inngått noen avtale. Dersom trusselen påvirker avtalen vil denne reguleres av konkurranseloven § 10. I punkt 2 og 3 ovenfor er det allerede pekt på at å regulere denne typen handlinger kan være i strid med ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2, men bare dersom en forbyr handlinger som ikke anses som konkurransebegrensende etter EØS-avtalen artikkel 53 eller handlinger eller avtalevilkår som i utgangspunktet er omfattet av gruppefritaket for vertikale avtaler.

Det er to måter å la inngrepshjemmelen omfatte denne typen atferd på. Den første er at en uttrykkelig nevner i forskriftsteksten at forbudet også omfatter konkurransebegrensende ensidig bestemte avtalevilkår. Dette vil innføre et begrep som ikke har et kjent innhold fra før. Innholdet i begrepet bør da forklares nærmere i motivene til forskriften eller loven. Det må da understrekes at det her er tale om avtalevilkår som en part med markedsrett har kunnet påtvinge den andre parten ved å bruke sin markedsrett, eller vilkår som på annen måte er et resultat av utnyttelse av avhengighet eller relativ markedsrett. Det andre alternativet er å beholde den forskriftsteksten som er foreslått i punkt 6.2 ovenfor, og i motivene forklare at ensidige handlinger også omfatter ensidig bestemte avtalevilkår. Fordelen med en slik løsning er at selve bestemmelsen inneholder en tekst som klart er i samsvar med begrensningen som følger av ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2. Svakheten er åpenbart at bestemmelsen ikke blir like klar som den kan være. Undertegnede vil hevde at hensynet til en klar og informativ lov- eller forskriftstekst må være mest tungtveiende her.

Dersom en ønsker denne utvidede inngrepshjemmelen kan det stilles spørsmål ved om inngrepshjemmelen oppfyller nødvendighetskravet i konkurranseloven § 14, og dermed om forskriftsmodellen kan anvendes. Dette kan hevdes å bero på om utvidelsen kun omfatter avtalevilkår som uansett er forbudt etter konkurranseloven § 10 eller om den går videre. Dersom en velger en markedsandelsterskel på 30 prosent, vil disse avtaleklausulene uansett være forbudt

etter konkurranseloven § 10 dersom de er konkurransebegrensende. Dersom en derimot ikke tar med en slik markedsandelsterskel, kan inngrepshjemmelen forby avtalevilkår som er omfattet av et gruppefritak, og dermed forby avtalevilkår og handlinger som ikke er forbudt etter § 10. Da vil nødvendighetskravet være oppfylt.

Når det gjelder en eventuell rapporteringsplikt, ble det argumentert mot en slik løsning i punkt 6.2 ovenfor. Argumentet om at en slik plikt blir belastende og ressurskrevende er enda sterkere her, ettersom inngrepshjemmelen vil omfatte enda flere typer handlinger. Det vises til punkt 6.1 angående behovet for å bestemme at det er konkurransetilsynet som kan forby handlingene og behovet for en hjemmel for illeggelse av overtredelsesgebyr for manglende etterlevelse av forbudsvedtak.

Forslag til forskriftstekst for subsidiær anbefaling 2 (det som er markert med kursiv er det som ovenfor er lansert som en alternativ løsning):

§ 1 Forskriftens anvendelsesområde

Denne forskriften får kun anvendelse på handlinger foretatt i verdikjeden for mat.

§ 2 Forbud mot konkurransebegrensende ensidige handlinger

Konkurransetilsynet kan forby ensidige handlinger som har til virkning å hindre, vri eller innskrenke konkurransen. Ensidige handlinger omfatter her ensidig bestemte avtalevilkår.

Forbudet i første ledd gjelder kun for handlinger utført av og avtaler inngått av foretak.

Alternativ formulering av § 2 første ledd andre setning: *Med ensidige handlinger forstås også avtalevilkår som er en følge av den ene parts utnyttelse av dennes markedsrett.*

§ 3 overtredelsesgebyr

Et foretak kan ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket eller noen som handler på foretakets vegne, forsettlig eller uaktsomt overtrer vedtak etter § 2. Konkurranseloven § 29 andre til 5 fjerde ledd gjelder for illeggelse av overtredelsesgebyr etter denne bestemmelse.

Vedlegg:

Unilateral Behaviors Below Dominance and Unfair Purchasing Practices: A Comparative Perspective

By Ignacio Herrera Anhustegui* and Ronny Gjendemsjø†

1. Introduction – unilateral behavior

The regulation of unilateral behaviors by undertakings with a significant degree of market power seeks to prevent and sanction conducts that are either exploitative or exclusionary and prevent, restrict or distort competition in order to protect the wellbeing of the market and secure the maximization of economic efficiency. At the EU/EEA level, these rules are applicable for undertakings that reach a market power level that defines them as *dominant*. The existing regulation, therefore, does not apply to the unilateral behavior of non-dominant undertakings, even if they possess a substantial degree of market power and which may also affect – albeit to a minor degree the competitive conditions. In order to fill this gap, some national legislators have attempted to control unilateral practices by non-dominant firms that are found to be exploitative vis-à-vis other undertakings, in particular their suppliers (usually through relative dominant positions and/or unfair competition laws), end consumers (usually through consumer protection laws), or even against other competitors (through unfair competition laws) because of an asymmetry in market power between the parties. In other words, these forms of unilateral conducts arise due to a contractual disequilibrium between the parties to a negotiation in which the strongest one imposes a specific requirement that allows it to extract a profit from its other business partner that appears not to be fully or properly compensated and which may go contrary to moral standards of conduct in business.

These unilateral conducts that are of an exploitative, and some argue “unfair”, nature are usually *part of a vertical relation* between buyers and suppliers. As vertical conducts, these practices are connected to contractual and/or commercial relationships (usually carried out over a long term) and, therefore, may be considered as part of an agreement if they require the intervention of the other business party to be executed.³⁷ Hence, if they are part of an agreement these types of exploitative conducts could fall within the scope of application of Article 101 TFEU, Article 53 of the EEA Agreement or Article 10 of the Norwegian Competition Act, if they have an effect on trade between Member States.

Nevertheless, several of these so-called “unfair” and exploitative practices do not qualify as an agreement because they are indeed the *expression of a purely unilateral conduct* that does not require the intervention or acquiescence of any other party to produce its effects. In the words of the CJEU

* Main author of this report, PhD candidate and researcher at Faculty of Law, University of Bergen and BECCLE.

† Associate Professor, Faculty of Law, University of Bergen and BECCLE.

³⁷ Judgment of 6 January 2004 in BAI and Commission v Bayer, C-2/01 P, EU:C:2004:2, para. 101.

“an agreement cannot be based on what is only the expression of a unilateral policy of one of the contracting parties, which can be put into effect without the assistance of others. To hold that an agreement prohibited by Article 85(1) of the Treaty may be established simply on the basis of the expression of a unilateral policy aimed at preventing parallel imports would have the effect of confusing the scope of that provision with that of Article 86 of the Treaty”.³⁸

Consequently, some allegedly anticompetitive practices - even within a vertical relation between a supplier and a buyer – are ‘unilateral’ and escape the traditional scope of application of antitrust/competition laws, as they are neither part of an agreement, nor is the firm imposing it single-handedly a dominant undertaking.

In this comparative analysis we discuss in general what is understood as unfair trading practices and unfair purchasing practices as examples of ‘unfair’ conducts, which kinds of these practices exist and among them which constitute unilateral conducts, and what regulatory measures – if any – other European countries have adopted to sanction and prevent them.

2. UPPs in general

Generally speaking, unfair trading practices (UTPs) constitute behaviors that are contrary to the idea of ‘fairness’ in a commercial transaction. In accordance to the European Commission, unfair practices would be those that “grossly deviate from good commercial conduct and are contrary to good faith and dealing”.³⁹ A sub-set of these practices, known as unfair purchasing practices (UPPs), are those that take place in a vertical relation in which the requirement is imposed by a buyer to a seller within the business-to-business relations. These UPPs are the most common form of UTPs and the focus of this comparative discussion.

Certain commercial practices would be considered as ‘unfair’ if one of the parties employs its superior bargaining power to demand from its counterpart a transfer of wealth without providing offsetting benefits or proper retribution, as remarked by Kirkwood,⁴⁰ or because the benefits are not objectively justified – for instance economically.⁴¹

Following from this and as conceptualized elsewhere,⁴² UPPs would be those ‘unfair’ and exploitative requirements imposed by a buyer on its suppliers due to the existence of a bargaining power imbalance

³⁸ Judgment of 6 January 2004 in *BAI and Commission v Bayer*, C-2/01 P, EU:C:2004:2, para. 101.

³⁹ European Commission *Green Paper on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food supply Chain in Europe* (2013) Brussels, p. 3.

⁴⁰ John B. Kirkwood, ‘The Essence of Antitrust: Protecting Consumers and Small Suppliers from Anticompetitive Conduct’ (2013) 81 *Fordham Law Review* 2425, p. 2448. Also remarking the unfair transfer of benefits see: Competition Commission - UK *The supply of groceries in the UK market investigation* (2008) London, para. 95.

⁴¹ Bundeskartellamt *Summary of the Final Report of the Sector Inquiry into the food retail sector* (2014), p. 18.

⁴² Herrera Anchustegui I, ‘Buyer Power Exploitation: Unfair Purchasing Practices’ in Cachafeiro F, García Pérez R and López Suárez MA (eds), *Derecho de la Competencia y Gran Distribución Comercial*, vol 2016 (Thomson-Reuters Aranzadi 2016), p. 354.

that deviates from “good commercial conduct and [which] are contrary to good faith and fair dealing.”⁴³ The reason for the imposition of purchasing conditions that appear as “unfair” is connected to a large disproportion of bargaining power and information among the parties in which the buyer has a privileged position that allows it to abuse its supplier, particularly if it depends on the buyer.⁴⁴

Nevertheless, these ‘unfair’ practices may be examples of “hard bargaining” that would not lead to any anti-competitive effect but towards more efficiency that benefits consumers in the form of lower prices and higher quantities of goods.⁴⁵ In other words, the difficulty of suppliers to earn profit may not be because of the exploitative or unfair exercise of buyer (bargaining) power but instead because of a healthy exercise of competitive pressure by a buyer, as noted by van Doorn,⁴⁶ or because the suppliers are not particularly efficient. From this perspective, UPPs would represent, therefore, only an issue of profit distribution within a contract that in principle does not have adverse effects on economic efficiency and can be, in fact, efficiency-enhancing if the lower purchasing prices paid by the retailer are passed on to the end consumers in the form of lower retailing prices and/or better purchasing conditions with regard to variety, quality, product diversity or simply better quality service by food retailers.

Furthermore, the data and the comparative experience seems to indicate that despite its intuitive appeal UPPs are not exerted that often or, if they are, they tend not to be anticompetitive conducts but rather aggressive and pro-competitive purchasing behaviors that increase societal welfare as a whole by maximizing the use of resources. In other words, the economic data indicates that in general these unilateral purchasing practices neutralize seller market power and, therefore, approach prices towards the competitive level.

However, these practices that in principle would be efficiency enhancing from an allocative and short-term perspective, particularly if exercised in a generalized nature by a dominant or almost dominant firm, may lead to inefficient outcomes if a medium-long term perspective is taken into account with regard to the suppliers’ incentives to invest in quality and/or variety, or even to enter the supplying or retailing market. Hence, UPPs can have effects that go beyond the profit distribution relation between the parties and adversely affect the competitive conditions in the markets in which they are exercised, affecting the competitive structure and competition as such. Nevertheless, recent studies entrusted by the European

⁴³ European Commission (2013), p. 3.

⁴⁴ Peter C. Carstensen, ‘Buyer Power, Competition Policy, and Antitrust: The Competitive Effects of Discrimination Among Suppliers’ (2008) 53 The Antitrust Bulletin 271, p. 271. See also: “However, in many cases the concentration of supply is low, which results in an imbalance in bargaining power in the supply chain between farmers and dairies. This imbalance can lead to unfair commercial practices”, Regulation (EU) No 261/2012 of the European Parliament and of the Council of 14 March 2012 amending Council Regulation (EC) No 1234/2007 as regards contractual relations in the milk and milk products sector [2012] OJ L 94/38, Recital (5).

⁴⁵ Bundeskartellamt (2014), p. 2.

⁴⁶ F.A.H. van Doorn, ‘The Law and Economics of Buyer Power in EU Competition Policy’ (Eleven International Publishing 2015), p. 171-177.

Commission do not seem to give a definitive answer on whether the anticipated negative effects carried out by UPPs do materialize in practice,⁴⁷ it thus remaining a contested issue.

Therefore, it is not a surprise that from a policy perspective it is difficult to determine whether and how to address UPPs as there is a tension between different goals that the legislator may wish to protect. On the one hand, protecting the interest of suppliers and limiting the ability of large buyers to exert competitive pressure on them would protect values such as contractual fairness, profit distribution between parties to a contract, good and ethical commercial conducts, distributive justice and, ideally, contribute to the fostering of dynamic efficiency in the medium to long term. On the other hand, however, excessive regulation would limit the ability of powerful buyers to exert competitive pressure on their suppliers that would increase static efficiency and may also foster dynamic efficiency by forcing suppliers to become more competitive and efficient producers of goods and services in order to counteract the competitive pressure of the buyer and, therefore, approaching market equilibrium.

3. Types of conducts

UPPs can take many different forms as these practices vary from commercial transaction to commercial transaction and are tailored for each specific relation. Furthermore, they tend to be imposed by the strongest business party as part of the contractual relation concerning the contracts of distribution and/or sale of goods and services – this being the reason why most of UPPs could be captured in the form of vertical agreements – as well as being also imposed/requested outside of the contractual relationship. Additionally, some of them do qualify as agreements because they require the participation of another party than the one imposing/offering it to take place. Others, however, are unilateral as they do not require the intervention of any other party to produce its effects.

The national legislations, studies and the literature list several conducts that are considered, in general, to qualify as UPPs due to their unfair and exploitative nature. We have classified these conducts on whether they are price or non-price related.⁴⁸

Among the *price related* ones we find: imposition of unfairly low purchasing prices; delayed payments; listing charges; slotting allowances; atypical payments; additional payment requirements (e.g. listing charges, slotting allowances, retro-active discounts, or joint marketing contributions); or data input errors leading to overcharges, for example.

The non-price related UPPs group many different conducts that either restrict the ability of the supplier to find alternative buyers, shift risks, or grant the buyer some unwarranted competitive advantage. Among

⁴⁷ See recent studies entrusted by the European Commission discussing the effects of UPPs in static and dynamic effects: European Commission, *Study on the Legal Framework Covering Business-To-Business Unfair Trading Practices in the Retail Supply Chain* (2014); EU Commission, *The Economic Impact of Modern Retail on Choice and Innovation in the EU Food Sector* (2014). See also: European Commission *Tackling Unfair Trading Practices in the Business-to-Business food supply chain* (2014) Strasbourg; European Competition Network, *ECN Activities in the Food Sector* (2012).

⁴⁸ See also an alternative classification based on the more specific type or effect of the conducts in: Commission *Green Paper on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food supply Chain in Europe* (2013), p. 17-21.

these are: refusals to buy or threats to delist products; imposition of buying or not buying goods or services from a third party designated by the buyer (for instance transportation services); conditional purchasing behavior (e.g. exclusive supply obligations or reciprocal buying); most-favored customer clauses; deliberate risk shifting (such as enforced sale-or-return or delayed payments); duty to transfer sensitive information on prices; preferential treatment given to private label goods; requirements to produce own branded goods and private label goods; marketing contributions; category captancy; or setting of minimum quality standards as a requirement for purchasing all the production.

As mentioned above, some of these UPPs are by nature purely ‘unilateral conducts’ that do not require the intervention nor the acquiescence of the other party to be put into practice. As such, those conducts may be captured by Article 102 TFEU, Article 54 of the EEA Agreement, or Article 11 of the Norwegian Competition Act as exploitative conducts exercised vis-à-vis other trading partners if the undertaking is dominant. Some of these ‘unilateral conducts’ would be:

Unjustified termination of a contractual or commercial relationship; refusals to deal or to buy goods from a specific supplier without a justification, unilateral contractual modifications not contemplated beforehand, delisting a supplier, imposing purchasing prices that are below the supplier’s costs and the competitive cost, or payment delays.⁴⁹

Nevertheless, most UPPs require the intervention, the acceptance or the acquiescence of the other commercial party in order to be imposed and implemented, even if unwillingly upon the supplier. That would be the case for instance of slotting allowances, requiring additional payments or monetary contributions not originally contemplated by the contract, forcing the acceptance of unbalanced supply contracts, shifting commercial risks, imposing most-favored customer clauses or requirements to produce private label goods.

In connection with these different forms, the studies available do not analyze individually the economic effects of each sub-type of UTPs or UPPs. Instead, the discussions concerning their effect on welfare and efficiency is done in a general manner. Exceptionally, more discussion is found on the effects of ‘private labels’ on the ability of suppliers to compete, or the retailer to gain further market share. However, the existence of private labels does not constitute an unfair practice; what it may do is grant further bargaining power to the retailer to exert other types of UPPs.

4. Efforts at EU level concerning UPPs

4.1 Introduction

At the EU level, the European Commission and other actors have carried out activities related to the regulation of UTPs and UPPs. Two main different types of initiatives have been proposed. On the one hand, and in part due to the political pressure and interest in regulating fairness within the commercial relations in the food supply chain at the EU level, the Commission’s High Level Forum for a Better

⁴⁹ See also the list of “core types of UTPs” as reported by the EU Commission which is quite in line with these types of practices that we consider to be of a ‘unilateral nature’ in European Commission *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on unfair business-to-business trading practices in the food supply chain* (2016) Brussels, p. 5.

Functioning of the Food Supply Chain developed the Supply Chain Initiative (SCI), which is a hands-on project with a specific policy outcome.⁵⁰ On the other hand, the EU has entrusted several reports concerning the regulation and the economic effects on the market of UPPs. In the following paragraphs we discuss these different measures and their main content.

4.2 The Supply Chain Initiative

The SCI follows a similar soft law approach like codes of self-regulation discussed in Section 1.5, as parties to the SCI will *voluntarily adhere to it and commit themselves in not entering into UPPs, as well as setting ethical standards* when dealing to avoid abuses of bargaining power, and when these purchasing practices have a cross-border dimension. By 2016, over a thousand (1,155) undertakings in the retail, wholesale and manufacturing business had registered as parties to the SCI since its implementation in 2013.⁵¹ However, as the Commission reported, farmers and SMEs are underrepresented in the SCI partially due to lack of awareness and support.

In the SCI framework, the stakeholders implemented a set of “principles of good practices” that “provide a framework for doing business that respects contractual freedom and ensures competitiveness, trust and continuity, all required for business development, innovation and the three pillars of sustainability”.⁵² These principles are rooted in three main aspects: first, the interest of end consumers; second, protection of the contractual freedom; and third, an obligation of fair dealing. At the same time, these pillars are operationalized by 7 principles of best practices:

- i) contracts must be in written form;
- ii) unilateral contractual changes are limited;
- iii) parties must comply to their agreements;
- iv) parties should respect rules regarding information confidentiality;
- v) and should also respect competition rules regarding exchanging sensitive information;
- vi) both parties should assume their commercial risks to a transaction;
- vii) parties should not resort to threats to obtain an advantage or transfer risks or costs.⁵³

Additionally, the SCI lists a series of forbidden non-exhaustive and rather general UPPs which coincide with the different modalities discussed above, including both unilateral and non-unilateral practices.

The SCI also adopts an alternative dispute resolution mechanism where parties to it can raise complaints in cases where a principle has been breached under a contractual relation under five modalities:⁵⁴ the commercial track or within the company itself; contract options; an internal dispute resolution; mediation

⁵⁰ Ibid, p. 8.

⁵¹ Ibid, p. 8-9.

⁵² Supply Chain Initiative Vertical Relationships in the Food Supply Chain: Principles of Good Practice, (2011), p. 2.

⁵³ Ibid, p. 3.

⁵⁴ Supply Chain Initiative *Rules of Procedure for the Governance Group*, (2013).

or arbitration; or, finally, jurisdictional methods.⁵⁵ The remedies adopted as part of the dispute settlement are decided on a case by case basis, and parties are obliged to comply with them.

Lastly, the SCI is complemented at the MS level by means of “national platforms” entrusted with the task of promoting knowledge regarding the SCI among undertakings engaged in food retailing and supporting its members. However, so far only Belgium, Finland and the Netherlands have created such platforms.⁵⁶

4.3 Policy reports

As an additional measure, the European Commission has entrusted the elaboration of different reports dealing with UTPs and UPPs. These reports are either focused on the economic impact of these practices or different regulatory avenues existing or that could be proposed to prevent and sanction them. Most of these reports have been produced in the past years pursuant to the rise of political and legislative pressure concerning measures to tackle ‘unfair’ exploitative practices in the food retailing sector.

In 2013 the European Commission published a Green Paper on “*Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food Supply Chain in Europe*”.⁵⁷ This document studies in a general manner different trading practices in the business to business relationship (B2B) that appear to be unfair. The Green Paper, more than anything, was an instrument designed to gather relevant information about the possible further steps to undertake at the EU level following a future impact assessment. The report conceptualized unfair trading practices and listed several examples of them gathered from previous national reports. Regarding the economic impact of these practices, the Green Paper, without empirical data but remarking that the effects of UTPs and UPPs are difficult to quantify,⁵⁸ suggests that these practices may be pernicious especially for small and medium sized undertakings negotiating with large players. It also remarked that “it is alleged that the potential detrimental impacts of UTPs in both the short and long term may include effects on investment and innovation”.⁵⁹ Lastly, the report also stresses that some or even most of these ‘unfair’ practices are not covered by competition law because this latter has a narrower goal of protecting competition in the market and preventing abuses of market power,⁶⁰ but not to remedy issues of contractual imbalance.

⁵⁵ <http://www.supplychaininitiative.eu/faq#8>.

⁵⁶ European Commission *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on unfair business-to-business trading practices in the food supply chain* (2016), p. 11.

⁵⁷ European Commission *Green Paper on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food supply Chain in Europe* (2013).

⁵⁸ *Ibid*, p. 8.

⁵⁹ *Ibid*, p. 8.

⁶⁰ European Commission *Green Paper on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food supply Chain in Europe* (2013), p. 10.

Connected with the Green Paper, in 2012, the European Commission entrusted a study on “*The Economic Impact of Modern Retail on Choice and Innovation in the EU Food Sector*”.⁶¹ The report was finalized in 2014 and evaluated through an econometric study what are the consequences of the current food-retailing structures in the EU and its impact on choice and innovation; two variables that are associated with medium to long term welfare and dynamic efficiency, instead of focusing primarily on price, which is indirectly considered by the chosen variables, as remarked by Commissioner Italianer.⁶² The lengthy report – 452 pages – concludes that since 2005, the concentration of buyers/retailers in the food retailing market has increased across all Member States as the consequence of modern retailing strategies.⁶³ As well, the report shows an increase of concentration among suppliers – the targets of the UPPs. However, despite this increase in concentration the report indicates that from 2004 to 2012, even amidst the financial crisis, choice in alternative and new products grew 5.1% on average.⁶⁴ Concerning innovation, the study reveals that between 2005 and 2008 they increased, but the number of new innovations was reduced after 2008 until 2012.⁶⁵ Interestingly, the report indicates that some evidence seems to suggest that the more concentrated the markets are, the less innovation. However, this was only “statistically significant for some indicators or time periods; the only clear negative impact that was found was for new packaging, suggesting a tendency for a higher number of innovations to be found when concentration is low”,⁶⁶ as well as lower innovation whenever the supply side is concentrated.⁶⁷

Also in 2014, the European Commission published the report “*Study on the Legal Framework Covering Business-To-Business Unfair Trading Practices in the Retail Supply Chain*”.⁶⁸ This report, much more legal in nature, discusses the different regulations from a comparative perspective given to UTPs, and in particular UPPs. The report highlights the rather (very) limited role played by core competition laws to deal with these type of practices either because they are unilateral but not imposed by a dominant undertaking or, even if they are an agreement, would not be captured by Article 101 TFEU due to parties’ market shares.⁶⁹ Therefore, it centers its analysis on the national landscape by either exploring solutions outside EU competition law that “**use antitrust law anyway to tackle UTPs, by stretching it beyond the**

⁶¹ European Commission 2014.

⁶² Alexander Italianer, *The Devil is in the Retail* (2 October 2014), p. 2.

⁶³ European Commission 2014, p. 31.

⁶⁴ *Ibid*, p. 26.

⁶⁵ *Ibid*, p. 28.

⁶⁶ *Ibid*, p. 36.

⁶⁷ *Ibid*, p. 37.

⁶⁸ European Commission, *Study on the Legal Framework Covering Business-To-Business Unfair Trading Practices in the Retail Supply Chain* 2014.

⁶⁹ *Ibid*, p. 35-36 and 38-39.

rather narrow boundaries of EU competition law”,⁷⁰ resort to unfair competition laws, employ contract law or set minimum or maximum standards for (food) retailing contracts.

Furthermore, in 2014 the EU Commission launched the *Communication Tackling Unfair Trading practices in the Business-to-Business Food Supply Chain*.⁷¹ The Communication clarified that the EU Commission does “not foresee regulatory action at EU level and does not prescribe a single solution to address the issue of UTPs, but rather encourages stakeholders and Member States to tackle UTPs in an appropriate and proportionate manner”.⁷² Instead, the Communication aimed at raising awareness of the problems generated by UPPs and UTPs as well as suggesting the adoption of an “effective strategy against UTPs”.⁷³ This strategy was anchored on resorting to voluntary codes of conduct and, in particular, for undertakings to adhere to the SCI, as well as following some principles of good practice and guaranteeing appropriate enforcement at the national level and creating deterrent factors through damage claims and redress.⁷⁴

Lastly, in January 2016, the EU Commission published its *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on Unfair Business-to-Business Trading Practices in the Food Supply Chain*.⁷⁵ The Report – largely finding that there has been significant progress in dealing with UTPs through a mix of regulatory and voluntary initiatives - is a follow up of all the aforementioned initiatives and discusses three main aspects. An assessment of the current regulatory frameworks existing at the national level; an assessment of the SCI’s impact; and the implementation of the national platforms of the SCI. Concerning the national regulatory frameworks, the Report found a significant growth of legislation designed to tackle UTPs and UPPs, with more than 20 MS have implemented or soon to implement rules on this matter,⁷⁶ with 15 of them implementing it in the last 5 years.⁷⁷ It does recognize, however, that despite the flourishing of regulation “it is too early to assess the overall impact of this legislation”,⁷⁸ which reinforces the idea that it is not easy to know how to regulate these types of conducts nor whether the regulation produces a positive outcome. With regard to the SCI and its national implementation the Report is also positive, but stresses the need for further action to “increase the credibility and effectiveness

⁷⁰ Ibid, p. 36 (bold in original).

⁷¹ European Commission *Tackling Unfair Trading Practices in the Business-to-Business food supply chain* (2014).

⁷² Ibid, p. 2.

⁷³ Ibid, p. 9.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ European Commission *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on unfair business-to-business trading practices in the food supply chain* (2016).

⁷⁶ Ibid, p. 2.

⁷⁷ Ibid, p. 3.

⁷⁸ Ibid, p. 2.

of the initiative”,⁷⁹ and increase the participation of SMEs –⁸⁰ which happen to be the undertakings mostly affected by UTPs and UPPs.

5. Comparative solutions

The comparative experience in the EU/EEA Member States reveals that there are four main different ways of dealing with these types of unilateral behaviors by non-dominant undertakings. We have classified these solutions as follow.⁸¹

A first group of countries, like the case of Norway, Denmark or Sweden, *do not have any specific rules* within their competition act nor any specific provisions in their unfair or marketing law acts to deal with these types of UPPs. These countries, therefore, may not see the imposition of these unilateral practices as a market power problem; instead it is probable that they interpret these type of practices as a sign of fierce competitive pressure that helps fostering economic efficiency.

Other Member States, like in the case of Germany, France or Portugal, adopt rules within their Competition Act that prohibit the *abuse of relative dominant positions* vis-à-vis a specific contractual partner that is in a position of economic dependence. These types of rules apply even if the undertaking is not traditionally dominant and are designed to protect the interest of small or medium enterprises that carry out business with a much larger trading partner, usually a buyer, that takes advantage of the situation of dependence to impose what appears to be extraordinary demands.

Other countries, like Finland, Lithuania and to some degree Latvia, have resorted to *lowering the applicable threshold for dominance in the sector of (food) retailing* in which these types of unfair practices appear to be most common. Therefore, this solution attempts to use traditional competition law methods and concepts to tackle these types of unilateral practices, extending the scope of the prohibition of dominance beyond its traditional limits but only applicable to a specific industrial sector.

A different or complementary solution to those outlined above is the regulation of these type of unfair practices by means of regulation *outside of competition law (sensu stricto)* and incorporating solutions in other instruments like unfair competition acts, marketing law, or commercial codes. Most Member States have some rules of this type that are either very general (like in the case of Denmark, Sweden, Finland) or more specific, for example in the case of Germany or Spain. Additionally, within this group of countries that regulate UPPs and unilateral “unfair” conducts outside the scope of competition laws, some countries have resorted to implementing rules that are specifically designed to address the imbalance of bargaining power in certain sectors, particularly food retailing, where a set of conducts are prohibited and/or some minimum contractual standards are required, like it would be the case of Lithuania, Portugal or Spain.

⁷⁹ Ibid, p. 3.

⁸⁰ Ibid, p. 9.

⁸¹ A somewhat similar classification of the type of regulatory avenues employed to deal with these sort of practices is found in European Commission, *Study on the Legal Framework Covering Business-To-Business Unfair Trading Practices in the Retail Supply Chain* 2014, p. 36-37.

Lastly, some other countries have adopted, in addition to some of the alternatives mentioned before, or as a standalone option the creation of “*codes of conduct*” of a voluntary and soft law nature to discipline the conduct of largest buyers vis-à-vis suppliers of a smaller size. These codes of conduct are usually of a voluntary nature but to count with an alternative dispute settle mechanism that once it is activated becomes binding for the parties. Examples of these solutions are: the UK and Spain, among other European countries.

6. Comparative legal solutions

As a final part of this report, we have elaborated two charts in which we give an overview of the different legal solutions and regulations that selected Member States have adopted to regulate the imposition of UTPs and UPPs.

The first table entitled '*Comparative Chart*' contains an analysis of the different types of regulatory instruments employed in the identified Member State to deal with unfair practices. The chart is divided by countries, and then four different rows representing different variables we have evaluated in our study. The first and second rows discuss whether the country has any specific provision in its competition act (*sensu stricto* and row 1), or if a different type of legal instrument is employed to address UTPs and UPPs (row 2). The third row describes the types of practices that the legal instruments prohibit or regulate. The fourth row contains our analysis concerning what seems to be the goal pursued by the regulation; i.e.: does it seek to foster maximization of economic efficiency or protect fairness.

The second table entitled '*Legislation Chart*' has a transcription of the most relevant legal norms discussed in the table '*Comparative Chart*'. We have provided, as much as we could, both the original and official text, and a translated version into English. For some of them either no original language version could be found or no English translation exist, or it wasn't possible for us to provide due to language limitations.

Comparative Chart

Country	Competition Law?	Outside Competition Law? Unfair competition law?	Specific type of conducts regulated	Focus on efficiency?
Denmark	<p>The rules on prohibition of agreements between undertakings and dominance are modeled after Articles 101 and 102 TFEU, respectively.</p> <p>No special rules concerning abuse of relative dominance or abuse of economic dependence.</p>	<p>The Marketing Practices Act of 2013 contains a general and vague provision of exercising good marketing practices (Article 1). However, the Act does not contemplate any rules that are specifically address to deal with the imposition of unfair purchasing conditions nor deal with the abuse of relative dominance or economic dependence.</p>		
France	<p>The French Competition provisions prohibit the abuse of economic dependence by ‘unilateral conduct’ below traditional dominance threshold- It prohibit conducts such as “refusals to sell, linked sales or the discriminatory practices” (Article 420-2 of the French Commercial Code).</p> <p>In these cases, traditional dominance is not required; what it is required is to prove the existence of <i>relative dominance</i>.</p> <p>However, Article 420-2 prohibits these conducts <i>only if they are likely to affect the functioning or the structure of competition</i>. This, therefore can be understood that pure relative dependence is not sufficient and, therefore, the abuse must have a wide</p>		<p>Pursuant to Article 402-2 of the French Commercial Code, the focus is on ‘unilateral’ practices such as: refusals to sell/buy, sales/purchases dependent on acceptance of conditions or discriminatory practices.</p>	<p>The prohibition of abuse of economic dependence appears to centered on solving issues of contractual imbalance between the parties. However, the fact that abuse of economic dependence shall be prohibited only if it is capable of affecting the functioning or the market structure seems to indicate that the prohibition also considers economic efficiency (and, therefore, seems very close to prohibitions of traditional abuse of dominance).</p>

	effect.			
Finland	<p>Section 4a of Competition Act creates a presumption of dominance to undertakings with 30% or more <i>market share in the Finnish daily consumer goods</i>.</p> <p>Applies to both market shares as a buyer (upstream) or seller (downstream).</p> <p>Constitutes a non-rebuttable presumption.</p>	<p>The Unfair Business Practices Act contains a general and vague provision prohibiting business practices that are “unfair to other entrepreneurs” (Article 1), as well as other practices mostly related to advertisement and misinformation. The provision does not include any list of prohibited conducts.</p>		<p>The new provision setting a lower dominance threshold only applicable to undertaking in food retailing sector has been highly contested due to the risks of over-enforcement and the lack of possibility to prove an undertaking is <i>not</i> dominant (see also Huimala and Simon-Bellamy in Kobel P, Kéllezi P and Kilpatrick B eds 2015, p. 165-166).</p> <p>The provision seems to be motivated by the need to reduce or limit market concentration of supermarket chains in food retailing and to limit the ability of large buyers (not traditionally dominant) to exploit suppliers/end consumers. The provision has been said to be drafted to pursue economic efficiency, but it may also chill competition and prevent efficiency and aggressive purchasing behavior. It also may prevent rivalry among retailers as they would be unwilling to gain further market share not to be considered dominant.</p>
Germany	<p>There are two prohibitions regarding abuse of dependence.</p> <p>The prohibition of <i>Anzapfverbot</i> that applies to <i>dominant firms</i> prohibiting to require undertakings to grant them advantages or benefits <i>without any objective justification</i>, which can be seen as a “efficiency defense” (§ 19(1)</p>	<p>The Act Against Unfair Competition (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2016) regulates in a broad manner fairness in the competitive relation between competitors, consumers and other market participants.</p> <p>In § 4a, a new provision inserted in 2015, the UWG regulates the protection granted to competitors (suppliers) and consumers regarding “aggressive business practices”.</p>	<p>According to the Competition Act, dominant and relatively dominant undertakings are precluded from treating the supplier in an unfair manner, absent an objective justification (§ 19(2).1) and/or to invite or cause undertakings to grant advantages to it, absent an objective justification (§ 19(2).5).</p> <p>According to the Act Against Unfair Competition undertakings are forbidden from</p>	<p>The prohibition of abuse of dependence may be seen as a protecting both economic efficiency and the competitive structure when it forbids dominant firms from abusing their position vis-à-vis a trading partner without justification.</p> <p>However, when the prohibition of economic dependence applies to <i>non-dominant</i> firms its character seems to</p>

	<p>I and 5).</p> <p>Also, there is a similar prohibition that applies to <i>non-dominant undertakings</i> that enjoy a relative dominant position (relative Marktmarkt and regulated in §20).</p> <p>In these two cases the undertaking is precluded from treating its supplier(s) in an unfair manner, absent an objective justification (§ 19(2).1) and/or to invite or cause undertakings to grant advantages to it, absent an objective justification (§ 19(2).5)</p>	<p>which is understood as practices where the measure is imposed by harassment, violence or inadmissible influence. This inadmissible influence exists when the undertaking has “a position of power” vis-à-vis other undertakings or consumers.</p> <p>This new provision has been said to blur the distinction with the prohibitions of abuse of dependence and relative dominant positions in the Competition Act (Redeker & Pres, 2016).</p>	<p>entering into “aggressive business practices”. This would be the case when the requirement is imposed through duress, violence or inadmissible influence.</p>	<p>protect the business partner, business ethics and contractual balance, and not necessarily economic efficiency.</p> <p>Also, the provisions of the Act Against Unfair Competition are addressed to the protection of the interest of competitors, consumers and other market participants and protects the public’s interest in enjoying of an un-adulterated competition (§ 1 UWG), which seems to take a protective stance instead of the promotion of efficiency.</p>
Latvia	<p>A special rule on Section 13(2) was incorporated in 2008 regarding dominance and abuse of suppliers’ dependence in (food) retail trade.</p> <p>An undertaking is considered dominant if its buyer power allows it to have the capacity to directly or indirectly impose or apply “unfair and unjustified provisions, conditions or payments upon suppliers”.</p> <p>It must also “hinder, restrict or distort competition in any relevant market in the territory of Latvia.”</p>			<p>The new provision creating a prohibition of abuse of dependence for food retailing (and no other industry) is for dominant undertakings, even if dominance “differs from the classic dominant position in terms of the extent of market power” (http://www.kp.gov.lv/en/dominant-position-in-retail-trade).</p> <p>Furthermore, the Competition Council clarifies that the provision – even in the Competition Act – is designed with a protective aim, as it seeks to achieve “fair, non-discriminatory and predictable relations between producers and major retailers”, particularly to support the weak position of SMEs. This aim speaks of an interest in protecting competitors and not necessarily economic efficiency. (http://www.kp.gov.lv/en/dominant-position-in-retail-trade).</p>

Lithuania	<p>The Competition Act contains a special rule of Article 3 dealing with a lower threshold for dominance set at 30% in the case of food retail.</p> <p>Also it has a provision of collective dominance set at 55% of market share if enjoyed by three or less entities of a group (which is lower when compared to the normal 70% rule for non-retailers).</p> <p>Unlike the case of Finland, this lower dominance is a rebuttable presumption.</p>	<p>Yes, and regulated through the Law on the Prohibition of Unfair Practices of Retailers 22 December 2009 – No XI-626.</p> <p>Its provisions apply to “retailers having significant market power”. Defined based on sales areas of stores and aggregate income: not same as in competition law.</p> <p>This law can apply jointly with the provision of abuse of dominance.</p>	<p>The Law on the Prohibition of Unfair Practices of Retailers lists 10 different modalities prohibited to retailers with significant market power (Article 3).</p> <p>The prohibition focus lies on shift of risk, imposition of supplementary obligations or limits the freedom of suppliers. In particular it prohibits: the request of payments of fees to start to trade; compensation for below expected sales; compensation for equipment or renovation of the retailer’s costs concerning establishment; being forced to acquire goods or services from a third party specified by the retailer; ensure that prices paid by the retailer are smaller than prices to other buyers; to alter the basic supply procedures of good specifications without notification; to accept unsold food products; to pay directly or indirectly a portion of the costs of sales promotions by the retailer unless there is a written agreement concerning these payments; to compensate for expenses in cases of consumer complaints; to pay directly or indirectly or compensate for arrangement of goods.</p>	<p>The focus of the Law on the Prohibition of Unfair Practices of Retailers is to “limit the use of market power by retailers having significant market power and ensure the balance of interests between suppliers and retailers” (Article 1.1).</p> <p>Hence, focus seems to be on fairness and not efficiency.</p> <p>However, and as in the case of Finland and Latvia, the provisions in the Competition Act with a special threshold for dominance seems to be motivated by the need to reduce or limit market concentration in food retailing and limiting the ability of large buyers not traditionally considered dominant to exploit suppliers/end consumers in a move that seems to pursue efficiency, but can chill competition (and the will of food retailers to actively compete to gain market shares).</p>
Portugal	<p>The Competition Act prohibits the <i>abuse of economic dependence</i> (as an independent unilateral conduct) in Article 12. It is prohibited only if the buyer/supplier <i>has no other alternatives</i> and if “such a practice <i>affects the way the market or competition operate (sic)</i>”.</p> <p>This latter requirement, like in France,</p>	<p>A clause against “unfair competition practices” is included the Industrial Property Code (DL n.º 36/2003, de 05 de Março, Article 317) but it does not address conducts similar to UPPs.</p> <p>Additionally, in Portugal the Decree-Law 370/1993 related to Unilateral Practices Restricting Trade replaced by the Decree-Law 166/2013 on “individual restrictive trade practices”.</p>	<p>The provision on abuse of economic dependence in the Competition Act forbids any conduct that a traditionally dominant undertaking would be liable for. Additionally, it prohibits ‘unilateral conducts’ such as any termination (partial or total) in established commercial relations.</p> <p>The Decree-Law 166/2013 on “individual restrictive trade practices” prohibits price</p>	<p>The provision of abuse of economic dependence in the Competition Act intends to protect smaller undertakings vis-à-vis strong buyers in the retail sector. However, the requirement to affect the market or competition seems to also consider reasons of economic efficiency.</p> <p>Importantly, in the drafting of the Competition Act back in 2012 the</p>

	<p>seems to require a high threshold of market power to trigger the application of the law.</p>		<p>discrimination, requires transparency in pricing, forbids below-cost selling, refusal to sell/buy goods or services and an extensive list of business practices that are considered abusive and dealing with the <i>business relationship between supplier/buyer or buyer/supplier</i> (such as prohibitions to sell at lower price, obtain contractual benefits that are exorbitant; the unilateral imposition of certain duties advertisement fees or contribution, additional payments).</p> <p>The Decree-Law 166/2013 also prohibits a series of practices in the agricultural sector for buyers when dealing with small and medium sized supplying undertakings.</p>	<p>inclusion of this provision was highly criticized, but was finally included in the Act.</p> <p>The Decree-Law 166/2013 on “individual restrictive trade practices” includes a list of fines in cases there is a breach of the prohibited practices.</p> <p>Additionally, this Decree-Law 166/2013 on “individual restrictive trade practices” seems to focus on issues of fairness and ethical practice, particularly because it does not include any turnover or market share requirements. Furthermore, and as explained in its Recitals, the goal of the Decree-Law is to protect the equilibrium between business parties as part of the fundamental right of free economic activity.</p> <p>Also, the Decree-Law has a special protection aim concerning the relation between buyers and SMEs in the agricultural sector, which also suggests a strong concern for issues of fairness and protection of the weak vs the strong.</p>
Sweden	<p>The competition rules on prohibition of agreements between undertakings and dominance are modelled after Articles 101 and 102 TFEU, respectively.</p> <p>The Competition Act does not contemplate special rules concerning abuse of relative dominance or abuse of economic dependence.</p>	<p>The Marketing Act of 2008 does not incorporate any rules that are specifically designed to address with the imposition of unfair purchasing conditions nor the abuse of relative dominance or economic dependence.</p>		<p>The preparatory works to previous versions of the Marketing Practices Act have stated that “marketing practices law should not be used as a disguised means for protecting competitors against hard competition in situations that remain outside the scope of antitrust law. In other words, marketing practices law should not be applied in a manner restricting competition” (Henning-Bodewig 2013, p.</p>

				<p>519-520).</p> <p>Thus, the interpretation is that the “unfair competition law” should not limit the ability of buyers to exert bargaining power that would not be prohibited within the Competition Act and, therefore, places an indirect emphasis in the protection of efficiency.</p>
<p>Spain</p>	<p>The rules on prohibition of agreements between undertakings and dominance are modelled after Articles 101 and 102 TFEU, respectively.</p> <p>The Competition Act does not incorporate special rules concerning abuse of relative dominance or abuse of economic dependence.</p> <p>Article 3 of the Competition Act, nevertheless, grants competence to the Spanish Competition Commission to deal with those acts of unfair competition that affect the public interest.</p> <p>However, until 2007 the Spanish Competition Act prohibited the abuse of <i>economic dependence by dominant undertakings</i>. In particular, it prohibited in Article 6.2(f) the unilateral termination of commercial relations (total or partial); and 6.2(g) to obtain or try to obtain prices, trading conditions, additional fees, etc, that were not originally established in the trading conditions and obtained under duress of</p>	<p>The Spanish <i>Unfair Competition Act</i> prohibits in Article 16 the <i>abuse of economic dependence and discrimination</i> without a requirement of dominance. With regard to discrimination it only applies to sales vis-à-vis consumers. However, the prohibition of abuse of dependence to buyers and suppliers. Also, it creates a rebuttable presumption of dependence when the buyer obtains discounts or benefits not granted to others.</p> <p>On 2013 Spain enacted the <i>Act on Better Functioning for the Food Retailing Markets</i>. The law applies only to undertakings involved in food retail and to the commercial relations among them. The law applies to situations in which one party is an SME and the other one not or whenever a party depends on the other, which is understood to exist when the buyer represents at least 30% of the turnover of the supplier in the previous year (Article 2).</p> <p>The law sets minimum requirements for the contracts to be valid (Articles 8 and 9) and forbids also a set of practices considered to be abusive (Arts. 12-14).</p> <p>Additionally, the Act creates a “Code of</p>	<p>The Spanish <i>Unfair Competition Act</i> prohibits the abuse of economic dependence of a supplier by a buyer if the supplier has no other alternative. The economic dependence is presumed to exist if the buyer has received, in addition to standard benefits, special beneficial conditions not granted to other buyers.</p> <p>Also, it would be abusive to terminate unilaterally, totally or partially, a commercial relation unless there are justified causes or has been notified 6 months in advance. It is also illegal to obtain or try to obtain prices, trading conditions, additional fees, etc, that were not originally established in the trading conditions and obtained under duress or pressure of a contractual termination.</p> <p>The <i>Act on Better Functioning for the Food Retailing Markets</i> prohibits also an extensive list of conducts and contractual clauses, as well as requiring contracts between buyers and suppliers covered by the law to comply with minimum requirements.</p> <p>Those minimum requirements include: pre-set rules on prices, payments, discounts</p>	<p>The regulations in the <i>Unfair Competition Act</i> and the <i>Act on Better Functioning for the Food Retailing Markets</i> do not require dominance to be applied and, instead focus on addressing the issue of contractual/bargaining power imbalance between the parties. To do so, the legislation seeks to promote a fair, just and effective competition and preserving an adequate price level.</p> <p>Furthermore, the rather ambitious and broad Recitals of the <i>Act on Better Functioning for the Food Retailing Markets</i> also indicates that the proper functioning of the sector is necessary to increase competitiveness and improve end consumer conditions which seems to indicate an interest in promoting efficiency.</p>

	<p>a contractual termination.</p>	<p>Conduct” for parties that carry out their economic activity in the food retailing sector and the Observatory of Food Retailing that has the duty to supervise the functioning of the food retailing industry and coordinate the implementation and application of the Code of Conduct.</p> <p>The Code sets principles to which parties should adhere and establishes practices that “foster fair, balanced and loyal relations” among the parties to the agreements (Article 15.2).</p> <p>The adhesion to the Code of Conduct is of a <i>voluntary nature</i> and it creates an alternative dispute settlement mechanism (Articles 15 and 16). However, once the parties adhere to the code of conduct they are “obliged that their commercial relations are adjusted to the principles and rules contained in them and to resort to the dispute settlement mechanism established” (Article 15.4).</p>	<p>applicable; payment and delivery conditions; rights and obligations; information sharing rules; duration, renewal and modification conditions; contract termination conditions (Article 9).</p> <p>The prohibited practices listed in Article 12 cover: unilateral contractual modifications, unless mutually agreed; additional payments unless there is a justified cause connected to a new product, or the financing of an advertisement campaign with a description of the counter payments associated to those additional payment requirements. Also, the contract must establish the way in which payments should be returned if the counter payments or obligations have not been executed by the recipient of the original benefit.</p> <p>Parties are not allowed to request sensitive commercial information about themselves or their products nor other undertakings (Article 13).</p>	
UK	<p>The rules on prohibition of agreements between undertakings and dominance are modelled after Articles 101 and 102 TFEU, respectively.</p> <p>The Competition Act does not contain special rules concerning abuse of relative dominance or abuse of economic dependence.</p>	<p>Yes, there are rules dealing with UTPs and UPPs. However, the regulation is made pursuant a soft law mechanism inspired in a Groceries Code of Conduct (2009). The Code was enacted as a response to a report by the Competition Commission in 2008 about the competitive issues in the grocery market.</p> <p>The Code of Conduct applies to large retailers listed in an annex and that includes any undertakings with a turnover exceeding £1 billion; hence, very large buyers.</p>	<p>The Code of Conduct sets a general principle of fair dealing to treat suppliers “fairly and lawfully”, without duress and the suppliers’ need for certainty concerning risks or costs.</p> <p>Then, it prohibits different types of conducts based on three categories: variation of contractual terms/conditions; prices and payments; promotions and other duties.</p> <p>Concerning variation, what is prohibited is the modification of the agreements by the retailer retroactively, unless excepted by the</p>	<p>The Code’s objective is to “ensure that large supermarkets treat their direct suppliers lawfully and fairly”, according to the Code Adjudicator, which seems to steer away from the promotion of efficiency.</p>

		<p>Parties to the Code “must not enter into or perform any Supply Agreement unless that Supply Agreement incorporates the Code and does not contain any provisions that are inconsistent with the Code”.</p>	<p>Code; it is also forbidden to require a supplier to change significantly any aspect of its supply chain procedures without proper justification.</p> <p>Regarding retailers and their behavior vis-à-vis suppliers, these shall not incur in payment delays; request contributions to marketing unless previously agreed; request compensation for shrinkage (losses that occur after groceries are delivered to a retailer’s premises and arise due to theft); request payment for wastage unless there is a justified cause (negligence by supplier or set out in the supply agreement); impose a payment as a condition to stock the supplier’s product unless the payment is connected to a promotion or to goods that have not been stocked during the last 356 days in 25% or more of the retailer’s stores; prohibition of compensation for forecasting errors unless expressly authorized by the agreement or the forecasting has been done in good faith and with due care, and following consultation with the provider; or request the supplier to obtain any goods, services or property from any third party from whom the retailer gets a benefit from unless the supplier’s alternative does not meet the required quality standards by the retailer or charges a higher price than the ones charge by any recommended supplier by the retailer.</p> <p>Regarding promotions, retailers are forbidden to require the payment for shelf allocation, unless due to a promotion;</p>	
--	--	--	---	--

			<p>retailers should not require suppliers to fund promotions; and exercise due care when ordering goods at a promotional wholesale price not to over order.</p> <p>Lastly, the Code forbids retailers from requiring suppliers to make unjustified payments due to end consumer complaints; and allows de-listing practices only for “genuine commercial reasons”, which, in any case must be previously notified in advance and be reviewed by a “senior buyer”.</p>	
--	--	--	---	--

Legislation Chart

Country	Original language	English translation (if available)
Denmark, Marketing Practices Act of 2013	<p>§ 1. Erhvervsdrivende omfattet af denne lov skal udvise god markedsføringssskik under hensyntagen til forbrugerne, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser.</p> <p><i>Stk. 2.</i> Markedsføring, der angår forbrugernes økonomiske interesser, må ikke være egnet til mærkbart at forvride deres økonomiske adfærd.</p>	<p>Article 1</p> <p>1.-(1) Traders subject to this Act shall exercise good marketing practice with reference to consumers, other traders and public interests.</p> <p>(2) Marketing in respect of consumers' economic interests may not be designed to significantly distort their economic behaviour.</p>
France, Commercial Code	<p>Article 420-2</p> <p>Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.</p> <p>Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme.</p>	
Finland, Competition Act	<p>4 a § (9.8.2013/586)</p> <p>Määräävä markkina-asema päivittäistavara kaupassa</p> <p>Elinkeinonharjoittajan tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän, jonka markkinaosuus päivittäistavara kauppan vähittäismyynnissä Suomessa on vähintään 30 prosenttia, on katsottava olevan määräävässä markkina-asemassa Suomen päivittäistavara kauppan markkinoilla. Päivittäistavara kauppan markkinoihin kuuluvat sekä vähittäismarkkinat että hankintamarkkinat.</p> <p>4 a § (9.8.2013/586)</p> <p>Dominerande marknadsställning inom dagligvaruhandeln</p> <p>En näringsidkare eller en sammanslutning av näringsidkare med en marknadsandel om minst 30 procent av detaljförsäljningen i dagligvaruhandeln i Finland ska anses ha en dominerande marknadsställning på marknaden för dagligvaror i Finland. Marknaden för dagligvaruhandeln omfattar såväl detaljmarknaden som upphandlingsmarknaden.</p>	<p>Section 4a</p> <p>Dominant position in daily consumer goods trade</p> <p>An undertaking or an association of undertakings with a minimum of 30 per cent market share in the Finnish daily consumer goods retail trade shall be deemed to occupy a dominant position in the Finnish daily consumer goods market. This includes both the retail and procurement markets.</p>

<p>Finland, Unfair Business Practices Act</p>		<p>Section 1 Good business practice may not be violated nor may practices that are otherwise unfair to other entrepreneurs be used in business. The commercial purpose of marketing and the party on whose behalf the marketing is done shall clearly appear from the marketing. (461/2002)</p>
<p>Germany, Competition Act</p>	<p>§ 19 Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen</p> <p>(1) Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.</p> <p>(2) Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen; 2. Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen; 3. ungünstigere Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, als sie das marktbeherrschende Unternehmen selbst auf vergleichbaren Märkten von gleichartigen Abnehmern fordert, es sei denn, dass der Unterschied sachlich gerechtfertigt ist; 4. sich weigert einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden; dies gilt nicht, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, dass die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist; 5. seine Marktstellung dazu ausnutzt, andere Unternehmen dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren. <p>(3) Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 und Nummer 5 gilt auch für Vereinigungen von miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen im Sinne der §§ 2, 3 und 28 Absatz 1, § 30 Absatz 2a und § 31 Absatz 1 Nummer 1, 2 und 4. Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Unternehmen, die Preise nach § 28 Absatz 2 oder § 30 Absatz 1 Satz 1 oder § 31 Absatz 1 Nummer 3 binden.</p>	<p>§ 19 Prohibited Conduct of Dominant Undertakings</p> <p>(1) The abuse of a dominant position by one or several undertakings is prohibited.</p> <p>(2) An abuse exists in particular if a dominant undertaking as a supplier or purchaser of a certain type of goods or commercial services:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. directly or indirectly impedes another undertaking in an unfair manner or directly or indirectly treats another undertaking differently from other undertakings without any objective justification; 2. demands payment or other business terms which differ from those which would very likely arise if effective competition existed; in this context, particularly the conduct of undertakings in comparable markets where effective competition exists shall be taken into account; 3. demands less favourable payment or other business terms than the dominant undertaking itself demands from similar purchasers in comparable markets, unless there is an objective justification for such differentiation; 4. refuses to allow another undertaking access to its own networks or other infrastructure facilities against adequate consideration, provided that without such joint use the other undertaking is unable for legal or factual reasons to operate as a competitor of the dominant undertaking on the upstream or downstream market; this shall not apply if the dominant undertaking demonstrates that for operational or other reasons such joint use is impossible or cannot reasonably be expected; 5. uses its market position to invite or cause other undertakings to grant it advantages without any objective justification. <p>(3) Paragraph 1 in conjunction with paragraph 2 nos 1 and 5 also applies to associations of competing undertakings within the meaning of §§ 2, 3, and 28(1), § 30(2a) and § 31(1) nos 1, 2 and 4. Paragraph 1 in conjunction with paragraph 2 no. 1 shall also apply to undertakings which set resale prices pursuant to § 28(2) or § 30(1) sentence 1 or § 31(1) no. 3.</p> <p>§ 20 Prohibited Conduct of Undertakings with Relative or Superior Market Power</p> <p>(1) § 19(1) in conjunction with paragraph 2 no. 1 shall also apply to undertakings and associations of undertakings to the extent that small or medium-sized enterprises as suppliers or purchasers of a certain type of goods or commercial services depend on them in such a way that sufficient and reasonable possibilities of switching to other undertakings do not exist (relative market power). A supplier of a certain type of goods or commercial services is presumed to depend on a purchaser within the meaning of sentence 1 if this supplier regularly grants to this purchaser, in addition to discounts customary in the trade or other remuneration, special benefits</p>

	<p>(1) § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen (relative Marktmacht). Es wird vermutet, dass ein Anbieter einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen von einem Nachfrager abhängig im Sinne des Satzes 1 ist, wenn dieser Nachfrager bei ihm zusätzlich zu den verkehrsüblichen Preisnachlässen oder sonstigen Leistungsentgelten regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden.</p> <p>(2) § 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.</p> <p>(3) Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht dürfen ihre Marktmacht nicht dazu ausnutzen, solche Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern. Eine unbillige Behinderung im Sinne des Satzes 1 liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Lebensmittel im Sinne des § 2 Absatz 2 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches unter Einstandspreis oder 2. andere Waren oder gewerbliche Leistungen nicht nur gelegentlich unter Einstandspreis oder 3. von kleinen oder mittleren Unternehmen, mit denen es auf dem nachgelagerten Markt beim Vertrieb von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb steht, für deren Lieferung einen höheren Preis fordert, als es selbst auf diesem Markt anbietet, es sei denn, dies ist jeweils sachlich gerechtfertigt. Das Anbieten von Lebensmitteln unter Einstandspreis ist sachlich gerechtfertigt, wenn es geeignet ist, den Verderb oder die drohende Unverkäuflichkeit der Waren beim Händler durch rechtzeitigen Verkauf zu verhindern sowie in vergleichbar schwerwiegenden Fällen. Werden Lebensmittel an gemeinnützige Einrichtungen zur Verwendung im Rahmen ihrer Aufgaben abgegeben, liegt keine unbillige Behinderung vor.1 <p>(4) Ergibt sich auf Grund bestimmter Tatsachen nach allgemeiner Erfahrung der Anschein, dass ein Unternehmen seine Marktmacht im Sinne des Absatzes 3 ausgenutzt hat, so obliegt es diesem Unternehmen, den Anschein zu widerlegen und solche anspruchsbegründenden Umstände aus seinem Geschäftsbereich aufzuklären, deren Aufklärung dem betroffenen Wettbewerber oder einem Verband nach § 33 Absatz 2 nicht möglich, dem in Anspruch genommenen Unternehmen aber leicht</p>	<p>which are not granted to similar purchasers.</p> <p>(2) § 19(1) in conjunction with paragraph 2 no. 5 shall also apply to undertakings and associations of undertakings in relation to the undertakings which depend on them.</p> <p>(3) Undertakings with superior market power in relation to small and medium-sized competitors may not abuse their market position to impede such competitors directly or indirectly in an unfair manner. An unfair impediment within the meaning of sentence 1 exists in particular if an undertaking:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. offers food within the meaning of § 2(2) of the German Food and Feed Code [Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch] below cost price, or 2. offers other goods or commercial services not just occasionally below cost price, or 3. demands from small or medium-sized undertakings with which it competes on the downstream market in the distribution of goods or commercial services a price for the delivery of such goods and services which is higher than the price it itself offers on such market, unless there is, in each case, an objective justification. The offer of food below cost price is objectively justified if such an offer is suitable to prevent the deterioration or the imminent unsaleability of the goods at the dealer's premises through a timely sale, or in equally severe cases. The donation of food to charity organisations for use within the scope of their responsibilities shall not constitute an unfair impediment.1 <p>(4) If, on the basis of specific facts and in the light of general experience, it appears that an undertaking has abused its market power within the meaning of paragraph 3, the undertaking shall be obliged to disprove this appearance and to clarify such circumstances in its field of business which give rise to claims and which cannot be clarified by the competitor concerned or by an association within the meaning of § 33(2), but which can be easily clarified, and may reasonably be expected to be clarified, by the undertaking against which claims are made.</p> <p>(5) Business and trade associations or professional organisations as well as quality mark associations [Gütezeichengemeinschaften] may not refuse to admit an undertaking if such refusal would constitute an objectively unjustified unequal treatment and place the undertaking at an unfair competitive disadvantage.</p> <p>Footnote 1: As from 1 January 2018, pursuant to Article 2 in conjunction with Article 7 sentence 2 of the Act of 26 June 2013 (German Federal Law Gazette I p. 1738), § 20(3) shall be applicable with the following wording:</p> <p>"(3) Undertakings with superior market power in relation to small and medium-sized competitors may not abuse their market position to impede such competitors directly or indirectly in an unfair manner. An unfair impediment within the meaning of sentence 1 exists in particular if an undertaking</p> <ol style="list-style-type: none"> 1 offers goods or commercial services not just occasionally below cost price, or 2. demands from small or medium-sized undertakings with which it competes on the downstream market in the distribution of goods or commercial services a price for the delivery of such goods and services which is higher than the price it itself offers on such market, unless there is, in each case, an objective justification."
--	---	--

	<p>möglich und zumutbar ist.</p> <p>(5) Wirtschafts- und Berufsvereinigungen sowie Gütezeichengemeinschaften dürfen die Aufnahme eines Unternehmens nicht ablehnen, wenn die Ablehnung eine sachlich nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung darstellen und zu einer unbilligen Benachteiligung des Unternehmens im Wettbewerb führen würde.</p> <p>§ 20 Absatz 3 gilt gemäß Artikel 2 in Verbindung mit Artikel 7 Satz 2 des Gesetzes vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1738) ab 1. Januar 2018 in folgender Fassung:</p> <p>„(3) Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht dürfen ihre Marktmacht nicht dazu ausnutzen, solche Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern. Eine unbillige Behinderung im Sinne des Satzes 1 liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Waren oder gewerbliche Leistungen nicht nur gelegentlich unter Einstandspreis anbietet oder 2. von kleinen oder mittleren Unternehmen, mit denen es auf dem nachgelagerten Markt beim Vertrieb von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb steht, für deren Lieferung einen höheren Preis fordert, als es selbst auf diesem Markt anbietet, <p>es sei denn, dies ist jeweils sachlich gerechtfertigt.“</p>	
<p>Germany, Unfair Competition Act (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) 2016</p>	<p>§ 4a Aggressive geschäftliche Handlungen</p> <p>(1) Unlauter handelt, wer eine aggressive geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte. Eine geschäftliche Handlung ist aggressiv, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers erheblich zu beeinträchtigen durch 1. rms defined by the Law 17/2001 of December 7 of Trademarks and out prejudice to the application of Articles 11 and 12 of the Unfair he Unfair Competition Act.</p> <p>gegenüber dem Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zur Ausübung von Druck, auch ohne Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt, in einer Weise ausnutzt, die die Fähigkeit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt. (2) Bei der Feststellung, ob eine geschäftliche Handlung aggressiv im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 ist, ist abzustellen auf 1. Zeitpunkt, Ort, Art oder Dauer der Handlung; 2. die Verwendung drohender oder beleidigender Formulierungen oder Verhaltensweisen; 3. die bewusste Ausnutzung von konkreten Unglückssituationen oder Umständen von solcher Schwere, dass sie das</p>	

	<p>Urteilsvermögen des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers beeinträchtigen, um dessen Entscheidung zu beeinflussen; 4. belastende oder unverhältnismäßige Hindernisse nichtvertraglicher Art, mit denen der Unternehmer den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer an der Ausübung seiner vertraglichen Rechte zu hindern versucht, wozu auch das Recht gehört, den Vertrag zu kündigen oder zu einer anderen Ware oder Dienstleistung oder einem anderen Unternehmer zu wechseln; 5. Drohungen mit rechtlich unzulässigen Handlungen. Zu den Umständen, die nach Nummer 3 zu berücksichtigen sind, zählen insbesondere geistige und körperliche Beeinträchtigungen, das Alter, die geschäftliche Unerfahrenheit, die Leichtgläubigkeit, die Angst und die Zwangslage von Verbrauchern.</p>	
<p>Latvia, Competition Act, 2013</p>		<p>Section 13. Prohibition of the Abuse of Dominant Position</p> <p>(1) Any market participant who is in a dominant position is prohibited from abusing such dominant position in any manner in the territory of Latvia. Abuse of dominant position may also occur as:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) refusal to enter into transactions with other market participants or to amend the provisions of a transaction without an objectively justifiable reason, including unfair and unjustified refusal to supply products or deliver services; 2) restriction of the amount of the production or sale of products, the market or technical development without an objectively justifiable reason to the detriment of consumers; 3) imposition of provisions according to which entering into, amendment or termination of a transaction with another market participant is made dependent on whether this market participant undertakes additional obligations which, by their nature and commercial use, do not pertain to the particular transaction; 4) direct or indirect imposition or application of unfair purchase or selling prices or other unfair trading provisions; 5) application of unequal provisions in equivalent contracts with other market participants, by way of creating for them, in terms of competition, disadvantageous conditions. <p>(2) A market participant or several market participants are in a dominant position in retail trade if, considering their buying power for a sufficient period of time and the suppliers' dependency in the relevant market, they have the capacity of directly or indirectly applying or imposing unfair and unjustified provisions, conditions or payments upon suppliers and may hinder, restrict or distort competition in any relevant market in the territory of Latvia. Any market participant who is in a dominant position in retail trade is prohibited from abusing such dominant position in the territory of Latvia. Abuse of a dominant position in retail trade occurs as:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) application or imposition of unfair and unjustified provisions concerning return of products, unless the returned product is of poor quality or is a product, including a new product, unknown to consumer, delivery or increase in the amount of delivery of which is initiated by the supplier; 2) application or imposition of unfair and unjustified payments, discounts for the delivery of products, the presence of the delivered product at a retail outlet, including for the placement of products on shelves of shops, and for the promotion measures of the trade. Objectively justified payment for the promotion of a new product, unknown to the consumer, in

		<p>the market shall not be considered as unfair and unjustified;</p> <p>3) application or imposition of unfair and unjustified payments for entering into a contract, unless such payments are justified by the fact of entering into a contract with a new supplier who therefore needs a special evaluation;</p> <p>4) application or imposition of unfair and unjustified payments for the delivery of products to a soon to be opened retail outlet;</p> <p>5) application or imposition of unfair and unjustifiably lengthy settlement periods for the delivered products. The settlement period for the delivered food products, the term of validity of which is not longer than 20 days, shall be unfair and unjustifiably lengthy, if it exceeds 30 days from the day of delivery of products;</p> <p>6) application or imposition of unfair and unjustified fines for violating the provisions of a transaction.</p> <p>(3) If a market participant in retail trade is in such dominant position as specified in Section 1, Clause 1 of this Law and the abuse of the dominant position takes the form laid down in Section 1, Paragraph one of this Law, the liability of the retail market participant shall set in according to Section 14, Paragraph two, Clause 1 of this Law.</p> <p><i>[22 April 2004; 13 March 2008; 18 June 2009]</i></p>
Lithuania, Competition Act		<p>Article 3. Definitions</p> <p>2. Dominant position shall mean the position of one or more undertakings in a relevant market directly facing no competition or enabling to exert a unilateral decisive influence in a relevant market by effectively restricting competition. Unless proved otherwise, an undertaking (except retailers) with the market share of not less than 40 per cent shall be considered to enjoy a dominant position within the relevant market. Unless proved otherwise, each of a group of three or a smaller number of undertakings (except for retailers) with the largest shares of the relevant market, jointly holding 70 per cent or more of the relevant market shall be considered to enjoy a dominant position. Unless proved otherwise, a retailer with the market share of not less than 30 per cent shall be considered to enjoy a dominant position within the relevant market. Unless proved otherwise, each of a group of three or a smaller number of retailers with the largest shares of the relevant market, jointly holding 55 per cent or more of the relevant market shall be considered to enjoy a dominant position.</p>
Lithuania, Law on the Prohibition of Unfair Practices of Retailers, 2009		<p>Article 3. Prohibition of unfair practices</p> <p>1. Retailers shall be prohibited from carrying out any actions contrary to fair business practices whereby the operational risk of the retailers is transferred to suppliers or they are imposed additional obligations or which limit the possibilities of suppliers to freely operate in the market and which are expressed as requirements for the supplier:</p> <p>1) to pay directly or indirectly or remunerate in any other way for consent to start trading in the supplier's goods ("entry" fees);</p> <p>2) to compensate for the lost or smaller-than-expected income of the retailer from the sale of goods received from the supplier;</p> <p>3) to compensate for the operational costs of the retailer related to equipping new stores or</p>

<p>(As last amended by 17 December 2015 – No XII-2204)</p>		<p>renovating the old ones; 4) to acquire goods, services or assets from third parties specified by the retailer; 5) to tie the prices of goods supplied to the retailer as well as the supply conditions to the supplier's prices of goods and supply conditions applied to third parties; 6) to change the basic supply procedures or goods specifications without notifying the supplier thereof within the time limit specified in the agreement, which may not be shorter than ten days; 7) to accept unsold food products, except for non-perishable packaged food products if they are safe, high-quality and at least 1/3 of time before their expiration date remains or they have no expiration date and there is a prior agreement in relation to their return; 8) to pay directly or indirectly a part of the costs of sales promotion carried out by the retailer or together with it or to compensate for such costs in any other way, except for the cases where there is a written agreement between the retailer and the supplier regarding the amount of costs to be paid and sales promotion activities to be applied; 9) to compensate for the expenses incurred while investigating consumer complaints, except for the cases where a justified consumer complaint was due to the circumstances which are the responsibility of the supplier. In this case, the amount of expenses which the retailer requests the supplier to compensate for must be substantiated by the actual expenses of the retailer; 10) to pay directly or indirectly or to compensate for the arrangement of goods, except for the cases where there is a written agreement between the retailer and the supplier regarding payment for the arrangement of goods. 2. Where a supplier establishes in the agreement a commercial rebate expressed as a fixed amount of money which is not tied to the sale, quality, logistics (distribution and delivery of goods), sales promotion and/or other conditions of purchase and sale of the goods and where a retailer requests to accept the unsold food products (acceptance of which is not prohibited under point 7 of this paragraph), for which the commercial rebate on such products expressed as a fixed amount of money has already been received, the retailer shall be prohibited from refusing to return to the supplier the share of the commercial rebate, expressed as a fixed amount of money, in proportion to the returned food products. 3. In the course of investigation of infringements of this Law (hereinafter: 'investigation of an infringement'), the duty to prove that the agreement referred to in points 7, 8 and 10 of paragraph 1 of this Article has been concluded and meets the set requirements shall fall on the retailer which has concluded such an agreement.</p>
<p>Portugal, Competition Act, 2012</p>		<p>Article 12 Abuse of economic dependence 1 – It is prohibited for one undertaking or more undertakings to abuse the economic dependence under which any of its supplier or customer may find itself as a result of the fact that any equivalent alternative is not available, to the extent that such a practice affects the way the market or competition operate. 2 – The following cases, among others, may be considered abusive: a) The adoption of any behaviour such as described in subparagraphs a) to d) in paragraph 2 of the previous article; b) Any unjustified break, total or partial, in established commercial relations, bearing in mind previous commercial relations, recognised practices in that particular economic activity and the contractual conditions that have been set down. 3 – For the purposes of paragraph 1, an undertaking is deemed not to have an equivalent</p>

		<p>alternative when:</p> <p>a) The supply of the goods or service at issue, specifically at the point of distribution, is controlled by a restricted number of undertakings; and</p> <p>b) The undertaking cannot find identical conditions from other commercial partners within a reasonable time scale.</p>
<p>Portugal, Law Decree of the Applicable Regime to Practices Restrictive of Commerce, 2013</p>	<p>Artigo 7.º Práticas negociais abusivas</p> <p>1 - São proibidas as práticas negociais entre empresas que se traduzam:</p> <p>a) Na imposição da impossibilidade de venda a qualquer outra empresa a um preço mais baixo;</p> <p>b) Na obtenção de preços, condições de pagamento, modalidades de venda ou condições de cooperação comercial exorbitantes relativamente às suas condições gerais de venda;</p> <p>c) Na imposição unilateral, direta ou indireta:</p> <p>i) de realização de uma promoção de um determinado produto;</p> <p>ii) de quaisquer pagamentos enquanto contrapartida de uma promoção;</p> <p>d) Na obtenção de contrapartidas por promoções em curso ou já ocorridas, incluindo os descontos que consistirem na atribuição de um direito de compensação em aquisição posterior de bens equivalentes ou de outra natureza;</p> <p>e) Na alteração retroativa de um contrato de fornecimento.</p> <p>2 - Para efeitos do número anterior, consideram-se como «exorbitantes relativamente às condições gerais de venda» os preços, condições de pagamento, modalidades de venda ou condições de cooperação comercial que se traduzam na concessão de um benefício ao comprador, ou ao vendedor, não proporcional ao volume de compras ou vendas ou, se for caso disso, ao valor dos serviços prestados.</p> <p>3 - São, ainda, proibidas, no setor agroalimentar, as práticas negociais do comprador quando o fornecedor seja uma micro ou pequena empresa, organização de produtores ou cooperativa, e que se traduzam em:</p> <p>a) Rejeitar ou devolver os produtos entregues, com fundamento na menor qualidade de parte ou da totalidade da encomenda ou no atraso da entrega, sem que seja demonstrada, pelo comprador, a responsabilidade do fornecedor por esse facto;</p> <p>b) Impor um pagamento, diretamente ou sob a forma de desconto:</p> <p>i) Pela não concretização das expectativas do comprador quanto ao volume ou valor das vendas;</p> <p>ii) Para introdução ou reintrodução de produtos;</p> <p>iii) Como compensação por custos decorrentes de uma queixa do consumidor, exceto quando o comprador demonstre que essa queixa se deve a negligência, falha ou incumprimento contratual do fornecedor;</p> <p>iv) Para cobrir qualquer desperdício dos produtos do fornecedor, exceto quando o comprador demonstre que tal se deve a negligência, falha ou incumprimento contratual do fornecedor;</p> <p>v) Por custos relativos a transporte e armazenamento posteriores à entrega</p>	

	<p>do produto;</p> <p>vi) Como contribuição para abertura de novos estabelecimentos ou remodelação dos existentes;</p> <p>vii) Como condição para iniciar uma relação comercial com um fornecedor.</p> <p>4 - Qualquer cláusula contratual que viole o disposto no presente artigo é nula e tem-se por não escrita.</p> <p>5 - As práticas negociais não proibidas pelo presente artigo, nomeadamente em virtude da dimensão ou do setor de atividade dos intervenientes, devem ser objeto de autorregulação nos instrumentos a que se refere o artigo 16.º</p>	
Spain, Competition Act	<p>Artículo 3 Falseamiento de la libre competencia por actos desleales</p> <p>La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.</p>	<p>Article 3: Falsening of free competition by unfair acts</p> <p>The National Competition Commission or the competent bodies of the Autonomic Communities shall be competent to handle and decide, within the rules imposed on this Law for the forbidden conducts, of those unfair competition acts that, due to falsening the free competition affect the public interest.</p>
Spain, Unfair Competition Act	<p>Artículo 16. Discriminación y dependencia económica.</p> <p>1. El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada.</p> <p>2. Se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.</p> <p>3. Tendrá asimismo la consideración de desleal:</p> <p>a) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor.</p> <p>b) La obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado.</p>	<p>Article 16. Discrimination and economic dependence.</p> <p>1. The consumer's discriminatory treatment in terms of price and other sale conditions would be held unfair unless there is a justified caused.</p> <p>2. It would be unfair the exploitation by an enterprise of the situation of economic dependence in which its clients or suppliers might be that do not have any equivalent alternative to carry out their economic activity. This situation shall be presumed to exist whenever a supplier, besides the discounts and other common conditions, has to concede to its client in a regular manner additional advantages that are not granted to similar buyers.</p> <p>3. It shall also be considered unfair:</p> <p>a) the termination, even in a partial manner, of a commercial relation if there has not been a previous written notification and with, at least with notice six months in advance, unless it has been carried out due to the serious non-fulfilment of the agreed conditions or in the case of <i>force majeure</i>.</p> <p>b) Obtaining, through threats to terminate the commercial relation, prices, payment conditions, sales modalities, additional payments and other commercial cooperation conditions not agreed in the supply contract.</p>
Spain, Act on Better Functioning for the Food Retailing Markets	<p>Artículo 12. Modificaciones unilaterales y pagos comerciales no previstos.</p> <p>1. Se prohíben las modificaciones de las condiciones contractuales establecidas en el contrato, salvo que se realicen por mutuo acuerdo de las partes. Los contratos alimentarios deberán contener las correspondientes cláusulas en las que se prevea el procedimiento para su posible</p>	<p>Article 12. Unilateral modifications and non-pre agreed commercial payments</p> <p>1. It is prohibited the modifications of the contractual conditions unless mutually agreed by the parties. The food contracts shall contain among their clauses in which it is foreseen the procedure for their modification, and in the given case, to determine its retroactive application.</p> <p>2. It is prohibited additional payments with respect to the agreed prices, unless they refer to the reasonable risk of referentiation of a new product or the financing of a commercial</p>

<p>modificación y, en su caso, para la determinación de su eficacia retroactiva.</p> <p>2. Se prohíben los pagos adicionales, sobre el precio pactado, salvo que se refieran al riesgo razonable de referenciación de un nuevo producto o a la financiación parcial de una promoción comercial de un producto reflejada en el precio unitario de venta al público y hayan sido pactados e incluidos expresamente en el correspondiente contrato formalizado por escrito, junto con la descripción de las contraprestaciones a las que dichos pagos estén asociados.</p> <p>3. El contrato deberá establecer los mecanismos de devolución de los pagos anteriores que hayan sido abonados, cuando las contraprestaciones o las actividades de promoción o análogas vinculadas a los mismos, no se hayan ejecutado en los plazos y condiciones pactados.</p> <p>Artículo 13. Suministro de información comercial sensible.</p> <p>1. En los contratos alimentarios deberá concretarse por escrito la información que las partes deban suministrarse para el efectivo cumplimiento de sus respectivas obligaciones contractuales, así como el plazo de entrega de dicha información, que en todo caso deberá ser proporcionada y estar justificada en razones objetivas relacionadas con el objeto del contrato, sin perjuicio de la aplicación de las normas en materia de defensa de la competencia.</p> <p>2. En ningún caso un operador podrá exigir a otro operador de la cadena información comercial sensible sobre sus productos, ni tampoco los documentos que permitan verificar dicha información, salvo que así conste en el contrato escrito de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior.</p> <p>3. La información comercialmente sensible que se obtenga en el proceso de negociación o ejecución de un contrato alimentario, se destinará exclusivamente a los fines para los que le fue facilitada, respetándose en todo momento la confidencialidad de la información transmitida o almacenada.</p> <p>4. Los operadores no podrán exigirse ni desvelar información comercial sensible sobre otros operadores y, en particular, documentos que permitan verificar dicha información comercial.</p> <p>Artículo 14. Gestión de marcas.</p> <p>1. Los operadores gestionarán las marcas de productos alimentarios que ofrezcan al consumidor, tanto las propias como de otros operadores, evitando prácticas contrarias a la libre competencia o que constituyan actos de competencia desleal de acuerdo con lo previsto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, así como actos de publicidad ilícitos de conformidad con la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.</p>	<p>advertisement that is reflected in the unitary sale price to the end consumer and have expressly agreed in the written contract, along with the description of the counter financial consideration to which said payments are associated with.</p> <p>3. The contract shall establish the means through which the aforesaid payments shall be reimbursed whenever the financial considerations or advertisement or equivalent activities related to them have had not been executed within the deadlines and agreed conditions.</p> <p>Article 13. Provision of sensitive commercial information</p> <p>1. In food contracts it shall be agreed in writing the information the parties shall provide to each other for the effective compliance of their contractual obligations, as well as the deadline for the submission of said information, which shall in any case be proportionated to and justified with regard to the objective reasons related to the contract, without prejudice to the application of rules dealing with competition law.</p> <p>2. In any case shall an operator be entitled to demand to another operator sensitive commercial information about its products, nor documents that could be employed to verify such information, unless it has been agreed in writing in accordance to the rules estate in 12.1.</p> <p>3. The sensitive commercial information that has been obtained during the negotiation of execution phases of a food contract shall be exclusively employed to the ends for which it was given, respecting at all times the confidentiality of the information that has been transmitted or kept.</p> <p>4. The operators shall not be entitled to demand nor reveal any sensitive commercial information about other operators, and in particular, documents that allow the verification of said information.</p> <p>Article 14. Trademark Management</p> <p>1. The operators shall manage the trademarks of food products offered to end consumers, both own as those owned by other operators, within the legal limits and avoiding entering into practices that are contrary to free competition or may constitute acts of unfair competition pursuant the Law 15/2007 of July 3, of Competition and the Law 3/1991 of January 10 of Unfair Competition, as well as illegal advertisement acts in conformity with Law 34/1988 of November 11, on General Advertisement.</p> <p>2. It shall be prohibited for an operator to obtain an unfair advantage for its own benefit of the entrepreneurial effort of a third party, as well as resorting to illegal advertisement by means, either in the packaging, the presentation, or the advertisement of the product or service of any distinctive elements that may produce a risk of confusion or association with those owned by another operator or with trademarks or commercial names of another operator in the terms defined by the Law 17/2001 of December 7 of Trademarks and without prejudice to the application of Articles 11 and 12 of the Unfair Competition Act.</p>
---	--

	<p>2. Se prohíbe el aprovechamiento indebido por parte de un operador y en beneficio propio de la iniciativa empresarial ajena, así como las que constituyan publicidad ilícita por reputarse desleal mediante la utilización, ya sea en los envases, en la presentación o en la publicidad del producto o servicio de cualesquiera elementos distintivos que provoquen riesgo de asociación o confusión con los de otro operador o con marcas o nombres comerciales de otro operador en los términos definidos en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre de Marcas y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley de Competencia Desleal.</p>	
--	---	--

Bibliography

- Bundeskartellamt, *Summary of the Final Report of the Sector Inquiry into the food retail sector* (2014)
- Carstensen PC, 'Buyer Power, Competition Policy, and Antitrust: The Competitive Effects of Discrimination Among Suppliers' (2008) 53 *The Antitrust Bulletin* 271
- European Commission, *Green Paper on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food supply Chain in Europe* (2013)
- , *The Economic Impact of Modern Retail on Choice and Innovation in the EU Food Sector* (2014)
- , *Study on the Legal Framework Covering Business-To-Business Unfair Trading Practices in the Retail Supply Chain* (2014)
- , *Tackling Unfair Trading Practices in the Business-to-Business food supply chain* (2014)
- , *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on unfair business-to-business trading practices in the food supply chain* (2016)
- European Competition Network, *ECN Activities in the Food Sector* (2012)
- Herrera Anchustegui I, 'Buyer Power Exploitation: Unfair Purchasing Practices' in Cachafeiro F, García Pérez, R and López Suárez MA (eds), *Derecho de la Competencia y Gran Distribución Comercial*, vol 2016 (Thomson-Reuters Aranzadi 2016)
- Italianer A, *The Devil is in the Retail* (2 October 2014)
- Kirkwood JB, 'The Essence of Antitrust: Protecting Consumers and Small Suppliers from Anticompetitive Conduct' (2013) 81 *Fordham Law Review*
- UK Competition Commission, *The supply of groceries in the UK market investigation* (2008)
- van Doorn FAH, 'The Law and Economics of Buyer Power in EU Competition Policy' (Eleven International Publishing 2015)