

Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 Oslo

Vår ref.: 10400-003
Deres ref.: 17/5552-1
Ansvarlig advokat: Mads Magnussen

Oslo, 14. mars 2018

Høringsuttalelse til Gjendemsjøs utredning om inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat

1 INNLEDNING

Wikborg Rein viser til brev 15. november 2017 hvor Nærings- og fiskeridepartementet sendte på høring to rapporter om konkurransesituasjonen i dagligvaresektoren. Wikborg Rein vil med dette inngi våre kommentarer til Gjendemsjøs rapport om muligheten for å etablere en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat. Vi opplyser for ordens skyld at Wikborg Rein har et løpende klientforhold til en aktør i dagligvaremarkedet og vi bistår i forbindelse med temaene som tas opp i Gjendemsjø-rapporten.

Mandatet for Gjendemsjøs utredning har vært å undersøke muligheten for å etablere en hjemmel for inngrep mot konkurransebegrensende ensidige handlinger i verdikjeden for mat. Gjendemsjø-rapporten har også tatt stilling til hvorvidt en slik inngrepshjemmel er hensiktsmessig.

Gjendemsjø-rapportens primære anbefaling er at det ikke bør etableres en inngrepshjemmel, blant annet fordi det er usikkert hvor stort konkurranseproblem ensidige handlinger utgjør i verdikjeden for mat. Videre peker Gjendemsjø-rapporten på at en eventuell inngrepshjemmel vil være ressurskrevende å håndheve og at de fleste handlinger som kan være problematiske i verdikjeden for mat allerede er omfattet av forbudet i konkurranseloven § 10.

I likhet med Gjendemsjø-rapporten, er vi av den oppfatning at det er få typer atferd i verdikjeden for mat som myndighetene vil kunne regulere med en ny inngrepshjemmel og videre at de handlingene som kan være skadelige for konkurransen i dagligvaresektoren allerede er ulovlige etter den gjeldende konkurranseloven. Det er ikke behov for en særskilt inngrepshjemmel i verdikjeden for mat og grunnlaget for en eventuell slik regulering er svakt.

Wikborg Rein støtter Gjendemsjø-rapportens anbefaling om at det ikke etableres en særskilt inngrepshjemmel for ensidige handlinger i verdikjeden for mat.

I det følgende vil Wikborg Rein knytte kommentarer til enkelte deler av rapporten.

2 RETTSLIGE BEGRENSNINGER FOR MULIG INNGREPSHJEMMEL

Wikborg Rein slutter seg til Gjendemsjø-rapportens vurdering av at det primært er for konkurransebegrensende atferd som ikke dekkes av forbudene i den gjeldende konkurranseloven og EØS-avtalen at det vil være aktuelt for myndighetene å vedta en særskilt inngrepshjemmel. En regulering som retter seg mot atferd som allerede er ulovlig, vil innebære en unødvendig dobbelregulering.

Konkurransebegrensende atferd som det i prinsippet kan være aktuelt å regulere, omfatter både avtaler og ensidige handlinger. Dominerende foretaks konkurransebegrensende avtaler og ensidige handlinger er forbudt etter konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54, mens konkurransebegrensende avtaler er forbudt etter konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53. Det man står igjen med, er da ensidige handlinger fra foretak som ikke er dominerende.

Dersom avtaler inneholder vilkår som er ensidig tvunget igjennom av den ene parten, vil også disse være forbudt etter konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen § 53 i den grad de er skadelige for konkurransen. Dette gjelder også avtaler som er inngått av ikke-dominerende foretak. Selv om norske myndigheter i prinsippet kan vedta en inngrepshjemmel mot slike ensidig bestemte avtalevilkår, vil altså en slik særregulering ikke få noen praktisk betydning for konkurransen i verdikjeden for mat ettersom atferden allerede i dag er ulovlig.

Dersom myndighetene bare ønsker å kunne gripe inn mot den av avtalepartene som har tvunget igjennom slike ensidige avtalevilkår, har Konkurransetilsynet allerede i dag en skjønnsmessig adgang til kun å gå etter en av partene i en konkurransebegrensende avtale. Markedsaktører som blir utsatt for slike ensidig bestemte avtalevilkår vil på vanlig måte kunne klage praksisen inn for Konkurransetilsynet, som vil kunne gripe inn dersom den er skadelig for konkurransen.

For avtaler som ikke er konkurransebegrensende, vil det rettslig sett bare være begrensede muligheter for å vedta en inngrepshjemmel. Det følger av EØS-konkurranseloven § 7 at EØS-avtalen artikkel 53 uttømmende regulerer hvilke avtaler som er lovlige og ulovlige. Dersom EØS-avtalen artikkel 53 kommer til anvendelse, vil det ikke være anledning til å gripe inn mot avtaler som ikke er konkurransebegrensende.

EØS-avtalen artikkel 53 gjelder bare avtaler med merkbar påvirkning på samhandelen mellom EØS-stater. For avtaler som ikke påvirker samhandelen merkbart og som heller ikke er konkurransebegrensende, vil myndighetene i prinsippet kunne vedta en inngrepshjemmel. Etter Wikborg Reins oppfatning er dette ikke særlig praktisk for dagligvaremarkedet, hvor både leverandører og kjeder i stor utstrekning inngår nasjonale avtaler. Slike nasjonale leverandøravtaler vil normalt anses for å påvirke samhandelen og dermed omfattes av virkeområdet for EØS-avtalen artikkel 53.

Videre er Wikborg Rein enig med Gjendemsjø-rapporten i at det ikke er praktisk å innføre en inngrepshjemmel mot ikke-konkurransebegrensende avtaler som omfatter produkter som faller utenfor EØS-avtalens virkeområde. Leverandørleddet i Norge er svært konsentrert, med sterke leverandører med betydelige produktporteføljer, hvilket medfører at for en stor del av kontraktene som

dagligvarekjedene inngår vil både produkter som faller innenfor og utenfor EØS-avtalen omfattes. Det vil være uheldig å ha ulik regulering av atferd knyttet til ulike produktgrupper innenfor samme sektor (og i mange tilfeller innenfor samme avtale).

3 IKKE DOMINERENDE FORETAKS ENSIDIGE HANDLINGER BEGRENSER IKKE KONKURRANSEN

3.1 Det legislative grunnlaget for regulering er svakt

Det er i hovedsak for ensidige handlinger begått av ikke-dominerende foretak at myndighetene vil ha et rettslig og praktisk mulighetsrom for å vedta en særskilt inngrepshjemmel i dagligvaremarkedet. Det er denne typen atferd som faller utenfor forbudene i konkurranseloven §§ 10 og 11. Ettersom formålet er å sikre velfungerende markeder i verdikjeden for mat, må det være en forutsetning for inngrep at den ensidige atferden man skal gripe inn mot, kan ha konkurransebegrensende virkninger.

Som Gjendemsjø-rapporten peker på er det imidlertid få typer atferd som kan anses som rent ensidige handlinger. Dette er først og fremst ulike former for forretningsnektelser, favorisering av egne merkevarer, prisingstrategier som rovprising og marginskvis, og ulike former for kontraktsbrudd. Andre ensidige handlinger vil normalt være en del av en avtale og dermed allerede være regulert av forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i konkurranseloven § 10.

Slike rent ensidige handlinger som nevnt, vil imidlertid i ytterst få tilfeller kunne påvirke konkurransen negativt når de utføres av ikke-dominerende foretak. Videre vil de enten ikke være særlig aktuelle i forholdet mellom leverandør og grossist/dagligvarekjede eller ikke virke konkurransebegrensende i dagligvaremarkedet.

Bakgrunnen for de to utredningene om dagligvaresektoren som nå er på høring, er å se på mulige tiltak som sikrer velfungerende markeder i verdikjeden for mat. Velfungerende markeder gir effektiv ressursbruk som sikrer forbrukerne økt velferd i form av lave priser og et godt utvalg av produkter med god kvalitet. Reguleringer som har til formål å øke velferden til forbrukerne bør etter Wikborg Reins syn kun begrunnes i markedssvikt, og reguleringene må rettes direkte mot å løse konkurranseproblemer som er klart identifiserbare. Det bør også kunne dokumenteres at tiltakene har den ønskede effekten. Wikborg Rein er kritisk til om en inngrepshjemmel mot ikke-dominerende foretaks ensidige handlinger vil ha noen som helst innvirkning på konkurransen i verdikjeden for mat. Det legislative grunnlaget for en slik regulering er i så fall ikke til stede.

I det følgende vil Wikborg Rein kort redegjøre for hvorfor de ulike typene ensidige handlinger som vil kunne omfattes av en inngrepshjemmel ikke vil begrense konkurransen i verdikjeden for mat.

3.2 Forretningsnektelser

Debatten om forretningsnektelser i verdikjeden for mat har primært vært rettet mot dagligvarekjedes innkjøpsnekt og delistinger. Ettersom tilgang til hver enkelt dagligvarekjede aldri vil være absolutt nødvendig for å operere på leverandørleddet, vil en forretningsnektelse som den klare hovedregel aldri være konkurransebegrensende. Riktignok vil det kunne ramme en leverandør negativt å ikke få tilgang til en dagligvarekjedes butikkhyller, men konkurrerende dagligvarekjeder vil alltid utgjøre alternative

avsetningskanaler til en avtale med kjeden som beskyldes for forretningsnektelsen. Det er kun i tilfeller hvor det ikke finnes et alternativ til avsetningskanalen at en forretningsnektelse vil kunne være skadelig for konkurransen og dermed utgjøre et brudd på konkurransereglene.

Snarere enn å fremme konkurransen, vil et inngrep som medfører kontraheringsplikt for dagligvarekjedene, svekke konkurransen på leverandørleddet og detaljistleddet. Dersom en dagligvarekjede ikke kan nekte å ta inn et produkt, eller unnlater å gjøre dette i frykt av sanksjoner fra konkurransemyndighetene, vil det øke kostnadene for kjedene og det vil redusere innovasjonsinsentivene hos produsentene og leverandørene. For mange produkter fra ulike leverandører i butikkhyllene vil videre kunne føre til at priskonkurransen mellom leverandørene svekkes ettersom flere leverandører vil være garantert en plass i butikkhyllene.

Et grunnleggende problem ved å skulle gripe inn mot forretningsnektelser i verdikjeden for mat er at hylleplass er et begrenset gode, hvilket innebærer at det kun er rom for et begrenset antall leverandører innenfor den enkelte produktkategori. Dersom flere leverandører ønsker tilgang til samme hylleplass, ville konkurransemyndighetene i så fall måtte bestemme hvor mange og hvilke leverandører som skulle vinne frem i konkurransen. Dette er en type detaljregulering som vil svekke snarere enn å fremme konkurransen på leverandør- og detaljistleddet. Hvilke produkter som skal inn i butikkhyllene og hvordan en dagligvarebutikk skal utformes er den enkelte dagligvarekjede nærmest til å bestemme. Virksom konkurranse på detaljistleddet vil sikre at forbrukerne får de produktene de etterspør ettersom forbrukeren vil velge bort dagligvarekjeder som ikke tilbyr de produktene forbrukeren ønsker å kjøpe. Den massive kundeflukten Rema 1000 opplevde umiddelbart etter implementeringen av selskapets "bestevenn"-strategi er et eksempel på dette.

Wikborg Rein er kritisk til Gjendemsjøl-rapportens forslag til lovtekst for en inngrepshjemmel hvor det er lagt opp til at den kun vil ramme dagligvarekjeder som har en markedsandel på over 30 prosent. Dette innebærer at reguleringen ikke vil gjelde for Rema 1000. For Wikborg Rein fremstår det som et paradoks at den aktøren som har færrest merkevareleverandører i sitt sortiment og som møtte massiv motstand for selskapets nye leverandørstrategi, er den eneste aktøren som ikke rammes av en eventuell inngrepshjemmel.

3.3 Bruk av egne merkevarer (EMV)

En annen form for ensidig atferd som er relevant i verdikjeden for mat er beslutninger om å føre egne merkevarer (EMV). Når en dagligvarekjede beslutter å lansere EMV innenfor en produktkategori og eventuelt erstatte andre produkter med EMV-produktene, er dette ensidige handlinger som vil kunne påvirke leverandørleddet. Konkurransereguleringer som skal sikre effektiv ressursbruk i verdikjeden for mat skal imidlertid ikke beskytte enkeltaktører i verdikjeden såfremt ikke konkurransen begrenses.

I likhet med hva som er tilfelle for forretningsnektelser, er det klare utgangspunktet at dagligvarekjedene er nærmest til å bestemme hvilke produkter som skal være i butikkhyllene, også om kjedene ønsker å reservere hylleplass for EMV-produkter.

Det er videre vanskelig å se hvordan bruk av EMV virker konkurransebegrensende. Det klare utgangspunktet er at EMV kan prises lavere enn merkevarer, da man unngår dobbelmarginalisering mv. Bruk av EMV vil følgelig normalt virke disiplinerende på leverandørleddet og bidra til økt konkurranse og dermed lavere priser og økt innovasjon. Det finnes heller ingen empiriske

undersøkelser som understøtter at ulike praksiser rundt bruk av EMV kan virke konkurransebegrensende.¹

3.4 Rovprising og marginskvis

Ulike prisingstrategier kan også under omstendighetene være ensidige konkurransebegrensende handlinger. Også her må det skilles mellom priser som er resultatet av forhandlinger og priser som settes ensidig. Priser som er resultatet av forhandlinger rammes av konkurranseloven § 10 hvis de er konkurranseskadelige. Det er dagligvarekjedenes ensidige prissetting i verdikjeden for mat som det eventuelt vil kunne være aktuelt å regulere gjennom en særskilte inngrepshjemmel. Det er rovprising og marginskvis som i prinsippet vil være aktuelle prisingstrategier.

Konkurransebegrensende rovprising innebærer at en aktør priser sine produkter under kostnadene, for å presse ut konkurrenter som opererer på samme omsetningsledd. I forholdet mellom leverandører og detaljister i verdikjeden for mat, måtte en slik praksis bestått i at dagligvarekjedene underpriset EMV-produkter inn til butikk for å presse merkevareleverandører ut av markedet. Ettersom dagligvareaktørene bestemmer hvilke produkter og hvilke leverandører som skal i butikkhyllene, vil dagligvarekjedene fritt kunne nekte (altså tilsvarende som å presse ut) en leverandør fra butikkhyllene ved å ikke inngå avtale med denne leverandøren. Av denne grunn vil et forbud mot rovprising i verdikjeden for mat være lite hensiktsmessig, fordi dagligvarekjedene aldri vil ha insentiver til å operere på en slik måte. Dagligvarekjedene kan oppnå samme resultat ved helt lovlig å nekte den aktuelle leverandøren tilgang til butikkhyllen.

Marginskvis forekommer normalt ved at en vertikalt integrert aktør, som er til stede både i leverandørleddet og i detaljistleddet, setter høye priser på leverandørleddet og så lave priser til sluttbrukere at det ikke dekker kostnadene for konkurrerende detaljister. En konkurrerende og like effektiv detaljist som kjøper produkter fra den vertikalt integrerte leverandøren, vil da ikke være i stand til å konkurrere på pris til sluttbrukerne. For dagligvarekjedene vil en inngrepshjemmel mot marginskvis kun være relevant dersom dagligvarekjeden, som også er aktiv som produsent av EMV, priser EMV-produktene på en måte som gjør at den konkurrerende detaljisten som kjøper EMV fra kjeden, ikke klarer å konkurrere på pris. Ettersom kjedene i dag ikke selger EMV til konkurrerende detaljister, vil en slik regulering ikke ha noe for seg i verdikjeden for mat.

3.5 Kontraktsbrudd

Kontraktsbrudd er en form for ensidige handlinger som kan påvirke konkurransen. Delistinger midt i en avtaleperiode, ensidige prisjusteringer og mangelfulle eller for sene betalinger er typiske handlinger som vil redusere forretningsmessig forutberegnelighet og vil kunne påvirke leverandørenes insentiver til innovasjon mv. negativt. Dette vil kunne lede til færre og dårligere produkter og sånn sett virke konkurransebegrensende. Av de ulike typene rent ensidige handlinger, er det denne typen handlinger, som velter betydelig risiko over på leverandørene, som det kan være mest aktuelt å regulere i verdikjeden for mat.

Samtidig er det ingen holdepunkter for at denne typen kontraktsbrudd i dag er særlig utbredt i dagligvaremarkedet. Slike kontraktsbrudd vil uansett kunne forfølges privatrettslig ved de alminnelige domstolene av den enkelte leverandør, slik at heller ikke her vil det være behov for en særregulering.

¹ Competition Commission, *The supply of groceries in the UK market investigation (2008)*, avsnitt 9.71-81

4 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Basert på det ovenstående legges det til grunn at en særregulering av ikke-dominerende aktørers ensidige handlinger er lite hensiktsmessig i verdikjeden for mat, ettersom slike handlinger vanskelig kan sies å være skadelig for konkurransen. Dersom den ensidige atferden har gitt seg utslag i konkurranseskadelige avtalevilkår, omfattes dette allerede av forbudet i konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53.

Slik Wikborg Rein oppfatter det, er bakgrunnen for at myndighetene vurderer særreguleringer i verdikjeden for mat, i hovedsak en skepsis til dagligvarekjedenes innkjøpsmakt i forholdet til leverandørene og et ønske om økt vare- og leverandørutvalg i norske dagligvarebutikker.

Som redegjort for over vil imidlertid reguleringer som legger føringer på hvilke og hvor mange produkter/leverandører dagligvarekjedene skal ta inn i sine butikker, svekke konkurransen på leverandørleddet og øke kostnadene på detaljistleddet, hvilket vil lede til dårligere og dyrere produkter.

Kjøpermakt på detaljistleddet vil normalt være positivt for forbrukerne, fordi denne motvirker selgermakt hos leverandørene, og kan gi gevinster som føres videre til forbrukerne. Med effektiv konkurranse mellom dagligvarekjedene, vil dagligvarekjedene videreføre eventuelt lavere innkjøpspriser de oppnår til forbrukerne. Leverandørene vil imidlertid aldri kunne videreføre den økte profitten som en omfordeling av makt til fordel for leverandørene vil medføre. Tiltak som svekker kjedenes kjøpermakt og øker leverandørenes selgermakt vil derfor i beste fall omfordele profitt mellom leverandørene og kjedene, men den mest sannsynlige effekten vil være økte priser for forbrukerne.

Særreguleringer som har til formål å styrke leverandørsiden på bekostning av dagligvarekjedene, vil lede til dårligere fungerende markeder og vil dermed undergrave det formålet politikerne søker å oppnå gjennom reguleringen. Av denne grunn bør det heller ikke innføres særreguleringer som hovedsakelig har andre formål, med mindre det samtidig kan påvises at tiltakene rent faktisk vil lede til mer effektiv konkurranse i verdikjeden for mat.

Med vennlig hilsen
WIKBORG REIN ADVOKATFIRMA AS

Mads Magnussen
partner

Preben Milde Thorbjørnsen
fast advokat