

Kva påverknad har "lov om god handelsskikk i dagligvarekjeden" på konkurranseretten, og er det behov for ny regulering?

Masteroppgåve – JUS399

Kandidatnummer: 145

14 848 ord



UNIVERSITETET I BERGEN
Det juridiske fakultet

10.05.19

1	INTRODUKSJON.....	3
1.1	TEMA	3
1.2	OPPGÅVA SIN STRUKTUR	3
1.3	BAKGRUNN	3
1.3.1	<i>Daglegvarehandelen</i>	3
1.3.2	<i>2013-utreiinga</i>	5
1.3.3	<i>Lovforslaget</i>	6
1.4	AKTUALITET	7
1.5	RETTSKJELDEBILETE.....	8
1.6	METODE.....	9
1.7	MERKNADAR OG DEFINISJONAR.....	10
2	ER DET, JURIDISK SETT, EIT BEHOV FOR EI LOV OM GOD HANDELSSKIKK?	12
2.1	OVERSIKT	12
2.2	HØVET MELLOM KONKURRANSELOVA § 10 OG LOV OM GOD HANDELSSKIKK	12
2.2.1	<i>Introduksjon av kkrl. § 10</i>	12
2.2.2	<i>Lovforslaget § 6 sett opp mot kkrl. § 10</i>	14
2.2.3	<i>Unnatak frå kkrl. § 10 som reduserer problemet i praksis</i>	16
2.2.4	<i>Samanfatning kring kkrl. § 10</i>	17
2.3	HØVET MELLOM KONKURRANSELOVA § 11 OG LOV OM GOD HANDELSSKIKK	17
2.3.1	<i>Introduksjon av kkrl. § 11</i>	17
2.3.2	<i>Lovforslaget § 10 sett opp mot kkrl. § 11</i>	20
2.3.3	<i>Lovforslaget § 5 sett opp mot kkrl. § 11</i>	25
2.3.4	<i>Lovforslaget § 9 sett opp mot kkrl. § 11</i>	28
2.3.5	<i>Samanfatning kring kkrl. § 11</i>	29
2.4	LOVFORSLAGET OG KONKURRANSELOVA SUMMERT	30
3	BURDE EIN INNFØRE LOV OM GOD HANDELSSKIKK?.....	30
3.1	OVERSIKT OG METODE.....	30
3.2	BEHOVET FOR BETRA FORBRUKARVELFERD.....	31
3.2.1	<i>Oversikt</i>	31
3.2.2	<i>Vareutval</i>	31
3.2.3	<i>Tilgjenge</i>	33
3.2.4	<i>Pris</i>	33
3.2.5	<i>Samanhengen til lovforslaget</i>	34
3.3	DIREKTIVET	35
3.4	MAKTUBALANSE	37
3.5	KRITIKK AV LOVFORSLAGET	37
3.5.1	<i>Utradisjonell lovgjeving</i>	37
3.5.2	<i>Lova sitt virkeområde, daglegvarebransjen</i>	38
3.5.3	<i>Uklarheit i følgjene for gjeldande rett</i>	38
3.6	POTENSIALET FOR EI 'SAMLELOV'.....	39
3.7	ALTERNATIV TIL LOV	40
3.7.1	<i>Forskrift</i>	40
3.7.2	<i>Inga lov</i>	40
4	LITTERATURLISTE	42

1 Introduksjon

1.1 Tema

Temaet for denne oppgåva er forslaget om lov om god handelsskikk i daglegvarekjeda. Hovudproblemstillinga er kva påverknad lov om god handelsskikk har på konkurranseretten, og om det behov for ny regulering.

Heilt overordna vil oppgåva kaste lys over korleis lovforslaget stiller seg i høve gjeldande konkurranserett, altså om den overlappar, utfyller, presiserer, står som alternativ til gjeldande konkurranserett, eller ikkje rører ved den i det heile. Dette gjer det mogleg å seie noko om behovet for lova, og vidare, om lova burde verte innført.

1.2 Oppgåva sin struktur

Oppgåva er todelt. Den fyrste delen vil omfatte ein introduksjon av det eksisterande rettskjeldebiletet og kor det er rom for nærare regulering. Oppgåva vil utreie relevante delar av lovforslaget, og gi ei analyse av korleis lovforslaget stiller seg til gjeldande rett. Den andre delen vil omfatte ei vurdering av om lovforslaget burde verte vedteke. Etersom dette er ei masteroppgåve i konkurranserett, vil eg i det vidare hovudsakleg avgrense meg til konkurranserettsområdet, her konkurranselova (kkrl.) §§ 10 og 11.¹

Når det kjem til lovforslaget om god handelsskikk vil eg fokusere på eit utval føresegner som grip inn på konkurranserettsområdet. Føresegnene som er omtala i oppgåva her er valt fordi dei har eit tydeleg samanfall med konkurranseretten. Av omsyn til oppgåva si lengde kan ikkje alle føresegnene i lovforslaget bli inkludert.

1.3 Bakgrunn

1.3.1 Daglegvarehandelen

Daglegvarehandelen er ei næring som omkrinsar oss alle. Den er til stades i heile landet, gir arbeid til 376 000 tilsette², og står for ein stor del av kvar enkelt sitt gjennomsnittlege totalforbruk.³ Det er derfor ikkje unaturleg at det også er stort fokus på næringa sin prestasjon, altså sluttproduktet, både når det kjem til kvalitet, innovasjon, pris og utval. Næringa sin stadig

¹ Konkurranselova, Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (2004-03-05-12)

² Tal for 2017, jf. - Meld. St. 9 (2018-2019) Nærings og fiskeridepartementet, Handelsnæringen – når kunden alltid har nett s. 9

³ 11%, Tal for 2017, jf. SSB, tilgjengelig på <https://www.ssb.no/nasjonalregnskap-og-konjunkturer/artikler-og-publikasjoner/dette-bruker-nordmenn-penger-pa>

sterkere konsentrasjon, i alle ledd frå produksjon til utsal, har derfor fått mykje merksemd dei siste åra.⁴ Eit av spørsmåla som har blitt stilt, er om konsentrasjonen hemmar konkurransen og utviklinga av bransjen, og dermed også sluttproduktet.

Med høg konsentrasjon forstår ein få aktørar i horisontal konkurranse, anten dei opererer som kjøpar eller seljar. Ifølgje klassisk økonomisk teori vil ein marknad med sterk konsentrasjon ha større risiko for svak konkurranse, gjennom eksplisitte eller stillteiande prissamarbeid, lågare innovasjonsgrad, og maktubalanse (svakare reell seljar- eller kjøpemakt) med meir.⁵ Svak konkurranse kan soleis true forbrukarane si velferd. Med forbrukarvelferd forstår ein velferd for sluttkundar gjennom låge priser, høg kvalitet, breitt vareutval og høg grad av tilgjenge.⁶ Denne konsentrasjonen i daglegvarebransjen har vore ei otte og eit overvaka tema iallfall sidan 1999.⁷

Mogleg regulering av god handelsskikk i daglegvarehandelen er ingen ny diskusjon. I 2010 vart det nedsett eit utval for å sjå nærare på denne konsentrasjonen, meir spesifikt maktforholda, i daglegvarebransjen. I tillegg såg utvalet på utviklinga av forhold som kan "*oppfattes som urimelig forretningspraksis*", vere "*i strid med god handelsskikk*" eller som kan ha en negativ verknad på "*viktige samfunns- og forbrukerinteresser*", i daglegvarebransjen.⁸ I dette arbeidet avdekka utvalet ei rekke praksisar som utvalet meinte ga utøvaren "urimelige fordeler", men var vurdert som innanfor lovverket.⁹ Det var her tale om praksisar som misbruk av midlar dedisert til felles marknadsføringsinnsats ("Joint Marketing"), misbruk av kunnskap erverva i samband med avtaleforhandlingar, med meir. Utvalet gikk langt i å hevde at desse praksisane var mogleggjort av ein maktubalanse i avtaleforholda, dels som eit resultat av nemnte konsentrasjon i marknaden,¹⁰ og til dels også av ein fryktkultur.¹¹ Utvalet konkluderte med at det "kan stilles spørsmål ved om [dagens] regulering gir tilstrekkelige retningslinjer for å sikre at forhandlingsmekanismen ivaretar hensynet til forbrukernes interesser og hensynet til god handelsskikk" og at det følgjeleg burde knesetjast ein "adferdkodeks" som "hjemles i en ny lov om forhandlingar og god handelsskikk i dagligvaresektoren".¹²

⁴ Menon Economics, (2018) publikasjon nr. 33 "Konkurranse i dagligvaremarkedet – konkurranse i alle ledd" s. 2 og 3

⁵ Menon-rapporten Op. Cit. s. 38

⁶ Definert i NOU 2013:6 "God handelsskikk i dagligvarekjeden", s. 132 § 1

⁷ UIO, Det samfunnsvitenskapelige fakultet, Geir Gripsrud og Peder Inge Furseth, "Makt- og demokratiutredningens rapportserie", Rapport 39, mars 2002, ISBN 82-92028-42-0, tilgjengelig på <https://www.sv.uio.no/mutr/publikasjoner/rapporter/rapp2002/Rapport39.html>

⁸ NOU 2011:4 "Mat, makt og avmakt", s. 16

⁹ Ibid. s. 135 og s. 16

¹⁰ Ibid. s. 51, 80 og 135

¹¹ Ibid. s. 80 og 121. Fryktkultur: ei frykt for represalier, t.d. delisting, frå tyngre aktørar dersom visse krav ikkje er fylgt opp.

¹² Ibid. s. 135

1.3.2 2013-utreiinga

Som eit resultat av desse funna og 2011-utreiinga si anbefaling, vart det nedsett eit nytt utval, NOU 2013:6, som resulterte i det fyrste lovforslaget om god handelsskikk i daglegvarekjeda.¹³ Spørsmålet 2013-utvalet skulle sjå på var om det var "behov for en egen bransjespesifikk lov om god handelsskikk" og korleis eit "prinsipp om god handelsskikk og et forbrukerprinsipp" var teke i vare i gjeldande rett.¹⁴

I tråd med mandatet, la utvalet særlig vekt på at god handelsskikk skulle forståast slik at reguleringa bidreg til at "forbrukerne kommer bedre ut i form av lavere priser, bedre utvalg, tilgjengelighet og kvalitet"¹⁵, noko som rimar med ottene til 2011-utvalet. Formålet set altså fram to hovudmålsettingar: å heve *forbrukarvelferda*, og å heve *den etiske standarden* blant dei næringsdrivande i daglegvarebransjen. Formålet føreset vidare ein kausaleffekt mellom ein høg etisk standard og forbrukarvelferd, som altså skal betre effektivitet. Symmetrisk informasjonstilgang ved avtaleinngåinga, førehandsvisse innanfor kontraktsforholdet, samt visse om at eigenutvikla forretningskonsept ikkje ville bli kopiert, vart sett fram som satsingsområda for å oppnå effektivitetsgevinsten.¹⁶

Hovudtanken frå 2013-utreiinga er at det fins ein ikkje-utnytta effektivitetsgevinst i produksjonslinja frå bonde til forbrukar i daglegvaremarknaden, som vil bli realisert gjennom regulering av næringsaktørane si åtferd, og vil tilkome forbrukarane gjennom betre tilbod og lågare produktpris.¹⁷

Forslaget er utforma slik at reguleringsobjektet er dei vertikale avtaleforholda mellom dei næringsdrivande i daglegvaresektoren, men hovudformålet er likevel å auke velferda til forbrukaren.

Utvalet føreslo å regulere seks meir eller mindre konkrete forretningspraksisar dei vurderte som "uheldig/uønsket".¹⁸ Vurderinga av kva forretningspraksisar som var "uønsket" var

¹³ Ibid. s. 135 originaltittel: "Lov om god handelsskikk ved omsetning av dagligvarer"

¹⁴ NOU 2013:6 s. 12

¹⁵ Ibid. s. 12

¹⁶ Ibid. s. 12

¹⁷ Meir spesifikt blir det skrive at "redelighet og forutberegnelighet vil komme forbrukeren til gode gjennom tilrettelegging for investeringer, innovasjon, et lavere konfliktnivå, effektive forhandlingsløsninger og lavere priser" s. 107.

¹⁸ NOU 2013:6, s. 45

hovudsakleg bestemt langs dei to nemnde aksane, omsyn til *høg etisk standard* og *forbrukarvelferda*.

2013-utreiinga søkte *ikkje* å regulere maktbalansen i marknaden, og heller ikkje konsentrasjonen i marknaden, som altså var opphavet til 2011-utreiinga som 2013-utreiinga bygger på. Dette var vurdert som utanfor 2013-utreiinga sitt mandat.¹⁹ Oppgåva vil kort røre ved dette under i punkt 3.4 om maktubalanse.

1.3.3 Lovforslaget

Lova vart sendt til høring i 2013. Eit nytt høringsnotat (heretter "høringsnotatet") vart publisert 26. april 2019.²⁰ Høringsnotatet set for det meste fram mindre, semantiske endringar i forslaget frå NOU 2013:6. Den største endringa er under formålsparagrafen, der det er sett fram ei heilt ny alternativ formulering, i tillegg til den som er identisk til NOU 2013:6. Andre merkbare endringar er at høringsnotatet revurderer det å opprette eit eige handelstilsyn, og det opnast ikkje lenger for at tilsynet kan gi gebyr for overtramp direkte.²¹ Med "lovforslaget" siktast det heretter til forslaget slik det er presentert i høringsnotatet, ikkje NOU 2013:6.

Lovforslaget set fram 20 paragrafar. Om ein ser vekk frå nemnde formålsparagraf, og dei obligatoriske notane om "anvendelsesområde" (§ 2) og "ikrafttredelse" (§ 20), utgjer reguleringa av forretningspraksisane brorparten av lova (§§ 4-11, der § 4 er ein sekkepost). Dei resterande går med til å opprette og regulere kompetansen til eit tilsyn (høvesvis § 3 og §§ 13-17), kartlegge klagetilgangen (§§ 18 og 19) og opne for forskrift (§ 12).²²

Dei konkrete forretningspraksisane kan delast inn i handlingskrav, innhaldskrav og forbod. *Handlingskrava* knyt seg til informasjonsflyt (§ 6), og til vern av motparten sine forventingar ved investering (§ 8). *Innhaldskrava* til avtalen gjeld ytingane og endringsprosessane (§ 5), ansvaret for svinn (§ 9), og høve for "delisting" (§ 10). Så er det *forbod* mot utnytting av forretningshemmelegheiter utan samtykke (§ 7) og bruk av truande forretningsmetodar (§ 11). Ein kan merke seg at praksisane altså er knytt til alle ledd i forretningsforholdet; både forhandlingsprosessen, innhaldet i avtalen, og åtferda i kontraktperioden.

¹⁹ Ibid. s. 12

²⁰ Nærings- og fiskeridepartementet, Høringsnotat, "Forslag til lov om god handelsskikk i dagligvarekjeden", 26. april 2019.

²¹ Høringsnotatet s. 87 og NOU 2013:6 s. 132, §§ 2, 3 og 15. Merk at tilsynet kan gi gebyr for brot på pålegg om opphør.

²² Høringsnotatet s. 87 flg.

1.4 Aktualitet

I fjor vedtok Stortinget å be regjeringa legge fram forslag til lov om god handelsskikk med tilhøyrande tilsyn, som skulle tre i kraft i laupet av 2019.²³ Eit nytt høringsnotat vart publisert 26. april i år. Det er dermed tydeleg at temaet for denne masteroppgåva er særskildt aktuelt.

Daglegvarebransjen er også aktuell i nyheitsbiletet. Innkjøpsprisane i bransjen, særleg rabattordningane, er under lupa i samband med ei kartlegging av konsentrasjonen og moglege etableringshinder i bransjen, noko som har fått mykje merksemd.²⁴ Kanskje meir merksemd fikk det når både Høgre og Ap i fjor føreslo å forby prisdiskriminering i leverandørleddet for nettopp å betre nyetablering.²⁵ Rema 1000 sin "bestevenn-strategi", der kjeda stramma kraftig inn på sortimentet, fekk også særskildt mykje omtale i fjor.²⁶ Stortinget bad regjeringa utreie bl.a. nemnde prisdiskriminering samstundes som dei bad om forslag til lov om god handelsskikk.²⁷ Oppgåva vil ikkje utreie eller drøfte slike etableringshinder eller maktkonsentrasjon nærare. Oppgåva analyserer delisting i punkt 2.3.2 men rører ikkje ved spørsmålet om "bestevenn-strategien" innebar noko kritikkverdig. Eksempelet viser likevel at brot i avtaleforholdet mellom leverandør og kjede både reelt sett skjer og kjennast av den jamne forbrukar.

Parallelt med det norske initiativet er det teke steg på EU-nivå for å få bukt med "illoyal handelspraksis" mellom næringsdrivande i daglegvarebransjen.²⁸ Direktivet om "urimelig handelspraksis i relationer mellom virksomheder i fødevareforsyningskjeden" (heretter "direktivet") vart vedteke 17. april 2019.²⁹ Merk at EØS-relevansen til direktivet ikkje er avklart enno, noko eg kjem tilbake til nedanfor i punkt 1.6 om metode. Det er også frå før gitt liknande nasjonal lovgiving i store delar av EU, der Norden har vore eitt av få unntak.³⁰ Etter vedtakinga av direktivet vil også EU-landa i Norden plikte å skrive liknande lovgjeving. Dette understreker oppgåva sin aktualitet.

²³ Stortinget, dokument 8:170 S (2017-2018), Innst. 292 S (2017-2018), vedtak 766 2018,

²⁴ Sjå denne, <https://www.aftenposten.no/okonomi/i/WLQkzL/Setter-i-gang-omfattende-granskning-av-matkjeder-og--leverandorer> og denne <https://konkurransetilsynet.no/dagligvarebransjen-skal-granskes-ytterligere/> (begge lest 08.05.19)

²⁵ Sjå denne, https://www.nrk.no/norge/professor-om-prisregulering-av-matvarer_-_forbrukerne-blir-taperne-1.13965427 og denne https://www.nrk.no/norge/hoyre-sminket-_stalin-forslag_-om-dagligvarer_-apner-fortsatt-for-like-matvarepriser-1.13995719 (begge lest 08.05.19)

²⁶ Sjå denne, <https://www.dn.no/handel/rema/coca-cola/dagligvarer/ett-ar-etter-oppryddingen-hentes-coca-cola-inn-igjen-i-rema-hyllene/2-1-254454> (lest 08.05.19)

²⁷ Stortinget, op.cit. vedtak 767 2018

²⁸ Com(2018) 173 (final), Forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV om illoyal handelspraksis i relationer mellom virksomheder i fødevareforsyningskæden,

²⁹ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/633 af 17. april 2019

om urimelig handelspraksis i relationer mellem virksomheder i landbrugs- og fødevarefor- syningskæden s. 1

³⁰ Miljø og Fødevareministeriet, "GRUNDNOTAT TIL FOLKETINGETS EUROPAUDVALG", 8. mai 2018, s. 6

Sjølve problemstillinga er tilsvarande aktuell som oppgåva. Som eg kjem inn på under punkt 1.5 om rettskjeldebilete, kartlegg NOU 2013:6 konkurranseretten, men er taus kring korleis lovforslaget stiller seg til konkurranserettsområdet, og motsett.³¹ Det er også høgst aktuelt å gi ei anbefaling kring lovforslaget medan lovforslaget faktisk er til høring.³²

1.5 Rettskjeldebilete

Som eg vil kome nærare inn på i oppgåva, synast lov om god handelsskikk å strekke seg over fleire rettsområde, som konkurranseretten, avtaleretten, samt forbrukarretten, så vel som immateriell rett. Dette gjer at rettskjelder frå andre rettsområde må trekkast inn i tolkinga av paragrafane i lovforslaget, også når ein avgrensar til konkurranseretten. Rettskjeldebiletet inkluderer altså lover også utover konkurranselover.

Lovforslaget sitt omfang gjer det også utfordrande å identifisere kva grunnleggande omsyn lova har, i alle fall for lova i si heilheit. På den eine sida søker lovforslaget å regulere forholdet mellom private aktørar i ein konkurranseutsett bransje med betra effektivitet som eit overordna mål, noko som typisk er formålet med konkurransereglar.³³ På den andre sida peikar «god handelsskikk», og fleire av dei konkrete forretningspraksisane som vert regulert, på meir avtalerettslege formålsvurderingar, der rimelegheitsformålet normalt står sentralt. Dette kan gjere det utfordrande å klarlegge korleis reglane grip inn i dei einskilde rettsområda. Eksempela i denne oppgåva vert ikkje ramma av dette. Merk at problemstillinga likevel kan verte aktuell i praksis.

Sjølv om lovforslaget tilsynelatande grip inn i fleire rettsområde, er det få rettskjelder om god handelsskikk i daglegvarebransjen. All den tid lova enno ikkje er vedteke, er naturlegvis rettspraksis ikkje aktuelt. Trass i at lovforslaget, i nesten lik versjon, kom allereie i 2013, er det heller ikkje mykje juridisk teori kring spørsmålet. Sjølv om NOU 2013:6 kartlegg kkrl. §§ 10 og 11, omtalar ikkje NOU 2013:6 paragrafane i relasjon til i lovforslaget. Det vert heller ikkje forklart korleis enkeltparagrafar i lovforslaget vil stå i høve kkrl. §§ 10 og 11. Det er derfor interessant å drøfte dette nærare.

³¹ NOU 2013:6 kap 9.

³² Fristen for høringssvar er 7. juni.

³³ Sjå t.d. konkurranselover §§ 1, 2 og 5 (1).

Det er eit noko betre tilfang av rapportar og tal kring vareutval, tilgjenge, pris og konkurransesituasjonen i daglegvarebransjen. Dette blir aktuelt i vurderinga av om ein burde innføre lov om god handelsskikk i punkt 3.

Analysane i denne oppgåva vil i stor grad basere seg på NOU-ane 2011:4 og 2013:6, samt høringsnotatet, i tillegg til konkurranselover §§ 10 og 11.

Direktivet gjeld altså same bransje, og kjem om lag samstundes som lovforslaget.³⁴ Merk at Noreg, som medlem av EØS-avtala, i utgangspunktet er bunde til å "treffe alle generelle eller særlege tiltak" for å oppfylle "forpliktelsene" som følger av EØS-avtalen, jf. art. 3. Det er ikkje konkludert på om direktivet vil ha EØS-relevans.³⁵ Eg legg for denne oppgåva til grunn at direktivet ikkje har EØS-relevans, med hovudvekt på at Kommisjonen sjølv ikkje har angitt EØS-relevans, og at direktivet ikkje er heimla under nokon av dei fire friomane eller konkurranselovgeving, men under landbrukspolitik, jf. art. 43 (2) TFEU, som i utgangspunktet fell utanfor avtalen.

Ved tolking av konkurranselover må ein sjå til EU-retten.³⁶ Denne har eit godt tilfang av praksis på konkurranserettsområdet. Tolkingsbidraga pregast av veletablerte dommar, det er også stort sett desse som vert nytta i denne oppgåva.

1.6 Metode

Oppgåva fokuserer på norsk rett og følgjer derfor alminneleg norsk juridisk metode.³⁷ Særleg forarbeid får ein naturleg sentral plass i oppgåva, ettersom lovforslaget ikkje er vedteke. Ettersom oppgåva skal svare på korleis forslaget vil påverke gjeldande rett, vert sjølve lovforslaget tolka som vedteken lovtekst. I utreiinga av gjeldande rett tek oppgåva utgangspunkt i norsk lov, særleg konkurranselover, men også avtalelover³⁸ med fleire. Der dette følgjer av norsk rett vil det vere naudsynt å sjå til EU-rett. Dette gjeld særleg for konkurranselover §§ 10 og 11 som er harmonisert med art 101 og 102 TEUV (TFEU) og art. 53 og 54 i EØS-avtalen.³⁹

³⁴ Dir. 2019/633 s. 1

³⁵ Sjå til dømes høringsnotatet s. 19.

³⁶ Tine-dommen (rt.2011.910) avsnitt 63

³⁷ Sjå t.d. Boe, Erik Magnus (2010) Innføring i JUSS juridisk tenkning og rettskildelære, 3. utgave s. 151 flg. (kap. 11-14)

³⁸ Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljserklæringer (1918-05-31-4)

³⁹ Tine-dommen (rt.2011.910) avsnitt 63

Då det finst liten eller ingen rettleiing andre stader, nyttast NOU 2011:4 og NOU 2013:6 til å avklare forståinga av lovforslaget. NOU 2013:6 vert sentral i framstillinga, både som kjelde til faktum, og kjelde til formålet med lovforslaget, samt tidvis vere retningsgivande i utreiinga av gjeldande konkurranserett.⁴⁰ NOU 2011:4 nyttast til å sjå utviklinga i historisk perspektiv, og forstå behovet lova skal dekke. Høringsnotatet nyttast som eit oppdatert lovforslag, og for å presisere tolkingar av NOU 2013:6.

Ettersom lovforslaget er i høringsprosessen, får drøftingane i oppgåva eit noko hypotetisk preg når det drøftast de lege lata. Merk også at utforminga av problemstillinga, særleg punkt 3, gjer at denne oppgåva ofte argumenterer de lege ferenda. Med de lege ferenda meinast slik utforminga av lova burde vere basert på korleis retten elles er (de lege lata).

Som skissert under rettskjeldebilete leggst det til grunn at direktivet⁴¹ ikkje har direkte EØS-relevans. Direktivet nyttast derfor ikkje for å kartlegge gjeldande rett, i punkt 2. Samanfallet i tid og virkeområde for direktivet og lovforslaget gjer det likevel naturleg å nytte direktivet i drøftinga av om det norske lovforslaget burde verte vedteke, og korleis lova eventuelt kan utformast, som er tema i punkt 3. I arbeidet med direktivet har det blitt gjort kvalitative undersøkingar.⁴² Desse vil naturleg nok ikkje nødvendigvis spegle norske forhold, men kan bidra til illustrasjon.

1.7 Merknadar og definisjonar

I oppgåva omtalast utsalsstad, butikk, kjede, grossistledd og paraplyorganisasjon, som kjede eller kjedene, slik dei gjerne omtalast i daglegtale. Dei tre store paraplyorganisasjonane Norgesgruppen, Coop og Rema står i dag for eigen grossistteneste. Bunnpris er ikkje ein del av desse paraplyane, men har hatt innkjøpsavtalar med Rema og Norgesgruppen.⁴³ Denne detaljen har, slik eg ser det, lite påverknad på analysen. Marknaden får soleis ei pedagogisk tredeling vertikalt: produsent, kjede og forbrukar. Ettersom lov om god handelsskikk søker å regulere forholdet mellom næringsaktørane, vil denne oppgåva i stor grad fokusere på samspelet mellom leverandør og kjede. Ettersom lova også har som formål å betre forbrukarvelferd, vil det også tidvis vere rom for også å vurdere fylgjene for forbrukar.

⁴⁰ NOU 2013:6 kapittel 9.

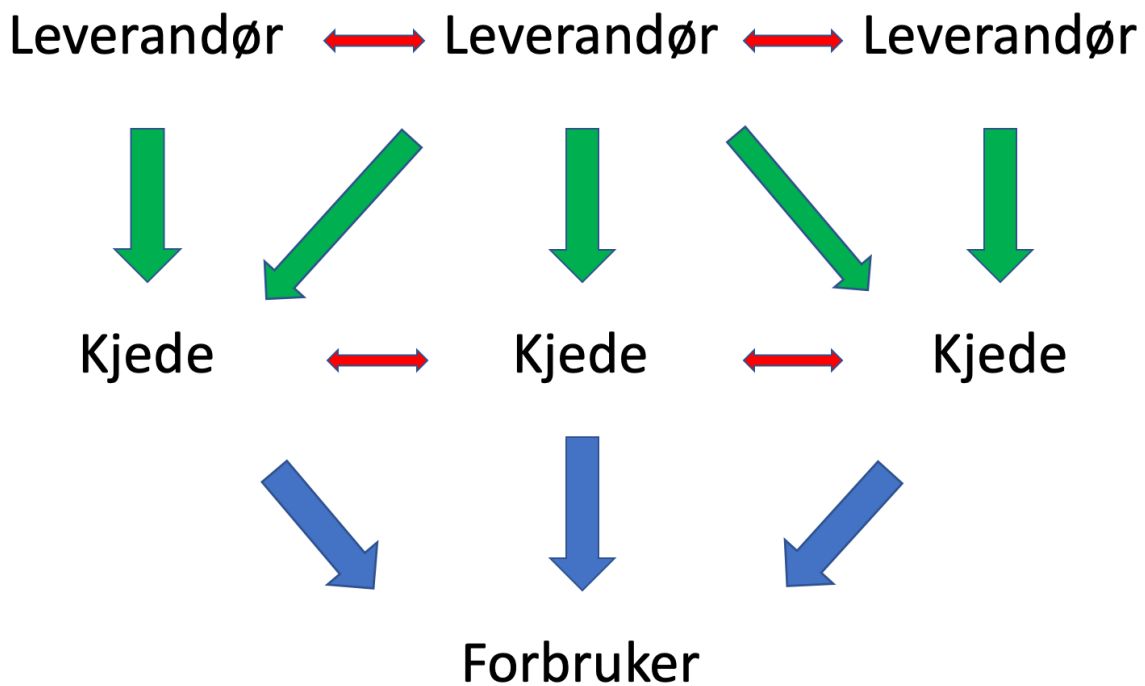
⁴¹ Dir 2019/633

⁴² Com(2018) 173 (final) s. 7

⁴³ Menon-rapporten s. 10-11

Marknaden daglegvareaktørane opererer i vil i denne oppgåva omtalast som "daglegvarebransjen". Det leggst til grunn at lovforslaget sikter til denne marknaden når det i lovforslaget sin tittel står "dagligvarekjeden". Uttrykket "dagligvarekjede" er særst uheldig ettersom det lett kan feiltolkast til å representere dei ovannemnde kjedene, slik ordet gjerne blir nytta i daglegtale, og ikkje bety næringskjeda frå produsent til forbrukar, slik ein må anta Nærings- og fiskeridepartementet har tenkt.

Det vertikale forholdet tyder samspelet, gjerne avtalane, nedover i næringskjeda, altså mellom leverandør og kjede; så kjede og forbrukar (grøne og blå piler). Det horisontale forholdet peiker på samspelet mellom konkurrentar, her mellom kjedene, eller mellom leverandørane (raude piler). Forholdet lovforslaget vil regulere er i grønt. Daglegvaremarknaden kan då, heilt overordna, illustrerast slik:



2 Er det, juridisk sett, eit behov for ei lov om god handelsskikk?

2.1 Oversikt

Per i dag fins det ikkje noko lov om god handelsskikk. Området lova om god handelsskikk tek sikte på å dekke er likevel ikkje rettstomt. Samhandling mellom aktørane i daglegvarekjeda, som i stor grad skjer gjennom avtalar, er sjølvstøtt allereie regulert fleire stader innanfor avtaleretten. Til dømes er urimeleg prissetting regulert av pristiltakslova.⁴⁴ På konkurranseretten sitt område er konkurranseskadeleg samarbeid, misbruk av dominerande stilling, fusjonar og oppkjøp og høve til å skrive konkurranse-fremjande forskrift regulert av konkurranselova.⁴⁵ Dette reiser spørsmålet om det er behov for ei lov om god handelsskikk.

For å kunne vurdere dette, vil oppgåva i det følgjande utgreie korleis det eksisterande rettskjeldebiletet kring konkurranselova §§ 10 og 11 ser ut, og korleis det stiller seg i høve eit utval av føresegnene i lovforslaget. Dette vil kunne gi svar på om lovforslaget overlappar, utfyller, presiserer, står som alternativ til eller ikkje rører ved konkurranselova i det heile.

2.2 Høvet mellom konkurranselova § 10 og lov om god handelsskikk

2.2.1 Introduksjon av kkrl. § 10

Konkurranselova § 10 forbyr bl.a. «avtale» eller «samordnet opptreden» mellom "foretak" som "hindrer", "innskrenker" eller "vrir" konkurransen. Dette forståast som konkurranseavgrensande samarbeid. Forbodet gjeld likeins for om avtalen har konkurranseavgrensing som «formål» og/eller som «virkning», og i utgangspunktet likeins for avtalar inngått horisontalt og vertikalt i marknaden.⁴⁶ Det er den vertikale dimensjonen som er interessant for forslaget til lov om god handelsskikk. Føresegna er harmonisert med art. 101 TEUV (TFEU) og art. 53 i EØS-avtalen.⁴⁷

Konkurranselova § 10 er aktuell i samband med lov om god handelsskikk fordi fyrstnemnde forbyr konkurranseavgrensande samarbeid. Dette gjeld til dømes samarbeid om pris, slik som å dele marginar, kalkyler, oppskrifter og liknande, eller på marknadssida, som å direkte eller indirekte avtale deling av markadar mellom seg anten ved geografi eller andre demografiske segment. Dette er forbode ettersom det omveges svekker konkurranseposisjonen og virket til dei

⁴⁴ Pristiltakslova (1993-06-11-66) § 2

⁴⁵ Konkurranselova, særleg §§ 10, 11, 16 og 14 høvesvis.

⁴⁶ Jf. t.d. Tine-dommen (rt.2011.910)

⁴⁷ Merk at uttrykket "foretak" skil seg frå "aktør" og er snevrare, dette skiljet er likevel ikkje aktuelt i denne drøftinga.

resterande, uvitande, aktørane, eller fordi det frigjer partane frå konkurransepress, noko som rammur samfunnsøkonomisk effektivitet.

Konkurranselova § 10 (3) og (4) set fram ei rekke unnatak. Nokre av desse kjem eg tilbake til i drøftinga under.

Uttrykket "samordnet opptreden" tilseier at forbodet gjeld også når det ikkje er avtale mellom partane, til dømes berre sondering, det inkluderer altså informasjonsflyt. Denne forståinga er stadfesta i bl.a. sak T-202/98.⁴⁸ Her var det også konkretisert at § 10 "kategorisk" forbyr slikt samarbeid som resulterer i "at påvirke en aktuell eller mulig konkurrents markedsadfærd, eller at informere sådan konkurrent om den markedsadfærd som man har besluttet sig til – eller overveier – selv at følge" når dette hindrar, vrir eller innskrenkar konkurransen. Det er altså tilstrekkelig for å konstatere samarbeid at ein informerer ein mulig konkurrent om si eiga planlagde, potensielle åtfærd. Det synast soleis å vere eit sær svidt spenn av informasjon som fell inn under § 10.

At forbodet likeins gjeld "formål" som "virkning" viser også at føresegna har stort tilfang. Uttrykka "formål" eller "virkning" viser til to separate alternative vurderingar. Ein vurderer likevel "virkning" berre dersom vilkåret "formål" ikkje er oppnådd.⁴⁹ Vurderinga av "formålet" er objektiv, knytt til innhaldet i samarbeidet og kva mål dette kunne oppnå sett i lys av tilfellet sine rettslege og økonomiske omgivningar.⁵⁰ Vurderinga av "virkning" er knytt til ei objektivt analyse av kva konkurranse som realiserte seg etter samarbeidet opp mot ein hypotetisk konkurransetilstand utan samarbeidet.⁵¹ Det er altså ikkje eit spørsmål om subjektiv skuld for å vere i brot med § 10. Dette medfører at også informasjonsflyt som ikkje var meint å avgrense konkurransen, kan falle under § 10. Konkurransetilsynet kan likevel berre gi gebyr for aktlause eller forsettelege brot på § 10, jf. § 29.

Medan lov om god handelsskikk handlar om å betre forholdet mellom aktørane i daglegvarebransjen, hovudsakleg gjennom *betring* av informasjonsflyt og tillit mellom dei næringsdrivande, omhandlar kkrl. § 10 *avgrensing* av informasjonsflyt mellom aktørane. Det er altså eit potensielt spenningsforhold mellom føresegnene. Ein kan til dømes tenke seg at aktørane har informasjon som både er pålagt og forbode å dele. Spenningsforholdet er altså

⁴⁸ T-202/98 Tate & Lyle plc, British Sugar plc og Napier Brown & Co. Ltd mot Kommisjonen, premiss 56

⁴⁹ C-32/11 Allianz Hungária, Biztosító Zrt. m.fl. mot Gazdasági Versenyhivatal, avsnitt 33 og 34

⁵⁰ Ibid. avsnitt 36

⁵¹ C-8/95 New Holland Ford Ltd mot Kommisjonen, avsnitt 90

knytt til kva informasjon som må rubriserast under kva føresegn; kor skiljet skal gå. Merk at informasjonsflyt er ein av grunnelementa i det nye lovforslaget.⁵² Desse ulike formåla, altså eit krav om informasjonsflyt på eine sida, og eit forbod imot det på den andre, er derfor særst interessant å sjå nærare på.

2.2.2 Lovforslaget § 6 sett opp mot kkrl. § 10

I lovforslaget sin § 6, om informasjon i forhandlingar, konstaterast det at partane "før inngåelse av avtaler om distribusjon og salg" har krav på informasjon som den andre parten "besitter" og angår "fastleggelsen av forpliktelsene etter avtalen". Dette gjeld likevel ikkje informasjon som den andre parten har "legitim grunn" til å halde hemmeleg.

Før dei inngår avtale må altså aktørane (i utgangspunktet) overgi all den informasjonen dei har, som er relevant for å konstatere pliktene avtalen inneber, til motparten sin i avtaleforholdet.

Regelen oppgir berre to skrankar for den tosidige informasjonsflyten, at du "besitter" informasjonen og at den angår "fastleggelsen av forpliktelsene etter avtalen". Med uttrykket "besitter" må ein forstå informasjon aktøren har på det tidspunktet, men også heilt fram til avtaleinngåinga, jf. "før inngåelsen". Det avgrensar altså berre mot informasjon ein får etter inngåinga. Med "informasjon" forstå ein samstundes også kunnskap om framtida, slik at forventningar utover avtaletidspunktet som ein har fram til inngåinga vil kunne verte kravd utlevert.

Uttrykket "fastleggelsen av forpliktelsene etter avtalen" er langt meir utfordrande å tolke. Merk at ei mogleg, noko uvørden, tolking er at alt som er naudsynt for å *bestemme* pliktene som *skal* i avtalen, må verte gitt. Ei slik tolking vil omfatte ei særst vidtrekkande mengde informasjon. Sett saman med NOU 2013:6 er det likevel heller nærliggande å seie at "fastleggelsen av forpliktelsene" betyr å gi høve for motparten til å *forstå* pliktene avtalen han *straks* inngår inneber. Formålet med føresegna er, folkeleg sagt, å sikre aktørane *identisk* informasjon, slik at dei begge har insentiv for å bake ei størst mogleg kake saman, ettersom begge får ein lik bit av den. Dette i motsetnad til dersom éin aktør, grunna "informasjons-asymmetri", har høve til å minske den totale kaka, men auke sin prosentdel så mykje at han jamvel går i pluss.⁵³

⁵² Sjå punkt 1.3.2 eller NOU 2013:6 s. 117 og s. 12

⁵³ NOU 2013:6 s. 36

Det interessante er likevel at "fastleggelsen av forpliktelsene etter avtalen" er eit særst vart uttrykk, altså vil det vere utfordrande i praksis å drage eit skilje for kva ein skal dele. Dette gjeld særleg framtidsutsiktene. Som vist kastar kkrl. § 10 nettet vidt kring informasjon om planlagde handlingar og liknande. Ei nærliggande forståing av "informasjon" i § 6 inneber mengde og pris (avtalepartane imellom), samt eventuelle bonus- og rabatt-ordningar i avtalen. Informasjonstypene er likevel ikkje lista opp, så det vil vere ei konkret og individuell vurdering for kvar aktør, for kvar avtale.

Ser ein lovforslaget § 6 i lys av kkrl. § 10 får aktørane følgjande overordna vurdering. Informasjonen som angår "fastleggelsen av forpliktelsene etter avtalen" skal verte gitt ved mindre parten har "legitim grunn" til hemmelegald, eller informasjonsdelinga vil "hindre" "innskrenke" eller "vri" konkurransen, jf. lovforslaget § 6 jf. kkrl. § 10.

Det ein ser, i essens, er at lov om god handelsskikk krev at ein skal utlevere informasjon, men at kkrl. § 10 forbyr ein å dele for mykje. Det er vanskeleg å sjå føre seg *overlapp*, all den tid § 6 andre punkt opnar for hemmelegald ved "legitim grunn". Regelen kan naturleg tolkast slik at hemmelegald er "legitimt" dersom informasjonsflyten vil konstituere brot på kkrl. § 10. Altså vil antakeleg ikkje den same informasjonen i det same tilfellet vere både påbode og forbode å dele.

Det er likevel nærliggande å forstå det slik at ein aktør i visse tilfelle må treffe valet av kva og kor mykje han skal dele nokså nøyaktig for ikkje å vere i fare for reaksjonar, anten frå § 10 eller § 6. Det er ikkje fjerntliggande at informasjon om planlagt marknadsåtferd, som gjerne er eigna til å endre motparten si marknadsåtferd, blir ein del av informasjonsflyten, av aktløyse. Den smale stilen til NOU 2013:6, og den naturlege mangelen på praksis, gjer det vanskeleg å kome med meir konkrete eksempel. Eit døme kan likevel vere informasjon til ein motpart om kva rabattordning aktøren tilbyr andre. Ein vil då vere open for gebyr jf. kkrl. § 29, jf. 10, jf. nemnde sak T-202/98. På generell basis har næringsaktørar allereie vanskar med å lokalisere innslaget til kkrl. § 10.⁵⁴

Merk at lovforslaget i høringsnotatet ikkje gir eit eventuelt (handels-)tilsyn kompetanse til å gi gebyr for brot på § 6 direkte, jf. § 15. Dette gjer alvorsgrada til problematikken noko mindre. Ein naturleg fylgje for kostnadsfølsame aktørar kan av denne grunn vere å tolke lovforslaget §

⁵⁴ Konkurransetilsynet, årsrapport, 2018, s. 16 og 17, tilgjengelig på <https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2019/03/Årsrapport-2018-Konkurransetilsynet-2.pdf> (4. mai 2019)

6 innskrenkande i tvilstilfelle, for å ha klaring mot den meir alvorlege kkrl. § 10. Med dette i mente kan ein setje spørjeteikn ved kor effektiv lovforslaget § 6 vil vere.

Det er mogleg å tenke seg at ei tydeleg vilje om å oppfylle § 6 i praksis kan førast som formildande omstende i ei sak kring brot på § 10, gjerne i utmålingsspørsmålet. Dette er likevel noko spekulativt, og oppgåva rører ikkje det nærare.

2.2.3 Unntak frå kkrl. § 10 som reduserer problemet i praksis

Vi har no sett at lovforslaget § 6 og kkrl. § 10, med sine kryssande omsyn, teoretisk sett kan tenkast å tangere. Eg vil no greie ut om nokre moment som talar for at dette sjeldan vil skje i praksis.

For det fyrste er det gitt gruppefritak, jf. § 10 (4), ved forskrift for visse vertikale samordningar.⁵⁵ Desse er for omfattande til å gå inn på. Unntaket kan likevel avgrense kor hyppig § 10 (1) og lovforslaget § 6 tangerer i praksis.

At det i seg sjølv er tale om vertikale avtalar trekk i same retning. I relasjon til § 10 vert desse tradisjonelt vurdert til å ha lågare skadepotensiale og handhevast noko meir lempeleg.⁵⁶ Dette gjer altså, igjen, at tilfella der informasjonsbolken som er underlagt informasjonsplikt i § 6, sjeldan vil utfordre grensene sett av § 10, for når informasjonen ikkje får bli delt.

Merk også at samarbeid som har samfunnsøkonomiske effektivitetsvinstar når denne, eller ein "rimelig del" av den, flyt til forbrukarane er unntatt, jf. § 10 (3).⁵⁷ Aktørar som følgjer § 6 så langt at det bryt med kkrl. § 10, men oppnår formålet med § 6, som er nettopp samfunnsøkonomisk effektivitetsvinst, vil altså vere unntatt § 10 (1) dersom slik vinning flyt til forbrukaren, t.d. gjennom naturleg sterk konkurranse. Konkurransen i daglegvarebransjen er sterk.⁵⁸ Dette er soleis eit potensielt stort unntak. Dersom den sterke konkurransen sørgjer for at minst ein "rimelig del" av ein effektivitetsgevinst aktørane har fått av å overoppfylle § 6 alltid flyt til forbrukarane, kan aktøren i vurderinga av § 6, heilt sjå vekk frå § 10 (1) jf. § 10 (3).

⁵⁵ Forskrift nr. 898 av 21. juni 2010 om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden.

⁵⁶ Juuhl-Langseth, Jan Magne m.fl. (2015) Konkurranserett i et nøtteskall, 1. utgåve, s. 88-89

⁵⁷ Merk at føreseigna nyttar ei opplisting av gevinstar, "bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling", som eg har samanfatta til samfunnsøkonomiske effektivitetsvinstar.

⁵⁸ Menon-rapporten s. 38 flg.

Eit siste forhold som kan tenkast å avgrense kor ofte § 6 er aktuell i å tangere § 10 er vilkåret om "mærkbart fordrejet" konkurranse jf. sak T-328/03.⁵⁹ Som vist innleiingsvis er den eventuelle overlappinga eller tangeringa mellom § 6 og § 10 knytt til det å rubrisere informasjonen. Gitt at informasjonen er oppriktig feilrubrisert til § 6 og overgitt i strid med § 10, vil handlinga sjeldan ha hatt konkurransevriding som formål, spørsmålet er altså om det har slik verknad. Jf. sistnemnde sak må ei vriding av konkurransen vere "mærkbar". Det er nærliggande at informasjon som heilt oppriktig har blitt feilrubrisert, av profesjonelle partar som trykker alle sine konkurransefortrinn til sitt bryst, i sin natur sjeldan evner å skape store ringverknadar i marknaden. Dette vil i så fall gjere at sjølv når aktøren har gitt informasjon som i seg sjølv strir med § 10, vil dette kunne falle utanfor vilkåra for ein reaksjon. Dette reduserer i så fall ytterligare kor ofte ein kan vente seg at § 6 vil utfordre § 10.

Merk likevel at sidan unntaka allereie er så mangslunge og avhengig av andre faktorar enn informasjonen sjølv, kan same informasjon bli underlagt § 10 eller § 6 ved *ulike* tilfelle. Dette er også eigna til å forvanske aktørane sitt virke. Dette i tillegg til å potensielt svekke den gjengse forståinga av § 10, og særleg grunngevinga og formålet bak den.

2.2.4 Samanfatning kring kkrl. § 10

Føresegnene synast ikkje å overlappe, altså skal ikkje den same informasjonen i det same tilfellet både vere påbode og forbode å dele. Det vil etter alt å dømme også vere få tilfelle der disse rubrikkane tangerer. Føresegna i lovforslaget vil likevel kunne gjere den gjengse forståinga av § 10, og ikkje minst formidlinga av sistnemnde, vanskelegare blant aktørane.

Lovforslaget § 6 ser dermed ut til å supplere gjeldande rett på konkurransefeltet.

2.3 Høvet mellom konkurranselova § 11 og lov om god handelsskikk

2.3.1 Introduksjon av kkrl. § 11

Konkurranselova § 11 forbyr at "et eller flere" føretak "utilbørlig utnytte[r]" si "dominerende stilling". Føresegna speglar som nemnt art 102 TEUV (TFEU) og art. 54 i EØS-avtalen.⁶⁰ Føretak har same tyding her som i § 10.⁶¹

⁵⁹ T-328/03 O2 (Germany) GmbH & Co. OHG mot Kommissjonen, avsnitt 68

⁶⁰ Tine-dommen (rt.2011.910) avsnitt 63,

⁶¹ Skiljet mot aktør vil heller ikkje i dette kapittelet viast merksemd.

Uttrykket "utilbørlig utnyttet" er ofte forstått eller erstatta med "misbruk". Dette er fordi sistnemnde er omsettinga av engelske "abuse" som vert nytta i art 102 TEUV (TFEU) og art. 54 i EØS-avtalen som § 11 altså er harmonisert med. Uttrykka er meint å ha identisk tyding. Vidare i denne framstillinga vil eg nytte uttrykket "misbruk". Misbruk av dominerande stilling er ofte aktuelt vertikalt i marknaden, noko fleire av døma på misbruk i kkrl § 11 (2) viser. Det er også denne dimensjonen som er aktuell i lov om god handelskikk, som altså regulerer avtalar mellom produsent og kjede i daglegvaremarknaden. Det er følgeleg denne dimensjonen oppgåva vil fokusere på.

Misbruk delast gjerne i utnyttande og ekskluderande misbruk.⁶² Ekskluderande misbruk, relaterer seg gjerne til 'rovprising' eller eksklusivitetsrabattar som har til verknad å skvise ut vedkomande sine eigne konkurrentar.⁶³ Utnyttande misbruk gjeld misbruk av avtalepartnarar, der ein tileignar seg ressursar eller andre fordelar frå avtalepartnaren gjerne på grunn av den dominerande stillinga åleine. Fyrstnemnde gjeld ofte horisontale forhold, t.d. kjedene imellom, medan sistnemnde gjeld vertikale forhold. Oppgåva vil i det fylgjande fokusere på utnyttande misbruk, ettersom lovforslaget sitt fokus, som nemnt, er på dei vertikale forholda.

I motsetnad til § 10, som gjeld samarbeid, gjeld § 11 for konkurranseavgrensande *einsidige* handlingar. Merk at dette også gjeld t.d. krav om einsidige endringar i ei avtale.⁶⁴ Regelen gjeld både for seljar eller kjøpar, og gjeld både individuelle og kollektive handlingar, jf. uttrykket «ett eller flere».

Det er likevel ein føresetnad om at aktøren har ei «dominerende stilling», som han altså har misbrukt. Merk samstundes at å ha ei dominerande stilling i seg sjølv ikkje vert ramma av § 11. Uttrykket "dominerende" er relativt, og knytt til kva styrke aktøren har i den aktuelle marknaden. Aktøren sin storleik er soleis ikkje aleine avgjerande. For å svare på om aktøren nyt ei dominerande stilling tek ein typisk utgangspunkt i vurderingstemaet vist i United Brands-dommen.⁶⁵ Denne set fram at den aktør som har ei så sterk økonomisk stilling at han kan hindre at effektiv konkurranse i marknaden vert opprettheldt, gjennom å vere uavhengig frå konkurrentar, kundar, leverandørar og forbrukarar, har ei dominerande stilling. Altså må ein oppfylle to, relativt innfløkte, kriterium. Desse kan ein samanfatte til *høve til konkurransehindring og sjølvstende frå marknaden elles*. Marknadsdel vert i EU-praksis nytta

⁶² NOU 2013: 6 s. 89

⁶³ Dette var spørsmålet i Tine-dommen (Rt.2011.910) som enda i frifinning.

⁶⁴ Gitt at det er "misbruk", t.d. ved at vilkåret er "urimelig" og "påtvunget" jf. § 11 (2) a).

⁶⁵ Dom 27/76 United Brands Company og United Brands Continentaal BV, avsnitt 65

som ein indikasjon, eller eit startpunkt i vurderinga av dominerande stilling. United Brands-saken resulterte i at eit føretak med 40-45% marknadsdel vart vurdert dominerande.⁶⁶ Ytterligere EU-praksis, t.d. sak T-219/99, viser at marknadsdel ned til rundt 40% kan utgjere ei dominerande stilling.⁶⁷ Også føretak med lågare marknadsdel kan vere dominerande, men då må andre forhold knytt til sjølvstende frå marknaden elles og høve for konkurransehindring tale for dette.

Merk at før ein gjennomfører ei analyse av aktøren si stilling må ein avgrense marknaden. Denne prosessen har strenge føringar, t.d. gjennom SSNIP-testen.⁶⁸ Oppgåva går ikkje nærare inn på dette.

I § 11 (2) listast fire døme på praksisar som i særleg grad konstituerer "misbruk". Døma kan også nyttast til å tolke "misbruk" når tilfelle ikkje direkte fell inn under dei nemne døma. Mest aktuelt for denne oppgåva er bokstav a) om tvang til urimelege vilkår. Dette kjem eg tilbake til i analysen.

Vilkåra i § 11 etterlet seg generelt store rom for meir spesifikk regulering. Vilkåret om dominerande stilling, sjølv om det er ei heilskapleg vurdering, vil normalt ikkje ramme aktørar med markant lågare marknadsdel enn 40%. Som sagt er det også to kriterium kring *sjølvstende frå marknaden elles og høve til konkurransehindring*. Dette er subjektive kriterium, i den forstand at kriteria er knytt til den som eventuelt misbruker, og ikkje handlinga. Det vil seie at der er store rom for regulering som knyt seg eksklusivt til handlinga som er gjort (objektive kriterium).

I tillegg er det vilkåret om "misbruk". Dette er eit omfattande uttrykk, som får detaljerte eksempel lista opp i § 11 (2), utan at denne lista er uttøymande. At vilkåret er omfattande i seg sjølv tilsei at romet for supplerande regulering er lite. Merk likevel at ei naturleg forståing av uttrykket "misbruk" tilsei ein viss terskel for vilkåret. Merk også at uttrykket "misbruk" tilsynelatande relaterer seg til sjølve handlinga, men i praksis er det resultatet av handlinga ein måler, altså til dømes om prisen som vert etterspurt er "urimelig", jf. § 11 (2) a), ikkje om *prissettingsprosessen* er urimelig.⁶⁹ Dette er objektive kriterium, men det held altså fram å vere store rom for regulering som eksklusivt vurderer handlinga.

⁶⁶ Ibid. avsnitt 108 og 129

⁶⁷ T-219/99 British Airways mot Kommisjonen, 17.12.2003, avsnitt 183 og 225.

⁶⁸ Small but significant increase in price-test. Jf. Juuhl-Langseth og Thue (2015) s. 52.

⁶⁹ Dom 27/76 Op. Cit. avsnitt 248-252, særleg siste

Sjølv om § 11 ikkje set fram noko konkret unnatak, er det i rettspraksis sett fram to relevante forsvarslinje. Åtferda kan vere lovleg fordi den objektivt sett er naudsynt og forholdsmessig, eller fordi den i sum gir større effektivitetsgevinst enn -tap.⁷⁰ Desse unnataka representerer rom som kan regulerast nærare. Dette er likevel neppe aktuelt. Unnataka er snevre, og utvikla i ein praksis som elles er streng.⁷¹ Det synast klart at handlingar som er avpassa og gjort i naud, eller som oppfyller formålet med føresegna betre enn alternativet, ikkje strir mot effektivitetsomsyn, ei heller noko rettskjensle.

NOU 2013:6 konstaterer at utnyttingsmisbruk i avgrensa grad er slått ned på. Dette på grunn av vanskane og usikkerheitene med å handheve misbruket, og ein tillit til at t.d. overprising og andre urimelege vilkår opnar for konkurrerende nyetablering, slik at marknaden retter seg sjølv ut over tid.⁷² Dette talar for at der er rom for supplerande regulering særleg i praksis.

Merk også at sakar kring § 11 er sær sressurskrevjande. Ikkje berre når det gjeld etterforsking for å finne og avsløre forholda, men når det gjeld å finne tilstrekkelege bevis for å oppfylle vilkåra i paragrafen. Dette opnar også rom for regulering, i praksis. Oppgåva går nærare inn på dette i analysen i neste punkt.

Det er særleg tre føresegner i lovforslaget som er relevant å vurdere mot kkrl. § 11. Lovforslaget § 5, om krav til skriftleg avtale, særleg andre ledd, om forbod mot einsidige endringar i avtalen; § 9 om svinn; og § 10 om delisting. I det fylgjande vil eg tolke lovforslaget og vise kva samanfall desse har med kkrl. § 11. Av omsyn til ei pedagogisk og effektiv framstilling vil føresegnene verte analysert i ei noko anumerisk rekkefylgje: § 10, § 5 så § 9.

2.3.2 Lovforslaget § 10 sett opp mot kkrl. § 11

Lovforslaget § 10 set fram at det "skal avtales frister" for varsling av "delisting" av produkt og "oppsigelse av avtaleforholdet". Slike fristar skal avtalast sjølv om avtalen elles fastset tidsrom for når delisting kan skje. Delisting skal verte grunnigitt skriftlig.

Gjennom uttrykket "skal avtales frister" ser ein at dette er eit innhaldskrav til avtalen mellom aktørane og soleis i utgangspunktet ei avtalerettsleg regulering. Om ein ser på behovet

⁷⁰ T-30/89 Hilti mot Kommisjonen, avsnitt 101 flg.

⁷¹ T.d. Ibid. avsnitt 118.

⁷² NOU 2013:6 s. 89

føresegna dekkjer, og tolkar formålet, ser ein likevel at det er tale om å ville til livs ein konkurranseavgrensande forretningspraksis.

"Delisting" er at ein aktør fasar ut heile, eller delar av, ein kontraktpartner frå sitt sortiment eller kundebase, gjerne fordi motparten ikkje har møtt strenge krav frå aktøren. For ein produsent inneber dette å bli avstengt frå kjedene sine kundar; for kjedene inneber det å bli nekta tilgang til produsenten sine (merke-)varer.⁷³ I essens er delisting berre det å avslutte eller redusere handelen med nokon. Akkurat som ved til dømes knappe avtalar er ikkje dette i seg sjølv urimelig forretningspraksis eller i strid med god handelsskikk. Altså synast det i utgangspunktet ikkje vere grunnlag for å regulere delisting i ei lov om god handelsskikk.

Daglegvarebransjen er ikkje pålagt ei generell kontraheringsplikt.⁷⁴ Det er heller ikkje ein målsetnad for lovforslaget å innføre dette. Trugselen om tapt handel er ein grunnstein i sjølv konseptet forhandling og naudsynt for effektiv konkurranse. Strengare krav om delisting kan ha den effekt at forhandlingsmakt forskyvast, gjerne frå kjedene til leverandørane, som då i mindre grad må prestere.

Det vil likevel vere i alle fall tilnærma urimelig forretningspraksis eller i strid med god handelsskikk dersom delisting, eller trugselen om dette, anten eksplisitt eller stillteiane, er ein medvite strategi frå ein av partane, til å for eksempel tvinge gjennom avtalevilkår som er til stor ulempe for motparten og leggast til ein allerede inngått avtale; eller om det "skjer uventet eller som en represalie eller sjikane".⁷⁵ Dette er behovet og formålet § 10 dekker.

Når motparten aksepterer vilkåret er det utfordrande å konstatere tilbliingsmanglar, og i praksis synast det å vere ei lovlig endring av avtalen.⁷⁶ Delisting er ein alvorleg reaksjon for ein kontraktmotpart, som til dels kan samanliknast med heving av resterande delar av ei avtale.⁷⁷ Lovgjevar ynskjer å unngå at delisting skal nyttast som pressmiddel. Løysinga i lovforslaget er ikkje å regulere delisting, men å tvinge kontraktspartane til å avtale dette nærare, ved fristar, varsel, og skriftleg grunngitte oppseiingar.⁷⁸

⁷³ Endringa kan gjelde enkeltvarer, varegrupper, eller alle leverandøren sine varer.

⁷⁴ Her kan ein nemne at konkurransetilsynet har denne kompetansen i konkrete tilfelle, jf. krrl § 12, dersom ein aktør har nekta levering i strid med §§ 11 eller 10 (t.d. bokstav b), d) eller e)).

⁷⁵ NOU 2013:6 s. 119

⁷⁶ Sjå likevel også avtalelova §§ 28-33 og § 36

⁷⁷ Sml. t.d. bustadoppføringslova (1997-06-13-43) § 34 (1) andre punktum.

⁷⁸ Ein kan også nemne at alvorlege trugslar vert føreslått regulert i § 11.

Med det i mente minner lovforslaget meir om kkrl. § 11. Ein kan i dette tilfellet særleg trekke fram § 11 (2) a) som legaldefinerer det som misbruk å "påtvinge" "direkte eller indirekte" "urimelig utsalgspris" eller andre "urimelige forretningsvilkår". Sett saman med § 10 vil det altså vere tale om ein aktør som "påtvinger" ein motpart vilkår, ved ein (stillteiane) trugsel om delisting, som motparten aksepterer berre grunna hans avhengnad til aktøren. Ei slik handling vil altså vere i søkjelyset både til § 11 og lovforslaget § 10.

Det er dermed ikkje fjerntliggande at kkrl. § 11 og lovforslaget § 10 vil overlappe. Altså at ei handling vil vere ulovleg etter begge føresegnene. Dette kan best illustrerast ved eit (fiktivt) døme. Konsekvensane av eit samanfall kjem eg tilbake til.

Kjeda Rama Ein Million kravde stillteiane og over tid at leverandøren Trålars i Troms skulle selje, denne gongen eit parti koljekaker, til produksjonskostnad, ettersom Rama hadde priskrig med Lichi. Trålars frykta at det elles måtte gå med koljekakene som det gjorde med rekepinnane førre månad, og kråkebollane før der, då Rama hadde annonsert tilbod og deretter fjerna rekepinnane og kråkebollane frå sortimentet etter at prisen hjå Trålars ikkje hadde gått ned. Raudspetta som Trålars selte billeg, til nettopp produksjonskost, førre mai då Rama hadde tilbod, hadde fått bli i sortimentet.

Spørsmålet er korleis Trålars i Troms kan få Rama Ein Million sin delistings-praksis til opphør.

Det leggst til grunn at Rama er eit føretak. Med "direkte eller indirekte" må ein forstå også stillteiane. At Rama ikkje har uttrykt noko til Trålars er ikkje i vegen for å nytte § 11. At Rama her er i prosess med å "påtvinge" Trålars prisen er ikkje eintydig, men synast sannsynleg, særleg med tanke på at Raudspetta fikk bli.

Med "urimelig" forstår ein noko som markant skil seg frå det rimelege. Altså er det eit vagt og subjektivt uttrykk som i rettslege termar normalt lener seg på meir konkrete vurderingsmoment. I tråd med EU-praksis, t.d. ovannemnde dom 27/76 United Brands, er spørsmålet om ein pris er urimelig ei todelt analyse. Dommen konstaterer at "om der bestaar et urimeligt forhold mellem de faktisk afholdte omkostninger og den faktisk opkrævede pris" må det deretter "undersøeges om der er tale om paatvingelse af en pris, som enten i sig selv eller i forhold til

prisen for konkurrerende varer er urimelig".⁷⁹ Vurderinga i United Brands-saken var motsett av vår vurdering, altså tilsvarende som at ein produsent tek uforholdsmessig høg pris i salet til ei kjede, medan vårt eksempel altså gjeld ei kjede som krev låg pris av ein produsent. Vurderingsmomenta fell likevel naturleg også for vår misbruks-vurdering.

For dette eksempelet er det samstundes umogleg å gjennomføre ei slik analyse. Om det er eit urimeleg forhold mellom kostnadane ved framstilling og prisen er i utgangspunktet ei vurdering relatert til det konkrete produktet, men fordrar at ein har eit blikk på historisk pris, vanlege marginar osv. Ein kan også merke seg at ein må innhente prisoversikt for konkurrerende varer i andre del av vurderinga, noko som inneber at ein også må definere konkurrerende varer, for dette konkrete tilfellet. Denne vurderinga er altså særers ressurskrevjande i praksis.

Det er for så vidt også vanskeleg å seie klart om utsalpris lik produksjonspris éin månad i eit rettspolitisk perspektiv kan oppfattast urimeleg. Likevel, dersom det er ein kostnad som kjem utan motyting berre fordi Trålars er avhengig av Rama, er dette nærliggande. Gitt at prisen var "urimelig" er Trålars framleis avhengig av at Rama er ein dominerande aktør, i den aktuelle marknaden, før § 11 er oppfylt.⁸⁰ I så fall kan Konkurransetilsynet gi pålegg om opphør av tvangen jf. § 12, og/eller gi gebyr jf. § 28 a) gitt at praksisen var forsetteleg eller aktlaus.

Om ein ser det frå lovforslaget § 10 si side er den juridiske prosessen klart enklare. Det er tydeleg at varene til Trålars har blitt "delista" ettersom dei ikkje seljast lenger. Det kan hende Rama og Trålars har avtala fristar for varsel om delisting, det er likevel på det reine at Trålars ikkje har fått noko varsel, og heller ikkje noko skriftleg grunngeving. Rama er dermed i brot med § 10. Tilsynet jf. lovforslaget § 3 vil kunne forby delistinga jf. § 14, i alle fall til godtfyllande varsel og grunngeving er gitt. Det vil ikkje verte gitt gebyr, men for Trålars sin del må ein rekne med at sortimentstilgangen, om enn midlertidig, er viktigare.

Det synast altså klart at det vil vere overlapp mellom § 11 og lovforslaget § 10, altså at det vil vere tilfelle som kan rammast av begge føresegnene. Dette er likevel ikkje utan vidare negativt. Lovforslaget kan i stor grad reknast som eit tilskot, særlig der § 11 kjem til kort, til dømes når det misbrukande føretaket ikkje er dominerande. Konkurranseavgrensande handlingar og marknadsmakt er ikkje reservert berre dominerande føretak, sjølv om ein må anta ein viss maktubalanse for at trusselen om delisting skal følast reell. Ein kan samstundes tenke seg at ein

⁷⁹ Dom 27/76 , Op. Cit. avsnitt 252

⁸⁰ Sjå introduksjon av § 11 (punkt 2.3.1)

motpart feilaktig opplever aktøren som dominerande utan at han verken faktisk eller juridisk sett er det. Sidan lovforslaget § 10 ikkje set vilkår om dominans er den eigna til å disiplinere heile marknaden.

Konkurranselova § 11 kan også kome til kort ved at det ikkje let seg gjere å karakterisere prisen eller vilkåret som "urimelig". Prissetting er ei utprega økonomisk vurdering, som domstolane typisk handterer varsamt, og med omsyn til marknads- og konkurransekraftene setjast det gjerne ein høg terskel for å karakterisere både prisar og vilkår som urimelege. Både i dei tilfella føretaket ikkje er dominerande, og når prisen/vilkåra ikkje er urimelege, vil lovforslaget § 10 kome effektivitetsomsynet til unnsetning. Det er altså klart at § 10 ikkje vert overflødig grunna samanfallet med kkrl. § 11. Merk at vurderingstemaet til § 10 knyt seg direkte til handlingar; om det er sendt varsel, om det er gitt grunngjeving. Lovforslaget § 10 treff altså i rommet skissert i introduksjonen av kkrl. § 11, punkt 2.3.1.

For kkrl. § 11 sin del er ikkje samanfallet stort, hovudsakleg fordi § 10 berre gjeld delisting, og § 11 er ein av tre hovudpillarar i konkurranseretten, og skal dekke ei lang rekke andre praksisar.⁸¹ Lovforslaget vil neppe innebere noko forskjell i tolkinga av § 11. Sidan sistnemnde er harmonisert med EU-rett er dette heller usannsynleg. Ein nærliggande følgje er at §-11-tilfella vil verte noko færre. Kor ofte føresegnene vil overlappe, eller kor mange færre §-11-tilfelle det vil verte har ikkje denne oppgåva føresetnad for å svare på.

Den enkle og forstålege prosessen, utan nemneverdig utanlandske kjelder, vil gjere rettsforfylging mykje enklare for særleg mindre aktørar i bransjen. Eit hinder for dette er nemnde frykt-faktor.⁸² Sjølv med eit tilsyn som anonymiserer etter evne vil tilfelle som det ovannemnde ikkje kunne bli løyst utan at Rama skjønar kven klagaren er, ved mindre dei driv misbruket i stor skala. Eit aktivt tilsyn som kan følgje opp sakar, og ein sterk konkurranse som gjer aktørane sensitive for dårleg presse, burde likevel kunne vege opp for dette.

Sjølv om lovforslaget inneber ein markant raskare veg til eit vedtak om opphør, synast det ikkje å undergrave aktørane si rettssikkerheit. Sjølv om aktøren er i brot med to føresegner, vil det ikkje vere tale om dobbeltstraff ettersom lovforslaget ikkje gir tilsynet kompetanse til å gi gebyr for brot direkte, jf. § 15.⁸³

⁸¹ Sjå til dømnes førnemnde praksisopplisting i § 11 (2). Dei andre to hovudpillarane relaterer seg til kkrl. §§ 10 og 16.

⁸² Sjå punkt 1.3.1

⁸³ Gebyr jf. kkrl. § 29 reknast som straff, jf. Tine-dommen (rt.2011.910) avsnitt 48.

2.3.3 Lovforslaget § 5 sett opp mot kkr. § 11

Lovforslaget § 5 set fram at avtaler "skal inngås skriftlig", og "klart" beskrive "hvilke ytelser partene er forpliktet til å levere". Vidare står det at ein part ikkje kan "ensidig endre innholdet i avtaleforpliktelsene" "etter at avtale er inngått". Ordlyden i lovforslaget er tydeleg. Merk likevel at uttrykket "hvilke ytelser partene er forpliktet til å levere" peiker på *heile* avtalen, altså alt kvar av partane forpliktar seg til. Uttrykket tyder dermed at avtalen skal vere *komplett*, i tillegg til skriftleg og klar.

I likskap med lovforslaget § 10, ser ein gjennom uttrykket "skal inngås skriftlig" at dette er eit innhaldskrav til avtalen mellom aktørane og soleis i utgangspunktet ei avtalerettsleg regulering. Om ein ser på behovet føresegna dekkjer, og tolkar formålet, ser ein likevel at det er tale om å ville til livs ein konkurranseavgrensande forretningspraksis.

Utvalet frå 2011 avdekka stor usemje i bransjen om utrekningsgrunnlaget for bonusar og rabattar, særleg om kven som faktisk avgjer desse kalkylane.⁸⁴ Dette kan ein i stor grad samanfatte til usikkerheit og usemje knytt til detaljar i avtalane, altså synest avtalane som knappe.

Daglegvarebransjen er per i dag ikkje underlagt eit krav om å gjere avtalar skriftlege. Yttergrensene for kva, og korleis, ein kan avtale er representert av avtalelova § 36, som set grenser mot det urimelege og det som strir med "god forretningsskikk".⁸⁵ Det er særst høg terskel for å setje til side eller avgrense ei avtale mellom næringsdrivande,⁸⁶ så langt eg kan sjå har Høgsterett framleis til gode å gjere det. Det er derfor vanskeleg å kalle knappe kontraktar urimelig forretningspraksis eller i strid med god handelsskikk isolert sett. Det kan til dømes vere eit heilt legitimt spørsmål om ressursmangel, og vanskar med å forvente framtidige hinder som burde verte avtalefesta. Vidare vil det vere heilt legitimt, og normalt, at ein ved gjensidig semje endrar og supplerer avtalar innanfor avtalefridomen. Altså synast det i utgangspunktet ikkje vere grunnlag for å regulere knappe avtalar i ei lov om god handelsskikk.

Det vil likevel vere nært i strid med god handelsskikk dersom knappe avtalar er ein medvite strategi frå ein av partane, som håper å profitere på kaoset som oppstår, gjerne ved bruk av si

⁸⁴ NOU 2011:4, s. 20

⁸⁵ Uttrykk som ikkje må forvekslast med god *handelsskikk*. Meir om dette i Lunde, Tore, God forretningsskikk næringsdrivande imellom, 1. Utgave, 2001, særleg sidene 19, og 165

⁸⁶ jf. t.d. Oslo Energi-dommen (rt.2000.806), sjå også Johan Giertsen, Avtaler, tredje utgave 2018 s. 231

marknadsmakt.⁸⁷ Dette gjennom å påtvinge motparten å dekke kostnaden for inntreffe tilfelle som avtalen ikkje rører ved. Dette gjeld iallfall når skriftlege avtalar i stor grad allereie er standarden i bransjen.⁸⁸ Dette er behovet og formålet § 5 (1) dekker. Krav om skriftlege avtalar er likevel, i eit konkurranserettsleg perspektiv, berre ein føresetnad for å kome til livs forretningspraksisen som meir tydeleg er nemnt i § 5 (2), om krav om einsidige endringar i avtalen.⁸⁹

Lovforslaget § 5 (2) konstaterer som nemnt at ein part ikkje kan "ensidig endre innholdet i avtaleforpliktelsene" "etter at avtale er inngått".

Denne lovteksten er noko tvitydig. Den kan tolkast slik at ein aktør, i daglegvarebransjen, aldri einsidig kan endre på pliktene i ei inngått avtale. Merk at det ikkje er uvanleg at avtalar, til dømes der den eine parten tek uforholdsmessig stor risiko, generelt sett inneheld klausular som gir parten høve til einsidige endringar på visse vilkår, som til dømes renteendring i låneavtalar eller leiga i husleigeavtalar. Dersom nemnde tolking leggast til grunn, er forslaget eit indirekte forbod mot slike klausular i daglegvarebransjen, ettersom få profesjonelle partar vil inkludere klausulane når dei er verknadslause. Den andre tolkinga inneber at ein part ikkje kan krevje fysiske endringar i ei inngått avtale, som altså skal vere skriftleg og komplett jf. fyrste ledd. Dette er ei meir nærliggande tolking i tråd med formålet om effektivitetsauke, samt omsyna til avtalefridom og hensikta til lova om ikkje skyve på maktforholda i bransjen.⁹⁰ Føresegna skal altså antakeleg ikkje hindre at klausular om framtidige einsidige endringar aldri kan avtalast, men hindre at slikt skjer utan at det er avtalt. Dette understreker forståinga av at lovforslaget vil til livs eit misbruk av makt og marknadsposisjon til skade for konkurransen.

Ein ser altså at lovgjevar, i begge desse to ledda, vil til livs ein praksis med einsidig endra avtalar, anten dette skjer meir skjult gjennom 'utfylling' av ei innhaldsfattig avtale (søkt regulert i fyrste ledd) eller direkte (søkt regulert av andre ledd). Dette har også ei side til kkrl. § 11.⁹¹

⁸⁷ Sjå punkt 3.4 om maktubalanse.

⁸⁸ NOU 2013:6 s. 117

⁸⁹ Kravet om skriftlege avtalar har naturlegvis også formål om å betre rettsvissa til aktørane, og hindre konflikt mellom dei. Sjølv om desse omsyna også kan ha effektivitetsgevinstar, er ikkje rettsvisse og nære relasjonar mellom aktørar typiske konkurranserettslege omsyn.

⁹⁰ Det må sjølvstøtt vere høve til å inngå nye avtalar som opphevar dei gamle, om dette i realiteten er ei einsidig endring må vere ei konkret vurdering.

⁹¹ Sjå punkt 2.3.1 for ein meir omfattande introduksjon av § 11.

Ein kan også i dette tilfellet særleg trekke fram kkr. § 11 (2) a) som legaldefinerer det som misbruk å "påtvinge" "direkte eller indirekte" "urimelige forretningsvilkår". Ein får altså ei veldig lik vurdering som i førre punkt, om lovforslaget § 10.

Det er vanskeleg å sjå for seg ein aktør som "ensidig endre[r] innholdet i avtaleforpliktelsene" jf. lovforslaget § 5 (2) utan at dette oppfyller vilkåra "direkte eller indirekte" "påtvinger" avtaleplikta i kkr. § 11 (2). Skilnaden blir dermed "etter at avtale er inngått" jf. § 5 og at vilkåret er "urimelig" jf. § 11.

Eit einsidig pålagt vilkår vil nok ikkje *kategorisk* vere urimeleg, men det er gjerne eit særst sterkt argument i den retning. Når vilkåret er tvunge med "etter at avtale er inngått", vil oppfyljing av vilkåret "urimelig" være særst nærliggande. Dette tilsei altså at §-5-tilfelle nesten alltid vil oppfylle vilkåra om "misbruk" i § 11. Tilfella vil likevel ikkje nødvendigvis oppfylle vilkåret om dominerande stilling.

Det vil soleis vere nokså hyppige overlapp, altså tilfelle der både lovforslaget § 5 og kkr. § 11 er oppfylt. Til tross for hyppigheita er ikkje samanfallet komplett. Lovforslaget vil fungere som eit supplement, og vere eigna til å disiplinere heile marknaden, ikkje berre dominerande foretak. Det vil heller ikkje vere naudsynt å definere pliktendringskravet som eit "misbruk". Sjå punkt 2.3.1 om utfordringane med dette i praksis. Lovforslaget held seg til dei nemnde objektive kriteria eksklusivt kring handlinga.

Følgjene for kkr. § 11 vil etter alt å døme vere nokså like som skissert i førre punkt, punkt 2.3.2. Forslaget vil neppe påverke tolkingsgrunnlaget, og § 11 vert langt frå overflødiggjort av lovforslaget § 5. Merk at § 5 berre gjeld vilkår som er pålagt etter avtaleinngåing, altså må forholdet fyrst ha resultert i avtale. For kkr. § 11 stillast det ingen vilkår til når eller i kva relasjon misbruket skjer. Lovforslaget regulerer berre vertikale forhold, i motsetnad til § 11 som regulerer begge; og så må ein ikkje gløyme at lovforslaget berre skal gjelde i daglegvarebransjen. Angående dei praktiske konsekvensane av forslaget viser eg også til førre punkt. Der det er samanfall, vil lovforslaget vere eit mykje meir tilgjengelig alternativ. Regelen kan verke ressursparande, dette gjeld både for partane, domstolen og det offentlege ved tilsynet, gitt at verktøya lovforslaget gjer tilgjengelig, forbod og påbod,⁹² er tilstrekkelege kontra konkurranselova sine tyngre skyts.

⁹² Jf. lovforslaget § 14, merk likevel at tilsynet kan gi gebyr for brot på *vedtak* om brot på praksisforboda i §§ 5 til 11, jf. § 15 jf. 14 (1).

Tilbake til eksempelet frå førre punkt (s. 22), er endringa av "avtaleforpliktelsene" at Rama vil pålegge Trålars å redusere prisane når Rama vel å ha tilbod på Trålars sine produkt. Det er klart at Trålars og Rama har ei eksisterande avtale, altså at endringa skjer "etter at avtale er inngått". Forsøket om å endre vilkåra i avtalen er likevel ikkje teke til følgje. Raudspette-tilfellet må reknast som ei tilfeldigheit. Dette vil likevel, etter alt å dømme, ikkje vere ei hindring, ettersom kompetansen til tilsynet er pålegg om opphør, som er naudsynte for å bringe forholdet i overeinskomst med § 5, jf. § 14.

Lovforslaget § 5 er ei meir generell føresegn enn lovforslaget § 10, og har derfor eit langt større dekningsområde. Merk likevel at det kan setjast spørjeteikn ved nokre praktiske sider. Angående fyrste ledd, kan ein stille spørsmål ved kven som skal sanksjonerast for at ei avtale mellom to partar ikkje er komplett. Denne problematikken er kanskje gjort mindre ved at begge partar vil kunne få pålegg om å gjere avtalen komplett, jf. § 14 og ein eventuell sanksjon vil fyrst kome etter brot på påbodet, der ein nok enklare kan føreskrive skuld til ein av partane. Likevel er spørsmålet eit potensielt tankekors. Eit anna tankekors er at dersom partane vert tvungne til ein meir detaljert prosess, kan det ende i å avtale opphør av ein inngått avtale. Det vil gjerne ikkje vere i tråd med formålet om høgare forbrukarvelferd og samfunnseffektivitet.

2.3.4 Lovforslaget § 9 sett opp mot kkrl. § 11

Lovforslaget § 9 set fram at "plassering av ansvar" for svinn og kundereklamasjonar "skal være regulert i den enkelte avtale".

Som i dei tidlegare eksempela ser ein at det isolert sett er tale om eit avtalerettsleg innhaldskrav, her gjennom formuleringa "skal være regulert i den enkelte avtale". Om ein ser på behovet føresegna dekkjer, og tolkar formålet, ser ein likevel at det er tale om å ville til livs ein konkurranseavgrensande forretningspraksis.

Med "svinn" forstår ein det av råvarer, halvfabrikat eller ferdigstilte varer ein ikkje får nytta eller betalt for. Ansvar for svinn vil vere å bere kostnaden for det. Merk at svinn, særleg for kjedene sin del, inkluderer ansvar for tjuveri i eigne lokale (butikkar). Effektivitetsomsyn talar for at den som har innverknad på svinnet, og kan avgrense det, har ansvaret for det.⁹³

⁹³ NOU 2013:6 s. 38

Lovforslaget kring svinn synast i stor grad å vere ei presisering av § 5, som i praksis set fram at avtalane skal vere komplette. Det er klart at ansvaret for svinn er ein "ytelse" som ein part vil vere pliktig til å dekke, dersom ansvaret er hans men kostnaden ramar motparten. At svinn har fått sin eigen paragraf speglar antakeleg oppfatninga utvala frå 2011 og 2013 fikk kring bransjen si sterke misnøye med akkurat plasseringa av dette ansvaret.⁹⁴

Det er likevel berre eit utslag av knappe avtalar, eller ei påført endring av eit vilkår etter at avtale er inngått. Eit brot på lovforslaget § 9 vil dermed også vere eit brot på lovforslaget § 5 (1) eller (2). Eg viser derfor til det som er sagt i punkt 2.3.3 om § 5. Å ikkje regulere ansvaret for svinn synast ikkje i seg sjølv i strid med god handelsskikk, men det synast gjerne å vere det, dersom det er ein medvite strategi for å seinare påtvinge motparten kostnaden ved å misbruke motparten sin desperasjon, og si eiga marknadsmakt.

Også når det kjem til spørsmålet om overlapp, samt følgjene forslaget har for konkurranseretten, og for aktørane viser eg til punkt 2.3.3 kring § 5. Det vil vere nokså hyppige overlapp, altså tilfelle der både lovforslaget § 9 og kkrl. § 11 er oppfylt. Til tross for hyppigheita er ikkje samanfallet komplett. Lovforslaget vil fungere som eit supplement, og vere eigna til å disiplinere heile marknaden, ikkje berre dominerande føretak.

Spesifikt for svinn kan ein merke seg nokre problemstillingar. Som ved § 5 kan ein stille spørsmål ved kven av partane som skal vere ansvarleg for at avtalen ikkje er komplett, her ved at svinnansvaret ikkje er adressert i avtalen. Dette spørsmålet må nok løysast på same måte som i førre punkt.

2.3.5 Samanfating kring kkrl. § 11

Det som gjer at dei nemnde lovforslaga hamnar nært opp mot konkurranselova § 11 er at føresegnene vil, utan at dette kjem klart fram av lovforslaget eller lovforarbeida, til livs eit misbruk av ein sterk marknadsposisjon eller maktubalanse. Dette sjølv om praksisane ikkje nødvendigvis oppfyller dei rettslege krava til "misbruk" eller "dominerende stilling". Både kkrl. § 11 og lov om god handelsskikk fremmar desse forboda med det formål å sikre effektiv ressursbruk.⁹⁵

⁹⁴ Ibid. s. 22

⁹⁵ Kkrl. § 2, og lovforslaget § 1, alternativ formulering.

Forholdet mellom kkrl. § 11 og lovforslaget §§ 5, 9 og 10 er i stor grad slik at lovforslaga supplerer kkrl. § 11 der den misbrukande aktøren ikkje er dominerande, eller handlinga ikkje let seg bevisse som "misbruk". Der vil opplagt vere overlapp, altså der lovforslaget §§ 5, 9 eller 10 er oppfylt samstundes som kkrl. § 11. Desse er likevel ikkje problematiske ettersom dei jobbar i same retning. Ein motpart eller eit tilsyn vil ha valfridom kring tilnærming, gjerne basert på tiltenkt ressursbruk.

2.4 Lovforslaget og konkurranselova summert

Konkurranselova §§ 10 og 11 forbyr konkurranseavgrensande samarbeid og misbruk av dominerande stilling, og set fram ei rekke praksisar som er forbodne. Lov om god handelsskikk handlar om å betre forholdet mellom aktørane i daglegvarebransjen, hovudsakleg gjennom betring av informasjonsflyt og tillit mellom dei næringsdrivande. Lovforslaget er likevel utforma slik at den forbyr konkurranseavgrensande forretningspraksisar, gjennom §§ 5 til 11. Ein har altså dette til felles med konkurranselova §§ 10 og 11.

Bruksområdet til kkrl. § 10 og lovforslaget § 6 synast å ikkje overlappe, og i sjeldne tilfelle tangere. Dette slik at føresegnene – sjølv om dei har kryssande omsyn – ikkje motarbeider kvarandre juridisk sett. Merk likevel at eit auka fokus på forståinga av § 10 vil kunne bli naudsynt ved innføringa av § 5.

Det rettslege bruksområdet til kkrl. § 11 og lovforslaget §§ 5, 9 og 10 overlappar, men slik at det etter alt å dømme vil få ulik bruk i praksis.

Føresegnene i lovforslaget supplerer derfor konkurranselova §§ 10 og 11.

3 Burde ein innføre lov om god handelsskikk?

3.1 Oversikt og metode

I førre del, der vi såg på lov om god handelsskikk si påverknad på gjeldande rett, var oppgåva avgrensa til konkurranseretten sitt område, særleg konkurranselova §§ 10 og 11. Oppgåva vil i det fylgjande gjere nytte av desse analysane, men under spørsmålet om lova burde innførast er det likevel også rom for å trekke inn meir generelle merknadar kring lova.

Vi har sett at lovforslaget supplerer gjeldande rett ved å adressere praksis som ofte kan karakteriserast som urimeleg, men som ikkje når opp til vilkåra i kkrl. § 11. Vidare, at

lovforslaget gir insentiv til nærare samarbeid mellom daglegvareaktørane, utan at det i nemneverdig grad utfordrar grensene for kva informasjon som kan utvekslast jf. kkrl. § 10. Dette kan på den eine sida difor reknast som positivt for auka konkurranse og effektivitet; på den andre sida kan det stillast spørsmål ved om det er behov for å tette desse hola.

I det vidare vil oppgåva ta for seg aspekt ved lovforslaget som kan verke inn på spørsmålet om lovforslaget burde verte vedteke slik det er utforma. Dette inkluderer ei samanlikning med direktivet, og ei drøfting av kva ein kan lære frå dette; eit blikk på lovforslaget sitt forhold til maktubalansen i bransjen; korleis lova er utforma; og nærliggande alternativ til ei lov om god handelsskikk.

3.2 Behovet for betra forbrukarvelferd

3.2.1 Oversikt

I vurderinga av om lova burde innførast, er det ein føresetnad at det er eit faktisk behov for lova, og at lova evnar å tilfredsstille dette. NOU 2013:6 set som lova sitt fremste formål⁹⁶ at den skal forbetre forbrukarvelferda, som den definerer som velferd for sluttkundar gjennom "lave priser, høy kvalitet, bredt vareutvalg og høy grad av tilgjengelighet".

Oppgåva vil derfor sjå kort på det faktiske grunnlaget som vert presentert i NOU 2011:4 og lagt til grunn i NOU 2013:6, særlig med tanke på tida som har gått sidan lovforslaget fyrste gong vart presentert. Det er vanskeleg å numerisk måle kvalitet på daglegvarene. Oppgåva avgrensast derfor til vareutval, tilgjenge og pris.

3.2.2 Vareutval

Utreiinga frå 2011 teiknar eit mørkt bilete der det norske vareutvalet vert samanlikna med fleire land, deriblant Sverige. Konklusjonen er at ein "gjennomsnittsbutikk i Sverige har dobbelt så mange produktvarianter" (av dei produkta som var med i undersøkinga) som i Noreg.⁹⁷ Utreiinga frå 2013 bygger naturleg nok vidare på dette inntrykket, når dei gjer vareutvalet til eit hovudomsyn, som ein del av forbrukarvelferda.⁹⁸ SIFO, som også leverte tala for 2011-utreiinga har sidan denne kome med ein ny rapport, med tal fram til 2015.⁹⁹ Denne bygger

⁹⁶ Gitt at det originale forslaget frå NOU 2013:6 vert valt, og ikkje alternativet som fyrste gong vart presentert i høringsnotatet.

⁹⁷ NOU 2011:4, s. 21

⁹⁸ NOU 2013:6, s. 132 § 1

⁹⁹ Sifo-rapporten s. 7 (forordet)

vidare på 2011-utreiinga, og gir eit betre men liknande bilete. Vareutvalet aukar i Noreg, men ikkje i sterkare grad enn Sverige, altså har vi fortsatt dårleg utval samanlikna med dei.¹⁰⁰

Det synast likevel å vere usemje kring breidda i Norsk vareutval. Menon Economics har utarbeida ein rapport om grada av konkurranse i daglegvaremarknaden, etter oppdrag frå Virke Daglegvarehandel, og går igjennom eksisterande empiri, deriblant nettopp 2011-utreiinga, men også ei analyse av daglegvarebransjen frå konkurransetilsynet i 2009, og ein rapport frå Oslo Economics om etableringshinder i daglegvarebransjen frå 2017.¹⁰¹

Menon-rapporten stadfestar at der er skilnadar i vareutvalet til norske og svenske daglegvarebutikkar,¹⁰² og at svensk utval er noko betre, men at norsk utval faktisk er best i mange kategoriar og at "totalt nuller disse forskjellene hverandre nesten ut".¹⁰³ Altså er svensk vareutval ikkje markant større totalt sett. Rapporten kritiserer funna kring vareutval i NOU 2011:4 og SIFO-rapporten særleg i to dimensjonar. For det fyrste set Menon-rapporten fram at breidda i varegrupper, som 2011-utvalet inkluderte i si undersøking, ikkje var representativt. Faktisk dekte varegruppene under halvparten av verdi-omsettinga¹⁰⁴, og ekskluderte i tillegg mange varegrupper der norsk utval er størst.¹⁰⁵ Den andre dimensjonen er at utreiinga (ifølgje menon-rapporten) i for lita grad differensierte samanlikningane etter butikkstorleik.

Sifo-rapporten og 2011-utreiinga tek høgde for skiljet i butikkstorleik, gjennom si tredeling av butikkane etter dette kriteriet.¹⁰⁶ Det er likevel opplagt at bruken av "gjennomsnittsbutikk" i konklusjonen er klart misvisande. Ved bruk av 2011-utreiinga sine egne tal, ser ein at Noreg har nær dobbelt så mange butikkar, og nesten tre gangar så mange små nærbutikkar ("supretter") som Sverige, per ein million innbyggjarar.¹⁰⁷ Då vil den norske gjennomsnittsbutikken sjølvsagt vere markant mindre, og nødvendigvis ha mindre utval enn den svenske.

Denne oppgåva har ikkje til hensikt å utfordre talmaterialet til NOU 2011:4. Sett i lys av nyare talmateriale, synast utreiinga likevel å teikne eit noko mørkt bilete av det forbrukarrelaterte behovet for lova.

¹⁰⁰ Ibid. s. 33 og 34

¹⁰¹ Menon-rapporten s. 2.

¹⁰² Menon-rapporten samanliknar også fleire land. Sidan NOU 2011:4 og Sifo-rapporten fokuserer på ei samanlikning med Sverige, vil oppgåva gjere det same.

¹⁰³ Menon-rapporten, s. 26

¹⁰⁴ Dette er også SIFO-rapporten klar på, sjå s. 18.

¹⁰⁵ Menon-rapporten, s. 26

¹⁰⁶ NOU 2011:4, s. 33 og 87

¹⁰⁷ 376 mot 138 "supretter", og 464 mot 245 butikkar totalt per million innbyggjar. Sjå tabellen NOU 2011:4 s. 87.

Merk også at rapportane, så langt eg kan sjå, ikkje nemner at vareutvalet sin tilstand skuldast dei uynskte forretningspraksisane, eller slett "etisk standard" som lov om god handelsskikk har til hensikt å regulere.¹⁰⁸ Meir avgjerande element for denne skilnaden i vareutval, synast å vere, som nemnt, storleiken på butikkane.¹⁰⁹ Dette igjen er i stor grad bestemt av geografi og låg befolkningstettheit, sett saman med særskild sterk konkurranse mellom kjedene.¹¹⁰

Geografi, låg befolkningstettheit og forbrukarpreferansar er element som lov om god handelsskikk verken kan, eller set seg føre å, regulere. Ein kan derfor setje spørsmålsteikn ved kvifor lova har som formål å oppnå noko den har lite til ingen påverknad på.

3.2.3 Tilgjenge

Her kan ein vise til det som er sagt kring vareutval, der det er semje om at nordmenn har særskild god tilgang til daglegvarebutikkar. Butikkar som også truleg har eit utval omtrentleg på nivå med det butikkar med tilsvarande storleik har i samanliknbare land, i følgje Menon-rapporten.¹¹¹ Det er lite som talar for at aspektet tilgjenge representerer ein mangel i forbrukarvelferda. Ein må også peike på at om lag dei same variablane som påverkar vareutvalet (geografi, befolkningstettheit og allereie sterk konkurranse) påverkar tilgjenga slik at også dette er utanfor det lov om god handelsskikk har til hensikt å regulere.

3.2.4 Pris

Eit enda meir sentralt tema for lovforslaget enn vareutvalet og tilgjenge, er forbrukarprisen. Dette fordi hovudmålsettinga med reguleringa er å gi forbrukarane auka velferd, gjennom nettopp låge prisar, men også fordi pris har ei nært forhold til formålet om effektivitet.¹¹²

Det er særskild vanskeleg å fastslå om det er eit gap mellom prisen forbrukarane betalar i dag for daglegvarer, og det dei burde kunne vente seg. Prisen vert påverka av mange faktorar, det er i tillegg særskild mange heilt ulike daglegvarer som det er tale om å vurdere, og som det også er vanskeleg å samanlikne, både innanlands og utanlands.

¹⁰⁸ Lovforslaget § 1

¹⁰⁹ Også Sifo-rapporten talar i den retning, jf. s. 42.

¹¹⁰ Menon-rapporten, s. 28-29

¹¹¹ Menon-rapporten, s. 26-27

¹¹² Lovforslaget § 1, både original og alternativ formulering

Prisane på daglegvarer vert i 2011-utreiinga vurdert som høge. Svenske og danske prisar er høvesvis 23% og 6% lågare enn norske.¹¹³ Menon-rapporten, som vurderer styrken til konkurransen i marknaden, indikerer noko indirekte at prisane ikkje kan vere høge, ettersom konkurransen er så sterk, særleg på pris.¹¹⁴ Ein kan også nemne at Menon-rapporten konstaterer at prisane på mat og alkoholfrie varer heller går ned enn opp, samanlikna med konsumprisindeksen. Eit interessant funn her er at prisveksten i Noreg har vore langt lågare enn i Sverige. Matprisveksten har i Sverige vore 5% *høgare* enn den generelle prisveksten, sidan 2015. I same tidsrom var prisveksten i Noreg altså på eller *under indeksen*.¹¹⁵

Dette er ikkje avgjerande for ei vurdering av om prisane i dag verkar markant høgare enn forbrukaren burde kunne vente seg, men kan indikere det motsette. Menon-rapporten peiker også på at alle daglegvarekjedene har ein særskilt låg driftsmargin.¹¹⁶ Noko som kan tyde på at potensialet nedover i pris er lågt, altså at forbrukarvelferda ikkje lir av ein mangel i denne dimensjonen.

Denne oppgåva kan ikkje konkludere med at det manglar eit behov for å betre forbrukarvelferda med tanke på pris. Mange element peiker likevel på at potensialet per i dag er lite.

3.2.5 Samanhengen til lovforslaget

Merk likevel at Lov om god handelssikk føreslår endringar i daglegvarehandelen sin praksis, og det er dette ein venter skal gi lågare pris, gjennom ein effektivitetsvinst for dei næringsdrivande. I spørsmålet om det er eit rom for å senke prisen, lener NOU 2013:6 seg på logiske slutningar og økonomisk teori.¹¹⁷ Særleg tankar som at betre tillit vil auke investeringslyst, korrekt allokering av svinn-ansvar vil redusere svinnet osv. Sjølv om §§ 5 og 10 antakeleg medfører kostnader i privat byråkrati, og § 5 tidvis kan utgjere ein trugsel imot at avtalar i det heile vert inngått, er det vanskeleg å ikkje stille seg bak desse slutningane. At det per i dag er lite potensial nedover i pris for daglegvarer er altså ikkje eit hinder for å innføre lov om god handelssikk, ettersom lova har som formål å skape dette potensialet. Drøftinga over talar altså ikkje imot å vedta lova.

¹¹³ NOU 2011:4, s. 98

¹¹⁴ Menon-rapporten, sjå særleg s. 38-44.

¹¹⁵ Ibid. s. 34

¹¹⁶ i gjennomsnitt 1,9% kontra anna detaljhandel som samla ligg på 3,2% i same periode, Menon-rapporten s. 35

¹¹⁷ NOU 2013:6. s. 12, sjå også punkt 1.3.2

3.3 Direktivet

Direktivet har mange likskapstrekk med lovforslaget, også når ein ser vekk frå tidspunktet det kjem på, kva bransje det skal regulere, og at det berre skal regulere forholdet mellom dei næringsdrivande. Direktivet set til dømes også fram at det må først tilsyn med bransjen (internt i det enkelte EU-landet) og kva kompetanse eit tilsyn skal ha.¹¹⁸ Formålet har også sterke liksskapar til lovforslaget, i at det skal verne mot "urimelig og uforholdsmæssig overførsel af økonomisk risiko fra en handelspartner til en anden; eller påtvinge en handelspartner en væsentlig ubalance mellem rettigheder og forpligtelser".¹¹⁹

Direktivet har også ei liknande oppbygging som lovforslaget, ved at det regulerer ei rekke enkeltpraksisar; nokre set vilkårslause forbod, og nokre set krav til avtale dersom praksisane skal verte gjennomført.¹²⁰ Til samanlikning kan ein her vise til det eg innleiingsvis kalla forbods-paragrafane i lovforslaget, §§ 7 og 11, og paragrafane med innhaldskrav, §§ 5, 9 og 10, høvesvis.

Direktivet regulerer også mange av dei same praksisane. Artikkel 3 (1) c) forbyr til dømes at "[k]øberen" "ændrer ensidigt vilkårene i en leveringsaftale", noko som minner om førnemnde lovforslaget § 5 (2). Artikkel 3 (1) d) regulerer svinn, som lovforslaget adresserer i § 9; og g) regulerer bruken av forretningshemmelegheiter, lovforslaget § 7.

Her stoppar likevel mange av likskapane. Den største skilnaden er kanskje at direktivet i stor grad set seg føre å regulere berre eine sida av forholdet. Dette er tydeleg særleg i nemnde art. 3 ved at berre "køberen" (kjøparen) får regulert åtferda si. Dette vert også tydeleg når ein ser at ein del av formålet er å stagge "negativ indvirkning på landbruksbefolkningens levestandard".¹²¹ Direktivet har altså eit sosialpolitisk formål, noko som skil seg markant frå lovforslaget.

Merk her at den gruppa direktivet skal tene er ein part i det avtaleforholdet direktivet skal regulere. Fordelane reguleringa skal oppnå går altså i direktivet sitt eksempel beinveges til mottakaren. Dette i motsetnad til lovforslaget, som fyrst litar på eit økonomisk-teoretisk effektivitetsgap, og deretter på ein sterk konkurranse, for å gi forbrukaren auka velferd. Ein ser soleis at direktivet har ein langt strammare og spissa karakter. Noko av dette kan kanskje

¹¹⁸ Direktivet (Dir. 2019/633) art. 6

¹¹⁹ Ibid. s. 1, punkt 1.

¹²⁰ Ibid. art. 3 (1) og 3 (2) høvesvis

¹²¹ Direktivet s. 1 avsnitt (1)

forklarast ved EU-direktiva sin natur og det politiske klimaet dei vert skapt i.¹²² Direktivet sine val av formål er ikkje i seg sjølv eit argument for å stramme inn formålet i lovforslaget, det rettar likevel søkjelys på spørsmålet. Merk at lovforslaget sin alternative formålsparagraf viser til "effektiv bruk av samfunnets ressurser" ikkje "forbrukervelferd", dette er kanskje eit meir hensiktsmessig formål i så måte, også sett i lys av drøftingane frå punkt 3.2.

Direktivet har heller ikkje formål om pris-ending for forbrukerane, og faktisk "forventes [direktivet] kun at få begrensede følgjevirkningar for forbrukerne".¹²³ Dette kan tilsynelatande takast til inntekt for at det norske formålet om effektivitetsgevinst som skal gi redusert forbrukarpris er fåfengt. Når ein ser på direktivet sitt formål om betra forhold for produsentane vert det likevel tydeleg at direktivet ikkje avfeiar ei eventuell effektivitetsvinning, men føreset at vinninga, om den oppstår, skal tilkome produsentane.¹²⁴ Då er det naturleg at følgjene for forbrukarane vert få.

Før direktivet oppgir formålet eg viste til innleiingsvis i dette kapittelet oppgir direktivet å skulle verne mot urimelig handelspraksis der "større og mer magtfulde handelspartnere forsøger at påtvinge visse former for praksis eller bestemte kontraktsforhold, som er til deres fordel".¹²⁵ Direktivet er altså tydeleg på at dei vil til livs eit maktmisbruk. Dette er langt mindre tydeleg i lovforslaget.¹²⁶ Som sagt i punkt 1.3.2 såg 2013-utvalet det som utanfor mandatet sitt å regulere maktbalansen i marknaden. Meir om dette i punkt, 3.4.

Direktivet regulerer som sagt berre praksisane frå kjedesida, i motsetnad til lovforslaget. NOU 2011:4, som 2013-utreiinga bygger på, går likevel langt i å seie at leverandørane i størst grad er den svake part i dette samspelet som vert regulert, også i Noreg.¹²⁷ Her er altså større liksskapar enn ein ser ved fyrste augekast. Det synast også klart at lovforslaget har eit blikk på maktubalansen. Ein kan vanskeleg tenke seg dei aktuelle forretningspraksisane vert nytta utan at der er ein merkbar makt-ubalanse i forholdet, som nemnt under punkt 2.3.2. Når ein forbyr praksisar som sterke aktørar utnyttar til å styrke eller halde på makta si, er det nærliggande å vente ei motsett maktforskyving om lova vert vedteke. At lovforslaget til ei viss grad *definerer*

¹²² Direktiv er minstekrav EU-nasjonane må oppfylle. For å politisk sett kunne verte oppnådd i eit samansett EU, må direktiva typisk vere smale og klare.

¹²³ Com(2018) 173 .s 11

¹²⁴ Direktivet seier lite om ei effektivitetbetring, utover at direktivet i minst mogleg grad skal medføre færre effektivitetsfremjande avtalar, (s. 3, avsnitt (16)).

¹²⁵ Direktivet s. 1, punkt 1.

¹²⁶ Sjå drøftingane i punkt 3.2

¹²⁷ NOU 2011:4, s. 60-61 og 121-122

seg vekk frå dette, kan tale imot at lovforslaget vil ha den tiltenkte effekt, og derfor potensielt imot å vedta lova. Følgja kan likevel vere hensiktsmessig i det å stagge ulempene ved konsentrasjon og maktubalanse kartlagt innleiingsvis i punk 1.3.

3.4 Maktubalanse

Som sagt indikerer 2011-utreiinga leverandørane stort sett er den svake part i forholdet mellom dei og kjedene, dels som eit resultat av marknadskonsentrasjonen. Maktubalansen i marknaden er i stor grad den mogleggjerande faktoren for dei føreslått regulerte føresegnene. Maktubalansen sjølv er ikkje forsøkt regulert, eller forbetra, sjølv om problemstillinga (naturleg nok) får mykje merksemd i NOU 2011:4.¹²⁸ Forklaringa er hovudsakleg at "omfordeling av forhandlingsmakt" reknast utanfor 2013-utvalet sitt mandat.¹²⁹ Ein kan derfor stille spørsmål ved om lova søker å lækje symptom og ikkje sykje.

Her må ein likevel vise til omsynet til ein fungerande og, så langt det er mogleg, sjølvstendig marknad. Som det blir understreka i kkr. § 11, er det ikkje rettsstridig å vere ein dominerande aktør, også dominerande aktørar må kunne konkurrere og "konkurrere hardt".¹³⁰ Ein marknad som er regulert til å ha fleire og meir jamstore aktørar, altså regulerer maktubalanse, er ikkje nødvendigvis det mest samfunns effektive.¹³¹ Ei lov som vil søke å skyve på maktfordelinga vil etter alt å dømme også vere mykje meir inngripande, ikkje berre overfor aktørane, men også i gjeldande konkurranserett. Lovforslaget slik det er, med ei avgrensing mot å regulere maktforholda i bransjen, synast derfor som eit hensiktsmessig val.

3.5 Kritikk av lovforslaget

3.5.1 Utradisjonell lovgeving

Heilt overordna synast lovforslaget å vere noko eksperimentelt. Det er lite tradisjon i Noreg for å ta i vare omsynet til tredjepartar (her forbrukarane) sine interesse gjennom avtale- og kontraktsrettslege reguleringar av avtaler mellom profesjonelle partar.¹³² Det er også lite tradisjon for lover som skal samle regulering på tvers av tradisjonelle disiplinar, for å regulere ein spesifikk bransje. Dette talar ikkje i seg sjølv imot lova, men fordrar eit godt lovforarbeid.

¹²⁸ Ibid. jf. Utvalet sitt mandat, s. 14

¹²⁹ NOU 2013:6, s. 12 og 115

¹³⁰ Tine-dommen (rt.2011.910) avs. 68

¹³¹ Tommy Stahl-Gabrielsen (2014) Internasjonale trender i forholdet mellom regulering og konkurranse *Festskrift for Christine Meyer*, s. 74 flg.

¹³² Høringsnotatet s. 37

3.5.2 Lova sitt virkeområde, daglegvarebransjen

Ein kan spørje seg kvifor lova berre skal gjelde i daglegvarebransjen. Lovene på dei rettsområda nemnt innleiingsvis i punkt 1.5 gjeld i alle bransjar. Problemet med eit lite oversiktleg rettskjeldebilete skulle då gjerne manifestert seg i alle bransjar. Eit nærliggande svar er daglegvarenæringa sin sentrale posisjon for velferda (om ein ikkje skal seie overlevinga) både for den enkelte og økonomien i eit større perspektiv. At tiltaket til dels hastar gjer det også freistande å berre la reguleringa gjelde ein avgrensa bransje, både for å lette utforminga av lova, og for å nyte mindre politisk motstand i vedtakinga av den. Også funnet av ei rekke uynskte praksisar i særleg daglegvarebransjen talar for ei bransjespesifikk lov. På internasjonalt plan er det gjort liknande funn kring uynskte praksisar også i t.d. tekstilbransjen, dette har i mindre grad blitt undersøkt i Noreg.¹³³ Omsyna for ei mindre, raskt innført, og spissa lov i fyrste omgang, står seg likevel fortsatt. Presset i daglegvarebransjen er også stort grunna den nemnde sterke konsentrasjonen. Momentet talar altså ikkje imot å vedta lova.

3.5.3 Uklarheit i følgjene for gjeldande rett

Etter ei vurdering av gjeldande rett konkluderer 2013-utvalet med at gjeldande lovgjeving på generell basis "rammer mange enkelttilfeller" men representerer ei "fragmentarisk tilnærming" både på norm-, sanksjons- og handhevings-nivå, som ikkje gir tilstrekkeleg "oppdragende" verknad. Det blir konstatert at "mye tyder på at reglene i lite utstrekning blir forsøkt håndhevet", og det er varierende grad av "respekt" for gjeldande rett i bransjen.¹³⁴ Dette kan ein tolke til eit behov for å samle og synleggjere gjeldande rett; for å styrke etterlevinga av den, forenkle tilsyn og forenkle rettsleg forfylgning av lovbrøt. Det sistnemnde igjen aukar gjerne etterlevingsgrada. Ein kan samle desse behova til eit behov for å forenkle rettskjeldebiletet, altså å rydde i gjeldande rett.

Eksempela vist til i del 2 viser tydeleg at lovforslaget inneber endringar i gjeldande rett for daglegvareaktørane, til dømes ved innhaldskrav i avtalane og varslingsplikt om delisting.¹³⁵

Ein generell kritikk av lovforarbeidet er at utreiingane sjeldan gir nokon peikepinn på når det konkret er tale om endring av gjeldande rett, og når målet berre er å rydde. Dette talar ikkje nødvendigvis tungt imot ei innføring av lova. Det tilsei likevel at ein vil kunne få ei periode

¹³³ Business relations in the EU clothing chain: from industry to retail and distribution. Bocconi University. ESSEC Business School. Baker & McKenzie. 2007, s.124 flg. *via* Green paper on unfair trading practices in the business-to-business food and non-food supply chain in Europe Com(2013) 37 s. 5

¹³⁴ NOU 2013:6, s. 107

¹³⁵ Lovforslaget §§ 5 og 9, samt 10 høvesvis.

med mykje rettsavklarande prosess før ein oppnår dei ordna forholda lova har som formål å oppnå.

3.6 Potensialet for ei 'samlelov'

Ein kan altså tenke seg at lov om god handelsskikk *berre* skulle rydde i gjeldande rett. I drøftinga av om lova slik den er utforma burde innførast er det relevant å drøfte ei slik samlelov i tillegg til andre alternativ.

At lovene som regulerer samhandelen i næringa er så sprett som nemnt, kan til dels i seg sjølv tale for å samle og synleggjere rettskjeldebiletet, med omsyn til effektivitet og ei føreseieleg rettsstode. Å forenkla lovene er også til fordel for eit eksisterande tilsyn som, sjølv med sterk spisskompetanse, vil kunne arbeide meir effektivt med eit klarare lovverk. Dette kan både betre aktørane si sjølvregulering, og gi insentiv til større "respekt" for reglane.

Ei slik lov vil likevel påføre fellesskapet dei same kostnadane, ved skapinga av lova, som ei vanleg lov. Der lovverket berre skal forenklast er det også utfordringar, særleg med tanke på å unngå endring i rettstilstanden der dette ikkje er tiltenkt. Eit rettskjeldebilete med enda fleire lover kan også resultere i å skape meir forvirring enn den eliminerer. Dette særleg sett i lys av at lovforarbeida, slik dei er i dag, er vage og uklare på når lova søkjer å rydde i rettskjeldene, og når ein ynskjer å endre rett. Merk at også der lovgjevar eksplisitt og tydeleg har uttrykt at endringa berre er av pedagogisk eller systemrelatert art, er det ikkje utenkjeleg at rettsbruk i det private får utilsikta endringar, sjølv om det er lite sannsynleg at domstolane endrar rettstilstanden.

Konkret i vurderinga av behovet for ei lov om god handelsskikk, må ein merke at reguleringsobjektet er næringar av ein viss storleik og profesjonalitet. Desse må reknast å ha oversikt over rettskjeldebiletet, og eit eige ansvar om å følgje det. Det må setjast grense for kor mange av samfunnet sine felles ressursar som skal leggest i å gjere rettskjeldebiletet enklare for daglegvare-aktørane.

Lova vil heller ikkje skape dei heldige effektane som vist i punkt 2. Som konkludert med i punkt 2 er heller ikkje endringane i gjeldande rett dei problematiske aspekta ved lovforslaget.¹³⁶ Ei samlelov er altså ikkje, totalt sett, eit innbydande alternativ i vårt tilfelle.

¹³⁶ I allfall på konkurranseretten sitt område

3.7 Alternativ til lov

3.7.1 Forskrift

Eit alternativ som NOU 2013:6 til ei viss grad går inn på, er bruk av § 14 i konkurranselova til å skrive forskrifter.¹³⁷ Dersom det er «nødvendig» for å fremme konkurransen i marknadane kan Kongen i statsråd gripe inn mot «vilkår, avtaler og handlinger» gjennom forskrift. Dette dersom vilkåra (med meir) «begrenser» eller er «egnet til å begrense» konkurransen i strid med "lovens formål". Konkurranselova sitt formål kjem fram av § 1, og er å «fremme konkurranse», og slik bidra til «effektiv bruk» av samfunnet sine ressursar. Konkurranselova § 14 kan til dømes nyttast til å fylle dei hola i kkrl. § 11 som oppgåva omtalar i punkt 3.2 altså forby einsidig konkurranseavgrensande aktivitet som ikkje er utøvd av dominerande aktørar, eller regulere generelt ei åtferd det er «vanskelig å bevise» at er ulovleg.¹³⁸ Eit tenkt alternativ til lov om god handelsskikk kan altså vere å utforme ei rekke forskrifter, heimla i § 14. Som indikert kan ei slik tilnærming likevel ikkje dekke formål som t.d. meir solidarisk fordeling av ressursar i marknaden, eller å avskaffe praksisar som opplevast urimelege, dersom desse ikkje samstundes hindrar konkurranse, jf. kkrl. § 1, jf. 14. Lov om god handelsskikk har ikkje formål om å fordele ressursane meir solidarisk blant aktørane men legg heller ikkje opp til konkrete vurderingar av konkurransevriding som vilkår i føresegnene.¹³⁹ Dette synast også som ein viktig og tiltenkt skilnad frå konkurranselovgjevinga, som vist i punkt 2. Forskrift gjennom § 14 er altså ikkje eit fullgodt alternativ, slik lova vert lagt opp.

3.7.2 Inga lov

Eit alternativ er å la gjeldande rett stå urørt. Ein kan minnst at ein ikkje burde regulere for å regulere, og at arbeidet inneber kostnader knytt til for eksempel utforming og høring, men enda viktigare, risikoar og utfordringar knytt til for eksempel påverknaden på marknaden, domstolen sitt sakstilfang osv. Ein marknad som i dette tilfellet er særst sentral både for den nasjonale og individuelle økonomien samt folk sin livførsel og kulturoppleving.

At der er rom for regulering, som vist i punkt 2, talar ikkje i seg sjølv for å regulere. Det er allereie eit utbreidd lovverk som skal dekke fleire av dei forretningspraksisane lovforslaget vil til livs, også utanfor konkurranseretten. Avtalar skal haldast. Ei kjede som bryt ei kjøpsavtale er antakeleg ansvarleg for svinn av varer som er stilt til kjeda sin disposisjon etter avtalen jf.

¹³⁷ NOU 2013:6 s. 92 flg.

¹³⁸ Sjå t.d. NOU 2012:7 "Mer effektiv konkurranselov" s.157

¹³⁹ Som vist i punkt 2.

kjøpslova § 13 jf. § 6 eller 7. Ein leverandør som bryt ei avtale om levering er ansvarleg i tråd med kva type brot det er jf. kjøpslova kapittel V, som også opnar for erstatningsansvar, jf. §§ 27 eller 40.

Det er likevel ikkje krav om skriftlege avtalar, og det er i dagens praksis vanskeleg å avsløre einseitig påførte vilkår og bakgrunnen for avtalane sitt opphør, noko lovforslaget vil hjelpe på.

Lova er eksperimentell med sin nokså unike tre-partsstruktur og disiplin-overgripande karakter. Behovet for lova slik formålet, som viser til forbrukarvelferd, er formulert er ikkje eintydig fundert, og i alle tilfelle ikkje alarmerande. Lova har ein potensielt uregjerlig miks av formål. Den dekker ikkje maktubalansen som mogleggjer forretningspraksisane lova vil regulere. Til tross for lovforarbeida sitt mål om å tydeleg- og synleggjere rett er det ikkje sikkert at ei ekstra lov har denne verknaden på rettskjeldebiletet. Lovforslaget § 6 er vag, og vanskeleg å fastsetje. Både denne og § 10 vil tilføre kostnadar for næringslivet i form av privat byråkrati. Og til slutt følgjer risikoen for utilsikta følgjer i rettsbruken.

Likevel, som konkludert med i punkt 2 er det rom for nærare regulering kring eksisterande konkurranserett, her konkurranselova §§ 10 og 11. Særleg lovforslaget §§ 10 og 5 vil bidra til å avskaffe forretningspraksisar i strid med omsynet til effektivitet. Når det leggst til grunn at forretningspraksisane skjer, og at desse må karakteriserast som urimelige forretningspraksisar eller i strid med god handelsskikk, som vist, og potensielt er eit hinder for effektivitet, burde desse regulerast nærare.

Komplette og skriftlege avtalar vil bidra til førehandsvisse for daglegvareaktørane. Enkle juridiske prosessar med vilkår knytt til handlinga åleine vil gi betre rettsvisse og rettstilgang. Når partar som før har forsterka marknadsposisjonen sin ved uynskte forretningspraksisar ikkje lenger kan dette, er det potensiale i praksis for ei demping av konsentrasjonen i marknaden.

Trass i dei negative fylgjene som er vist, må konklusjonen bli at inga lov ikkje er betre enn alternativet.

Med dei reservasjonane som følgjer med oppgåva, talar det ovannemnde for at lov om god handelsskikk i daglegvarebransjen, frå ein konkurransepolitisk ståstad, burde verte innført.

4 Litteraturliste

Norske Lover

- Avtalelova, Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (1918-05-31-4)
- Pristiltakslova, Lov om pristiltak (1993-06-11-66)
- Bustadoppføringslova, Lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m (1997-06-13-43)
- Konkurranselova, Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (2004-03-05-12)

Norsk Rettspraksis

- Oslo Energi-dommen (rt.2000.806)
- Tine-dommen (Rt.2011.910)

Norsk forskrift

- Forskrift nr. 898 av 21. juni 2010 om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden.

EU-direktiv og forslag til direktiv

- **Direktivet**
EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/633 af 17. april 2019 om urimelig handelspraksis i relationer mellem virksomheder i landbrugs- og fødevarerforsyningskæden
- **Com(2018) 173 (final)**
Forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV om illoyal handelspraksis i relationer mellem virksomheder i fødevarerforsyningskæden, Com-2018-173 (final), 12.4.2018

EU-praksis

- Dom 27/76 *United Brands Company og United Brands Continentaal BV*, (Sml. 1978 s. 207), 14. februar 1978
- T-30/89 *Hilti mot Kommisjonen*, avsagt 12. desember 1991
- C-8/95 *New Holland Ford Ltd mot Kommisjonen*, avsagt 28. juni 1998
- T-202/98 *Tate & Lyle plc, British Sugar plc og Napier Brown & Co. Ltd mot Kommisjonen*, samla sakar, T-204/98 og T-207/98, avsagt 12. juli 2001
- T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, avsagt 17. desember 2003
- T-328/03 *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG mot Kommisjonen*, avsagt 26. mai 2006
- C-32/11 *Allianz Hungária, Biztosító Zrt. m.fl. mod Gazdasági Versenyhivatal*. avsagt 14. mars 2013

Offentlege utreiingar og dokument

- NOU 2011:4 "Mat, makt og avmakt – om styrkeforholdene i verdikjeden for mat"
- NOU 2012:7 "Mer effektiv konkurranselov"
- NOU 2013:6 "God handelsskikk i daglegvarekjeden"
- **Høringsnotatet**
Nærings- og fiskeridepartementet, Høringsnotat, "Forslag til lov om god handelsskikk i dagligvarekjeden", 26. april 2019.
- **Lovforslaget**
Høringsnotatet. s 86
- Stortinget, dokument 8:170 S (2017-2018), Innst. 292 S (2017-2018), vedtak 766 og 767 2018,

Internasjonale offentlege utreiingar

- Green paper on unfair trading practices in the business-to-business food and non-food supply chain in Europe, Com(2013) 37.
- Grunnotat for det danske miljø- og fødevarer-departementet, Miljø og Fødevarerministeriet, "Grundnotat Til Folketingets Europaudvalg", 8. mai 2018, s. 6
Henta frå:
[https://www.eu.dk/samling/20171/kommissionsforslag/KOM\(2018\)0173/bilag/1/1892094.pdf](https://www.eu.dk/samling/20171/kommissionsforslag/KOM(2018)0173/bilag/1/1892094.pdf)

Norske rapportar og meldingar

- Meld. St. 9 (2018-2019) Nærings og fiskeridepartementet, Handelsnæringen – når kunden alltid har nett
- Gripsrud, Geir og Furseth, Peder Inge. (2002) *Makt- og demokratiutredningens rapportserie* (Rapport nr. 39), UIO, Det samfunnsvitenskapelige fakultet, ISBN 82-92028-42-0,
- **Menon-rapporten**
K. Wifstad, T. Bull Jensen, L. S. Eide, L. A. Grünfeld og E. Skogli (2018) *Konkurranse i dagligvaremarkedet – konkurranse i alle ledd* (nr. 33) Virke Dagligvarehandel v/ Menon Economics
- **Oeconomica-rapporten**
Oslo Economics og Oenica (2017) *Etableringshindringer i dagligvaresektoren*, Nærings- og fiskeri-departementet
- **Sifo-rapporten**
F. Alfsnes og A. Dulsrud (2016) *Vareutvalg av mat og drikke i norske dagligvarebutikker: Utvikling, egne merkevarer og sammenligning med Sverige*, Forbrukerforskningsinstituttet Sifo
- **Nielsen-rapporten**
Nielsen Company, "Dagligvarebutikker: Utvalgte norske og svenske byer for forbrukerrådet" (oktober 2016)
- Konkurransetilsynet, årsrapport (2018) henta frå: <https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2019/03/Årsrapport-2018-Konkurransetilsynet-2.pdf>

Bøker

- Boe, Erik Magnus, (2010) *Innføring i JUSS juridisk tenkning og rettskildelære*, (3. utgave) Universitetsforlaget
- Giertsen, Johan (2018) *Avtaler*, (3. utgåve)
- J. M. Juuhl-Langseth, A. Thue m.fl. (2015) *Konkurranserett i et nøtteskall*, (1. utgåve) Oslo: Gyldendal Forlag
- Lunde, Tore (2001) *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*, 1. Utgave. Fagbokforlaget

Internett-artiklar

- Tommy Stahl-Gabrielsen (2014) Internasjonale trender i forholdet mellom regulering og konkurranse *Festskrift for Christine Meyer*, s. 72-79 Henta frå: <https://becce.no/files/2014/03/Regulering-og-konkurranse-meyer.pdf>
- SSB, (2018, 17. oktober). "Dette bruker nordmenn penger på" Tilgjengelig her <https://www.ssb.no/nasjonalregnskap-og-konjunkturer/artikler-og-publikasjoner/dette-bruker-nordmenn-penger-pa>
- Konkurransetilsynet (2019, 12. mars) Dagligvarebransjen skal granskes ytterligere. Henta frå: <https://konkurransetilsynet.no/dagligvarebransjen-skal-granskes-ytterligere/>

Nyheitsartiklar

- Lars K. Solem (2018, 18. januar) Ett år etter oppryddingen hentes Coca Cola inn igjen i Rema-hyllene. *Dagens Næringsliv* Henta frå: <https://www.dn.no/handel/rema/coca-cola/dagligvarer/ett-ar-etter-oppryddingen-hentes-coca-cola-inn-igjen-i-remahyllene/2-1-254454>
- Halvard Norum og Tore Tollersrud (2018, 18. mars) Professor om prisregulering av matvarer: - forbrukerne blir tapere. *NRK*. Henta frå: https://www.nrk.no/norge/professor-om-prisregulering-av-matvarer_-_forbrukerne-blir-taperne-1.13965427
- Cato H. Fossen og Tore Tollersrud (2018, 6. april) Høyre sminket "Stalin-forslag" om dagligvarer: åpner fortsatt for like dagligvarepriser. *NRK* Henta frå: https://www.nrk.no/norge/hoyre-sminket-_stalin-forslag_-om-dagligvarer_-apner-fortsatt-for-like-matvarepriser-1.13995719
- Marita Malvik (2019, 11. mars) Setter i gang omfattende granskning matkjeder og leverandører. *Aftenposten*. Henta frå: <https://www.aftenposten.no/okonomi/i/WLQkzL/Setter-i-gang-omfattende-granskning-av-matkjeder-og--leverandorer>