

A1999-01 06.01.99

Kommisjonsavtale mellom A/S Salten Kraftsamband (SKS) og A/S Fauske Lysverk (FL)

Sammendrag:

Vurdering av inngått kommisjonsavtale om kraftomsetning i forhold til forbudet i konkurranseloven vedrørende påvirkning av videreforhandlers priser. Som en følge av at FL hadde påtatt seg såvidt liten økonomisk risiko og hadde så liten økonomisk handlefrihet var det ikke naturlig å anse FL som en selvstendig, uavhengig aktør. Forholdet mellom SKS og FL var dermed ikke å regne som et leverandør/avtaker forhold til forbudet om påvirkning av videreforhandlers priser, og kommisjonsavtalen ble vurdert til ikke å rammes av nevnte forbud.

Konkurransetilsynet viser til Deres brev av 24. juni 1998 hvor inngått kommisjonsavtale mellom A/S Salten Kraftsamband (SKS) og A/S Fauske Lysverk (FL) ble oversendt. I brevet uttales at avtalen antas ikke å komme i konflikt med konkurranselovens regelverk.

Nærmere om avtalen og forholdet mellom SKS og FL

SKS inngikk 22. juni 1998 avtale med FL om samarbeid om kraftomsetning til sluttbrukerkunder i FLs nettområde. Samarbeidet skal skje i et kommisjonsforhold hvor FL som kommisjonær skal selge kraft for SKS. Avtalen forplikter FL til kun å selge kraft til sluttkundene formidlet av SKS. SKS skal iht. avtalen fastsette prisen mens FL skal få oppgjør i form av en fast pris på kr 1,25 øre per kWh, minimum NOK 1,2 mill. per år. Av avtalens pkt. 3 følger at FL har risikoen for oppgjør fra kundene for den solgte kraften i FLs konsesjonsområde, mens SKS har risikoen utenfor FLs konsesjonsområde forutsatt at FL kan dokumentere at kunden er kredittvurdert og at innkrevingsrutiner er fulgt.

I følge avtalen skal det tydelig fremkomme av regningen kundene får at kraften er levert fra SKS, og er formidlet av FL som kommisjonær.

Etter det Konkurransetilsynet er kjent med er SKS og FL ikke i noe eierskapsforhold.

Forholdet til konkurranseloven

Etter lov om konkurranse i ervervsvirksomhet av 11. juni 1993 nr. 65, §3-1 første ledd er det forbudt for to eller flere ervervsdrivende for salg av varer eller tjenester ved avtale, samordnet praksis eller på annen måte som er egnet til å påvirke konkurransen, å fastsette eller søke å påvirke priser, avanser eller rabatter.

Tilsvarende, etter §3-1 annet ledd, må:

"en eller flere leverandører av varer ikke fastsette eller søke å påvirke priser, rabatter eller avanser for avtakernes salg av varer eller tjenester",

Elektrisk kraft regnes etter konkurranseloven §1-2 d) som en vare.

Hvorvidt samarbeidsavtalen mellom SKS og FL rammes av konkurranseloven §3-1 annet ledd vil avhenge av om det foreligger et leverandør-avtakerforhold i §3-1 annet ledds forstand.

I forarbeidene til konkurranseloven uttales det at :

"...det foreligger bare et leverandørforhold i lovens forstand når leverandøren og videreforhandleren er selvstendige ervervsdrivende. Fullmakts-, agent-, og kommisjonsforhold faller derfor utenfor. En oppdragsgiver kan således uhindret av §3-1 gi sin fullmektig, agent eller kommisjonær beskjed om hvilken pris han skal selge varen for." (Ot. Prp 41 (1992-93) s.106)

Av dette følger at det avgjørende for om det foreligger et leverandør-avtakerforhold, er om fullmektigen, agenten eller kommisjonæren kan opptre som en uavhengig, selvstendig aktør på markedet. Dette vil igjen avhenge av hvilken økonomisk frihet og risiko kommisjonæren har. At partene selv omtaler avtalen som en kommisjonsavtale har i seg selv ikke betydning for vurderingen etter §3-1 annet ledd.

I Ot.prp. nr. 41 (1992-93) begrunnes ikke nærmere hvorfor kommisjonsforhold, hvor kommisjonæren ikke har en tilstrekkelig selvstendig stilling, ikke omfattes av forbudet i §3-1 annet ledd. Etter tilsynets oppfatning er det imidlertid relevant å se hen til begrunnelsen for regelen i konkurranseloven §3-6 om at forbudene i §§3-1, 3-3 og 3-4 ikke er til hinder for eier- og konsernsamarbeid. Begrunnelsen for dette unntaket er at *"konkurranse bare vil finne sted i den utstrekning eieren ser seg tjent med det"*.(NOU 1991:27 s. 135) Overført til kommisjons-, agent- og fullmaktsforhold vil det ikke være mer konkurranse enn oppdragsgiveren ser seg tjent med. Dette taler for at kommisjons-, agent- og fullmaktsforhold, hvor fullmektigen ikke har tilstrekkelig selvstendig stilling, bør behandles likt som eier- og konsernsamarbeid.

Et slikt synspunkt støttes også av EØS-retten. Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i EØS artikkel 53(1) kommer kun til anvendelse mellom to eller flere økonomisk uavhengige foretak. Konkurransereguleringer innen "en økonomisk enhet" omfattes ikke av forbudet i EØS artikkel 53(1) med den begrunnelse at det i slike tilfeller ikke vil være mer konkurranse enn morselskapet eller hovedmannen ser seg tjent med. Typisk vil fullmakts-, agent- og kommisjonsforhold anses å finne sted innen én økonomisk enhet, slik at forbudet i EØS artikkel 53(1) ikke kommer til anvendelse.

Av ovenstående følger at det avgjørende for om et agent-, fullmakts-, eller kommisjonsforhold faller utenfor forbudet i konkurranseloven §3-1 annet ledd er hvor selvstendig stilling mellommannen har, herunder hvilken økonomisk frihet og risiko denne har. Dess større økonomisk frihet og risiko mellommannen har, dess mer taler det for å anse forholdet som et leverandør-avtakerforhold som rammes av forbudet i konkurranseloven §3-1 annet ledd. Denne avgjørelsen må foretas på bakgrunn av en samlet vurdering av flere momenter, herunder bl.a. de momenter som er relevante i relasjon til EØS artikkel 53(1).

Ved vurderingen av mellommannens stilling vil det følgelig være relevant å se hen til praksis under EØS artikkel 53(1) i tilsvarende forhold. EFTAs overvåkningsorgan har utstedt en kunngjøring om eneforhandleravtaler med handelsagenter som tilsvarer Kommisjonens kunngjøring av 24. desember

1962.(Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om eneforhandleravtaler med handelsagenter)
Kunngjøringene må imidlertid ses i lys av senere rettspraksis.

I kunngjøringen legges til grunn at selv om en avtale er beskrevet som en agentavtale, bør den behandles som en selvstendig forhandleravtale i de tilfeller hvor agenten er eier av eller faktisk er i besittelse som om han eide en stor del av produktene avtalen gjelder. Det samme gjelder hvor agenten gir eller organiserer og sikrer for egen regning en omfattende service til kunden uten å få dette dekket, eller der agenten kan eller faktisk avgjør prisen eller betingelser overfor kunden. I disse tilfellene vil agenten eller kommisjonæren selv kunne bestemme sin markedsatferd, og vil ikke i tilstrekkelig grad være avhengig av eller knyttet til hovedmannen. I slike tilfeller er det ikke naturlig å betrakte hovedmannen og kommisjonær som "en økonomisk enhet".

Ved agentavtaler som ikke regnes som selvstendige forhandleravtaler, vil det ikke skje noen begrensning eller vridning av konkurransen. Agenten vil i slike tilfeller kun ha en hjelpefunksjon, for eksempel i form av å søke etter kunder for sin oppdragsgiver, og vil ikke opptre som en konkurrent på markedet. Av denne grunn er det heller ikke behov for at agentavtaler skal rammes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i EØS artikkel 53 (1).

Det forhold at agenten påtar seg en delkredere-garanti, hvoretter agenten påtar seg å holde hovedmannen skadeløs dersom medkontrahenten ikke betaler kjøpesummen, fratår etter kunngjøringen ikke forholdet karakter av agentforhold.

Vurdering av avtalen mellom SKS og FL

Av avtalens pkt. 3 følger at SKS skal fastsette netto utsalgspriser for de kraftprodukter FL skal selge i sluttbrukermarkedet, og at FL skal motta en fast godtgjørelse på kr 1,25 øre per kWh for dette. FL har med andre ord ingen frihet i prisfastsettingen av den varen som selges. Risikoen for markedssvingninger (positive og negative) vil da også ligge på SKS` side.

Selv om SKS fakturerer FL for omsatt kraftvolum (med fradrag for godtgjørelsen som tilkommer FL), er det tilsynets oppfatning at FL ikke foretar selvstendig innkjøp av kraft for egen regning for videresalg. Av avtalens pkt. 4 og 5 fremgår at FLs betalingsforpliktelse til SKS først utløses etter at FL har inngått kontrakt om levering av kraft til sluttbruker, og har innrapportert kontrakten til SKS. Salgsrisikoen synes å påhvile SKS, og det er ikke noe som tyder på at FL eier eller er i besittelse av kraften som om FL eide denne. FL synes ikke å opptre som konkurrent til SKS, men kun å ha "hjelpefunksjon" for SKS.

Det forhold at FL har risikoen for oppgjør fra kundene for den solgte kraften innen eget konsesjonsområde, og at risikoen for oppgjør utenfor FLs nettområde først går over på SKS når FL har dokumentert at kunden er kredittvurdert og innkrevingsrutiner er fulgt, kan isolert sett trekke i retning av å anse FL som en selvstendig aktør. Dette er fordi FL har påtatt seg en økonomisk risiko.

Det følger imidlertid av Rt. 81 s. 619 at en slik ordning ikke er "uforenelig med et kommisjonsforhold". (Jfr. Rt. 81 s. 625).

Kommisjonæren var i dette tilfellet forpliktet til å yte oppgjør til kommittenten uten hensyn til om

kunden misligholdt sin betalingsforpliktelse. Dette er for øvrig i overensstemmelse med EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om eneforhandleravtaler med handelsagenter. I kunngjøringen heter det som nevnt ovenfor at en slik garanti fra mellommannen ikke fratår forholdet karakter av agentavtale som ikke omfattes av forbudet i EØS artikkel 53(1) .

Konklusjon

Etter en helhetsvurdering av momentene nevnt over, er det tilsynets konklusjon at FL har så vidt liten økonomisk risiko og har så liten økonomisk handlefrihet at det ikke er naturlig å anse FL som en selvstendig, uavhengig aktør. Forholdet mellom SKS og FL kan derfor ikke anses som et leverandør/avtaker forhold i konkurranseloven §3-1 annet ledd forstand. Samarbeidsavtalen mellom SKS og FL rammes dermed ikke av forbudet i konkurranseloven §3-1 annet ledd.

[til toppen](#)