

## V1999-46 30.07.99

### Dispensasjon fra konkurranseloven §§ 3-1 og 3-3 - NKLs faghandelskjeder

#### Sammendrag:

Norges Kooperative Landsforening (NKL) gis dispensasjon fra konkurranselovens forbud mot prissamarbeid slik at NKL gjennom bestemmelser i kjedeavtalene for kjedene Bygg og Bo, Ideell, ProSport, Stilig og Bygg Mix kan pålegge kjedemedlemmene å arbeide innenfor den prisprofil som den enkelte kjede legger opp til. NKL gis videre dispensasjon fra konkurranselovens forbud mot markedsdeling slik at NKL kan godkjenne nyetableringer, omprofileringer og etablering av nye prosjekter for S-lagene.

Konkurransetilsynet viser til Deres brev av 30. mars 1999 der De på vegne av NKL (Norges Kooperative Landsforening) søker om dispensasjon fra konkurranselovens forbud mot prissamarbeid i § 3-1 og fra forbudet mot markedsdeling i § 3-3 for faghandelskjedene Bygg & Bo, Ideel, Pro-Sport, Stilig og Bygg-Mix.

#### NKL

NKL eies av ca. 290 samvirkelag (S-lag) og er selv konstruert som et samvirkelag. Det enkelte S-lag er eid av sine medlemmer. Til sammen har S-lagene ca. 840.000 medlemmer. Forbruker-samvirket er fellesbetegnelsen på NKL med datterselskaper og S-lagene. (I følge NKLs årsmelding 1997, s. 9 omfatter datterselskapene NKLs industridivisjon (unntatt kaffeavdelingen) Det Norske Møbelsenter, Eiendomsselskapene og enkelte mindre butikkselskaper.) Både NKL og det enkelte S-lag er selvstendige juridiske enheter. NKL og S-lagene utgjør likevel en integrert enhet gjennom felles mål og idégrunnlag, samt et nettverk av organisatoriske og forretningsmessige bånd.

#### NKLs faghandelskjeder

For tiden har NKL fem ulike faghandelskjeder. Bygg & Bo og Bygg-Mix selger bl.a. byggevarer, mens Ideel selger elektriske artikler. Pro-Sport og Stilig er faghandlerkjeder innenfor henholdsvis sport og kjøkkenutstyr og gaveartikler. NKL har en egen kjedeavtale for hvert av disse konseptene som baserer seg på "*Standard kjedeavtale for integrerte kjeder*". I tillegg foreligger egne vedlegg for hvert enkelt kjedekonsept.

Hver enkelt kjede har opprettet et sentralt kjedestyre hvor S-lagene har flertall. Kjedestyrets oppgaver er bl.a. å fastsette mål og strategi for kjeden, bestemme kjedens markedsføringsprogram, utarbeide lokaliseringsplan for butikkene og fastsette kjedens varesortiment. Videre utgjør S-lagenes representanter kjedenes høyeste organ - medlemsmøtet. Dette innebærer alt i alt at det enkelte kjedemedlem, dvs. det enkelte S-lag, har en ikke ubetydelig medinnflytelse med hensyn til opplegget for de ulike kjedene og utformingen av kjedeprofilen.

#### Konkurranselovens virkeområde - forholdet til EØS-avtalens konkurranseregler

Konkurranseloven kommer til anvendelse i den utstrekning handlingen har virkning eller er egnet til å ha virkning i Norge, jf. konkurranseloven § 1-5. EØS-avtalens artikkel 53 (1), og derved eventuelle gruppefritak gitt med hjemmel i artikkel 53 (3), kommer til anvendelse i den utstrekning forholdet merkbart påvirker samhandelen mellom EØS-stater. De to regelsettene vil derfor kunne ha til dels overlappende anvendelsesområder.

Dersom et samarbeid omfattes av et fritak i henhold til EØS-avtalens artikkel 53 (3), vil dette ha betydning for Konkurransetilsynets kompetanse. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at forrangsprinsippet som kommer til uttrykk i EØS-loven § 2 og lojalitetsplikten som er nedfelt i EØS artikkel 3, innebærer at konkurranselovens forbudsbestemmelser ikke kommer til anvendelse på samarbeid som er omfattet av et gruppefritak eller innvilget individuelt fritak i henhold til EØS-avtalens artikkel 53 (3). (Dette er nærmere begrunnet i Konkurransetilsynets vedtak V98-74 av 7. oktober 1998 i sak nr. 98/1146.)

Et eventuelt gruppefritak vil imidlertid bare få betydning for tilsynets kompetanse etter konkurranseloven i den utstrekning EØS-reglene kommer til anvendelse, dvs. dersom samhandelen mellom EØS-statene påvirkes merkbart.

EØS-avtalen inneholder et gruppefritak for enkelte franchiseavtaler. (Gruppefritaket er gjennomført i norsk rett ved forskrift om materielle konkurranseregler i EØS-avtalen av 4. desember 1992 nr. 964, del I, kap VII.) Etter Konkurransetilsynets oppfatning kommer imidlertid ikke gruppefritaket til anvendelse her, uavhengig av om samhandelskravet er oppfylt eller ikke. Dette skyldes for det første at NKLS kjedeavtaler har enkelte særpreg som skiller dem fra en tradisjonell franchisemodell. Det kan derfor stilles spørsmål ved om samarbeidet faller inn under fritakets virkeområde, jf. gruppe-fritakets artikkel 1.

For det andre fritas ikke franchisekontrakter fra forbudet i artikkel 53 (1) dersom franchisegiver direkte eller indirekte innskrenker franchisetakers adgang til å fastsette priser på varer eller tjenester han tilbyr, jf. gruppefritakets artikkel 5 bokstav e). Det er imidlertid tillatt for franchise-giver å anbefale priser, når dette ikke er forbudt ved nasjonal lovgivning og i den utstrekning det ikke fører til samordnet opptreden ved den faktiske anvendelsen av de anbefalte prisene (se gruppefritakets fortale avsnitt 13 i.f.). NKLS standard kjedeavtale med vedlegg inneholder bl.a. bestemmelser om at S-lagene i en del tilfeller må følge sentralt fastsatte priser. S-lagene er altså avtalerettslig forpliktet til å følge disse prisene. Dette innskrenker S-lagets adgang til selv å fastsette priser på varene det selger. Ifølge gruppefritakets artikkel 5 bokstav e) medfører dette at NKLS standard kjedeavtale med vedlegg ikke omfattes av gruppefritaket.

NKLS standard kjedeavtale med vedlegg er ikke gitt individuelt fritak fra EØS-avtalens artikkel 53 (1).

Siden det foreliggende samarbeidet ikke er fritatt fra forbudet i EØS-avtalens artikkel 53 (1), vil EØS-avtalen ikke få betydning for tilsynets kompetanse til å gi dispensasjon fra konkurranselovens forbud i denne saken. Konkurransetilsynet har derfor ikke funnet det nødvendig å gå nærmere inn på hvorvidt samarbeidet påvirker samhandelen merkbart. (Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan har utgitt hver sin kunngjøring om avtaler av mindre betydning som ikke omfattes av henholdsvis Romatraktatens

artikkel 85 (1) eller EØS-avtalens artikkel 53 (1). Formålet med kunngjøringene er å gjøre det enklere for foretakene selv å vurdere om en gitt avtale ikke omfattes av de nevnte forbud fordi avtalen er av mindre betydning (dvs at avtalen ikke påvirker samhandelen merkbart eller at den ikke har til formål eller virkning å begrense konkurransen merkbart). )

Konkurransetilsynet gjør oppmerksom på at det er foretakenes ansvar å avklare forholdet til EØS-reglene. En dispensasjon gitt av tilsynet gjelder kun fra konkurranselovens forbud, ikke EØS-avtalens.

## **Forholdet til konkurranseloven**

### *Konkurranseloven § 3-1- forbudet mot prissamarbeid*

Konkurranseloven § 3-1 første ledd setter forbud mot at 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, fastsetter eller søker å påvirke priser, avanser eller rabatter bortsett fra vanlig kontantrabatt. Videre setter § 3-1 andre ledd forbud mot at en eller flere leverandører fastsetter eller søker å påvirke priser, avanser eller rabatter for avtakernes salg av varer eller tjenester.

Konkurranseloven § 3-1 fjerde ledd gjør det klart at forbudet i andre ledd ikke er til hinder for at en enkelt leverandør av varer oppgir veiledende priser for avtakernes salg av varer eller tjenester.

Gjennom NKLs standard kjedeavtale for integrerte kjeder forplikter S-laget seg til å følge de retningslinjer som er fastlagt for kjedens grafiske profil, markedsføring, prissetting og sortiment, jf. avtalens § 8. Det fremgår videre av avtalens § 7 at det til hver butikktype er utarbeidet sortimentsmodeller med prissetting. I kommentar til klausulene om prissetting og prisveiledning (vedlegg 1 til dispensasjonssøknaden, s. 6) presiseres det at klausulene er å forstå som en regulering av det høyeste prisnivå kjedens medlemmer kan operere med.

I tillegg til standard kjedeavtale er det utarbeidet kjede-spesifikke vedlegg. I kommentar til kjedeavtalens § 7 fremgår det av vedlegg 1-4 for kjedekonseptet **Bygg & Bo** at en med anbefalt prissetting mener en forpliktelse for Bygg & Bo butikkene til å følge all fastsatt prissetting fra kjeden på alle felles aktiviteter.

I vedlegg 1- 4 under punktet "prisprofil", er det for kjeden **Ideel** utarbeidet en egen kalkulasjonsfaktor for fastsetting av pris på de ulike varetyper. Det fremgår at prisene blir tilpasset etter konkurrentenes priser i perioder og det opereres i denne sammenheng med en egen lavprisfaktor og en middelsprisfaktor. Det fremgår ikke av vedlegget hvorvidt Ideel er forpliktet til å benytte seg av NKLs kalkulasjonsfaktor. Konkurransetilsynet legger imidlertid til grunn at dette må følge av "Standard kjedeavtale for integrerte kjeder" § 8 som nevnt ovenfor. Ved hjelp av kalkulasjonsfaktoren vil Ideel således bli pålagt en eksakt pris, kun med en begrenset adgang til justeringer for såkalte "psykologiske priser" på store hvite- og brunevarer.

I samarbeidsavtalen § 7 mellom **ByggMix** og NKL fremgår det at ByggMix er forpliktet til å delta i Bygg & Bo-kjedens pris- og produktmarkedsføring. Som nevnt ovenfor er Bygg & Bo bundet til å følge NKLs prissetting. Klausulen i § 7 i samarbeidsavtalen medfører således at ByggMix er bundet i samme utstrekning som Bygg & Bo.

Kjedevedleggene for **Stilig** og **ProSport** inneholder ingen egne bestemmelser om prisfastsetting.

Konkurransetilsynet legger til grunn at de ovennevnte klausuler i "Standard kjedeavtale for integrerte kjeder" samt kjedevedleggene for Bygg & Bo, Ideel og ByggMix innebærer at samtlige kjeder ikke står fritt til selv å kunne fastsette sine priser men er avtalerettslig forpliktet til å følge prissettingen fra NKL. De foreliggende avtaler mellom NKL og S-lagene er således en avtale om pris som er egnet til å påvirke konkurransen og dermed i strid med § 3-1 første ledd.

### *Konkurranseloven § 3-3 - forbudet mot markedsdeling*

Konkurranseloven § 3-3 første ledd forbyr 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 til markedsdeling i form av områdedeling, kundedeling, kvote-deling, spesialisering eller kvantumsbegrensninger. Begrepet "markedsdeling" omfatter etter en naturlig forståelse situasjoner hvor partene deler ett eller flere (relevante) markeder mellom seg. (Det "relevante marked" er et sentralt begrep i konkurranserettslig terminologi, se for eksempel NOU 1991:27 s. 97-98. At begrepet også har betydning for tolkningen av forbudet mot markedsdeling fremgår av NOU 1991: 27 s. 134.) Når markedsdelingsforbudet både rammer deling av ett marked og deling (fordeling) av flere, betyr det at det ikke bare er ulovlig for aktuelle konkurrenter innen samme relevante marked å dele dette mellom seg. Det er også forbudt for noen som konkurrerer i flere geografiske markeder å fordele disse mellom seg. Videre rammer forbudet også reguleringer som kun gjelder segmenter innenfor det relevante markedet, altså en deling eller fordeling av deler av markedet. Gjennom delingen begrenses eller elimineres rivaliseringen mellom partene på en måte som må kunne karakteriseres som "markedsdeling". Dette kan etter ordlyden oppnås gjennom en områdedeling, en deling av kundemassen, en kvotefordeling, en spesialisering eller gjennom en kvantumsbegrensning. Det karakteristiske er altså at det skjer en begrensning eller eliminering av konkurransen mellom aktuelle eller potensielle konkurrenter ved at partene etablerer en gjensidig skjerming mot konkurranse gjennom en markedsdeling.

Det følger av NKLs standard kjedeavtale at kjedestyret skal utarbeide lokaliseringsplan og fastsette lokaliserings-kriterier for butikker i kjeden (§ 4). Kjedesjefen har ansvar for bl.a. godkjenning av nyetableringer og omprofileringer (§ 5). Videre er det slik at utvelgelse av egnede prosjekter under kjedeavtalen foretas av kjedesekretariatet i samarbeid med det aktuelle S-lag (§ 8). Ifølge vedlegg 1 til dispensasjonssøknaden vil kjedens organer i medhold av disse bestemmelsene kunne innvirke på lagenes etableringsplaner ved at det gis klarsignal for ett S-lags etableringsplaner til foretrengsel for et annet S-lags prosjekt i samme nærområde.

Videre uttales i nevnte vedlegg at det vil ligge utenfor S-lagenes formål å ekspandere inn i områder hvor laget ikke selv har medlemmer og hvor Forbrukersamvirket allerede er representert med et butikknett.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning medfører kjedeavtalen og samarbeidet som skjer gjennom NKL, at S-lagene rent faktisk får en viss gjensidig områdebeskyttelse. Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at det foreligger markedsdeling mellom S-lagene i strid med § 3-3 første ledd.

Ifølge § 3-3 tredje ledd er forbudet mot markedsdeling ikke til hinder for at en enkelt leverandør avtaler markedsdeling med eller fastsetter markedsdeling for sine avtakere. Spørsmålet blir om NKL kan anses som "en enkelt leverandør" i forhold til konkurranseloven § 3-3 eller om NKL i realiteten er et uttrykk for et samarbeid mellom flere erversdrivende. Dette vil være avgjørende for om NKL omfattes av unntaket i tredje ledd.

Ut fra tilsynets tidligere praksis (Konkurransetilsynets vedtak av 01.08.96 i sak nr. 95/947) er det særlig to spørsmål som vil være sentrale i denne vurderingen: For det første er det lagt vekt på om sentralleddet er heleid av medlemmene og hvorvidt de kun leverer produkter til kjedens medlemmer. Et samarbeid mellom kjedemedlemmer som eier sentralleddet 100 % vil etter Konkurransetilsynets oppfatning normalt ha karakter av et horisontalt samarbeid. For det andre er det videre lagt vekt på i hvilken grad samarbeidet fører til en markedsmessig koordinering av medlemmenes aktiviteter.

Her er sentralleddet, dvs NKL, konstruert som et samvirkelag som eies av de øvrige samvirkelag. NKL er med andre ord 100 % eiet av kjedemedlemmene. Videre foretar sentralleddet en rekke innkjøp av varer som de i neste omgang selger utelukkende til medlemmer i kjeden. NKLs lite selvstendige stilling i forhold til S-lagene understrekes også på s.2 i vedlegg 1 til dispensasjonssøknaden (Vedlegg 1 er dispensasjonssøknaden av 28. november 1994), der det uttales at NKL fundamentalt sett ikke har noen funksjon utover å være et redskap for S-lagene i deres anstrengelser for å realisere de formål lagene har stilt opp for sin virksomhet. De ulike S-lagene som eiere av NKL er også alle aktive på samme ledd i distribusjonskjeden innen de ulike kjedene, hvilket gjør en markedsmessig koordinering av aktivitetene sannsynlig.

Alt i alt taler eierskapet i NKL for at sentralleddet ikke er en selvstendig aktør som kan opptre uavhengig av flertallet av sine kjedemedlemmer. Uansett hvor selvstendig sentralleddet kan opptre i sin daglige drift, vil den avgjørende innflytelse alltid ligge hos eierne. Sentralleddets handlinger vil derfor være uttrykk for et horisontalt samarbeid mellom kjedemedlemmene.

Dette medfører at NKL ikke kan anses som "en enkelt leverandør" i forhold til konkurranseloven § 3-3 tredje ledd. Markedsdelingen vil dermed være i strid med konkurranseloven § 3-3.

### **Dispensasjon etter konkurranseloven § 3-9**

Med hjemmel i konkurranseloven § 3-9 første ledd, kan Konkurransetilsynet gi dispensasjon fra forbudene i §§ 3-1 til 3-4 dersom ett av følgende vilkår er oppfylt:

- a) konkurransereguleringen innebærer at konkurransen i vedkommende marked forsterkes,
- b) det må forventes effektivitetsgevinster som mer enn oppveier tapet ved konkurranse-reguleringen,
- c) konkurransereguleringen har liten konkurransemessig betydning, eller
- d) det foreligger særlige hensyn.

### **Konkurransetilsynets vurderinger**

Etter Konkurransetilsynets vurdering har NKLs faghandelskjeder relativt beskjedne markedsandeler innenfor sine markeder. Dette er også tilfelle når man tar i betraktning at enkelte av NKLs øvrige

forretninger (for eksempel Obs og S-marked) selger samme type produkter. Konkurransetilsynet er derfor av den oppfatning at kjedenes lave markedsandeler fører til at prissamarbeidet i de aktuelle kjedene har liten konkurransemessig betydning.

For å gi det enkelte kjedemedlem incentiv til å delta i et kjedesamarbeid, vil det ofte være nødvendig med en viss form for gjensidig beskyttelse mot konkurranse fra andre kjedemedlemmer for å sikre at det er rasjonelt for det enkelte medlem å delta i kjedesamarbeidet. Dette innebærer at de midler det enkelte kjedemedlem har betalt til felles reklame ikke går til markedsføring av konkurrenter, men til egen virksomhet. Etter Konkurransetilsynets vurdering vil en slik markedsdeling styrke kjede-samarbeidet.

### **Konkurransetilsynets vedtak**

På denne bakgrunn og med hjemmel i konkurranseloven § 3-9 første ledd bokstav c) har Konkurransetilsynet fattet følgende vedtak:

**NKL gis dispensasjon fra konkurranseloven § 3-1 første ledd slik NKL gjennom bestemmelser i kjedeavtalene for kjedene Bygg & Bo, Ideel, Pro-Sport, Stilig og Bygg-Mix kan pålegge kjedemedlemmene å arbeide innenfor den prisprofil som den enkelte kjede legger opp til.**

**Det settes som vilkår for dispensasjonen at den enkelte medlem i kjedene Bygg & Bo, Ideel, Pro-Sport, Stilig og Bygg-Mix skal ha anledning til å sette en lavere pris enn den som blir fastsatt av NKL.**

**Videre gis NKL dispensasjon fra konkurranseloven § 3-3 første ledd slik at NKL kan godkjenne nyetableringer, omprofileringer og etablering av nye prosjekter for S-lagene.**

**Dispensasjonen gis varighet til 1. august 2004.**

For ordens skyld gjøres det oppmerksom på at vedtaket kan påklages innen tre uker. En eventuell klage stiles Arbeids- og administrasjonsdepartementet, men sendes Konkurransetilsynet. For øvrig vises til vedlagte skjema "Melding om rett til å klage over forvaltningsvedtak".

Konkurransetilsynet gjør oppmerksom på at dispensasjonen kan trekkes tilbake dersom forutsetningene for dispensasjonen ikke lenger er til stede, jf. konkurranseloven § 3-9 tredje ledd. Dersom det er behov for dispensasjon utover det tidsrom som dispensasjonen er innvilget for, bes Forbrukersamvirket søke om forlengelse i god tid før dispensasjonen utløper.

[til toppen](#)