

V2000-140 28.11.2000

Apokjeden AS - forholdet til konkurranseloven § 3-3 - dispensasjon etter konkurranseloven § 3-9

Sammendrag:

Medlemsapotekene i Apokjeden AS gis midlertidig dispensasjon til å fastsette markedsdeling i form av områdedeling blant kjedens medlemmer. Kjedesamarbeidet er notifisert til EFTAs overvåkningsorgan, og utfallet av EFTAs overvåkningsorgans behandling kan få innvirkning på anvendelsen av konkurranseloven. Særlige hensyn tilsier dermed at samarbeidet om markedsdeling gis midlertidig dispensasjon frem til 1. mai 2001.

Konkurransetilsynet viser til tidligere korrespondanse i saken, herunder tilsynets varsel om vedtak av 7. november og brev fra Thommessen Krefthing Greve Lund av 15. november 2000 med bemerkninger til varselet.

Saken gjelder om bestemmelser i medlemsavtalen for Apokjeden AS (heretter Apokjeden) utgjør markedsdeling i strid med forbudet i konkurranseloven (krnl.) § 3-3. Apokjeden har 5. juli 2000 notifisert medlemsavtalen til EFTAs overvåkningsorgan (ESA). Konkurransetilsynet konkluderte i varselet med at bestemmelsene i medlemsavtalen var i strid med forbudet i krnl. § 3-3, men at hensynet til samarbeidet mellom tilsynet og ESA i denne saken tilsa at Apokjeden kunne gis en midlertidig dispensasjon i påvente av ESAs beslutning i saken. Apokjeden hevder i brev av 15. november 2000 at forbudet i krnl. § 3-3 ikke kommer til anvendelse, subsidiært anmodes om dispensasjon på permanent grunnlag. Apokjeden opplyser likevel at et eventuelt vedtak om midlertidig dispensasjon ikke vil bli angrepet.

1. Forholdet til konkurranseloven

Krnl. § 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, kvotefordeling, spesialisering eller kvantumsbegrensning. Etter krnl. § 3-3 tredje ledd er forbudet ikke til hinder for at en enkelt leverandør avtaler markedsdeling med eller fastsetter markedsdeling for sine avtakere.

Apokjeden har to kjedekonsepter, henholdsvis Apotek1 og Plussapotekene. I Apokjedens medlemsavtale punkt 16 er det gitt bestemmelser om at kjedesentralen som hovedregel ikke skal medvirke til at det i nærområdene til hvert enkelt medlemsapotek etableres andre apotek innenfor samme kjedekonsept. Et medlemsapotek kan ikke flytte utenfor sitt nærområde uten kjedesentralens samtykke. Videre kan styret i hvert av kjedekonseptene, etter medlemsavtalen punkt 5.4, avgjøre uenighet om nyetablering innenfor et apoteks nærområde. Etter Konkurransetilsynets vurdering innebærer disse bestemmelsene i medlemsavtalen at medlemsapotekene oppnår eller søker å oppnå en gjensidig beskyttelse mot konkurranse fra hverandre i sine respektive geografiske områder. Dette utgjør dermed etter tilsynets vurdering et samarbeid om områdedeling som er egnet til å påvirke konkurransen i strid med forbudet i krnl. § 3-3 første ledd.

Konkurransetilsynet fant i vedtaksvarselet av 7. november at unntaksbestemmelsen i krrl. § 3-3 tredje ledd ikke kom til anvendelse. Fra varselet siteres følgende:

Etter krrl. § 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. Bestemmelsen omfatter både tjeneste- og vareleverandører. Apokjeden er ikke leverandør av varer, men leverer kjedekonsepter til medlemsapotekene. Apokjeden er av den oppfatning at markedsdelingen faller innenfor unntaket i krrl. § 3-3 tredje ledd fordi Apokjeden må regnes som en franchisegiver. Etter Konkurransetilsynets vedtakspraksis kan unntaket i tredje ledd komme til anvendelse også når en franchisegiver fastsetter markedsdeling for salg av varer fra utenforstående leverandører, fordi det da skjer en markedsdeling med hensyn til franchisetjenesten. (I vedtaket V1998-66 (Bli glad i deg selv) la tilsynet til grunn at krrl. § 3-3 tredje ledd omfatter leverandører av såvel varer som tjenester. At også tjenester omfattes vil ved franchise si at bestemmelsen omfatter markedsdeling for selve franchisen. I vedtaket V1998-97 (Friman) la tilsynet til grunn at krrl. § 3-3 tredje ledd også kan omfatte de tilfeller hvor franchisegiver fastsetter markedsdeling for salg av varer fra utenforstående leverandører.)

Konkurransetilsynet finner imidlertid ikke grunn til å ta stilling til om Apokjeden leverer en franchisetjeneste som tilsier at det kan skje en markedsdeling for salg av varer fra utenforstående leverandører, idet tilsynet uansett finner at unntaket i krrl. § 3-3 tredje ledd ikke kommer til anvendelse, jf. drøftelsen nedenfor.

[...]Etter krrl. § 3-3 tredje ledd får forbudet i krrl. § 3-3 første ledd ikke anvendelse overfor en enkelt leverandørs avtaler med sine avtakere. I tilsynets vedtak V2000-6 (Norgros) kom tilsynet til at det i relasjon til krrl. § 3-1 fjerde ledd ikke var tale om "en enkelt leverandør" når kjedemedlemmene eier sentralledd. Konkurransetilsynet antar at tilnærmet samme vurdering har gyldighet også i forhold til krrl. § 3-3 tredje ledd. Dette synspunktet støttes av juridisk teori. (Se Evensen m/fl., Kommentartutgave til Konkurranseloven, s. 220 og Stemshaug, Karnov, Kommentert lovsamling 1999, s. 2345.) I henhold til tilsynets vedtak V1998-100 (Rabatthuset Geir Gule) omfatter krrl. § 3-3 tredje ledd kun reelle leverandør-avtaler forhold, slik at markedsdeling gjennom gjensidige distribusjonsavtaler mellom konkurrenter er omfattet av forbudet mot markedsdeling i krrl. § 3-3 første ledd. Grunnen til dette er at hensynet bak regelen i krrl. § 3-3 tredje ledd, som er å presisere at eksklusiv og selektiv distribusjon kan være rasjonelle ordninger, (Ot. prp. nr. 41 side 52.) ikke gjør seg gjeldende i slike tilfeller. Videre vil en annen tolkning av leverandør-begrepet kunne gjøre det enkelt å omgå forbudet.

Vurderingen i dette konkrete tilfellet må også ses i sammenheng med vurderingene i tilsynets avgjørelse av 23. august år, (Avgjørelse A2000-21) hvor det følger at Tamros erverv av 23 prosent av aksjene i Apokjeden og Apokjedens erverv av 49 prosent av aksjene i Tamro Distribusjon utgjør et bedriftserved i relasjon til krrl. § 3-11.

At Tamro kan utøve innflytelse på Apokjeden, utelukker etter tilsynets oppfatning ikke at kjedemedlemmene også vil kunne utøve innflytelse på kjedesentralens markedstilpasning, for eksempel gjennom eierandel og styrerepresentasjon. Dersom kjedemedlemmenes innflytelse er av en slik karakter at det reelt sett synes å foreligge et horisontalt samarbeid om markedsdeling mellom kjedemedlemmene, så vil dette tale mot at unntaket i krrl. § 3-3 tredje ledd kommer til anvendelse. Kjedemedlemmene har i hvert fall innflytelse på Apokjeden gjennom egne eierandeler og de styrerepresentanter som er valgt av kjedemedlemmene. Etter tilsynets oppfatning kan kjedemedlemmene også ha en viss, indirekte innflytelse gjennom NAFs eierandeler og styrerepresentasjon. Kjedemedlemmenes innflytelse tilsier etter tilsynets vurdering at unntaket i krrl. § 3-3 tredje ledd ikke kommer til anvendelse.

Samarbeidets horisontale preg understøttes av flere forhold i medlemsavtalen. Opplysninger unntatt offentlighet etter offl. § 5a, jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2. Opplysningene finnes i vedlegg 1 punkt 1. Medlemsavtalen regulerer dermed ikke bare det vertikale forholdet mellom kjedesentralen og det enkelte medlemsapotek, men er også et instrument for å regulere forholdet medlemmene imellom.

På bakgrunn av Apokjedens eierstruktur og oppbygning vurderer Konkurransetilsynet medlemsavtalens bestemmelser om markedsdeling som en horisontal avtale mellom medlemmene i kjeden. Konklusjonen er dermed at krrl. § 3-3 tredje ledd ikke kommer til anvendelse.

Apokjeden anfører i sitt brev av 15. november 2000 at bestemmelsene om markedsdeling er vertikale elementer ved Apokjedens medlemsavtale ved at de gjelder adgangen til å benytte Apokjedens franchisekonsept. Begrunnelsen for skillet mellom vertikale og horisontale markedsreguleringer er de effektivitets- og rasjonalitetsgevinster som antas å følge av slike arrangementer i vertikale avtaler. Det hevdes at denne begrunnelsen gjør seg gjeldende også for franchisekonsepter utviklet i regi av en kjedesammenslutning hvor både leverandør og detaljist er inne på eiersiden, og at dette bør være avgjørende for anvendelsen av krrl. § 3-3 tredje ledd.

Konkurransetilsynet kan ikke se at anførselene fra Apokjeden bør endre tilsynets konklusjon fra vedtaksvarselet. Som tilsynet fremhever i varselet, er det i denne saken uten betydning for anvendelsen av krrl. § 3-3 tredje ledd om Apokjedens kjedekonsepter kan regnes som franchise eller ikke. Det avgjørende er at den formen for organisering og oppbygning som kjeden har valgt også har reelle konsekvenser, og innebærer at reguleringen må sees på som en horisontal avtale. Konkurransetilsynet opprettholder derfor sitt standpunkt om at unntaket i krrl. § 3-3 tredje ledd ikke kommer til anvendelse.

Forholdet til gruppefritaket for vertikale avtaler

Etter krrl. § 1-7 omfatter ikke forbudsbestemmelsene i konkurranseloven avtaler, beslutninger eller samordnet opptreden mellom foretak som er innvilget individuelt unntak etter EØS-avtalen artikkel 53

nr. 3, eller som omfattes av regelverk om unntak for grupper av avtaler etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3. Konkurransetilsynet konkluderte i vedtaksvarselet med at hverken gruppefritaket for franchise (Forskrift om materielle konkurranseregler av 4. desember 1992 nr. 964, kap. VII.) eller gruppefritaket for vertikale avtaler (Forskrift om materielle konkurranseregler av 4. desember 1992 nr. 964, kap. IA) kom til anvendelse. Når det gjelder anvendelsen av gruppefritaket for vertikale avtaler siteres følgende fra varselet:

Gruppefritaket for vertikale avtaler får etter dets artikkel 2 nr. 1 anvendelse på "avtaler og samordnet praksis inngått mellom to eller flere foretak der hvert av dem, i henhold til avtalen, driver sin virksomhet innen ulike ledd i produksjons- eller distribusjonskjeden, og som gjelder vilkårene for partenes kjøp, salg eller videresalg av varer eller tjenester (heretter kalt vertikale avtaler)".

Som nevnt ovenfor vurderer Konkurransetilsynet medlemsavtalen i første rekke som en horisontal regulering mellom medlemmene i kjeden, noe som tyder på at vilkårene i gruppefritakets artikkel 2 nr. 1 ikke er oppfylt. Gruppefritaket har imidlertid en særregel om anvendelse av fritaket på avtaler hvor en av avtalepartene er en sammenslutning av foretak. Etter artikkel 2 nr. 2 kan gruppefritaket komme til anvendelse på "vertikale avtaler inngått mellom en sammenslutning av foretak og dens medlemmer, eller mellom en slik sammenslutning og dens leverandør bare dersom alle dens medlemmer er varedetaljister og dersom intet enkeltmedlem av sammenslutningen, sammen med dets tilknyttede foretak, har en årsomsetning på over 50 millioner euro." For at gruppefritaket skal komme til anvendelse må altså alle medlemmene i sammenslutningen, det vil si kjedesentralen, være varedetaljister.

Etter tilsynets oppfatning er det uklart om begrepet "medlemmene av sammenslutningen" omfatter alle de foretakene som deltar i sammenslutningen, eller kun de som har medlemsavtale med sammenslutningen. Hvem som regnes som medlemmer i sammenslutningen vil kunne avhenge av hvilken form som er valgt for samarbeidet. I dette tilfellet, hvor sammenslutningen av foretak utgjør et eget aksjeselskap og hvor ingen av aksjonærene kan betraktes som rene finansielle investorer, må etter tilsynets oppfatning alle aksjonærene i Apokjeden anses som medlemmer i sammenslutningen i forordningens forstand. Denne tolkningen støttes av uttalelser fra EU-kommisjonen i forbindelse med utarbeidelsen av gruppefritaket. Det ble da påpekt at gruppefritaket skal komme til anvendelse på vertikale avtaler innenfor sammenslutninger av varedetaljister når disse er små eller mellomstore bedrifter. I den forbindelse ble det uttalt at det var snakk om varedetaljister som slutter seg sammen under en felles distribusjonsform med henblikk på salg til sluttbrukere. (Communication from the Commission on the application of the Community competition rules to vertical restraints - Follow-up to the Green Paper on Vertical Restraints, s. 33 (engelsk versjon).) Uttalelsen tyder på at bestemmelsen i første rekke omfatter medlemseide kjeder. Samlet sett taler dette for at vilkårene i artikkel 2 nr. 2 ikke er oppfylt, idet Tamro ikke er varedetaljist. Under enhver omstendighet følger det av art. 2 nr. 2 at gruppefritaket ikke berører anvendelsen av

artikkel 53 på horisontale avtaler inngått mellom medlemmene av sammenslutningen. Gruppefritaket omfatter således ikke det horisontale aspektet ved Apokjedens medlemsavtale. (Se også Commission Notice - Guidelines on Vertical Restraints pkt.29.)

Etter Konkurransetilsynets vurdering er dermed medlemsavtalen for Apokjeden ikke omfattet av gruppefritaket for vertikale avtaler.

Apokjeden anfører i sitt brev av 15. november 2000 at Konkurransetilsynet trekker gale slutninger ved tolkningen av gruppefritaket. Apokjeden hevder at tilsynet har misforstått skillet mellom vertikale og horisontale avtaler i forhold til gruppefritaket, og at gruppefritaket får anvendelse uten hensyn til anvendelsen av art. 81, som tilsvarer EØS avtalen art. 53, på horisontale avtaler inngått mellom sammenslutningens medlemmer. Videre hevdes det at tilsynet har tolket gruppefritakets art. 2 nr. 2 feil når tilsynet hevder at gruppefritaket ikke får anvendelse siden Tamro har eierinteresser i Apokjeden.

Konkurransetilsynet kan heller ikke her se at Apokjedens anførsler bør føre til at konklusjonen i vedtaksvarselet endres. Tilsynet er oppmerksom på at sammenslutninger av foretak kan involvere både horisontale og vertikale avtaler. Det følger imidlertid av gruppefritaket og EU-kommisjonens retningslinjer pkt. 29 at det horisontale aspektet ved en avtale må vurderes først. Kun dersom det horisontale aspektet ikke faller inn under art. 53 (1) er det relevant å vurdere det vertikale aspektet i forhold til gruppefritaket. Konkurransetilsynet opprettholder sin vurdering av at medlemsavtalen i første rekke er en horisontal avtale som ikke er fritatt gjennom gruppefritaket. Uansett kommer gruppefritaket kun til anvendelse dersom alle medlemmene i sammenslutningen er varedetaljister. Ordlyden i gruppefritakets art. 2 nr. 2 taler således ikke om medlemmer av kjeden, men medlemmer av sammenslutningen. Etter tilsynets oppfatning må dette omfatte de som gjennom eierinteresser må anses for å delta i sammenslutningen, slik at tilsynet opprettholder sin vurdering av at Tamros eierandel i Apokjeden også hindrer anvendelsen av gruppefritaket.

2. Apokjedens nye franchiseavtaler

Apokjeden orienterer om at kjeden har utviklet et nytt franchisekonsept, *Opplysninger unntatt offentlighet etter offl. § 5a, jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2. Opplysningene finnes i vedlegg 1 punkt 2.* Det opplyses at franchiseavtalen ikke inneholder bestemmelser som gir franchisetaker geografisk områdebeskyttelse i strid med krrl. § 3-3. På bakgrunn av de opplysninger som fremlegges i brevet fra Apokjeden av 15. november 2000, antar tilsynet at det beskrevne konseptet ikke omfatter markedsdeling i strid med krrl. § 3-3.

3. Dispensasjonsvurdering

Etter Konkurransetilsynets vurdering utgjør bestemmelsene i punkt 16 og 5.4 i Apokjedens medlemsavtale markedsdeling i strid med krrl. § 3-3. Apokjeden har notifisert blant annet denne avtalen til ESA med anmodning om negativattest eller individuelt fritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3. Utfallet av ESAs behandling vil ha innvirkning på anvendelsen av forbudsbestemmelsene i krrl. i denne saken. Det vises til tilsynets redegjørelse for forholdet mellom ESA og tilsynet i varselet om vedtak, hvorfra følgende siteres:

Krrl. § 1-7 regulerer kun forholdet mellom forbudsbestemmelsene i krrl. og fritak som er innvilget, enten et individuelt fritak eller et gruppefritak. Bestemmelsen sier intet om hvordan tilsynet skal forholde seg der det foreligger en notifikasjon med henblikk på individuelt fritak. På den ene siden kan det hevdes at så lenge et slikt fritak ennå ikke er innvilget, vil forbudene i krrl. gjelde fullt ut. På den annen side er det klart at utfallet av ESAs vurdering vil få innvirkning på anvendelsen av forbudsbestemmelsene i krrl. Konkurransetilsynet har tidligere i to saker (Dispensasjon til Visa Norge av 30. mai 1997 i sak nr. 93/872 og dispensasjon til NordPack av 6. november 1997 i sak nr. 97/1242.) gitt midlertidig dispensasjon frem til EU-kommisjonens avgjørelse om fritak etter EF art. 81 nr. 3 ville foreligge.

EU-kommisjonen har gitt ut en kunngjøring om samarbeidet mellom Kommisjonen og nasjonale konkurransemyndigheter ved behandling av saker som hører inn under EF art. 81 og 82. (EFT 1997 C 313/3) ESA har nylig vedtatt en korresponderende kunngjøring, (22. mai 2000.) men den foreligger så langt kun i engelsk versjon. Etter pkt. 55 i kunngjøringen bør man være særlig oppmerksom på om notifikasjon av en avtale som er under behandling av en nasjonal myndighet er foretatt for å forhale prosedyren. Konkurransetilsynet har imidlertid ikke på det nåværende tidspunkt opplysninger som tilsier at notifikasjonen er en ren forhaling av tilsynets behandling. Tvert om er Apokjeden forpliktet til å foreta slik notifikasjon i henhold til pkt. 4.5. i hovedavtalen mellom Apokjeden og Tamro av 4. februar 2000. Den nasjonale konkurransemyndighet kan etter pkt. 58 anmode om en uttalelse fra ESA om sannsynligheten for fritak. En slik anmodning er imidlertid overflødig dersom den nasjonale myndighet finner at det ut fra kriteriene oppstilt i praksis kan konkluderes med at fritak ikke vil bli gitt. Konkurransetilsynet finner det ikke klart at individuelt fritak etter EØS-avtalen art. 53 nr. 3 ikke vil bli gitt. ESA har videre uttalt at saken vil bli prioritert fra deres side, med sikte på å komme med en innstilling oppunder jul.

Etter en konkret vurdering av omstendighetene i saken, herunder uttalelser fra ESA om at saken vil bli prioritert fra deres side, finner tilsynet at det foreligger særlige hensyn som tilsier at det kan gis midlertidig dispensasjon etter krrl. § 3-9 d).

Konkurransetilsynet har på denne bakgrunn og med hjemmel i krrl. § 3-9 første ledd bokstav d) fattet følgende vedtak:

Medlemsapotekene i Apokjeden AS gis dispensasjon fra konkurranseloven § 3-3 for å kunne fastsette markedsdeling blant kjedens medlemmer. Markedsdelingen det dispenseres for går ut på følgende:

- at kjedesentralen i nærområdet til hvert av medlemsapotekene ikke skal medvirke til etablering av andre apotek i samme kjedekonsept,**
- at kjedesentralen skal samtykke til flytting av et medlemsapotek utenfor dets tidligere**

nærrområde,

- at medlemsapoteket skal bli forelagt søknad om etablering av nytt medlem i medlemsapotekets nærrområde og har fortrinnsrett til slik etablering,
- og at styret i det enkelte kjedekonsept skal avgjøre uenighet om nyetablering i et medlemsapoteks nærrområde.

Vedtaket trer i kraft straks og gjelder til 1. mai 2001.

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

[til toppen](#)