

V2001-105 09.11.2001

Norske SpesialGrossister AS - konkurranseloven § 3-9 - dispensasjon fra §§ 3-1 og 3-3 første ledd

Sammendrag:

Norske SpesialGrossister AS og selskapets medlemmer er gitt dispensasjon fra konkurranselovens forbud mot prissamarbeid, slik at selskapet kan fremforhandle nasjonale eller regionale avtaler med dagligvarekjedene, med priser som binder medlemmene. Det er også gitt dispensasjon fra konkurranselovens forbud mot markedsdeling, slik at medlemmene kan dele markedet mellom seg der hvor de opererer i samme geografiske område. Konkurransetilsynet fant at det ikke var behov for dispensasjon for de såkalte bestevilkårsklausulene, da disse ble ansett å falle utenfor lovens forbud mot prissamarbeid

Vi viser til Deres brev av 3. mars 1998 hvor De søker om dispensasjon fra konkurranseloven (Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet av 11. juni 1993 nr. 65.) (krll.) §§ 3-1 og 3-3 og senere korrespondanse i saken. Vi beklager lang saksbehandlingstid, noe som skyldes at saken har reist enkelte prinsipielle spørsmål.

Bakgrunn

I søknaden ber De om en forlengelse av tidligere dispensasjon innvilget 14. desember 1994 med varighet til 1. januar 1998. (Saksnummer 93/829.) I den forrige dispensasjonen fikk Norske Kakegrossister AS (NKG, nåværende NSG) dispensasjon fra forbudet i krll. § 3-1 første ledd slik at NKG kunne inngå avtaler med landsdekkende dagligvarekjeder om levering av langtidsholdbare bakervarer, hvor medlemmene var bundet av de avtalte prisene. NKG fikk også dispensasjon fra forbudet i § 3-3 til å foreta markedsdeling blant sine medlemmer (kundedeling og områdedeling). Det ble imidlertid stilt visse vilkår for dispensasjonen; for det første skulle medlemmene fritt kunne inngå lokale avtaler og for det andre kunne ikke NKG bruke avtalevilkår som begrenset leverandørens adgang til å kontrahere med detaljistkjeder og andre dagligvaregrossister.

Nærmere om Norske SpesialGrossister AS

Norske SpesialGrossister AS (NSG) er en salgsorganisasjon bestående av frittstående grossister lokalisert i hele Norge. Næringsområdene er i aksjonæravtalen fra 1998 oppgitt å være «kaker og beslektede produkter». I realiteten er produktspekteret videre og omfatter også leskedrikker, kjøttprodukter, spekemat, snacks, safter, syltetøy, og ferdigretter, pizza, vakuumpakkede fiskeretter og salater. NSG har per i dag ca. 35 medlemmer som hver eier en aksje i selskapet. Samarbeidet i selskapet består i dag først og fremst i inngåelse av felles innkjøpsavtaler og sentral administrasjon som utfører en del tjenester for medlemsbedriftene.

NSG har i tillegg datterselskapet Norske SpesialGrossister Import AS. Dette selskapet importerer

produkter for salg på det norske markedet, både for NSG og for andre.

Forholdet til konkurranse-lovens forbudsbestemmelser

Forbudet mot prissamarbeid i krrl. § 3-1 - avtaler med kjedene

Konkurranse-loven § 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 annet ledd forbud mot at en eller flere leverandører fastsetter eller søker å påvirke «priser, rabatter eller avanser for avtakernes salg av varer eller tjenester». I § 3-1 fjerde ledd heter det at forbudet i annet ledd ikke er til hinder for at «en enkelt leverandør oppgir veiledende priser for avtakernes salg av varer eller tjenester».

Ifølge dispensasjonssøknaden legger NSG normalt ingen føringer på medlemmenes prissetting. Et unntak fra dette utgangspunktet gjøres når det inngås «avtaler med kjeder på bestemte varespektre». I disse tilfellene forhandles det frem en pris mellom NSG og den aktuelle kjeden som er bindende for medlemmene i NSG. Per i dag har NSG én slik avtale, med den landsdekkende kjeden Profilhuset MENY & ULTRA, (Et selskap i NorgesGruppen som innbefatter MENY, Ferskvarehuset CENTRA, Matvarehuset ULTRA og EUROSPAR.). I tillegg har NSG inngått enkelte regionale avtaler med liknende bindinger på medlemmens prissetting og markedsadgang.

Avtalene som innebærer at medlemmene skal levere til avtalte priser er egnet til å påvirke konkurransen fordi medlemmene ikke lenger vil konkurrere med hverandre på pris, og samarbeidet er derfor i strid med § 3-1 første ledd.

Tilsynet anser samarbeidet innen NSG som horisontalt siden det i realiteten foregår mellom ervervsdrivende på samme omsetningsledd. At samarbeidet skjer i form av et eget juridisk subjekt, NSG, endrer ikke på dette. Selskapet er 100 % eid av sine medlemmer, og må ses på som et redskap for samordnet opptreden. På denne bakgrunn vil ikke unntaket i krrl. § 3-1 fjerde ledd komme til anvendelse.

Forbudet mot prissamarbeid i krrl. § 3-1 - «bestevilkårsklausulene»

I flere av NSGs samarbeidsavtaler med leverandører er det inntatt følgende bestemmelse: (I nyere avtaler er klausulen tatt ut.)

«Innenfor det produktområde som naturlig tilligger NSG, dvs. produkter som omfattes av NSG's sentrale samarbeidsavtaler med handelen, skal leverandøren klart differensiere sine betingelser overfor andre kundegrupper. Med andre kundegrupper menes direktedistri-butører som ikke er tilsluttet NSG. Denne differensiering skal utgjøre minimum 4% utover den avtalte bonus, således at NSG ikke svekkes i konkurransen overfor handelen. Bakgrunnen for dette er den verdi NSG som hovedkunde representerer overfor leverandøren.»

Disse såkalte bestevilkårsklausulene er tilnærmet identiske med de bestemmelsene tilsynet stilte som vilkår at NSKG skulle fjerne fra sine kontrakter i den forrige dispensasjonen. Etter tilsynets vurdering var disse vilkårene i strid med forbudet mot prissamarbeid i krrl. § 3-1 første ledd. Tilsynets konklusjon var bl.a. bygget på at slike bestevilkårsklausuler regulerer leverandørens prisfastsettelse overfor andre kunder, og at det i realiteten var en form for minimumspriser overfor andre kundegrupper som NKG og leverandørene hadde avtalt seg imellom.

I ettertid har tilsynet nyansert sitt syn på denne typen klausuler. I ElTele Øst-saken (Vedtak V98-18, saksnummer 1997/844.) ble en klausul om minimum like bra vilkår ikke ansett for å være i strid med krrl. § 3-1. Dette ble bl.a. begrunnet med at virkningene for tredjemann måtte anses for indirekte til at forholdet kunne rammes av forbudsbestemmelsen.

På bakgrunn av NSGs søknad om forlenget dispensasjon har tilsynet foretatt en grundig vurdering av om det er grunn til å behandle bestevilkårsklausuler annerledes enn likevilkårsklausuler i forhold til forbudet mot prissamarbeid i krrl. § 3-1. Vår vurdering er fortsatt at bestevilkårsklausuler kan ha visse konkurransebegrensende virkninger i strid med konkurranselovens formål. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med at klausulen er i strid med forbudet mot prissamarbeid i krrl. § 3-1.

Påvirker bestevilkårsklausulene prisen?

Hvis de nevnte klausuler kan sies å direkte eller indirekte å påvirke prissettingen overfor leverandørens andre kunder, omfattes de av forbudet i § 3-1 første ledd. Dersom avtalen om «differensierte betingelser» ikke påvirker denne prissettingen er ikke klausulen forbudt etter krrl. § 3-1 første ledd.

Det følger av forarbeidene at det avgjørende i denne forbindelse er om leverandøren begrenser sin mulighet til å konkurrere fritt på pris. (Se Ot.prp. nr. 41 (1992--1993) s. 49 første spalte.) Bestevilkårsklausulen må forstås slik at leverandøren i prinsippet står fritt til å sette pris til andre kunder, men at han må justere NSGs pris(er) dersom prisen til noen av de øvrige er så lav at den kommer i konflikt med bestevilkårsklausulens krav. Selv om en eventuell påvirkning av pris på denne måten er indirekte, rammes det tilsynelatende av ordlyden i § 3-1 første ledd. Ordlyden er imidlertid ikke helt klar, og den favner svært vidt. Tatt i betraktning de strenge straffene for overtredelse av konkurranselovens forbud, er det grunn til å tolke § 3-1 første ledd presiserende. I den forbindelse må det vurderes om andre rettskilder trekker i samme retning som ordlyden gjør eller om de taler for at bestevilkårsklausuler ikke er i strid med § 3-1.

Forarbeidene nevner verken bestevilkårsklausuler eller likevilkårsklausuler i tilknytning til forbudet mot prissamarbeid, selv om slike ordninger må antas å ha vært vanlige også i tiden før konkurranseloven trådte i kraft. Årsaken er muligens at man ikke har sett at de kunne medføre problemer i forhold til § 3-1. I så fall har det formodningen mot seg at lovgiver har ment å forby bestevilkårsklausuler/likevilkårsklausuler.

Ettersom tilsynet i en tidligere sak har kommet til at likevilkårsklausuler har en for indirekte virkning på prisfastsettelsen til å rammes av forbudet, kan det være hensiktsmessig å se på virkningene av

henholdsvis bestevilkårsklausuler og likevilkårsklausuler for å ta stilling til om det er noen rimelig grunn til å behandle dem forskjellig. Når en grossistgruppe har forhandlet seg frem til at den skal ha bedre vilkår hos leverandøren enn andre kundegrupper, vil leverandøren formodentlig ta hensyn til dette i sine kalkyler når han fastsetter hvilke priser han kan tilby andre kundegrupper. Følgelig vil en avtale som inneholder bestevilkårsklausuler kunne få en viss betydning for leverandørens fastsettelse av priser til tredjemenn. Det samme gjelder ved likevilkårsklausuler fordi leverandøren da vet at hvis han tilbyr tredjemenn bedre vilkår enn det han har gitt noen som skal ha like gode vilkår, må han tilby sistnevnte de samme gunstige vilkårene. Dette vil han igjen ta hensyn til når han skal fastsette pris overfor tredjemenn. I begge tilfellene vil altså klausulene kunne ha en indirekte virkning for prissettingen overfor tredjemenn. Ut fra klausulenes virkninger er det derfor ingen grunn til å behandle likevilkårs- og bestevilkårsklausuler forskjellig i forhold til forbudet i § 3-1.

Dersom avtaler om pris skal være forbudt etter § 3-1, må det kreves en mer direkte fastsettelse eller påvirkning av prisene overfor tredjemenn enn det som er tilfellet ved avtaler som gir kjøper rett til like gode eller bedre vilkår enn andre kunder. En avtale om bestevilkår vil prinsipielt ha virkning mellom partene - i dette tilfelle NSG og den enkelte leverandør - og kun en avledet virkning overfor tredjemenn. Konklusjonen blir derfor at bestevilkårsklausulen ikke er i strid med krrl. § 3-1 fordi det ikke skjer en tilstrekkelig påvirkning av prisen til leverandørens andre kunder. Tilsynet går dermed bort fra det standpunktet vi inntok forrige gang vi behandlet dispensasjonssøknad fra NSG (daværende NKG) i sak 93/829. Dette innebærer at NSG ikke trenger dispensasjon fra krrl. § 3-1 for å bruke bestevilkårsklausuler i sine avtaler med leverandører.

Forbudet mot markedsdeling i krrl. § 3-3

Konkurranse-loven § 3-3 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 til markedsdeling i form av område-delning, kunde-delning, kvotefordeling, spesialisering eller kvantumsbegrensning».

Ifølge NSG konkurrerer ikke de ulike grossistene seg i mellom om å levere til de dagligvareforretningene som omfattes av de sentralt inngåtte avtalene. Det er NSG som fordeler leveransene til Profilhuset MENY & ULTRA og det er NSG som fordeler leveranser som er avtalt med regionale kjedekontorer, på de enkelte kjedemedlemmene. Konkurransetilsynet har i tidligere vedtak (se f.eks. Konkurransetilsynets vedtak V1998-92, Grenland Transport) vurdert hvorvidt et salgskontors fordeling av oppdrag mellom medlemmene var å anse som en markedsdeling i strid med § 3-3. Tilsynet fant det ikke naturlig å karakterisere forholdet som «markedsdeling» da dette er noe som karakteriseres ved at deltakerne får økt markedsrett innenfor hvert sitt marked eller markedssegment. Det å overlate fordelingen av oppdrag til et fellesforetak er med andre ord ikke i seg selv «markedsdeling».

Etter de opplysninger tilsynet har synes den oppdragsfordeling som skjer hos NSG å foregå etter objektive kriterier og alene begrunnet i hvilke grossister som raskest og mest hensiktsmessig kan foreta de aktuelle leveranser ut i fra en vurdering av geografisk avstand til mottaker. Etter tilsynets oppfatning må det kreves noe mer for at en slik oppdragsfordeling skal rammes av forbudet i konkurranse-loven § 3-

3, for eksempel ved at fordelingen skjer på en bestemt måte som reelt innebærer en kundedeling eller områdedeling, jf. ovennevnte vedtak. Et annet moment er at «markedsdelingen» i dette tilfelle kun er en (nødvendig) følge av prissamarbeidet, jf. forrige punkt. På denne bakgrunn legger tilsynet til grunn at fordelingen av leveranser i henhold til de nasjonale- og regionale avtaler ikke rammes av konkurranseloven § 3-3 første ledd.

Neste spørsmål er om samarbeidet forøvrig innen NSG innebærer en ulovlig markedsdeling. I brev av 3. mars 1998 sier NSG at det ikke foreligger organisert markedsdeling, men at dette følger naturlig av at kundeforhold har eksistert i en årrekke. Medlemmene er geografisk spredd, med to unntak. Videre heter det at ingen av medlemmene geografisk har muligheter til eller ønske om å gå vesentlig utover de områder de arbeider i dag. I brev datert 14. juli 1998 sier NSG at den enkelte kunde i prinsippet fritt kan velge hvilket av NSGs medlemmer han vil kontrahere med, idet det ikke foreligger noen fordeling fra NSGs side.

Spørsmålet om markedsdeling ble senere utdypet i telefonsamtale mellom NSG og tilsynet 24. september 1998. Fra vår side ble det da nevnt at selv om medlemmene er geografisk spredd, vil det alltid være randsoner der det er aktuelt å konkurrere. Vi stilte også spørsmål om hvorvidt medlemmer som opererer i samme område konkurrerer om kundene. NSG svarte at grossistene ikke konkurrerer i randsonene, og at medlemmer i samme område ikke konkurrerer med hverandre. Dette har etter det vi fikk opplyst ikke kommet til uttrykk i en formell markedsdelingsavtale, men følger dels av innarbeidede kundeforhold, dels av at medlemmene er geografisk spredd, og dels av en stilltiende forståelse om ikke å konkurrere. Der medlemmer opererer i samme område, kjøper de dels produkter fra forskjellige leverandører, og dels fordeler de hvilke produkter de kjøper fra samme leverandør.

En faktisk deling av ett eller flere markeder, uten at de involverte har handlet i forståelse med hverandre, er ikke forbudt. Et typisk eksempel er når geografiske forhold gjør det naturlig at næringsdrivende har hver sin kundekrets. I det øyeblikk en slik naturlig deling går over til å bli en stilltiende forståelse om å ikke konkurrere eller prøve å ekspandere inn i hverandres markeder, vil forholdet rammes av lovens forbud mot markedsdeling. Endring i rammebetingelsene som finner sted over tid, f.eks. som følge av bedre kommunikasjon, kan gjøre at en i utgangspunktet naturlig deling av markeder utvikler seg til et stilltiende samarbeid. (Se NOU 1991: 27 s. 134.) Etter vår vurdering er oppdelingen av markeder innenfor NSG resultatet av en slik stilltiende forståelse, og derfor i strid med forbudet i krrl. § 3-3 første ledd. Følgelig trenger NSG og NSGs medlemmer også dispensasjon fra markedsdelingsforbudet for å kunne fortsette denne delen av samarbeidet.

Dispensasjon etter konkurranseloven § 3-9

Konkurransetilsynet kan med hjemmel i § 3-9 første ledd gi dispensasjon fra forbudene i §§ 3-1 til 3-4 dersom:

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

Det relevante marked

I vurderingen av om et eller flere av vilkårene i krrl. § 3-9 er oppfylt, tar Konkurransetilsynet utgangspunkt i de markeder som berøres av dispensasjonssøknaden.

Det relevante produktmarked

Utgangspunktet for avgrensningen av det relevante produktmarkedet er i hvilken grad etterspørrene, til dekning av et bestemt behov, anser varer eller tjenester som substituerbare. Jo bedre substitutt en vare er til det produktet vi ser på, jo større sannsynlighet er det for at varen inkluderes i det relevante produktmarkedet. Substituerbarheten bestemmes av i hvilken grad en konsument vil gå over til å etterspørre andre produkter dersom prisen på et produkt øker. Dette vil særlig avhenge av produktets egenskaper, bruksområde og pris.

NSGs medlemmer driver engrossalg av ulike næringsmidler tilhørende en rekke mindre produktgrupper til detaljister i dagligvaremarkedet. Dette er produkter som sluttbrukerne i mange tilfeller ikke anser for å være gode substitutter for hverandre. I NSGs medlemmers sortiment inngår bl.a. leskedrikker, bakervarer/kaker, sukkervarer, kjøttprodukter, spekemat, snacks, safter, syltetøy, ferdigretter, pizza, vakuumpakkede fiskeprodukter og salater.

Saken omfatter derfor produkter fra flere relevante produktmarkeder. Konkurransetilsynet har valgt å ikke avgrense disse markedene nærmere, da vurderingene videre i hovedsak vil være sammenfallende for alle markedene. Det relevante produktmarked avgrenses derfor til engrossalg av dagligvarer/nisjeprodukter til dagligvarehandelen.

Det relevante geografiske marked

Også det relevante geografiske markedet avgrenses med utgangspunkt i etterspørrenes substitusjonsmuligheter. Normalt er transportkostnader den faktoren som har størst betydning for avgrensningen av det relevante geografiske markedet. Høye transportkostnader tilsier et lite geografisk marked, mens lave transportkostnader tilsier et større geografisk marked.

NSGs medlemmer konkurrerer om leveranser til dagligvarebutikker i sine respektive lokal-områder. Eksempelvis er NSG-medlemmet Matgrossisten Sør AS fra Kristiansand leverandør av det lokale produktet Sørlandskomper kun til forretninger i Agder-fylkene. Dette tilsier at det her bør defineres flere lokale eller regionale markeder. I visse tilfeller vurderes markedet likevel til å være nasjonalt, dersom konkurransen foregår mellom flere lands-dekkende aktører. Gjennom dette samarbeidet fremstår medlemmene av NSG som en nasjonal aktør i markedet for grossistleveranser til dagligvarehandelen, innenfor sin definerte nisje. I disse markedene konkurrerer NSG med dagligvarekjedenes landsdekkende fullsortimentsgrossister, produsenter som leverer direkte til kjedene og eventuelt med andre mindre grossister.

Konkurransemessig vurdering

Markedet for grossistleveranser til dagligvarehandelen er relativt konsentrert. Utviklingen i dagligvaremarkedet har de siste årene gått i retning av en sterkere integrasjon mellom detaljist- og grossistleddet. Dette har ført til at den tradisjonelle konkurransen mellom flere grossister om levering til de samme forretningene, i stor grad er blitt borte. Alle de fire store dagligvaregrupperingene har i dag sin egen grossist, eget distribusjonssystem og egne lagre. REMA 1000, NorgesGruppen, Hakon Gruppen og COOP er derfor NSGs største kundegruppe, og samtidig de største konkurrentene i markedet for engrossalg av de ulike produktgruppene NSG har i sitt sortiment.

Medlemmene i NSG utgjør en liten aktør i markedet for grossistleveranser til dagligvarehandelen. NSG har på landsbasis anslagsvis en markedsandel godt under 10 % innenfor de fleste aktuelle produktgrupper. Selskapet har altså ingen vesentlig andel av total omsetning i noen av de delmarkedene de opererer. For at selskapet skal kunne fremstå som konkurransedyktig på pris overfor de store fullsortimentsgrossistene til de landsdekkende dagligvarekjedene, må de kunne samarbeide om innkjøp og leveranser til de store kjedene. NSG kan dermed i en viss grad bidra til å opprettholde og forsterke konkurransen på grossistleddet i dagligvaremarkedet, og da særlig i de regionale markedene hvor medlemmene er lokalisert. Samarbeidet gjennom NSG setter medlemmene bedre i stand til å konkurrere med dagligvaregrossistene om leveranser i de tilfeller hvor dagligvarekjedene inngår sentrale avtaler.

Konkurransetilsynets vedtak

På bakgrunn av disse vurderingene legger Konkurransetilsynet til grunn at samarbeidet i NSG forsterker konkurransen i markedet for grossistleveranser til dagligvarehandelen.

Konkurransetilsynet har derfor fattet følgende vedtak med hjemmel i konkurranseloven § 3-9 første ledd bokstav a:

Norske SpesialGrossister AS og selskapets medlemmer gis dispensasjon fra konkurranseloven § 3-1 første ledd slik at selskapet kan fremforhandle nasjonale eller regionale avtaler med dagligvarekjedene, med priser som binder medlemmene.

Norske SpesialGrossister AS og selskapets medlemmer gis også dispensasjon fra konkurranseloven § 3-3 første ledd, slik at medlemmene kan dele markedet mellom seg der hvor de opererer i samme geografiske område.

Vedtaket trer i kraft straks og gjelder til 10. november 2006.

For ordens skyld gjøres det oppmerksom på at vedtaket kan påklages innen tre uker. En eventuell klage stiles til Arbeids- og administrasjonsdepartementet, men sendes til 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 tilstede, jf. konkurranseloven § 3-9 tredje ledd. Dersom det er behov for dispensasjon utover det tidsrom som dispensasjonen er innvilget for, bes De søke om forlengelse i god tid før dispensasjonen utløper.

[til toppen](#)