



DET KONGELIGE FORNYINGS-,  
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

Advokatfirmaet Wikborg Rein  
Kronprinsessen Märhas pl. 1  
0160 Oslo

Offentlig versjon. Sladdet tekst  
er unntatt innsyn med hjemmel i  
forvaltningsloven § 13 og  
konkurranseloven § 26 første  
ledd.

Deres ref

Vår ref  
13/1358- VAN/EWS/GTB

Dato  
8. juli 2013

**Klage på Konkurransetilsynets vedtak V2013-6 - midlertidig pålegg om opphør  
av samarbeidsavtalen mellom ICA Norge AS og Norgesgruppen ASA**

**1. Innledning**

Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet viser til klage fra ICA Norge AS (ICA) av 30. april 2013 og til klage fra Norgesgruppen ASA (Norgesgruppen) av 3. mai 2013. Klagene gjelder Konkurransetilsynets vedtak V2013-6 av 19. april 2013 om midlertidig pålegg om opphør av samarbeidsavtalen av 14. januar 2013 mellom ICA og Norgesgruppen, etter bestemmelsen i konkurranseloven<sup>1</sup> § 12 fjerde ledd. Klagene er rettidige, jf. forvaltningsloven<sup>2</sup> § 29 første ledd.

Konkurransetilsynet har etter å ha vurdert klagene fastholdt sitt vedtak, og har oversendt saken til behandling i departementet, jf. forvaltningsloven § 33 fjerde ledd. Konkurransetilsynets oversendelsesbrev datert 16. mai 2013 ble mottatt til behandling i departementet 21. mai 2013.

**2. Partene**

ICA har fra 27. mars 2013 vært et heleid datterselskap av Hakon Invest AB, som 20. mai byttet navn til ICA Gruppen AB. Største eiere i ICA Gruppen AB er ICA-Handlarnas Förebund (51,3 prosent) og Industrivärden (10 prosen). ICA har i overkant av 500 butikker som til dels er eid og drevet som filialbutikker av ICA, og dels drevet gjennom franchisekontrakter. ICA har tre ulike butikkjedekonsepter ICA Supermarked, Rimi og Matkroken. ICA har også sin egen grossist- og distribusjonsvirksomhet.

<sup>1</sup>Lov 5. mars 2004 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

<sup>2</sup>Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

Postadresse  
Postboks 8004 Dep  
N-0030 OSLO  
postmottak@fad.dep.no

Besøksadresse  
Akersg. 59

Telefon  
22 24 90 90  
Org no.  
972 417 785

Konkurransopolitisk  
avdeling  
Telefaks

Saksbehandler  
Gaute T. Bergstrøm  
22244813  
gtb@fad.dep.no

ICA hadde i 2012 en omsetning på 19 050 mrd. SEK, og et driftsresultat på minus 1 023 mrd. SEK.<sup>3</sup> ICAs markedsandel i dagligvaremarkedet i 2012 var 12,3 prosent.<sup>4</sup>

Norgesgruppen eies av bl.a. Joh Johansson AS (69,24 prosent), Brødrene Lorentzen AS (8,48 prosent) og Pett Kjede og Servicekontor AS (5,97 prosent). Norgesgruppens kjernevirksomhet er detalj- og engrosvirksomhet innenfor daglige forbruksvarer. Norgesgruppen driver virksomhet bl.a. i dagligvaremarkedet, storhusholdningsmarkedet og markedet for servicehandel. Innenfor dagligvare har Norgesgruppen tre ulike butikkonsepter, Meny/Ultra, Kiwi og Kjøpmannhuset (kjedene Spar, Eurospar og Joker). Grossistvirksomheten drives gjennom selskapet ASKO Norge AS.<sup>5</sup>

Norgesgruppen har over 1750 dagligvarebutikker og ca 500 kiosker. I 2012 hadde konsernet driftsinntekter på 62 083 MNOK og et driftsresultat (EBIT) på 2 572 millioner kroner. Norgesgruppens markedsandel i dagligvaremarkedet i 2012 var på 38,5 prosent.<sup>6</sup>

### 3. Dagligvaremarkedet

Det norske dagligvaremarkedet består av fire store dagligvaregrupperinger, henholdsvis Norgesgruppen, ICA, Coop Norge SA (Coop) og Rema 1000 AS (Rema). På detaljistleddet opererer også en mindre aktør, I K Lykke AS (Bunnpris).

De fire store dagligvaregrupperingene har alle integrerte grossist- og distribusjonsfunksjoner. Videre har Norgesgruppen, ICA og Coop flere forskjellige butikkjedekonsepter innenfor ulike segmenter i dagligvaremarkedet. Norgesgruppen og ICA har nasjonale kjeder innen segmentene lavpris, nærbutikker og supermarkeder, mens Coop har nasjonale kjeder innen lavpris og nærbutikker. Coop har i tillegg en supermarkedkjede med regional tilstedeværelse, samt et mindre antall hypermarkeder. Rema har kun ett butikkjedekonsept innen lavprissegmentet. Det samme gjelder den mindre aktøren Bunnpris.<sup>7</sup>

Avgrensningen av det norske dagligvaremarkedet gjøres både nasjonalt og lokalt. Det nasjonale aspektet skyldes at sentrale konkurranseparametre, blant annet sortiment, markedsføringstiltak, nyetableringer, innkjøpsforhandlinger, utvikling av egne merkevarer og maksimalpriser, bestemmes helt eller delvis nasjonalt. Den lokale dimensjonen følger av at forbrukerne etterspør dagligvarer lokalt.<sup>8</sup>

I 2012 hadde Norgesgruppen en nasjonal markedsandel på detaljistleddet på 38,5 prosent, Coop 23,3 prosent, Rema 22,2 prosent, ICA 12,3 prosent og Bunnpris 3,7 prosent.<sup>9</sup> I mange

---

<sup>3</sup> [http://reports.ica.se/ar2012sv/Materiale/Files/ICA+Verksamhet+2012\\_opt.pdf](http://reports.ica.se/ar2012sv/Materiale/Files/ICA+Verksamhet+2012_opt.pdf)

<sup>4</sup> <http://no.nielsen.com/site/documents/Dagligvarerapporten2013Pressemelding.pdf>

<sup>5</sup> Informasjonen er hentet fra NOU 2011:4 *Mat, makt og avmakt* og [www.norgesgruppen.no](http://www.norgesgruppen.no)

<sup>6</sup> <http://no.nielsen.com/site/documents/Dagligvarerapporten2013Pressemelding.pdf>

<sup>7</sup> NOU 2011:4 *Mat, makt og avmakt* kap. 3.3 og de ulike dagligvarekjedenes hjemmesider.

<sup>8</sup> Særskilt vedlegg til NOU 2011:4 *Mat, makt og avmakt*, vedlegg 13.

<sup>9</sup> <http://no.nielsen.com/site/documents/Dagligvarerapporten2013Pressemelding.pdf>



lokale markeder er konsentrasjonen høyere enn de nasjonale markedsandelene gir uttrykk for. Det er kun i en fjerdedel av kommunene at alle paraplykjedene er representert ved én eller flere butikker. Norgesgruppen står i en særstilling, med butikker i ca. 90 prosent av kommunene.<sup>10</sup>

#### **4. Kort om avtalen mellom ICA og Norgesgruppen**

ICA og Norgesgruppen inngikk 14. januar 2013 en samarbeidsavtale om felles innkjøp, grossistvirksomhet og distribusjon, heretter omtalt som "Avtalen".

Avtalen innebærer at Norgesgruppen på vegne av begge parter skal forestå forhandlinger med og innkjøp fra leverandører for de varer Avtalen omfatter. Videre skal Norgesgruppen ved sitt grossistselskap ASKO Norge AS (ASKO) levere til samtlige av ICAs butikker, med unntak at butikker som er innenfor et område på Østlandet definert i Avtalen, heretter omtalt som Østlandsområdet. Formålet med samarbeidet er i Avtalen beskrevet å være en økning i ICAs konkurransekraft gjennom lavere innkjøpsbetingelser og effektiv logistikk på lik linje med Norgesgruppens dagligvarekjeder, jf. punkt 1.1 i Avtalen.

I følge punkt 8.1 i Avtalen var målet å starte samarbeidet og at Norgesgruppen vil forhandle med leverandørene forut for oppstart. I brev til Konkurransetilsynet av 8. mars 2013 framgår det at oppstarttidspunktet for innkjøpsamarbeidet ble forskjøvet til , og at overgangen til ASKOs grossistsystem framskyndes for noen områder. Etter Konkurransetilsynets vedtak av 19. april 2013 har partene valgt å avvente videre implementering av samarbeidet inntil departementet har behandlet klagen på tilsynets vedtak.

Avtalen kan først sies opp år etter implementering. Oppsigelsesfristen er år, jf. punkt 8.2 i Avtalen. Minste varighet på Avtalen er således år.

Flere produktområder er holdt utenfor Avtalen, herunder ferske brød og bakervarer, fersk fisk og sjømat, frukt og grønt, egne merkevarer og varer fra lokale leverandører og særlige leverandører (leverandører som er spesielt tilknyttet den ene av kjedene mv.), jf. punkt 2.1.3 i Avtalen.

Etter Avtalen skal ICA, som nevnt, opprettholde sin egen distribusjon til butikker på Østlandet. Avtalen innebærer at Norgesgruppen vil stå for innkjøp av om lag prosent av ICAs volum, og distribuere om lag prosent av volumet. Avtalen omfatter også samarbeid om IT, grunndata og ordresystem, jf. punkt 4 i Avtalen. I punkt 5 og 6 i Avtalen er det også åpnet for at samarbeidet kan videreutvikles og utvides.

Samarbeidet omfatter alle varegrupper innenfor Norgesgruppens til enhver tid gjeldende sortiment, med mindre en konkret varegruppe er spesifikt unntatt i Avtalen,

---

<sup>10</sup> Vedlegg 13 i NOU 2011:4, side 96-97.

jf. Avtalens punkt 2.1.1, som beskrevet ovenfor. Av punkt 2.1.1 framgår det også at det er Norgesgruppen som skal forestå forhandlinger med leverandørene, utpeke hvilke leverandører som skal velges og beslutte sortimentet i de ulike kategoriene. For de varegruppene som ikke er omfattet av samarbeidet vil ICA selv forestå forhandlinger med leverandørene, jf. Avtalens punkt 2.1.2.

Partene vil ikke ha tilgang til hverandres særlige varer og særlige leverandører, herunder egne merkevarer, med mindre annet blir avtalt. For at ICA skal oppnå tilsvarende vilkår som Norgesgruppens egne butikker

I henhold til Avtalens punkt 2.2.1 vil ICA innrømmes de samme varelinjerelaterte detaljstrabattene for alle varegruppene samarbeidet omfatter på lik linje med Norgesgruppens dagligvarekjeder. Videre framgår det av punkt 2.2.1 at ICA vil få betingelser i tråd med Norgesgruppens samarbeidsbonuser for alle varegrupper omfattet av samarbeidet, beregnet ut i fra en ytelsesbasert modell. Når det gjelder joint marketing og aktiviteter knyttet opp mot leverandørene, vil ICA selv ha ansvar for slike forhandlinger med leverandørene, jf. punkt 2.2.4 i Avtalen.

Avtalen inneholder også bestemmelser med hensyn til bruk av fortrolig informasjon, jf. punkt 7.4 i Avtalen. I vedlegg 7.2 er dette nærmere spesifisert. Her fremgår det at en part kun skal utlevere konkurransesensitiv informasjon til den andre part i den grad det er strengt nødvendig for å gjennomføre samarbeidet. Informasjonen skal kun gjøres tilgjengelig for ansatte som trenger informasjonen for å gjennomføre samarbeidet. Videre må behovet for slik informasjon begrunnes, og informasjonen kan kun benyttes til det formålet som er oppgitt. Det følger også av Avtalen at ansatte som får tilgang til den annen parts leverandørbetingelser eller kategoriinformasjon skal undertegne en personlig konfidensialitetserklæring, og forplikte seg til ikke å benytte informasjonen til annet formål enn implementering og gjennomføring av samarbeidet. Norgesgruppen forplikter seg til å hindre at konkurransesensitiv informasjon vedrørende ICA spres mellom henholdsvis innkjøpsavdelingen, profilhusene og ASKO.

## **5. Departementets saksbehandling**

Departementet fikk oversendt klagen fra Konkurransetilsynet ved brev av 16. mai 2013. I forkant av oversendelsen ble partenes klager og enkelte andre dokumenter i saken oversendt fra klagerne i e-poster fra ICA og Norgesgruppen av henholdsvis 22. og 24. april 2013.

Departementet har gjennomført tre møter med ICA og to møter med Norgesgruppen under saksbehandlingen. Departementet også hatt møter med Dagligvareleverandørenes Forening, Rema 1000, Coop og Bunnpris. Departementet har innhentet ytterligere informasjon fra klagerne ved pålegg av 31. mai og 6. juni 2013.



## 6. Kort om Konkurransetilsynets vedtak

Konkurransetilsynet vedtak V2013-6 (Vedtaket) har følgende slutning:

### *Vedtaket*

- (151) *På denne bakgrunn og med hjemmel i konkurranseloven § 12 fjerde ledd, jf. første ledd, har Konkurransetilsynet fattet vedtak med følgende slutning:*
- (152) *ICA Norge AS og Norgesgruppen ASA pålegges midlertidig å bringe implementeringen av samarbeidsavtalen datert 14. januar 2013 til opphør.*
- (153) *Pålegget gjelder til 30. september 2013.*
- (154) *Vedtaket kan påklages innen 3 uker, jf. forvaltningsloven § 29. En eventuell klage stiles til Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet, men sendes Konkurransetilsynet.*

Konkurransetilsynet har funnet at det er rimelig grunn til å anta at konkurranseloven § 10 er overtrådt, jf. konkurranseloven § 12 fjerde ledd bokstav a.

Tilsynet har vurdert at den mest sannsynlige konkurransesituasjonen uten Avtalen er at ICA vil videreføre sin virksomhet i det norske markedet både på detalj- og grossistleddet.<sup>11</sup>

Det foreligger etter tilsynets vurdering tre ulike konkurransebegrensende virkninger av Avtalen som hver for seg gir rimelig grunn til å anta at Avtalen er i strid med konkurranseloven § 10.

For det første har tilsynet funnet at Avtalen kan lede til koordinerte virkninger mellom partene på detaljistleddet. Tilsynet finner at Avtalen vil føre til betydelig grad av informasjonsutveksling mellom partene. Begge parter vil få omfattende kjenneskaper til den annen parts innkjøpsvilkår og grossistbetingelser. Tilsynet finner videre at Avtalen vil bidra til en mer ensartet kostnadsstruktur for ICA og Norgesgruppen. Partene vil få tilnærmet like innkjøpspriser og grossistkostnader per enhet for prosent av ICAs omsetning, og Avtalen åpner for at dette kan endres. Dette gir etter tilsynets vurdering rimelig grunn til å anta at Avtalen vil legge til rette for en koordinering av Norgesgruppen og ICAs atferd i markedet for omsetning av dagligvarer til forbrukerne.<sup>12</sup>

For det andre har tilsynet funnet at ikke-koordinert atferd kan føre til dempet konkurranse mellom Norgesgruppen og ICA.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Vedtaket avsnitt 86.

<sup>12</sup> Vedtaket avsnitt 87-89.

<sup>13</sup> Vedtaket avsnitt 91-96.

For det tredje finner tilsynet at det er nærliggende at Avtalen vil lede til at Norgesgruppens kjøpermakt styrkes, og at dette kan svekke konkurransen mellom kjedene.<sup>14</sup>

Videre har tilsynet funnet at de markedsstrukturelle forholdene tilsier at partene har en markedsrett på detaljleddet som tilsier at det kan oppstå konkurranseskade. Tilsynet viser til at ICA og Norgesgruppen henholdsvis har markedsandeler på 12,3 og 38,5 prosent på detaljleddet, og at disse andelene i enkelte lokale markeder og regioner er høyere. Det vises videre til at etableringsbarrierene er høye og til at vanskelig tilgang på egnede eiendommer setter skranker for konkurrentenes ekspansjonsmuligheter.

Tilsynet anser at noen av de anførte effektivitetsgevinstene kan realiseres, og at de i så fall kan gi lavere variable innkjøpskostnader. Tilsynet anser imidlertid at eventuelle priseffekter som følge av lavere variable kostnader ikke vil oppveie Avtalens konkurransebegrensende virkninger, og forbrukerne vil derfor ikke stå ovenfor lavere priser. Det er partene som har bevisbyrden for at det foreligger gevinster som beskrevet i § 10 tredje ledd.

Tilsynet har også funnet at det er fare for varig og uopprettelig skade på konkurransen, dersom partene implementerer Avtalen.

For det første har tilsynet funnet at en implementering av Avtalen medfører en nedlegging av ICAs nasjonale grossistvirksomhet. Dette leder til tre mulige alternativ for ICA dersom Avtalen pålegges opphørt i et endelig vedtak. Enten at ICA gjenoppbygger egen distribusjon, eller inngå en avtale om grossistsamarbeid med en annen aktør, eller et helt eller delvis salg til en konkurrent. Tilsynet har vurdert at et salg til en konkurrent, helt eller delvis, vil være det sannsynlige alternativet.

Dette fører etter tilsynets vurdering til en varig og uopprettelig skade ved at antallet aktører reduseres både på grossist- og detaljleddet, og til at sannsynligheten for en ny aktør på det norske dagligvaremarkedet svekkes.

For det andre anser tilsynet at den informasjonsutveksling som vil skje mellom partene ved en videre implementering, skaper fare for varig og uopprettelig skade på konkurransen. Som følge av Avtalen vil Norgesgruppens grossistvirksomhet generere kunnskaper om ICAs volumer, både for ordinær salgsvirksomhet og kampanjer. Informasjonen kan fremstilles på enkeltbutikknivå og kjedenivå etc. Informasjonen vil omfatte kostnader på varelinjenivå og enkeltbutikknivå. Norgesgruppen vil kunne beregne marginer, planlagt og realisert omsetning på ulike nivåer som butikk, region og profilkjede. Norgesgruppen kan bruke opplysningene til for eksempel å vurdere ICAs respons på egne strategier og utvikling av egne strategier. Det vil være svært vanskelig å hindre spredning og anvendelse av informasjonen i Norgesgruppen.

---

<sup>14</sup> Vedtaket avsnitt 97-100.



Avtalebestemmelser som skal hindre spredning av konkurransesensitiv informasjon, kan dempe og begrense informasjonsflyten, men er ikke tilstrekkelig til å forhindre at mye av opplysningene blir brukt i Norgesgruppens fremtidige beslutninger.

Kunnskapen Norgesgruppen får vil være av varig verdi. Virkningen kan være at Norgesgruppen disiplinere ICA, slik at ICA blir en svakere konkurrent, eller eventuelt at Norgesgruppen svekker ICAs posisjon i markedet. Norgesgruppen vil også opparbeide seg en informasjonsfordel overfor Rema og Coop dersom ICAs butikklokaler blir lagt ut for salg.

Konkurransetilsynet har funnet at et midlertidig pålegg ikke vil være uforholdsmessig. Det foreligger fare for varig og uopprettelig skade på konkurransen, gjennom at ICAs posisjon svekkes og risikoen for at ICA forlater markedet øker. Videre vil informasjonsutvekslingen være egnet til å styrke Norgesgruppens posisjon og svekke konkurransen i markedet. Tilsynet anser at et midlertidig vedtak vil kunne føre til skade og ulempe for ICA og Norgesgruppen ved at partene ikke får bedret sine innkjøpsbetingelser og ikke får hente ut kostnadssynergier i grossistvirksomheten, men finner at de varige konkurranseskadene som kan oppstå, veier tyngre.

Konkurransetilsynet har ikke tatt stilling til partenes anførsler vedrørende beviskrav, da tilsynet finner at et krav til sannsynlighetsovervekt uansett vil være oppfylt.

Konkurransetilsynet anser ikke at det foreligger saksbehandlingsfeil som medfører at vedtaket er ugyldig, slik som anført fra partene.

## **7. Kort om klagerens anførsler**

Klagerne anfører at det foreligger en rekke saksbehandlingsfeil som er av slik en art at Konkurransetilsynets vedtak må oppheves.

Videre anføres det at ingen av de tre kumulative vilkårene som kreves for et vedtak etter konkurranseloven § 12 fjerde ledd er oppfylt.

For det første anføres det at det ikke foreligger rimelig grunn til å anta at Samarbeidsavtalen er i strid med konkurranseloven § 10.

Det anføres at Avtalen ikke er konkurranseskadelig fordi alternativscenarioet til samarbeidet med Norgesgruppen, er at det realiseres en risiko for at ICA helt eller delvis forsvinner fra markedet. Alternativet til å godta Avtalen er derfor en stor skade på konkurransen ved at ICA som en av fire aktører forsvinner fra markedet, og Avtalen kan på denne bakgrunn ikke anses å være konkurranseskadelig.

Det anføres også at de tre konkurranseskadene tilsynet påberoper seg, koordinerte virkninger, ikke koordinerte virkninger og kjøpermakt, ikke med rimelig grunn kan antas å oppstå som følge av Avtalen.

For det tilfellet at Avtalen har konkurranseskadelige virkninger anføres det at det foreligger effektivitetsgevinster og at vilkårene etter § 10 tredje ledd er oppfylt, slik at Avtalen likevel ikke er i strid med § 10.

Det anføres at det ikke foreligger noen sikringsgrunn, jf. konkurransenloven § 12 fjerde ledd bokstav b. Verken som følge av informasjonsutveksling eller delvis nedbygging av ICAs distribusjon- og grossistvirksomhet.

Klagerne anfører at Konkurransetilsynets midlertidige pålegg om opphør er et uforholdsmessig inngrep.

Partenes anførsler vil bli beskrevet mer utførlig på de relevante punktene under departementets vurdering.

## **8. Departementets vurdering**

### **8.1 Innledning**

Konkurranseloven § 12 fjerde ledd gir Konkurransetilsynet hjemmel til å treffe midlertidig vedtak om pålegg om opphør.

Bestemmelsen oppstiller tre vilkår. For det første er det et vilkår at det er "*rimelig grunn til å anta at det foreligger et brudd på konkurranseloven § 10 eller § 11*". For det andre kreves det at det er "*fare for at konkurransen utsettes for varig og uopprettelig skade*". For det tredje er det et vilkår at den vedtaket retter seg mot ikke påføres skade eller ulempe som står i "*åpenbart misforhold*" til det hensyn det midlertidige vedtaket skal ivareta.

Disse tre vilkårene behandles nedenfor i henholdsvis punkt 8.4, 8.5 og 8.6. Innledningsvis behandles først klagerens anførsler om saksbehandlingsfeil, i punkt 8.2, og beviskrav i punkt 8.3.

### **8.2 Saksbehandlingsfeil**

#### **8.2.1 Rettslig utgangspunkt**

Forvaltningsloven § 41 omhandler virkningen av brudd på lovfestede regler om behandlingsmåten av saker som gjelder enkeltvedtak. Det følger av den ulovfestede ugyldighetslære at samme vurderingsnorm anvendes analogisk på andre typer saksbehandlingsfeil.

Brudd på forvaltningslovens saksbehandlingsregler får ikke uten videre den konsekvens at vedtaket blir kjent ugyldig. Forvaltningsloven § 41 slår fast at selv om saksbehandlingsreglene ikke er fulgt i en sak som gjelder enkeltvedtak, "*er vedtaket likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold*". For at et vedtak skal kunne settes til side som ugyldig, er det et krav at den eller de feilene som påberopes kan ha virket inn på vedtakets innhold.



Forvaltningsloven § 17 første ledd gir uttrykk for det ulovfestede forvaltningsrettslige prinsippet om at en sak skal være så godt opplyst som mulig før det treffes vedtak. Opplysnings- og utredningsplikten innebærer at forvaltningen selv må sørge for å få de opplysningene som er nødvendige for å sikre en riktig avgjørelse. Forvaltningsorganet må utvise upartiskhet i sine undersøkelser, og har plikt til å få frem både momenter som taler til gunst og til ugunst for partene. I dette ligger også at forvaltningen i en viss grad er pliktig til å henvende seg til partene, for å få supplerende opplysninger der avgjørelsesgrunnlaget ikke er tilstrekkelig, jf. Sivilombudsmannens årsmelding 1985 s. 129. Omfanget av opplysnings- og utredningsplikten må ses i lys av den tid og de ressurser som er til rådighet og de faktiske muligheter som foreligger for å få saken bedre opplyst. Jo mer inngripende vedtaket er, desto lenger rekker kravet om opplysning av saken.

Nært forbundet med utrednings- og opplysningsplikten er prinsippet om kontradiksjon, som krever at partene i saken gis mulighet til å bli kjent med premissene for vedtaket og ta til motmæle. Dette er regulert i forvaltningsloven § 17 annet ledd. Konkurranseloven § 27 inneholder imidlertid en viktig begrensning i partenes rett til innsyn i sakens dokumenter. Bestemmelsen slår fast at partene som etterforskes bare har rett til innsyn såfremt *"det kan skje uten skade eller fare for etterforskningen"*, og innebærer følgelig et unntak fra kontradiksjonsprinsippet.

Bestemmelsen i forvaltningsloven § 16 om forhåndsvarsling er også et utslag av kontradiksjonsprinsippet, og gir partene rett til å uttale seg i saken før vedtak treffes. Varselet skal forklare hva saken går ut på og ha et innhold som gjør parten i stand til å ivareta sine interesser.

Det følger videre av forvaltningsloven § 24 at enkeltvedtak skal begrunnes. Bestemmelsen i § 25 angir kravene til begrunnelsens innhold, og slår fast at den skal vise til de rettsreglene og faktiske forhold som vedtaket bygger på. Kravet til begrunnelse vil normalt skjerpes jo mer inngripende og alvorlig avgjørelsen er for den vedtaket er rettet mot, jf. Rt 1981 s. 745.

### *8.2.2 Norgesgruppens anførsler i hovedtrekk*

Norgesgruppen anfører at partsinnsyn i dokumenter som Konkurransetilsynet har mottatt fra tredjeparter er gitt for sent, og at retten til kontradiksjon etter forvaltningsloven § 17 annet ledd derfor ikke er ivaretatt i tilstrekkelig grad. Det vises i den forbindelse særlig til at innsyn i rapporten fra Oslo Economics ble gitt veldig sent, til tross for at den ikke inneholdt forretningshemmeligheter.

Norgesgruppen anfører også at Vedtaket er mangelfullt utredet i strid med forvaltningsloven § 17 første ledd. Norgesgruppen fremholder at Konkurransetilsynet har lagt for liten vekt på Avtalens positive virkninger og informasjon lagt frem av partene og lagt for

stor vekt på innspill fra tredjeparter. Norgesgruppen mener dette representerer en skjevhet i saksbehandlingen.

Norgesgruppen anfører også at de faktiske og rettslige forholdene som ligger til grunn for Vedtaket er mangelfullt begrunnet og i strid med forvaltningsloven § 25. I den forbindelse vises det til at både varselet og Vedtaket fremstår som teoretisk begrunnet og at tilsynet ikke tar inn over seg den praktiske virkningen og nytteverdien av Avtalen. Det vises videre til at Vedtaket er preget av uriktige og udokumenterte påstander som synes påvirket av innspill fra tredjeparter. Både varselet og Vedtaket synes å være basert på løse, generelle antakelser om hvilken virkning avtalen teoretisk sett kan ha på konkurransen. Vurderingen av effektivitetsgevinster i konkurranseloven § 10 tredje ledd og kravet til forholdsmessighet i § 12 fjerde ledd er kun summariske.

Norgesgruppen anfører videre at tilsynet ikke har foretatt en objektiv behandling av saken. Det vises i den forbindelse til at tilsynet gjennom uttalelser i media har foregrepet sin egen behandling av saken, og virket forutinntatt. Norgesgruppen mener at tilsynet på et tidlig tidspunkt har tatt stilling til saken, og at tilsynet ikke har utøvd et objektivt og saklig skjønn.

Norgesgruppen anfører også at Vedtaket er uforholdsmessig fordi det kunne fattes et mindre inngripende vedtak overfor partene enn et fullstendig midlertidig forbud. Norgesgruppen viser i den forbindelse til de foreslåtte avhjelpende tiltakene, og at disse burde være tilstrekkelige til å ivareta tilsynets konkurransemessige bekymringer.

Etter Norgesgruppens syn må det antas at saksbehandlingsfeilene har virket bestemmende på Vedtakets innhold og at vedtaket derfor må anses ugyldig, jf. forvaltningsloven § 41.

#### **8.2.2.1 ICAs anførsler i hovedtrekk**

ICA anfører at Konkurransetilsynet ikke har oppfylt utrednings- og opplysningsplikten i forvaltningsloven § 17 første ledd. ICA viser i den forbindelse til at Vedtaket er basert på antakelser og spekulasjoner som står i motstrid til det partene har anført, og at tilsynet kunne og skulle ha innhentet supplerende opplysninger fra partene.

ICA anfører også at tilsynet ikke har overholdt begrunnelsesplikten som følger av forvaltningsloven § 24 og § 25. ICA viser til at Konkurransetilsynets vedtak er meget inngripende, og at det derfor må stilles strenge krav til begrunnelsens innhold. ICA anfører at selskapet har lagt frem en betydelig mengde informasjon, men at denne bare i begrenset grad er undergitt en konkret vurdering i Vedtaket. I følge ICA nøyer Konkurransetilsynet seg med å gjengi anførselene summarisk, og vektlegger i vurderingen ensidig tilsynets egen oppfatning og hypoteser. ICA anfører også at vurderingene til Konkurransetilsynet på flere steder er generelle, innholdsløse og/eller teoretiske.



ICA fremholder videre at Konkurransetilsynets behandling av denne saken ikke har ivaretatt ICAs rett til kontradiksjon på en tilstrekkelig måte. ICA viser for det første til at informasjonen som tilsynet gav i sitt forhåndsvarsel, ikke var tilstrekkelig til å sikre ICAs rett til kontradiksjon på en slik måte som er forutsatt i forvaltningsloven § 16. I følge ICA inneholdt ikke Varselet noen reell vurdering av konkurransesituasjonen med og uten Avtalen. Varselet hadde feil rettslig utgangspunkt, inneholdt i stor grad kortfattede teoretiske utsagn om skadehypotesene og var begrenset i bruken av konkret faktum. ICA ble dessuten gitt en svært kort frist til å kommentere og imøtegå Varselet.

ICA viser til at tilsynet i Vedtaket redegjør noe mer detaljert for skadehypotesene, men i likhet med Varselet er også Vedtaket preget av mangelfulle vurderinger av faktum og stor vektlegging av spekulasjoner og antakelser om partenes insentiver. Etter ICAs syn har tilsynet pålagt et midlertidig opphør på et grunnlag som ICA på sentrale punkter ikke har hatt reell mulighet til å imøtegå. I tillegg bærer Vedtaket ifølge ICA preg av at de kommentarene selskapet har gitt, ikke er undergitt konkrete vurderinger.

ICA viser til at det fikk innsyn i rapporten fra Oslo Economics, som ble skrevet på bestilling fra Dagligvareleverandørenes Forening, kun halvannet døgn før vedtak ble truffet. ICA mener at skadehypotesen om kjøpermakt som fremgår av rapporten, er lagt til grunn som skadehypotese i Vedtaket, og den fremstår som en sentral del av begrunnelsen for at Avtalen kan være i strid med konkurranseloven § 10. Denne skadehypotesen var ikke nevnt i forhåndsvarselet, og ICA hadde derfor ikke mulighet til å imøtegå den før vedtak ble truffet. ICA mener at tilsynet umiddelbart burde sendt over rapporten fra Oslo Economics til partene da den åpenbart ikke inneholder noen forretningshemmeligheter.

ICA fremholder også at det ble gitt innsyn på et sent stadium i andre sentrale dokumenter. ICA mener på denne bakgrunn at foretaket er fratatt retten til kontradiksjon på en måte som strider med reglene om partsoffentlighet i konkurranseloven § 27.

Etter ICAs syn må det legges til grunn at saksbehandlingsfeilene har virket bestemmende på Vedtakets innhold og at Vedtaket derfor må anses ugyldig, jf. forvaltningsloven § 41. Vurderingen etter § 41 må i følge ICA ta hensyn til at Vedtaket er svært inngripende for dem, noe som skjerper kravene til Konkurransetilsynets saksbehandling.

### **8.2.3 Konkurransetilsynets begrunnelse i hovedtrekk**

Etter Konkurransetilsynet vurdering kan det ikke stilles samme krav til opplysningsplikten ved midlertidig vedtak etter konkurranseloven § 12 fjerde ledd, som etter vedtak om brudd på konkurranseloven § 10. Varselet og Vedtaket er ifølge tilsynet utformet på en slik måte at begrunnelsesplikten er oppfylt, jf. forvaltningsloven § 24 og § 25. Tilsynet viser til at det i Varselet først redegjorde for situasjonen i dagligvaremarkedet i



Norge og Avtalen, og deretter gav sin vurdering av mulige konkurransebegrensende virkninger av Avtalen.

Konkurransetilsynet fremholder at det i varselets vurdering av om det foreligger sikringsgrunn, også ble vist til hva som kan være alternativsituasjonen uten Avtalen. Det er derfor ikke riktig, slik partene anfører, at tilsynet ikke oppstiller en alternativ situasjon i Varselet. Tilsynet viser videre til at partene i sine tilsvarende utførlig har beskrevet hva de anser som alternativsituasjonen, og at partene på grunnlag av varselet har fått anledning til å opplyse om saken på dette punktet. Tilsynet er derfor av den oppfatning at saken var tilstrekkelig opplyst til å sende varsel om midlertidig vedtak, og at Varselets utforming var tilstrekkelig til å ivareta partenes behov for kontradiksjon.

Konkurransetilsynet viser videre til at det i Vedtaket har gjort en grundigere analyse av vurderingstemaene som fremgikk av Varselet. I denne vurderingen er det lagt vekt på opplysninger mottatt fra partene, og opplysninger mottatt fra tredjeparter. Tilsynet innhentet i den forbindelse særskilt opplysninger fra ICA og Norgesgruppen om forhold som kunne være av betydning for inngrepsgrunnlaget. Partene har videre i møter med tilsynet fått anledning til å utdype sine synspunkter utover de kommentarene som er gitt i tilsvarene. Tilsynet har også ved flere anledninger innhentet utfyllende informasjon fra ICA.

Konkurransetilsynet er videre av den oppfatning at partenes rett til kontradiksjon er tilstrekkelig ivaretatt. Frem til varsel om vedtak ble ICA og Norgesgruppen nektet innsyn i sakens dokumenter av hensyn til etterforskningen, jf. konkurranseloven § 27 første ledd. Etter at Varselet ble sendt, nektet tilsynet fortsatt innsyn i sakens dokumenter med hjemmel i § 27 første ledd. Av hensyn til kontradiksjon ga tilsynet likevel partene innsyn i de dokumentene som ikke utelukkende inneholder forretningshemmeligheter. Tilsynet viser til at det har tatt tid å vurdere flere av dokumentene, fordi tilsynet på dette stadiet var tidlig i prosessen med å avgjøre videre etterforskningsskritt. Tilsynet understreker at opplysninger som fremgår av de aktuelle dokumentene ikke er lagt til grunn i Vedtaket.

Konkurransetilsynet viser til at rapporten fra Oslo Economics ble mottatt 15. mars 2013 og sendt til partene 17. april. Da hadde tilsynet foretatt en vurdering av om rapporten inneholdt forretningshemmeligheter og/eller opplysninger som måtte skjermes av hensyn til etterforskningen. Tilsynet påpeker at rapporten nærmest utelukkende inneholder en gjennomgang av økonomisk teori, og at den derfor ikke har vært avgjørende for tilsynets vurderinger i Vedtaket.

For så vidt gjelder Norgesgruppens anførsel om manglende objektivitet i saksbehandlingen, viser tilsynet til at det har hatt ett eller to møter med hver av tredjepartene, mens både Norgesgruppen og særlig ICA gjennom møter med tilsynet og uttalelser i media har uttalt seg om ulike forhold i saken. Tilsynet fremholder at det har tatt hensyn til all tilgjengelig informasjon, og følgelig opptrådt objektivt.



Når det gjelder anførselen om at Vedtaket er uforholdsmessig, anser tilsynet at det eneste tiltaket som er tilstrekkelig til å unngå varig og uopprettelig skade knyttet til nedleggelsen av grossistvirksomheten er å stanse nedleggelsen av grossistvirksomheten.

På denne bakgrunn finner Konkurransetilsynet at Vedtaket ikke inneholder saksbehandlingsfeil som medfører ugyldighet, jf. forvaltningsloven § 41.

For det tilfelle at departementet skulle finne at tilsynet ikke har opptrådt i trås med saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven, anfører tilsynet at eventuelle saksbehandlingsfeil uansett ikke har vært bestemmende for vedtakets innhold, og kan derfor ikke medføre at Vedtaket blir kjent ugyldig, jf. forvaltningsloven § 41.

#### *8.2.4 Departementets vurdering*

Departementet vil i det følgende vurdere om Vedtaket er beheftet med saksbehandlingsfeil, og om slike eventuelle feil kan ha virket bestemmende på innholdet slik at Vedtaket må settes til side som ugyldig, jf. forvaltningsloven § 41.

##### *8.2.4.1 Kontradiksjon*

Departementet behandler først spørsmålet om tilsynet i sin behandling av saken ikke har gitt partene tilstrekkelig adgang til kontradiksjon.

Det fremgår av det opplyste at Konkurransetilsynet frem til varsel om vedtak unntok sakens dokumenter fra partsinnsyn av hensyn til etterforskningen, jf. konkurranseloven § 27. Etter Varselet gav imidlertid tilsynet partene innsyn i de dokumentene som ikke utelukkende inneholdt forretningshemmeligheter. Tilsynet har oppgitt at bakgrunnen for at det brukte lang tid på å vurdere flere av dokumentene, var at tilsynet på dette stadiet var tidlig i prosessen med å avgjøre videre etterforskningsskritt. Tilsynet har også påpekt at opplysningene som fremgår av disse dokumentene, ikke er lagt til grunn i Vedtaket.

Det fremgår av juridisk teori at spørsmålet om innskrenkninger i innsynsretten og retten til kontradiksjon, må vurderes på bakgrunn av saken som helhet.<sup>15</sup> Graden av partsinnsyn vil måtte bero på en løpende vurdering, der hensynet til etterforskningen normalt vil veie tyngre på et tidlig stadium i prosessen.<sup>16</sup>

I tråd med ovennevnte kan det etter departementets syn ikke tillegges avgjørende vekt i vurderingen at Konkurransetilsynet i en tidlig fase har unntatt dokumenter fra partsinnsyn, når partene har fått innsyn i disse på et litt senere stadium i prosessen.

---

<sup>15</sup> Graver/Hjelmeng, Norsk Konkurranserett, Bind II, Prosess og sanksjoner, side 100.

<sup>16</sup> NOU 2003: 12 side 207, Ot.prp. nr.6 (2003-2004) s. 175.

Departementet deler Konkurransetilsynets vurdering av at hensynet til å beskytte etterforskningen veier tyngre enn partenes behov for innsyn og kontradiksjon i den innledende fasen av etterforskningen, og at tilsynet derfor hadde hjemmel til foreløpig å unnta de omhandlede dokumentene. Departementet viser videre til at tilsynet har gitt partene anledning til å uttale seg i saken og imøtegå opplysningene som er innkommet i saken. Departementet finner derfor at hensynet til partenes kontradiksjon er tilstrekkelig ivaretatt under Konkurransetilsynets saksbehandling.

Departementet finner likevel grunn til å stille spørsmål ved det forhold at rapporten fra Oslo Economics ble gitt partene såpass sent som to dager før midlertidig vedtak, all den tid rapporten ifølge tilsynet nesten utelukkende inneholder en gjennomgang av økonomisk teori. Departementet har i denne sammenheng vektlagt at det er grunn til å regne med at innholdet av rapporten uansett ikke kan ha virket bestemmende inn på Konkurransetilsynets avgjørelse. Det vises til at rapporten kun gjelder ett av tre selvstendige grunnlag tilsynet bygger sin vurdering på under § 12 fjerde ledd bokstav a. Videre kan rapporten heller ikke ses å ha innvirket på tilsynets vurdering under § 12 fjerde ledd bokstav b.

#### *8.2.4.2 Opplysnings- og utredningsplikten*

Partene har gjort gjeldende at Konkurransetilsynet har forsømt sin plikt til å sørge for at saken er tilstrekkelig opplyst og utredet. Departementet finner grunn til å knytte noen generelle kommentarer til kravet til Konkurransetilsynets saksbehandling ved midlertidige vedtak etter konkurranseloven § 12 fjerde ledd. Et midlertidig pålegg etter denne bestemmelsen er av foreløpig og sikrende karakter. Bestemmelsen er begrunnet i behovet for et hurtig inngrep når det er fare for at det oppstår alvorlig og uopprettelig skade på konkurransen. Dette påvirker hvilke krav som stilles til tilsynets opplysnings- og utredningsplikt i forbindelse med et vedtak om midlertidig pålegg om opphør. På dette stadiet i etterforskningen har ikke Konkurransetilsynet det fulle bildet av saken. Det må etter departementets syn gjennomgående stilles mindre strenge krav til omfanget av Konkurransetilsynets opplysnings- og utredningsplikt for midlertidige vedtak etter konkurranseloven § 12 fjerde ledd enn for endelig vedtak etter konkurranseloven § 10. Dette selv om det i utgangspunktet stilles strenge krav til opplysnings- og utredningsplikten for midlertidige vedtak etter § 12 fjerde ledd, ettersom også slike inngrep normalt vil ha store konsekvenser for partene. Konkurransetilsynets plikt til å sørge for sakens opplysning må avveies mot hensynet til å treffe midlertidig vedtak før det oppstår varig og uopprettelig skade på konkurransen.

Departementet anser at tilsynet har opptrådt i samsvar med det krav som stilles til utrednings- og opplysningsplikten i forbindelse med et midlertidig vedtak etter konkurranseloven § 12 fjerde ledd. Departementet viser i den forbindelse til at Konkurransetilsynet har hatt møter både med partene og andre aktører, og gjennom disse møtene innhentet opplysninger i saken. Konkurransetilsynet har i tillegg innhentet utfyllende informasjon fra partene og andre aktører. Etter departementets vurdering har Konkurransetilsynet opplyst saken tilstrekkelig før vedtak ble truffet.



Departementet finner på denne bakgrunn at Vedtaket ikke er beheftet med saksbehandlingsfeil i strid med forvaltningsloven § 17.

#### **8.2.4.3 Begrunnelsesplikt**

Begrunnelsesplikten vil anses oppfylt dersom det i vedtaket vises til det rettslige grunnlaget og det faktum forvaltningsmyndigheten bygger sin avgjørelse på. Departementet bemerker at kravene som stilles i forvaltningsloven § 25 til begrunnelsens innhold ikke er omfattende.

Konkurransetilsynet har gjort rede for det rettslige grunnlaget for Vedtaket og forklart nærmere de faktiske omstendighetene som Vedtaket bygger på. Konkurransetilsynet har også redegjort for de rettslige vurderingstemaene som bestemmelsen i konkurranseloven § 12 fjerde ledd gir anvisning på. Videre er partenes anførsler tatt hensyn til. Begrunnelsen til tilsynet er etter departementets syn tilstrekkelig i den forstand at partene gis anledning til å ta til motmæle på en forsvarlig måte. Departementet anser at Vedtaket er utformet på en slik måte at det gir partene mulighet til å kontrollere om Vedtaket lider av innholdsmessige feil og om det skal angripes. Departementet finner derfor at Konkurransetilsynet har begrunnet Vedtaket i samsvar med de kravene som følger av forvaltningsloven § 24 og § 25 og ulovfestede prinsipper.

#### **8.2.4.4 Objektiv saksbehandling**

Det følger av opplysnings- og utredningsplikten at Konkurransetilsynet også innhenter informasjon fra tredjeparter som kan bidra til å belyse saken, og dermed sikre et best mulig beslutningsgrunnlag og en riktig avgjørelse. Departementet bemerker at det er opp til tilsynet å vurdere holdbarheten og vektleggingen av informasjonen som er innhentet. Departementet viser til at Konkurransetilsynet i sin vurdering har lagt vekt på opplysninger både fra partene og tredjeparter. Departementet finner derfor ikke grunnlag for å si at tilsynet ikke har vært objektiv i sin behandling av denne saken.

### **8.3 Beviskrav**

#### **8.3.1 § 12 fjerde ledd bokstav a – ”rimelig grunn til å anta”**

Bestemmelsen i konkurranseloven § 12 fjerde ledd bokstav a slår fast at det må være ”rimelig grunn til å anta” at det foreligger en overtredelse av § 10 eller § 11 for at Konkurransetilsynet skal kunne treffe midlertidig vedtak om å bringe overtredelsen til opphør, jf. § 12 første ledd.

##### **8.3.1.1 ICAs anførsler i hovedtrekk**

ICA viser til at et midlertidig vedtak vil virke svært inngripende og true selskapets eksistens i markedet. Det må derfor kreves sterke indikasjoner på at det foreligger overtredelse.

Etter ICAs syn er det ikke tilstrekkelig at tilsynet tar hensyn til konsekvensene for partene i forholdsmessighetsvurderingen. Dette påvirker også hvor sterke indikasjoner som må foreligge for å konstatere ”rimelig grunn”. I følge ICA foreligger det ikke sterke indikasjoner på overtredelse i denne saken.

### 8.3.1.2 Norgesgruppens anførsler i hovedtrekk

Norgesgruppen viser også til at et eventuelt midlertidig vedtak vil virke svært inngripende og ha betydelige konsekvenser for partene, og at dette skjerper kravene til bevisene tilsvarende. Til støtte for dette vises det til uttalelser i juridisk teori om at ”*det er på det rene at der vedtaket virker særlig inngripende...vil det kreves sterkere indikasjoner på overtredelse*”.<sup>17</sup> Norgesgruppen viser også til Evensen/Sæveraas<sup>18</sup> som også gir uttrykk for at vedtakets inngripende karakter muligens kan ha betydning for hvilket krav som stilles for at ”rimelig grunn” anses å foreligge. Norgesgruppen fremholder at et slikt skjerpet beviskrav er i tråd med praksis fra EØS-retten.<sup>19</sup>

Norgesgruppen mener videre at Konkurransetilsynet ikke kan se bort i fra dette i vurderingen av beviskravet med henvisning til at tilsynet har tatt høyde for hvilken betydning det midlertidige pålegget om opphør har for partene i forholdsmessighetsvurderingen.

Norgesgruppen viser også til at det i vurderingen av beviskravet må tas i betraktning den tiden Konkurransetilsynet har benyttet for å fatte midlertidig vedtak. Sammenlignet med en sak om midlertidig forføyning for domstolene, har tilsynet brukt svært lang tid, og det må derfor stilles strengere krav til bevisene.

Norgesgruppen viser videre til at Konkurransetilsynet har god kjennskap og tilgang til omfattende materiale om dagligvaremarkedet. Dette må etter selskapets syn påvirke kravet som stilles til tilsynets vurdering av konkurransebegrensende virkninger.

Norgesgruppen mener også at tilsynet ikke kan fatte et midlertidig vedtak der det er knyttet tvil til den konkurranserettslige vurderingen/analysen. Kravet til ”rimelig grunn til å anta” i § 12 fjerde ledd bokstav a knytter seg til bevisene for overtredelse. Når det gjelder den konkurranserettslige vurderingen/analysen, kan det ikke være større rom for rettsvillfarelse enn ellers.

Norgesgruppen anfører at det ikke er grunnlag for å operere med et lavere beviskrav enn i EØS-retten i tilsvarende saker. Til støtte for dette vises det til forarbeidenes forutsetning om at § 12 fjerde ledd gir Konkurransetilsynet tilsvarende kompetanse

---

<sup>17</sup> Graver og Hjelmeng, Norsk Konkurranserett, Bind II, side 40.

<sup>18</sup> Evensen/Sæveraas, Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer, side 457.

<sup>19</sup> Sak T-184/01 R, IMS Health Inc. mot Kommisjonen, Sml. 2001 s. II-3193, avsnitt 144.



som Kommisjonen i rådsforordning 1/2003 artikkel 8,<sup>20</sup> og at det med uttrykket "*rimelig grunn til å anta*" ikke kan være meningen at beviskravet skal være lavere.

### 8.3.1.3 Departementets vurdering

En naturlig språklig fortolkning av "*rimelig grunn til å anta*" tilsier at det må stilles visse krav til bevisene, men ikke et krav om sannsynlighetsovervekt for at loven er brutt. Det må være tilstrekkelig at Konkurransetilsynet har klare indikasjoner på at det foreligger en overtredelse. Det fremgår av forarbeidene at vurderingen etter konkurranseloven § 12 fjerde ledd vil måtte foretas på bakgrunn av de opplysningene som foreligger for Konkurransetilsynet på tidspunktet for det midlertidige vedtaket. Det fremgår også uttrykkelig av forarbeidene at vilkåret om rimelig grunn ikke medfører et krav til sannsynlighetsovervekt for at forbudene i § 10 og § 11 er overtrådt.<sup>21</sup>

Departementet bemerker at uttalelsene i juridisk teori om at kravene til bevisenes styrke skjerpes i tråd med det midlertidige vedtakets inngripende karakter, er basert på konkrete tolkninger av ett premiss i en avgjørelse fra Førsteinstansretten.<sup>22</sup> Etter departementets syn er det tvilsomt om man kan slutte fra denne avgjørelsen at det gjelder et prinsipp om skjerpet beviskrav for inngripende vedtak etter bestemmelsen om midlertidig forføyning i EU/EØS-retten. Departementet viser videre til at avveiningene som ligger til grunn for beviskravet etter EU/EØS-retten uansett ikke legger avgjørende føringer på tolkningen av beviskravet etter konkurranseloven. Beviskravet etter konkurranseloven er ikke harmonisert med EU/EØS-retten.

Midlertidige vedtak om pålegg etter konkurranseloven § 12 fjerde ledd vil gjennomgående være av inngripende karakter. Lovgiver har gjort et bevisst valg om at det ikke gjelder et krav om sannsynlighetsovervekt for overtredelse ved denne type vedtak. Etter departementets syn er det ikke grunn til å operere med et skjerpet beviskrav i særlige tilfeller.

Det fremgår av ovennevnte at det ikke kan oppstilles et krav om sannsynlighetsovervekt etter § 12 fjerde ledd bokstav a. Det er heller ingen holdepunkter for at det gjelder et skjerpet beviskrav ved særlig inngripende vedtak, verken i ordlyden eller forarbeidene.

Departementet finner i likhet med Konkurransetilsynet at avveiningen mellom hensynet til partene og hensynet til konkurransen hører hjemme under forholdsmessighetsvurderingen. Hvilken betydning det midlertidige vedtaket har for partene er et moment som vil tillegges vekt i denne avveiningen.

---

<sup>20</sup> Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 72.

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 72 og s. 227.

<sup>22</sup> Graver og Hjelmeng, Norsk Konkurranserett, Bind II, side 40, med videre henvisning til Sak T-184/01 R, IMS Health Inc. mot Kommisjonen, Sml. 2001 s. II-3193, avsnitt 144.

### 8.3.2 Konkurranseloven § 12 fjerde ledd bokstav b – ”fare for”

Konkurranseloven § 12 fjerde ledd bokstav b setter som vilkår at det er ”fare for” at det oppstår en varig og uopprettelig skade på konkurransen, for at Konkurransetilsynet kan fatte et midlertidig vedtak om opphør.

#### 8.3.2.1 ICAs anførsler i hovedtrekk

ICA anfører at det gjelder et krav om sannsynlighetsovervekt for å kunne fastslå om det vil kunne oppstå varig og uopprettelig skade på konkurransen. Til støtte for dette vises det til Førsteinstansrettens avgjørelse i *La Cinq*.<sup>23</sup>

#### 8.3.2.2 Norgesgruppens anførsler i hovedtrekk

Norgesgruppen anfører at det er en høy terskel for at vilkåret ”fare for at konkurransen utsettes for varig og uopprettelig skade” skal kunne anses å være oppfylt. Norgesgruppen viser til at tilsynet i varselet antyder at vilkåret ”fare for” i enkelthet går ut på at det kun er risiko for den foreskrevne skaden på konkurransen. Etter Norgesgruppens syn oppstiller tilsynet en for lav terskel for at vilkåret skal kunne anses oppfylt.

I følge Norgesgruppen må kriteriet ”fare for” etter sin ordlyd likestilles med det nært beslektede kriteriet ”grunn til å frykte” i tvisteloven § 33-2 første ledd, som beskriver sikringsgrunnen for arrest i formuesgoder. Det vises til at det for sistnevnte vilkår ikke er tilstrekkelig med fullt ut skjønsmessige vurderinger av den tilhørende risiko, og at det derimot må foreligge ”en konkret grunn til å tro” at det nærmere årsakskriteriet er oppfylt, jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-91) på s. 272.

Norgesgruppen viser videre til at det samme gjelder for øvrig der kriteriet om grunn til å frykte er oppstilt i andre sammenhenger, for eksempel straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 1 om varetektsfengsling når ”det er grunn til å frykte for at han vil unndra seg [straffe]forfølgningen”. På lik linje som etter tvisteloven § 33-2 første ledd forutsetter dette vilkåret konkrete og objektive holdepunkter for den aktuelle faren, se eksempelvis Rt. 2004 s. 88.

På denne bakgrunn mener Norgesgruppen at konkurranseloven § 12 fjerde ledd bokstav b forutsetter tilsvarende konkrete og objektive holdepunkter for å anta at konkurransen vil utsettes for varig og uopprettelig skade.

#### 8.3.2.3 Departementets vurdering

Departementet vil i det følgende ta stiling til hvilket krav til sannsynlighet som gjelder for sikringsgrunn etter bestemmelsen i konkurranseloven § 12 fjerde ledd bokstav b. Etter departementets vurdering følger det av en naturlig språklig fortolkning av ”fare for”, at det stilles visse krav til bevisene, men ikke at det er et krav om sannsynlighets-

---

<sup>23</sup> Sak T-44/90, La Cinq SA, avsnitt 28.



overvekt. Konkurransetilsynet må ha visse konkrete holdepunkter som tilsier at konkurransen vil utsettes for varig og uopprettelig skade for at vilkåret skal kunne anses oppfylt. Denne terskelen for kravet til bevisenes styrke er imidlertid lavere enn sannsynlighetsovervekt.

Vedrørende klagers henvisning til rettspraksis fra EU-retten, viser departementet til at beviskravene i konkurranseloven ikke er harmonisert med EØS/EU-retten.

Forarbeidene har ingen uttalelser som konkret omhandler beviskravet etter § 12 fjerde ledd bokstav b. Det er heller ingen indikasjon på at lovgiver har ment å oppstille et strengere krav til sannsynlighet for varig skade i § 12 fjerde ledd bokstav b, enn det som ligger i kravet om rimelig grunn i bestemmelsens bokstav a.

Formålet med Konkurransetilsynets adgang til å treffe midlertidig vedtak etter konkurranseloven § 12 fjerde ledd, er å sikre at det ikke oppstår alvorlig og uopprettelig skade på konkurransen, i tilfeller hvor det kan ta tid før endelig vedtak foreligger. Departementet viser i den forbindelse til at for strenge krav til bevisenes styrke vil kunne vanskeliggjøre en effektiv håndheving.

Formuleringen "*fare for*" er brukt også i annen lovgivning, blant annet i utlendingsloven<sup>24</sup> § 106 bokstav d. Uttrykket i denne bestemmelsen innebærer ikke et krav om sannsynlighetsovervekt.<sup>25</sup> Etter departementets syn er det ikke noe som tilsier at lovgiver har ment at ordlyden "*fare for*" i konkurranseloven § 12 fjerde ledd bokstav b skal oppstille et strengere krav til sannsynlighet enn i annen lovgivning der den samme formuleringen er brukt.

Departementet finner på denne bakgrunn at det ikke kan oppstilles et krav om sannsynlighetsovervekt etter konkurranseloven § 12 fjerde ledd bokstav b om sikringsgrunn. Det er tilstrekkelig at konkurransemyndighetene har visse konkrete holdepunkter som tilsier at konkurransen vil utsettes for varig og uopprettelig skade.

## **8.4 Rimelig grunn til å anta at avtalen er i strid med konkurranseloven § 10**

### **8.4.1 Rettslig utgangspunkt**

Det følger av konkurranseloven § 12 fjerde ledd bokstav a, at det er et vilkår for midlertidig vedtak at det er "*rimelig grunn til å anta at § 10 eller § 11 er overtrådt*". I den foreliggende saken er vurderingstemaet om det er rimelig grunn til å anta at Avtalen er i strid med konkurranseloven § 10.

Konkurranseloven § 10 forbyr konkurransebegrensende avtaler mellom foretak. Bestemmelsen inneholder fire vilkår. For det første må det foreligge en avtale eller samordnet opptreden (samarbeidskriteriet), og dette samarbeidet må være mellom

---

<sup>24</sup> Lov 15. mai 2008 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

<sup>25</sup> Se Universitetsforlagets kommentarutgave på nett, Eli Fisknes, kommentar nr. 22 til § 106.

uavhengige foretak (foretakskriteriet). For det tredje må samarbeidet ha til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen (konkurransbegrensningskriteriet). For det fjerde er det innfortolket et krav om at samarbeidet må ha en merkbar innvirkning på konkurransen (merkbarhetskriteriet).<sup>26</sup>

I konkurranseloven § 10 tredje ledd oppstilles det en unntaksbestemmelse som innebærer at en avtale likevel ikke er i strid med § 10 dersom fire kumulative vilkår er oppfylt.

Departementet vil først vurdere om Avtalen med rimelig grunn kan antas å være konkurransbegrensende etter § 10 første ledd. Dette behandles nedenfor i punkt 8.4.2 til 8.4.6. I punkt 8.4.7 behandles merkbarhetskriteriet. Dernest vil departementet vurdere i punkt 8.4.8 om vilkårene for unntak etter § 10 tredje ledd er oppfylt.

#### **8.4.2 Konkurransbegrensningskriteriet - koordinerte virkninger**

Konkurransetilsynet har funnet at det på tre, hver for seg selvstendige grunnlag, foreligger rimelig grunn til å anta at Avtalen rammes av konkurranseloven § 10 første ledd. Tilsynet har funnet at Avtalen er konkurransbegrensende som følge av koordinerte virkninger, ikke-koordinerte virkninger og kjøpermakt.

Departementet vurderer først om det er rimelig grunn til å anta at Avtalen rammes av konkurranseloven § 10 første ledd, som følge av koordinerte virkninger.

#### **8.4.3 Konkurransetilsynets begrunnelse i hovedtrekk**

Tilsynet har vurdert at den mest sannsynlige konkurransesituasjonen uten Avtalen, alternativsituasjonen, er at ICA vil videreføre sin virksomhet i det norske markedet både på detaljist- og grossistledet.<sup>27</sup>

Videre har tilsynet funnet at Avtalen med rimelig grunn kan antas å lede til koordinerte virkninger mellom partene på detaljistledet. Tilsynet finner at avtalen vil føre til betydelig grad av informasjonsutveksling mellom partene. Begge parter vil få omfattende kjennskap til den annen parts innkjøpsvilkår og grossistbetingelser. Konkurransetilsynet har vurdert de tiltakene som gjennomføres for å hindre spredning av sensitiv informasjon. Tilsynet er av den oppfatning at dette ikke vil være tilstrekkelig til å hindre spredning av informasjon over tid, og at opplysningene vil bli benyttet som grunnlag for Norgesgruppens beslutninger.

Tilsynet finner videre at Avtalen vil bidra til en mer ensartet kostnadsstruktur for ICA og Norgesgruppen. Partene vil få tilnærmet like innkjøpspriser og grossistkostnader

---

<sup>26</sup> Kilder fra EU-retten vil være relevante tolkingsmomenter ved fastsettelse av rekkevidden til konkurranselovens forbudsbestemmelser, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 68.

<sup>27</sup> Vedtaket avsnitt 86.



per enhet for    prosent av ICAs omsetning, og Avtalen åpner for at dette kan endres. Tilsynet anser at koordinering kan foregå både på lokalt/regionalt og nasjonalt nivå.

Tilsynet viser til at Norgesgruppen har en markedsandel på 38,5 prosent og til at ICA har en markedsandel på 12,3 prosent, og til at i en del lokale markeder og i enkelte regioner er markedsandelene høyere. Etableringshindrene er høye, og vanskelig tilgang på egnede lokaler setter skranker for konkurrentenes ekspansjonsmuligheter. De markedsstrukturelle forholdene tilsier derfor at partene kan ha markedsrett.

Dette gir etter tilsynets vurdering rimelig grunn til å anta at Avtalen vil legge til rette for en koordinering av Norgesgruppen og ICAs atferd i markedet for omsetning av dagligvarer til forbrukerne.<sup>28</sup>

Tilsynet anser at noen av de anførte effektivitetsgevinstene kan realiseres, og at de i så fall kan gi lavere variable innkjøpskostnader. Tilsynet viser til at det er partene som har bevisbyrden for at det foreligger gevinster som beskrevet i § 10 tredje ledd, og vurderer det slik at eventuelle priseffekter som følge av lavere variable kostnader ikke vil oppveie Avtalens konkurransebegrensende virkninger, og at forbrukerne derfor ikke vil stå ovenfor lavere priser.

#### **8.4.4 ICAs anførsler i hovedtrekk**

ICA anfører at det klare utgangspunktet er at logistikk og innkjøpssamarbeid ikke rammes av konkurranseloven § 10, noe som blant annet følger av BECCLE-rapporten "Kjøperrett i dagligvaresektoren".

Det anføres videre at alternativet til samarbeidet er en risiko for at antallet aktører i det norske dagligvaremarkedet reduseres fra fire til tre. Utsatt implementering påfører ICA ekstraomkostninger og tap på ca 20 millioner kroner per uke.

Bunnpris hadde et innkjøpssamarbeid med Norgesgruppen, og har nå et innkjøpssamarbeid med Rema 1000, uten at det er hevdet fra Konkurransetilsynet at dette begrenser konkurransen.

Den informasjonen som skal utveksles mellom partene er begrenset til det som er strengt nødvendig for å gjennomføre samarbeidet. Norgesgruppen er etter avtalen forpliktet til å opprette vanntette skott internt, for å hindre informasjonsspredning, og ansatte i begge selskap som mottar konkurransefølsom informasjon skal undertegne personlige konfidensialitetserklæringer. Informasjonsutvekslingen må vurderes som en integrert del av samarbeidet som helhet, jf. ESAs retningslinjer for horisontale samarbeidsavtaler.

---

<sup>28</sup> Vedtaket avsnitt 87-89.

Konkurransetilsynets vedtak inneholder ingen analyse av hvordan informasjonsflyt legger til rette for koordinerte virkninger.

Under enhver omstendighet er dagligvaremarkedet så gjennomskiktig, på grunn av informasjon fra The Nielsen Company, som gir aktørene presis informasjon om alle fem aktørers bevegelser, og fysisk observerbare priser i butikker, at informasjonen som utveksles gjennom Avtalen i liten grad er egnet til å koordinere partenes markedsatferd.

ICA anfører at det ikke er riktig at partene får en ensartet kostnadsstruktur. ICA skal fortsatt forhandle innkjøpsavtaler for egne merkevarer, brød, fersk fisk, frukt og grønt, samt lokale varer. ICA skal også selv stå for alle joint marketing forhandlinger med leverandørene. Samlet skal ICA selv forhandle        prosent av de totale leverandørbetingelsene. Videre utgjør kostnadene på detaljistleddet en betydelig del av varekostnadene.

Samlet sett er det ingen fare for koordinering mellom partene. Det forhold at ICA som følge av Avtalen får lavere varekostnader er i seg selv kun konkurransefremmende.

ICA anfører at Avtalen vil gi effektivitetsgevinster i form av bedre innkjøpsbetingelser, effektivisering og stordriftsfordeler i engrosleddet og ved at ICA kan opprettholde supermarkeder og nærbutikker som gir rom for ferskvarer, lokale produsenter og bredt utvalg. Kostnadsbesparelsene vil bli videreført til ICAs kunder. ICA har sterke insentiver til å bli mer konkurransedyktige på pris for å stoppe tapet av markedsandeler til konkurrentene.

Avtalen pålegger ikke partene restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å oppnå effektivitetsgevinstene, slik at vilkåret i § 10 tredje ledd bokstav a er oppfylt. Det vises til at ICA selv vil stå for forhandling av        prosent av ICAs samlede leverandørbetingelser, og at ICA fortsatt vil kontrollere ca        prosent av sitt samlede distribusjonsvolum.

Avtalen utelukker heller ikke konkurransen for en vesentlig del av de produkter den gjelder, slik at vilkåret etter § 10 tredje ledd bokstav b også er oppfylt.

#### ***8.4.5 Norgesgruppens anførsler i hovedtrekk***

Norgesgruppen anfører at Konkurransetilsynets vurdering av hvilken konkurransesituasjon som framstår som sannsynlig uten Avtalen bygger på feil faktisk og rettslig vurdering. Norgesgruppen viser til ICAs vanskelige situasjon og anfører at en videreføring av dagens situasjon vil svekke ICA i konkurransen med de andre dagligvarekjedene. Det er derfor rimelig grunn til å tro at ICA uten Avtalen enten vil nedskalere sin virksomhet i Norge eller tre ut av det norske markedet.



Norgesgruppen anfører at Konkurransetilsynet ikke har vektlagt den vanskelige situasjonen ICA er i, og faren for at det kun blir tre dagligvarekjeder i det norske markedet dersom ICA velger å legge ned sin virksomhet. En situasjon der en går fra fire til tre kjeder er åpenbart en forverring av konkurransesituasjonen.

Videre anfører Norgesgruppen, med henvisning til BECCLE rapporten "Kjøpermakt i dagligvaresektoren", at innkjøpssamarbeid i utgangspunktet kan forventes å ha positive virkninger for konkurransen på detaljistledet.

Norgesgruppen anfører at tilsynet har foretatt en mangelfull vurdering av koordinerte virkninger. Tilsynet har ikke vurdert samtlige av de forhold som skal vurderes, eller gjort en nærmere vurdering basert på bevisene som foreligger. Konkurransetilsynet har heller ikke tatt hensyn til retningslinjer og relevant litteratur i sin vurdering.

Når det gjelder informasjonsutveksling mener Norgesgruppen at avtalen ikke gir opphav til informasjonsutveksling som er egnet til å øke risikoen for koordinering. Norgesgruppen viser i denne sammenheng til at informasjonsutvekslingen mellom ICA og Norgesgruppen skjer som et ledd i et legitimt samarbeid, og det er iverksatt omfattende prosedyrer for å hindre intern spredning av konkurransesensitiv informasjon, nettopp for å sikre at konkurransen mellom kjedene på detaljistledet forblir urørt. Partene vil kun utveksle konkurransesensitiv informasjon i den grad det er strengt nødvendig for å gjennomføre samarbeidet. De som mottar slik informasjon, må underskrive personlige konfidensialitetserklæringer.

Det vises også til Norgesgruppens organisering, som nettopp er utformet på en måte som medfører at det er vannette skott mellom de ulike virksomhetene. Dette innebærer at det ikke er risiko for at konkurransesensitiv informasjon spres mellom innkjøpsavdelingen i Norgesgruppen, de ulike kjedekonseptene og ASKO.

Det anføres at informasjonsutvekslingen ikke går utover det som er strengt nødvendig for å gjennomføre samarbeidet, hvilket medfører at det skal mer til for at samarbeidet kan anses å stride mot § 10. Det anføres at det er en rettsanvendelsesfeil at tilsynet ikke har vurdert om informasjonsutvekslingen går utover det som er nødvendig for felles innkjøp under samarbeidet.

Videre mener Norgesgruppen at markedet allerede er så transparent at den informasjonsutvekslingen som finner sted mellom Norgesgruppen og ICA ikke vil føre til økt risiko for koordinert atferd.

Norgesgruppen viser til at samarbeidet med ICA ikke omfatter egne merkevarer, fersk fisk, brød og bakervarer, frukt og grønt, samt lokale varer mv. For disse varegruppene skal ICA selv forhandle med leverandørene på selvstendig grunnlag. Disse varene omfatter omtrent prosent av omsetningen i ICAs butikker. Norgesgruppen anfører at dette er varegrupper som er av stor betydning for differensieringen og konkurransen

ute i butikk. Videre er det slik at ICA skal beholde grossistvirksomheten i Østlandsområdet som står for     prosent av kjedens salgsvolum.

Norgesgruppen viser til at de like innkjøps- og grossistbetingelsene som avtalen etablerer mellom partene derfor kun utgjør en del av det totale kostnadsbildet. Partene har ikke informasjon om de viktigste kostnadsparametrene som joint marketing, fordeling av sentrale rabatter mellom kjeder og butikk, husleie, lønnskostnader, markedsføring, egne driftsmidler mv. Norgesgruppen anfører også at innkjøpskostnadene vil variere betydelig fra kjede til kjede og fra butikk til butikk ettersom sortiment og omfang er ulikt. Videre vil grossistkostnadene variere basert på ulike avstander fra lager til den enkelte butikk og på grunn av ulikheter i bestilte varer og mengder. Norgesgruppen mener derfor det er grunnløst når Konkurransetilsynet uttaler at en koordinering vil kunne foregå på lokalt/regionalt eller nasjonalt nivå.

Norgesgruppen anfører også at dekningsbidraget på den enkelte vare vil variere betydelig, herunder vil noen varer selges med tap mens andre varer vil ha betydelig fortjeneste. Dette varierer fra butikk til butikk. Butikkene vil således ha forskjellig bruttofortjeneste, hvor det er vesentlig forskjell mellom supermarkeder og lavprisbutikker. Innprisen på enkeltvarer har ikke direkte link til kjedenes utpriser.

Norgesgruppen anfører at det at partene gjennom samarbeidet er sikret like innkjøps- og grossistvilkår vil være tilnærmet verdiløs informasjon som grunnlag for mulig koordinering, sammenliknet med de opplysninger partene kan oppnå gjennom The Nielsen Company eller gjennom annen offentlig tilgjengelig informasjon.

Det anføres også at en koordinering mellom ICA og Norgesgruppen ville medføre at partene tapte markedsandeler til de øvrige kjedene. Videre anføres det at en ustabil konkurrent eller en urokråke, som Rema eller OBS, vil være tilstrekkelig til å fastslå at betingelsene for koordinering ikke er tilstede. Det må også ses hen til hvor stor del av markedet de samarbeidende partene dekker.

Norgesgruppen anfører videre at koordinering kan være utelukket på grunn av komplekse markedsforhold, som når det er tale om hundrevis av priser med mange differensierte produkter, når markedsandelene er ustabile, når de som står for innkjøp hovedsakelig er atskilt fra de som fastsetter strategien nedstrøms og når informasjonen mellom de involverte ikke er likt fordelt.

Det vises også til NOU 2013: 6 "God handelsskikk i dagligvarekjeden", og anføres at ICAs tap av markedsandeler over en årrekke ikke er forenlig med at det skal foregå en koordinering.

Det anføres videre at vilkårene i unntaksbestemmelsen i § 10 tredje ledd er oppfylt. Avtalen medfører betydelige kostnadsbesparelser og synergier som kommer forbrukerne direkte til gode i form av lavere priser og et bredere varesortiment.



Forbrukerne vil sikres en rimelig andel av de økonomiske fordelene. Avtalen medfører at ICA blir i stand til å opprettholde supermarkeder og nærbutikker som sikrer bredere vareutvalg og lokal konkurranse.

Avtalen fører til betydelige distribusjonssynergier, da samarbeidet fører til at man har ett i stedet for to distribusjonsnettverk utenfor det sentrale Østlandsområdet. Dette fører til reduserte lager og transportkostnader. Samarbeidet vil medføre 25 prosent færre kjørte km, som utgjør en betydelig miljøgevinst i form av reduserte miljøutslipp.

Omfanget av samarbeidet går ikke lenger enn absolutt nødvendig for å kunne realisere de ovennevnte effektivitetsgevinstene. Det vises til at viktige innkjøpsområder som sikrer differensiering er holdt utenfor, slik som egne merkevarer og diverse andre ferskvarer. Videre er joint marketing holdt utenfor Avtalen, og ICA vil opprettholde lager som kan forsyne Østlandet.

Samarbeidsavtalen utelukker heller ikke konkurransen for en vesentlig del av de produktene den gjelder.

#### **8.4.6 Departementets vurdering**

##### **8.4.6.1 Innledning**

Foranlediget av klagernes til dels omfattende argumentasjon vedrørende spørsmålet om vilkåret i konkurranseloven § 12 fjerde ledd bokstav a er oppfylt, vil departementet kort kommentere rammen for vurderingen på dette punktet. Spørsmålet departementet har til vurdering er om det er rimelig grunn til å anta at Avtalen er i strid med konkurranseloven § 10. I behandlingen av en sak om midlertidig vedtak konkluderes det ikke på om konkurranselovens forbudsbestemmelser er overtrådt. Vurderingen av Avtalens lovlighet hører til hovedsaken, som er til behandlingen i Konkurransetilsynet. Drøftelsen som følger innebærer således ikke at departementet har tatt stilling til om Avtalen er i strid med konkurranseloven § 10.

##### **8.4.6.2 Konkurransesituasjonen uten Avtalen**

I vurderingen av om en avtale er konkurransebegrensende skal virkningene av avtalen vurderes opp mot hva som hadde vært den sannsynlige konkurransesituasjonen uten avtalen.<sup>29</sup>

Departementet anser, på samme måte som Konkurransetilsynet, at det mest sannsynlige alternativscenariot for ICA uten avtalen er at ICA på kort og noe lengre sikt vil fortsette som en detaljist i det norske dagligvaremarkedet. Ved vurderingen har departementet vektlagt at ICA har brukt betydelige ressurser på å totalrenovere og modernisere Rimi kjeden, og har igangsatt et lignende arbeid med ICA Supermarked og Matkroken kjedene. ICA har også vedtatt planer for og igangsatt et større arbeid med å rasjonalisere og modernisere sin grossistvirksomhet. Disse prosessene og

---

<sup>29</sup> Sak 56/65, Société Technique Minière.

planene tilsier at ICA har planer om å bli værende i detaljistmarkedet, og at ICA vil bli værende som en detaljist på kort og noe lengre sikt også uten Avtalen med Norgesgruppen.

Det er samtidig momenter som trekker i motsatt retning og som medfører at det etter departementets vurdering er en betydelig grad av tvil rundt spørsmålet. For det første har ICAs ledelse gitt uttrykk for at salg eller nedleggelse av detaljvirksomheten i områder utenfor Østlandsområdet er noe ICA vurderer dersom Avtalen med Norgesgruppen ikke blir gjennomført. ICA har gitt uttrykk for at selskapet har store økonomiske problemer og er avhengig av å gjøre drastiske grep for å endre situasjonen. Det forhold at ICA i 2012 nedla ett av sine kjedekonsepter, ICA Maxi, og solgte butikklokalene indikerer at en delvis uttreden av detaljistmarkedet kan være et reelt alternativ.

Selv om disse forhold medfører at det er en betydelig grad av tvil rundt spørsmålet, er det departementets syn at det samlet sett fremstår som mest sannsynlig at ICA på kort og noe lengre sikt vil fortsette som en landsdekkende dagligvaredetaljist, også uten Avtalen med Norgesgruppen.

#### *8.4.6.3 Koordinerte virkninger*

Innkjøpsamarbeid kan ha positive virkninger for konkurransen, særlig der små eller mellomstore bedrifter samarbeider om innkjøp.<sup>30</sup> På den annen side kan innkjøpsamarbeid også medføre konkurransebegrensende virkninger.<sup>31</sup>

En mulig konkurransebegrensende virkning av et innkjøpsamarbeid, er at innkjøpsamarbeidet leder til en koordinering av atferden i markedet nedstrøms, detaljistmarkedet, hvor ICA og Norgesgruppen begge er aktive.<sup>32</sup> Koordinerte virkninger kan beskrives som en situasjon hvor konkurrenter opptrer i en fredelig sameksistens, og således konkurrerer mindre hardt mot hverandre, uten at dette er avtalt mellom konkurrentene. Koordinerte virkninger er et strukturelt problem, hvor partene uten å inngå en eksplisitt avtale om å begrense konkurransen, likevel oppnår en parallell atferd og fredelig sameksistens som innebærer en redusert konkurranse.

Problemstillingen for departementet er om det er rimelig grunn til å anta at Avtalen vil lede til koordinerte virkninger mellom partene på detaljistleddet, slik at konkurransen mellom partene blir svekket. Dette vurderes i det følgende.

---

<sup>30</sup> Sak C-250/92, Gøttrup-Klim.

<sup>31</sup> Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, 2011/C 11/01, heretter benevnt som "Kommissjonens horisontale retningslinjer", avsnitt 194 til 200.

<sup>32</sup> Kommissjonens horisontale retningslinjer, avsnitt 201.

---



Et moment som vil tale for at Avtalen legger til rette for koordinerte virkninger mellom partene, er om Avtalen fører til en betydelig grad av kostnadslikhet mellom partene på detaljistleddet.<sup>33</sup>

Avtalen innebærer at ICAs butikker skal ha tilsvarende innkjøpsbetingelser som Norgesgruppens butikker for de varelinjer samarbeidet omfatter. Avtalen innebærer at ICA får tilnærmet lik innkjøpspris som Norgesgruppen per enhet for prosent av sin omsetning. Partene vil ha samme leverandørbetingelser, herunder de samme rabattene. Et unntak fra dette er at joint marketing skal forhandles av de individuelle kjedene, og denne rabatten vil derfor ikke være lik for Norgesgruppens og ICAs butikker. Videre vil ICAs butikker få samme grossistbetingelser som Norgesgruppens butikker i de områder som omfattes av Avtalen, det vil si utenfor Østlandsområdet slik dette er definert i Avtalen. Innkjøps- og grossistbetingelsene utgjør hoveddelen av kostnadene i dagligvarehandelen, og er etter det partene har opplyst, noe som kan variere i betydelig grad mellom de ulike kjedegrupperingene.

Klagerne har vist til at ICA og Norgesgruppen også har kostnader på butikkleddet som ikke omfattes av Avtalen. Dette gjelder blant annet lønn, husleie, strøm og personalkostnader. Selv om det er korrekt at Avtalen ikke påvirker disse kostnadene, er det likevel departementets vurdering at Avtalen leder til vesentlig større grad av kostnadslikhet mellom partene. Departementet vil også bemerke at enkelte av disse kostnadene, slik som for eksempel strømutfgifter og personalkostnader, ikke nødvendigvis varierer mye mellom partene.

En betydelig grad av kostnadslikhet på detaljistleddet vil gjøre koordinering mer sannsynlig. Dersom det foreligger et stort avvik mellom kostnadene til partene, er det mindre mulighet for å finne en koordinert pris som begge parter ser seg tjent med.<sup>34</sup>

Norgesgruppen og ICA er i stor grad symmetriske hva gjelder kjedekonsepter, begge har ett lavpriskonsept, henholdsvis Kiwi og Rimi, ett supermarkedskonsept, henholdsvis Meny og ICA Supermarked, og ett konsept med mindre nærbutikker, henholdsvis Joker og Matkroken. En slik symmetri vil gjøre det enklere å oppnå en koordinert atferd innenfor de ulike segmentene.

Et viktig moment ved vurderingen av sannsynligheten for koordinerte virkninger er graden av gjennomsiktighet i markedet.<sup>35</sup> Dagligvaremarkedet er preget av til dels stor grad av gjennomsiktighet. Det foregår en omfattende informasjonsutveksling mellom aktørene gjennom The Nielsen Company, og aktørene bruker ressurser på å observere priser og sortiment i hverandres butikker.

---

<sup>33</sup> Kommisjonens horisontale retningslinjer, avsnitt 214.

<sup>34</sup> Se generelt The Economics of Tacit Collusion, Final Report for DG Competition, 2003, side 35-40.

<sup>35</sup> Sak T-342/99, Airtours, avsnitt 62.

Avtalen vil føre til en informasjonsutveksling mellom partene som øker gjennomsiktigheten ytterligere. Avtalen medfører at partene utveksler informasjon om innkjøpspriser, varelinjerabatter og sortiment, denne utvekslingen vil dels gjelde informasjon om fremtidige forhold.

Det er fra Norgesgruppen anført at informasjonsutvekslingen etter Avtalen ikke går lengre enn det som er strengt nødvendig for gjennomføringen, og at dette må påvirke vurderingen av om Avtalen strider mot § 10. Departementet er enig i at en eventuell utveksling av konkurransesensitiv informasjon mellom partene som ikke er strengt nødvendig for gjennomføringen, vil påvirke vurderingen av om det foreligger et brudd på § 10. Samtidig vil en informasjonsutveksling som er nødvendig for samarbeidet, likevel være relevant ved vurderingen av om Avtalen legger til rette for koordinerte virkninger på detaljistmarkedet.

Avtalen inneholder mekanismer som skal hindre misbruk av konkurransesensitiv informasjon. Dette gjelder håndtering og lagring av slik informasjon, og omfatter også bestemmelser om at ansatte som har tilgang til denne informasjonen skal underskrive en taushetserklæring. Etter departementets vurdering vil avtalebestemmelsene om håndtering av konkurransesensitiv informasjon i en viss grad bidra til å begrense faren for at informasjonen blir brukt på en måte som leder til konkurransebegrensende virkninger.

Uavhengig av bestemmelsene om håndtering av konkurransesensitiv informasjon, vil Avtalen likevel skape økt gjennomsiktighet ved at det er bestemt at partene for det som faller innenfor Avtalen, skal ha tilsvarende innkjøpspris og grossistbetingelser.

Ved vurderingen av om Avtalen skaper en informasjonsutveksling eller gjennomsiktighet mellom partene som tilsier at det vil oppstå koordinerte virkninger på detaljistledet, har departementet særlig vektlagt denne økte gjennomsiktigheten som oppstår ved at begge parter vet at de har de samme leverandørbetingelser for varene som omfattes av Avtalen. Det følger av Avtalen at ICA skal ha samme betingelser som tilsvarende butikker i Norgesgruppen. Videre vet partene at for de butikker som omfattes av distribusjonssamarbeidet, så vil også grossistkostnadene være like.

I en slik situasjon vil det være lettere for partene å avdekke et avvik fra en eventuell koordinert atferd. Partene vil vite om prisendringer, for eksempel en prisreduksjon på alle eller noen varer som omfattes av Avtalen, skyldes at konkurrenten har fått lavere innkjøpspriser på de aktuelle varene. Denne økte gjennomsiktigheten gjør det lettere å identifisere et avvik fra en fredlig sameksistens.

En koordinert atferd er bare sannsynlig dersom et avvik fra en fredelig sameksistens kan avskrekkes ved en gjengjeldelse.<sup>36</sup> Den mest nærliggende reaksjonen på et avvik

---

<sup>36</sup> Sak T-342/99, Airtours, avsnitt 62.



fra en koordinert atferd er, generelt og i denne saken, en respons i form av en priskrig, som signaliserer at avvik fra den koordinerte atferden ikke vil lønne seg.

Sannsynligheten for koordinerte virkninger på detaljistleddet vil påvirkes av hvilket konkurransepress som finnes fra konkurrenter og potensielle konkurrenter.<sup>37</sup> Partene har to store konkurrenter, Rema 1000 og Coop, i tillegg til Bunnpris som er en mindre aktør i markedet. Partene vil samlet ha i overkant av 50 prosent markedsandel nasjonalt på detaljistmarkedet. I tillegg vil det være flere lokalmarkeder hvor partenes samlede markedsandel er langt høyere enn dette, der partenes konkurrenter er etablert med få eller ingen butikker. Samtidig er etableringsbarrierene i dagligvarehandelen høye, slik at konkurransepresset fra potensielle konkurrenter som kan etablere seg i det norske dagligvaremarkedet er begrenset. Responsmulighetene til konkurrentene begrenses også i en viss grad av begrenset tilgang til egnede butikklokaler. Samlet sett er det departementets vurdering at konkurransepresset partene er utsatt for ikke er av en styrke som utelukker at en koordinert atferd kan oppstå mellom partene.

Klagerne har pekt på forhold som kan svekke sannsynligheten for at det vil oppstå koordinerte virkninger mellom partene på detaljistleddet. Dette gjelder blant annet det forhold at Avtalen ikke omfatter hele sortimentet til ICA, at joint marketing er holdt utenfor Avtalen, det er avtalt mekanismer som skal hindre informasjonsflyt, Norgesgruppens struktur, samt at koordinering vil være mer krevende i dagligvaremarkedet enn i markeder med et mindre utvalg varer. Dette er momenter som kan tale mot at koordinerte virkninger er sannsynlig. Til de to første momentene vil departementet likevel peke på at dette dels er hensyntatt i vurderingen av kostnadslikheten. Videre er avtalebestemmelsene om informasjonsflyt og Norgesgruppens struktur hensyntatt i vurderingen av gjennomsiktigheten i markedet, hvor departementet har vektlagt partenes kunnskap om like innkjøps- og distribusjonskostnader. Departementet vil også bemerke at selv om Avtalen gjelder en rekke ulike varer, så vil partene selge de identiske enkeltproduktene i sine butikker, og ha et relativt homogent sortiment innenfor de varekategorier Avtalen omfatter.

Klagerne har også anført at Avtalen vil medføre lavere innkjøpspriser for ICA, og at dette taler mot at koordinerte virkninger med høyere priser vil oppstå. Departementet legger i tråd med klagerens anførsler til grunn at Avtalen medfører kostnadsbesparelser for ICA. Isolert sett vil lavere variable kostnader gi ICA muligheten til å redusere sine utsalgspriser. Vurderingen av faren for koordinerte virkninger, herunder partenes markedsrett, som beskrevet ovenfor, tilsier likevel etter departementets vurdering at ICA vil ha mindre insentiv til å sette ned sine priser.

Oppsummert er det departementets vurdering at selv om det er momenter fremholdt av klagerne som taler mot at koordinerte virkninger vil oppstå, så er det samlet sett rimelig grunn til å anta at Avtalen vil lede til koordinerte virkninger mellom partene i

---

<sup>37</sup> Sak T-342/99, Airtours, avsnitt 62. Se også Kommisjonens horisontale retningslinjer, avsnitt 81.

detaljistmarkedet. Departementet har vektlagt at Avtalen fører til betydelig kostnadslikhet og økt gjennomsiktighet mellom partene, samt partenes samlede markedsrett. Departementet har også sett hen til at det foreligger gjengjeldelsesmulighet ved avvik fra en koordinert atferd. På denne bakgrunn er det rimelig grunn til å anta Avtalen vil lede til koordinerte virkninger mellom partene på detaljistleddet.

#### **8.4.6.4 Andre mulige konkurransebegrensende virkninger av Avtalen**

Sortiment er et sentralt parameter i konkurransen mellom ICA og Norgesgruppen. I Avtalen heter det at partene skal ha en

Avtalens bestemmelser om sortiment omhandler andelen egne merkevarer i ICAs butikker (egne merkevarer faller inn under begrepet "Særlige Varer" i Avtalen). Avtalen inneholder etter departementets vurdering mekanismer som vil gi ICA insentiv til ikke å ha en selvstendig strategi som avviker vesentlig fra Norgesgruppens kjeder, når det gjelder andelen egne merkevarer.

Butikkens sortiment, herunder egne merkevarer, er et viktig konkurranseparameter i dagligvarehandelen. Avtalen inneholder bestemmelser som etter departementets vurdering kan begrense ICAs insentiver til selvstendig strategi på dette punktet som avviker vesentlig fra Norgesgruppens kjedekonsepter, noe som kan dempe konkurransen i markedet.

Slik saken er opplyst er det etter departementets vurdering rimelig grunn til å anta at bestemmelsene som begrenser ICAs insentiv til en selvstendig strategi som avviker fra Norgesgruppens hva gjelder sortiment, herunder egne merkevarer, har en konkurransebegrensende virkning.

#### **8.4.6.5 Anførsel vedrørende Bunnpris**

ICA har anført at Bunnpris har et tilsvarende innkjøpsamarbeid som det den foreliggende sak gjelder, uten at det har vært hevdet fra Konkurransetilsynet at Bunnpris sitt samarbeid har begrenset konkurransen.

---

<sup>38</sup> Avtalens punkt 2.1.1.



Til dette bemerkes at klagen departementet har til behandling ikke vedrører Bunnpris sin tidligere avtale med Norgesgruppen eller den eksisterende avtalen med Rema 1000. Departementet bemerker videre at det vil kunne være relevante forskjeller mellom Avtalen og avtalene Bunnpris har og har hatt, som gjør at virkningen for konkurransen blir en annen.

#### **8.4.6.6 Ikke-koordinerte virkninger og kjøpermakt**

Konkurransetilsynet har i Vedtaket konkludert med at det er rimelig grunn til å anta at Avtalen medfører henholdsvis kjøpermakt og ikke-koordinerte virkninger, som hver for seg på selvstendig grunnlag innebærer at Avtalen er i strid med § 10.

Departementet har ovenfor konkludert med at det er rimelig grunn til å anta at Avtalen fører til konkurransebegrensende virkninger som følge av at det kan oppstå koordinerte virkninger mellom partene på detaljistledet. Departementet har også funnet at Avtalen kan ha en konkurransedempende virkning ved at den i en viss grad begrenser ICAs insentiv til å konkurrere på sortiment, særlig hva gjelder ICAs andel av egne merkevarer i sitt sortiment.

Det er etter dette ikke nødvendig for departementet å ta stilling til om det er rimelig grunn til å anta at Avtalen er i strid med § 10 som følge av at det oppstår konkurransebegrensende ikke-koordinerte virkninger eller ved at Avtalen skaper en kjøpermakt som begrenser konkurransen.

#### **8.4.7 Merkbarhetskriteriet**

Etter rettspraksis er det innfortolket et krav om at en konkurransebegrensning må ha en merkbar innvirkning på konkurransen i det relevante markedet før atferden rammes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.<sup>39</sup>

Departementet har ovenfor kommet til at det er rimelig grunn til å anta at Avtalen vil lede til koordinerte virkninger mellom ICA og Norgesgruppen. ICA og Norgesgruppen har nasjonalt en samlet markedsandel på om lag 50 prosent. Det er på denne bakgrunn ikke tvilsomt at konkurransebegrensningen vil være merkbar, dersom den enten er knyttet til at avtalen leder til koordinerte virkninger eller redusert konkurranse på grunn av bindinger på sortiment.

#### **8.4.8 Unntaksbestemmelsen i konkurranseloven § 10 tredje ledd**

Det følger av konkurranseloven § 10 tredje ledd at en avtale som rammes av bestemmelsens første ledd, likevel ikke er i strid med § 10 dersom vilkårene i tredje ledd er oppfylt. Bestemmelsen oppstiller fire kumulative vilkår. For det første er det et vilkår at avtalen *"bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling"*, dette omtales som kravet til

---

<sup>39</sup> Sak 5/68 Völk v Vervaecke.

effektivitetsgevinster. For det andre er det et krav at avtalen ”sikrer forbrukerne en rimelig andel av fordelene som er oppnådd”. For det tredje må avtalen ikke pålegge foretakene ”restriksjoner som ikke er absolutt nødvendig for å nå disse mål”. For det fjerde må avtalen ikke gi foretakene ”mulighet til å utelukke konkurransen for en vesentlig del av de varer det gjelder”. Det er partene som har bevisbyrden for at vilkårene for unntak etter bestemmelsen er oppfylt.<sup>40</sup>

Slik departementet vurderer det vil Avtalen skape relevante effektivitetsgevinster. Departementet legger videre til grunn, slik det anføres fra klagerne, at effektivitetsgevinstene vil være betydelige.

Derimot er det etter departementets vurdering forhold som tilsier at vilkåret om at en rimelig andel av fordelene som er oppnådd skal bli overført til forbrukerne, ikke er oppfylt. Vurderingen krever en avveining av de forventede konkurransebegrensende virkningene som er beskrevet ovenfor, mot de forventede effektivitetsgevinstene.<sup>41</sup> Den samlede virkningen for forbrukerne må i det minste være nøytral.

Det følger av Kommisjonen retningslinjer for horisontale samarbeid at jo høyere markedsrett partene i et innkjøpssamarbeid har på avsetningsmarkedet, jo mindre sannsynlig er det at lavere kostnader generert av innkjøpssamarbeidet vil bli overført til forbrukerne.<sup>42</sup> I foreliggende sak har ICA og Norgesgruppen en markedsandel på om lag 50 prosent på detaljistledet. I tillegg vil partene ha en langt høyere markedsandel i enkelte lokalkunder hvor få eller ingen av partenes konkurrenter er etablert. Det foreligger samtidig høye etableringsbarrierer, og det er skranker for konkurrentenes responsmuligheter på grunn av begrenset tilgang til egnede lokaler. På denne bakgrunn er det departementets vurdering at partene har en markedsrett som tilsier at effektivitetsgevinstene ikke vil bli overført til forbrukerne i en slik grad at det oppveier den konkurransebegrensende virkningen av Avtalen.

Det er på denne bakgrunn rimelig grunn til å anta at vilkårene for unntak etter konkurranseloven § 10 tredje ledd ikke er oppfylt.

Videre har partene etter departementets vurdering heller ikke sannsynliggjort at Avtalens bestemmelser om sortiment, herunder ICAs andel egne merkevarer, er nødvendige for å kunne oppnå effektivitetsgevinstene. Det er derfor rimelig grunn til å anta at Avtalen pålegger ICA restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å oppnå effektivitetsgevinstene.

---

<sup>40</sup> Rådsforordning 1/2003 artikkel 2.

<sup>41</sup> Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan – Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3 (2007/EØS/42/01), avsnitt 101.

<sup>42</sup> Kommisjonens horisontale retningslinjer, avsnitt 219.



#### **8.4.9 Oppsummering og konklusjon**

Det foreligger rimelig grunn til å anta at avtalen vil skape koordinerte virkninger i detaljistmarkedet, og at konkurransen mellom ICA og Norgesgruppen vil dempes på detaljistleddet som en følge av Avtalen. Det er også rimelig grunn til å anta at effektivitetsgevinstene Avtalen genererer ikke i tilstrekkelig grad vil bli ført videre til forbrukerne til at dette oppveier konkurransebegrensningen.

Det er på denne bakgrunn etter departementets vurdering rimelig grunn til å anta at Avtalen er i strid med § 10.

### **8.5 Sikringsgrunn – fare for varig og uopprettelig skade**

#### **8.5.1 Rettslig utgangspunkt**

Det er et vilkår for et midlertidig vedtak om pålegg etter § 12 fjerde ledd bokstav b at det foreligger en sikringsgrunn. Dette innebærer et krav om at implementering av Avtalen frem til et mulig vedtak som pålegger at Avtalen opphører, fører til

*”fare for at konkurransen utsettes for varig og uopprettelig skade”.*

Det følger videre av forarbeidene at bestemmelsen er ment å få anvendelse der den varige og uopprettelige skaden er av en alvorlig karakter.<sup>43</sup> Det er således ikke tilstrekkelig for et midlertidig pålegg om opphør at det er rimelig grunn til å anta at Avtalen er i strid med § 10. Det må i tillegg foreligge en sikringsgrunn, som innebærer at et fravær av inngrep mot Avtalen før et endelig vedtak, må skape fare for en varig og uopprettelig skade på konkurransen.

Konkurransen i markedet er den interesse § 12 fjerde ledd skal ivareta ved et midlertidig vedtak. Det innebærer at et økonomisk tap og en svekkelse av enkeltaktører ikke er et relevant hensyn, med mindre svekkelsen er av en slik art og alvorlighetsgrad at også konkurransen i markedet blir skadelidende. Et eksempel på det siste kan være der en eller flere aktører risikerer å falle ut av markedet på grunn av den antatt konkurranseskadelige atferden, og hvor en slik strukturendring medfører at konkurransen i markedet svekkes.

Kravet om at konkurranseskaden er uopprettelig innebærer at et endelig vedtak i saken ikke kan avhjelpe konkurranseskaden som oppstår før vedtaket fattes.

Departementet har full prøvingskompetanse vedrørende spørsmålet om det foreligger sikringsgrunn, på samme måte som for de øvrige vilkårene for midlertidig pålegg etter konkurranseloven § 12 fjerde ledd.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Ot.prp nr. 6 (2003-2004) side 72.

<sup>44</sup> Ot.prp nr. 6 (2003-2004) side 227. Sml. forvaltningsloven § 34 annet ledd.

Vurderingstemaet for departementet er om en implementering av Avtalen frem til et eventuelt endelig vedtak om opphør, skaper fare for alvorlig, varig og uopprettelig skade på konkurransen.

I sitt midlertidige vedtak har tilsynet funnet at en implementering av Avtalen vil føre til fare for varige og uopprettelige skader på konkurransen på to ulike grunnlag. For det første på grunnlag av at implementering av Avtalen vil føre til informasjonsutveksling. For det andre på grunnlag av at implementeringen vil medføre en nedbygging av ICAs grossist- og distribusjonsvirksomhet, og at ICA vil velge å selge ut sin detaljistvirksomhet helt eller delvis til andre eksisterende konkurrenter i det norske markedet.

Disse to sikringsgrunnene behandles i det følgende.

### *8.5.2 Fare for at ICA ikke gjenoppbygger distribusjonen og trer ut av detaljistmarkedet*

#### *8.5.2.1 Konkurransetilsynets begrunnelse i hovedtrekk*

Tilsynet har under vurderingen av om det er rimelig grunn til å anta at § 10 er overtrådt, vurdert hva som er det sannsynlige alternativscenariot uten Avtalen. I sin vurdering av det mest sannsynlige scenariot dersom Konkurransetilsynet i sitt endelige vedtak pålegger at Avtalen skal opphøre, har tilsynet kommet til at ICA på kort og noe lengre sikt vil fortsette sin virksomhet både på grossist- og detaljistleddet.

Dersom ICA implementerer Avtalen frem til et eventuelt endelig vedtak som pålegger opphør av Avtalen, vil det etter tilsynets vurdering være tids- og kostnadskrevende for ICA å gjenopprette sin distribusjon. Jo lengre nedleggingen av ICAs distribusjon har kommet, desto mer krevende og mindre lønnsomt vil det være å gjenoppbygge grossistvirksomheten. ICAs nedbygging av grossistvirksomheten medfører at ICA vil ha større insentiv til heller å velge et grossistsamarbeid med en annen konkurrent eller selge sin virksomhet, enn å gjenoppbygge sin egen grossistvirksomhet og fortsette sin virksomhet på grossist- og detaljistleddet.

En avtale om grossistsamarbeid med en konkurrent vil ta lang tid å etablere og implementere. ICA vil stå uten en grossistløsning for størstedelen av butikknettets frem til en ny avtale er på plass, noe som gjør dette alternativet mindre lønnsomt. En delvis nedbygging av distribusjons- og grossistvirksomheten gjør et salg til en ny eller utenlandsk aktør mindre attraktivt. Manglende tilgang til selvstendige grossister er en etableringsbarriere.

Et helt eller delvis salg av virksomheten til ICAs konkurrenter vil derfor være det sannsynlige utfallet etter et endelig vedtak som pålegger opphør av Avtalen, dersom Avtalen implementeres frem til et endelig vedtak om opphør. Dette medfører at antallet aktører på detaljist- og grossistleddet reduseres, noe som skaper fare for en varig og uopprettelig skade på konkurransen i markedet.



### **8.5.2.2 ICAs anførsler i hovedtrekk**

ICA anfører at egen grossistfunksjon ikke er nødvendig for å drive dagligvarekjeder. ICA var fra etablering i 1977 frem til 1992 kunde hos ASKO og var uten egen grossistvirksomhet. ICA etablerte da egen grossistvirksomhet, men hadde regionale kjøp fra ASKO frem til 2004.

Med et endelig vedtak som pålegger opphør av Avtalen, anfører ICA at selskapet sannsynligvis på noe lengre sikt vil selge eller nedskalere virksomheten. Det vil være en konsekvens av at ICA som følge av det endelige vedtaket ikke får videreføre Avtalen, og ikke skyldes en implementering av Avtalen frem til vedtaket.

Det anføres at ICA etter et forbudsvedtak vil ha insentiver til å bevare selskapets verdier og at ICA ikke vil la butikker være uten leveranser etter et endelig vedtak som pålegger at Avtalen opphører.

Det anføres at dersom salg av hele eller deler av ICAs virksomhet er mest rasjonelt etter et forbudsvedtak, vil en gjennomføring av en slik transaksjon ta tid. Salg av ICA Maxis lokaler til Lagopus tok eksempelvis ett år fra endelig beslutning til det var gjennomført.

ICA vil beholde distribusjonen på Østlandet. Videre har ICA tilbudt som et avhjelpende tiltak å beholde rettslig råderett over terminalene utenfor Østlandsområdet, og beholde sentrale driftsaktiva knyttet til terminalene. ICA vil kunne benytte eksterne transportører. [REDACTED]

En implementering av Avtalen og delvis nedbygging av egen distribusjon frem til endelig vedtak, vil derfor ikke være årsaken til at ICA på noe lengre sikt eventuelt nedskalerer virksomheten eller forlater markedet.

Med de avhjelpende tiltakene tilbudt 4. juli 2013, utgjør nedbygging av distribusjon ingen sikringsgrunn.

### **8.5.2.3 Norgesgruppens anførsler i hovedtrekk**

Norgesgruppen anfører at en gjenoppbygging av ICAs distribusjon vil være mulig dersom Avtalen implementeres og Konkurransetilsynet i sitt endelige vedtak pålegger at Avtalen skal opphøre. Dette vil avhenge av om tilsynet i sitt eventuelle forbudsvedtak gir ICA nok tid til å gjenoppbygge sin distribusjon. Norgesgruppen viser til ICAs tilbud om avhjelpende tiltak, og til ICAs klage på dette punkt.

#### *8.5.2.4 Departementets vurdering - konsekvensene av en delvis nedbygging av ICAs grossist- og distribusjonsvirksomhet*

Under vurderingen av om det foreligger rimelig grunn til å anta at Avtalen er i strid med § 10, har departementet vurdert hva som er den sannsynlige konkurransesituasjonen uten Avtalen. Departementet har kommet til at ICA mest sannsynlig vil fortsette sin detaljistvirksomhet på kort og noe lenger sikt, dersom tilsynet i sitt endelige vedtak pålegger at Avtalen skal opphøre.

Departementet har likevel funnet at det er en risiko for at ICA vil avvikle deler av sin detaljistvirksomhet utenfor Østlandet, på kort eller noe lengre sikt, dersom ICA nektes å inngå et samarbeid om innkjøp, grossistvirksomhet og distribusjon med Norgesgruppen.

Departementet viser for det første til at ICAs ledelse har gitt uttrykk for at salg eller nedleggelse av detaljvirksomheten i områder utenfor Østlandet er noe ICA vurderer dersom Avtalen med Norgesgruppen ikke blir gjennomført. Videre viser departementet til at ICA har gitt uttrykk for at selskapet har store økonomiske problemer og er avhengig av å gjøre drastiske grep for å endre situasjonen. Det forhold at ICA i 2012 nedla en av sine kjedekonsepter, ICA Maxi, og solgte butikklokalene indikerer at en delvis uttreden av detaljistmarkedet kan være et reelt alternativ. Samarbeidsavtalen ICA har inngått med Norgesgruppen er også en indikasjon på at ICA ser behov for og er villig til å gjøre store endringer i sin virksomhet.

Disse momentene begrunner at det er en viss risiko for at ICA vil avvikle deler av sin detaljvirksomhet på kort eller litt lengre sikt dersom tilsynet fatter endelig vedtak om opphør, selv om det altså er departementets syn at dette ikke er det mest sannsynlige utfallet.

Det følger av Avtalen at ICA i all hovedsak selv skal stå for egen distribusjon på Østlandet, noe som omfatter fortsatt drift av ICAs sentrallager. Norgesgruppen, ved ASKO, skal etter Avtalen overta distribusjonen til ICAs butikker utenfor Østlandet. En implementering av Avtalen vil således medføre at ICA bygger ned sin distribusjon i områdene utenfor Østlandet, herunder nedlegger sine fem lager utenfor Østlandet, samt avvikler noe av sin transport på Østlandet.

Under vurderingen av om det foreligger en sikringsgrunn, er problemstillingen om denne delvise nedbyggingen av ICAs distribusjon skaper en fare for at ICA avvikler deler av sin detaljvirksomhet utenfor Østlandet, på kort eller noe lenger sikt, dersom tilsynet i sitt endelige vedtak pålegger at Avtalen med Norgesgruppen skal opphøre.

Den delvise nedbyggingen av distribusjonen innebærer i utgangspunktet at ICA nedlegger 5 distriktslager utenfor Østlandet, avvikler transporttjenester tilknyttet disse lagrene, samt avvikler noe transportkapasitet på Østlandet. Avviklingen vil innebære at om lag 350 personer sies opp.



Etter departementets vurdering vil en slik nedbygging av distribusjonsvirksomheten skape en fare for at ICA ved et endelig pålegg om opphør vil avvikle deler av sin detaljvirksomhet. En gjenopptakelse av egen distribusjon vil kreve at ICA må finne og kjøpe nye lager, eventuelt anskaffe tomter og bygge nye lager, anskaffe nye driftsmiddel til distribusjon og lagervirksomheten, ansatte eller leie inn nytt personell og gjenoppta transportvirksomheten, eventuelt med innslag av underleverandører. Dette vil være en krevende prosess med store kostnader som også må forventes å ta noe tid. En slik gjenoppbygging etter implementeringen av samarbeidet med Norgesgruppen vil være en snuoperasjon som vil kreve betydelige omstillinger i en allerede krevende situasjon for ICA.

I en situasjon hvor ICA får et endelig pålegg om å opphøre samarbeidet med Norgesgruppen, vil kostnadene og utfordringene ved å gjenoppta egen distribusjon være av en slik art at det etter departementets vurdering skaper en fare for at ICA heller vil velge å selge eller nedlegge deler av sin detaljistvirksomhet utenfor Østlandet.

En avvikling av ICAs detaljistvirksomhet i områder utenfor Østlandet, vil etter departementets vurdering innebære fare for en varig, uopprettelig og alvorlig skade på konkurransen. En avvikling av ICAs detaljistvirksomhet i for eksempel Nord-Norge, vil medføre en strukturendring i en rekke lokale markeder for dagligvarehandel. Det finnes i dag fem ulike dagligvaregrupperinger med detaljistvirksomhet. I lokalk markeder hvor alle fem dagligvaregrupperinger er etablert vil ICAs uttreden således medføre at antallet aktører går fra fem til fire. ICAs uttreden vil føre til større konsentrasjonsøkninger i andre lokalk markeder hvor færre av ICAs konkurrenter er etablert.

En delvis avvikling av detaljistvirksomheten skaper derfor fare for en strukturendring i flere lokale markeder. Denne strukturendringen vil utgjøre en alvorlig og varig skade på konkurransen i de aktuelle lokalk markedene. Konkurranseskaden vil videre være uopprettelig, siden et endelig vedtak som pålegger at Avtalen skal opphøre, ikke kan motvirke denne strukturendringen.

Det er derfor departementets vurdering at en nedbygging av distribusjonen i tråd med Avtalen, utgjør en sikringsgrunn.

#### ***8.5.2.5 Vurdering av ICAs avhjelpende tiltak***

Etter at Konkurransetilsynet 26. februar 2013 sendte varsel om midlertidig inngrep mot Avtalen, ga ICA 13. mars 2013 et tilsagn overfor tilsynet om at ICA var villig til å påta seg visse avhjelpende tiltak for å forhindre at tilsynet vedtok midlertidig stans av Avtalen. Disse avhjelpende tiltakene er blitt tilbudt også under departementets klagebehandling.

ICA skal etter Avtalen beholde sitt sentrallager og sine terminaler på Østlandet, og selv stå for om lag 50 % av distribusjonen under implementeringen av Avtalen. Utenfor Østlandsområdet vil ASKO overta distribusjonen.

Tilbudet om avhjelpende tiltak innebærer at ICA skal beholde rettslig råderett over alle sine terminaler utenfor Østlandet. ICA vil heller ikke selge driftsmiddel som er nødvendig for en rask gjenoppbygging av driften, slik som biler, trucker, reoler, inventar og it-system. Hensyntatt de avhjelpende tiltakene, vil en implementering av Avtalen medføre at ICA sier opp personale tilknyttet de fem lagrene utenfor Østlandet, og at ICA avvikler transportkapasiteten tilknyttet disse fem lagrene.

På bakgrunn av at ICA har sendt et revidert tilbud om avhjelpende tiltak er det i utgangspunktet ikke nødvendig for departementet å vurdere dette første tilbudet om avhjelpende tiltak som ble fremmet for tilsynet og gjentatt ovenfor departementet i klagebehandlingen. Sett hen til at partene har anført at tilsynets vedtak var uforholdsmessig fordi det første tilbudet om avhjelpende tiltak ikke ble akseptert, vil departementet likevel kort redegjøre for sin vurdering på dette punkt.

Etter departementets vurdering vil de tilbudte vilkårene redusere kostnadene ved å gjenopprette distribusjonen etter et endelig pålegg om opphør. Likevel vil, noe som også er erkjent fra ICAs side, en slik gjenopprettet distribusjonsvirksomhet påføre ICA noen mindre engangskostnader, samt medføre noe høyere driftskostnader enn dersom ICA viderefører dagens distribusjonsvirksomhet. Departementet har videre vektlagt den krevende situasjonen ICA vil befinne seg i dersom distribusjonssamarbeidet er implementert og deler av ICAs distribusjon er nedlagt, og Avtalen deretter blir pålagt opphørt i et endelig vedtak fra Konkurransetilsynet. En gjenoppbygging av de nedlagte delene av ICAs distribusjonsvirksomhet vil kreve store omstillinger og innebære en betydelig snuoperasjon i en ellers krevende situasjon. Samlet sett anser departementet at dette innebærer at det er en konkret fare for at ICA, dersom Avtalen først gjennomføres og tilsynet så pålegger opphør i sitt endelige vedtak, ikke vil gjenoppbygge deler av den nedlagte distribusjonen og i stedet avvikle sin detaljistvirksomheten i deler av Norge. En avvikling av ICAs detaljistvirksomhet i deler av Norge vil medføre en strukturendring og svekkelse av konkurransen i en rekke lokalkunder. Etter departementets vurdering avbøter derfor ikke dette tilbudet om avhjelpende tiltak faren for varig og uopprettelig skade på konkurransen.

Departementet hadde et møte med partene 24. juni 2013, hvor departementet presenterte sin foreløpige vurdering i saken. Partene innga sine bemerkninger til departementets vurdering i brev av 28. juni 2013. ICA ga 4. juli 2013 et nytt tilbud om avhjelpende tiltak.



De avhjelpende tiltak ICA tilbød lyder som følger:

**SAK 13/1358 NORGESGRUPPEN – ICA NORGE: TILBUD OM AVHJELPENDE TILTAK**

For å avbøte det Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet ("**FAD**") mener kan utgjøre en risiko for varig og uopprettelig skade på konkurransen (nedleggelse av ICA Norges engros- og distribusjonsvirksomhet), jf. konkurranseloven § 12, tredje ledd bokstav b), fremsetter ICA Norge AS ("**ICA Norge**") følgende tilbud om avhjelpende tiltak inntil den sak som er til behandling hos Konkurransetilsynet som sak nr 2013-0031 ("hovedsaken") er endelig avgjort av tilsynet:

- 1 ICA Norge forplikter seg til å opprettholde sin engros- og distribusjonsvirksomhet og selv (ved bruk av eget transportmateriell og dels gjennom innleide transportører) stå for distribusjon av grossistdistribuerte varer til egne butikker.
- 2 For øvrig innebærer det avhjelpende tiltaket følgende:
  - 2.1 Ordre- og varestrømmen fra leverandørene til ICA Norges lagre skjer på en slik måte at det ikke utveksles informasjon om den enkelte ICA Norge-butikks varekjøp til NorgesGruppen eller ASKO.
  - 2.2 ICA Norge vil selv kundeplukke, fakturere og distribuere varene til butikker tilhørende ICA Norges kjeder, uten at informasjon om enkeltbutikkers varekjøp tilflyter NorgesGruppen.
  - 2.3 Distribusjonen ut til crossdock-terminalene og butikkene skal som i dag skje dels ved bruk av eget transportmateriell og dels gjennom innleide transportører.
  - 2.4 ICA Norge skal ikke benytte ASKO eller andre selskaper i samme konsern som NorgesGruppen som "innleide transportører" i henhold til punkt 1 og 2.3.
  - 2.5 ICA Norge beholder lagerfunksjon på Østlandet og rettslig råderett over følgende fem lager- og cross-dock terminaler utenfor Østlandsområdet: Arendal, Bryne, Bergen, Trondheim og Narvik.
  - 2.6 Tiltaket er ikke til hinder for at ICA Norge disponerer over bygningsarealer som ikke er nødvendige for å opprettholde engros- og distribusjonsvirksomheten. Dette innebærer at ledige kontor- og lagerarealer i Arendal, Bryne og Trondheim og som er overflødige etter omleggingen til cross-dock terminal på stedet, kan leies ut til tredjemann. Tilsvarende kan ledige kontor- og lagerarealer i Bergen og Narvik og som ikke er aktuelle for drift av distribusjonslageret på stedet, også leies ut. Slik utleie skal ikke skje til ASKO eller andre selskaper i samme konsern som NorgesGruppen.

- 2.7 Tiltaket er ikke til hinder for at ICA Norge gjennomfører omstillings- og rasjonaliseringstiltak i sin virksomhet, forutsatt at dette ikke innebærer implementering i strid med de tilbudte vilkår.

\* \* \* \* \*

De avhjelpende tiltakene innebærer at ICA avstår fra å nedlegge, og forplikter seg til å sikre fortsatt drift av sin eksisterende grossist- og distribusjonsvirksomhet for ICAs butikker utenfor Østlandsområdet, frem til Konkurransetilsynets endelige vedtak i saken. Partene forpliktes således til å avstå fra å implementere Avtalen, hva gjelder Norgesgruppens overtagelse av distribusjon til ICAs butikker utenfor Østlandet, frem til Konkurransetilsynets endelig vedtak foreligger.

Med de beskrevne avhjelpende tiltak vil ICAs distribusjon fortsette å være i drift og levere til ICAs butikker utenfor Østlandet under Konkurransetilsynets behandling av saken og frem til Konkurransetilsynets endelige vedtak foreligger eller tilsynet har avsluttet saken. Implementering av Avtalen på disse vilkår vil ikke forårsake en økt fare for at ICA nedlegger deler av sin detaljistvirksomhet utenfor Østlandet, ved et endelig negativt vedtak fra Konkurransetilsynet. Det foreligger dermed ingen fare for at konkurransen utsettes for varig og uopprettelig skade på grunn av nedlegging av deler av ICAs distribusjonsvirksomhet.

### **8.5.3 Informasjonsutveksling som sikringsgrunn**

#### **8.5.3.1 Konkurransetilsynets begrunnelse i hovedtrekk**

Konkurransetilsynet har funnet at informasjonsflyten under en implementering av Avtalen i en tidsavgrenset periode, frem til avtalen eventuelt bringes til opphør som følge av et endelig vedtak fra tilsynet, kan gi varig og uopprettelig skade på konkurransen.

Norgesgruppens grossistvirksomhet vil generere opplysninger om ICAs planlagte volumer og faktiske omsatte volumer, både for den ordinære salgsvirksomheten og for markedsføringskampanjer. Norgesgruppen vil derfor kunne analysere ICAs planlagte omsetning og realiserte omsetning. Videre vil Norgesgruppen kunne analysere ICAs respons på Norgesgruppens egne kampanjer. Norgesgruppen vil også kunne foreta beregninger av ICAs marginer ned på enkelte varelinjer på butikknivå. Dette er kunnskap som kan være av varig verdi.

Tilsynet anser at dette vil gi Norgesgruppen kunnskap om ICAs hovedstrategier. Konkret peker tilsynet på kunnskap om hvilken rolle produktgrupper eller enkeltprodukter har i ICAs strategi, og grad av frihet til egne tilpassninger på ulike nivåer som butikk eller regioner.



Virkningen kan etter tilsynets vurdering være at Norgesgruppen disiplinerer ICA slik at ICA blir en mindre aggressiv konkurrent eller får en svekket posisjon i markedet.

Videre finner tilsynet at implementering av avtalen vil gi Norgesgruppen detaljert kunnskap om enkeltbutikker tilhørende ICA, herunder butikkenes lønnsomhet og hvilke forhold som avgjør butikkenes lønnsomhet. Tilsynet vurderer det slik at dette vil gi Norgesgruppen en informasjonsfordel sammenlignet med Rema og Coop dersom ICAs butikklokaler legges ut for salg.

#### *8.5.3.2 ICAs anførsler i hovedtrekk*

Informasjonsutvekslingen er begrenset til det som er strengt nødvendig. Det er opprettet vanntette skott internt i Norgesgruppen for å unngå informasjonsflyt, og de som mottar opplysninger skal undertegne personlige konfidensialitetserklæringer. Det vil ikke flyte informasjon fra Innkjøpsavdelingen til detaljistledet i Norgesgruppen.

ASKO vil motta forhåndsordre fra ICA for sesong- og kampanjevarer, dette vil ikke tilflyte Norgesgruppen sentralt eller profilhusene.

Detaljistmarkedet er gjennomiktig på grunn av data fra The Nielsen Company, overvåking av pris i butikk og reklamekampanjer, noe som taler for at informasjonsutvekslingen mellom partene ikke har skadelig virkning.

Konkurransetilsynet begrunner faren for varig og uopprettelig skade med at Norgesgruppen vil få informasjon om ICA Norges hovedstrategier. Det er allerede forut for det midlertidige vedtaket utvekslet informasjon om betingelser på varelinjenivå for grossistleverte varer. Norgesgruppen har mottatt kategoriplaner for ICAs tre kjeder. Norgesgruppen vil ikke motta ytterligere informasjon om ICAs hovedstrategier under den videre implementeringen dersom det midlertidige pålegget oppheves.

Ved et eventuelt salg av ICAs butikker vil alle interessenter få den samme detaljerte opplysninger i en "due diligence" prosess.

#### *8.5.3.3 Norgesgruppens anførsler i hovedtrekk*

Det er vedtatt svært strenge retningslinjer for behandling av eventuell konkurranse-sensitiv informasjon. Informasjonsutvekslingen er videre begrenset til hva som er strengt nødvendig for gjennomføringen av Avtalen. Virksomhetsstrukturen i Norgesgruppen hindrer utnyttelse av sensitiv informasjon. ASKO og profilhusene opptrer i stor grad kommersielt som selvstendige enheter, og om lag 62 % av butikkene eies av selvstendige kjøpmenn.

Det er ikke riktig at implementering av Avtalen vil føre til at grossistledet i Norgesgruppen får kjennskap til ICAs planlagte volumer. Varesupplering fra ASKO skjer som hovedregel før varen skal i butikk. For sesongvarer er kjøp fra

ASKO planlagt noe lenger tid i forveien. Erfaringsmessig får ASKO indikasjoner på hvilke enkeltvarer de ulike profilkjedene vil omsette, men det er ikke praktisk mulig for Norgesgruppen å innrette seg strategisk etter dette. Opplysninger om planlagt volum har uansett ikke varig verdi for fremtiden.

Når det gjelder faktisk omsatt volum viser Norgesgruppen til at aktørene har tilgang til informasjon gjennom data publisert av The Nielsen Company.

ICAs hovedstrategier kan enkelt observeres i enkeltbutikkene til ICA av alle aktører i markedet. Opplysninger om kjedenes grad av frihet til å foreta egne tilpasninger til butikk eller region, eller hvilken rolle ulike produktgrupper eller enkeltprodukter har som ledd i kjedens strategi er ikke strategisk informasjon av varig verdi.

Informasjon fra innkjøpssamarbeidet vil ikke gi Norgegruppen kunnskap om lønnsomheten til ICAs enkeltbutikker. Lønnsomheten til enkeltbutikker avhenger av faktorer som lønnskostnader, husleie, og annet som ikke utveksles etter Avtalen. Avtalen vil derfor ikke føre til fare for varig skade på konkurransen ved at Norgesgruppen får et konkurransefortrinn dersom ICAs butikker legges ut for salg.

#### *8.5.3.4 Departementets vurdering*

Spørsmålet er hvilken fare for konkurransebegrensende virkninger en tidsavgrenset informasjonsflyt under en implementering av Avtalen frem til Konkurransetilsynets endelige vedtak vil innebære. Problemstillingen er om den tidsavgrensede informasjonsflyt og gjennomsiktighet i markedet som en implementering av Avtalen medfører, skaper fare for alvorlig skade på konkurransen i markedet, som vil vare etter at Avtalen er pålagt opphørt i et eventuelt endelig vedtak, og samarbeidet mellom ICA og Norgesgruppen avsluttes.

En potensiell konkurransebegrensende virkning av informasjonsutveksling mellom konkurrenter som kan ha vesentlig betydning for konkurransen i et marked, ligger i faren utvekslingen skaper for en situasjon med fredelig sameksistens hvor aktørene konkurrerer mindre aggressivt. Tilsynet har funnet at informasjonsutveksling frem til endelig vedtak, skaper en fare for at ICA blir en mindre aggressiv konkurrent til Norgesgruppen, etter et eventuelt endelig pålegg om opphør av Avtalen.

Departementet anser ikke at en slik virkning av en tidsavgrenset informasjonsflyt er tilstrekkelig underbygget i tilsynets vedtak. Departementet vil for det første peke på at ICA etter et eventuelt endelig pålegg opphør, ikke lenger vil ha like innkjøps- og grossistbetingelser som Norgesgruppen. For det andre vil det etter et slikt pålegg heller ikke være en fortsatt informasjonsflyt mellom partene. Generelt vil det være slik at en informasjonsflyt mellom partene frem til et eventuelt endelig vedtak om opphør, vil miste mye av sin aktualitet og sitt skadepotensiale etter som tiden går. Slik departementet vurderer det har tilsynet heller ikke pekt på andre omstendigheter som



begrunner at ICAs insentiv til å konkurrere med Norgesgruppen vil være endret, etter at Avtalen er opphørt.

Tilsynet har også funnet at avtalen på grunn av informasjonsflyt vil skape fare for en svekkelse av ICAs posisjon, ved at Norgesgruppen under en videre implementering vil kunne få mer innsikt i ICAs hovedstrategier. Videre har tilsynet funnet at Norgesgruppen vil kunne få en informasjonsfordel sammenlignet med Coop og Rema 1000, i en eventuell situasjon hvor ICAs butikker legges ut for salg.

Departementet vil bemerke at en svekkelse av enkeltaktører slik at disse lider et bedriftsøkonomisk tap ikke nødvendigvis innebærer en alvorlig skade på konkurransen. Vurderingstemaet er faren for varig svekkelse av konkurransen, ikke av svekkelse av ICA eller andres posisjon i markedet isolert sett. Dette innebærer at en svekkelse av ICA eller andre enkeltaktørers posisjon kun er relevant dersom denne svekkelsen er så markant at den kan påvirke konkurransen i markedet.

Slik saken ligger an er det ikke nødvendig for departementet å gå nærmere inn i de vurderinger Konkurransetilsynet har gjort av de varige konkurransebegrensende virkningene av informasjonsflyten i en avgrenset periode frem til endelig vedtak. Departementet vil nøye seg med å vise til to forhold som etter departementets vurdering uansett innebærer at en videre implementering av Avtalen frem til endelig vedtak, ikke skaper fare for varig og alvorlig skade på konkurransen som følge av informasjonsutveksling.

For det første viser departementet til at partene etter det opplyste har utvekslet informasjon vedrørende leverandørbetingelser og ICAs kategoriplaner i tiden frem til tilsynets midlertidige vedtak av 19. april 2013. Dette medfører at den informasjonsutveksling som eventuelt kan vurderes som konkurranseskadelig, i stor grad allerede er gjennomført. For det andre viser departementet til tilbudet om Avhjelpende tiltak av 4. juli 2013 som er gjengitt ovenfor under punkt 8.5.2.5. Det avhjelpende tiltaket innebærer at den informasjonsflyt i ASKO som tilsynet har lagt vekt på i sin vurdering, ikke vil finne sted i tiden frem til tilsynet avgjør hovedsaken. Departementet tar ikke stilling til om den informasjonsflyten til ASKO som er beskrevet i tilsynets vedtak, begrunner en fare for en varig og alvorlig skade på konkurransen, da de avhjelpende tiltakene medfører at problemstillingen uansett ikke aktualiseres.

Den ytterligere gjennomsiktighet mellom partene som vil kunne oppstå som følge av en videre implementering av Avtalen frem til endelig vedtak, vil gjelde forhandlinger av og justeringer i leverandørbetingelser i høstens leverandørforhandlinger. Skadepotensialet av denne informasjonen er etter departementets vurdering ikke slik at det skaper fare for varig og alvorlig skade på konkurransen. Verken med tanke på faren for en mulig redusert konkurranse mellom ICA og Norgesgruppen, en mulig svekkelse av ICAs posisjon, eller en svekkelse av Rema 1000 eller Coops posisjon, som er de skadepotensialene av informasjonsutveksling som tilsynet har lagt vekt på i sitt vedtak.

#### 8.5.4 Varig, alvorlig og uopprettelig skade på leverandørmarkeder

Departementet har, slik tilsynet også har gjort, ikke funnet at en implementering av Avtalen frem til endelig vedtak skaper fare for alvorlig og varig skade på leverandørmarkedet. Departementet nøyer seg med å vise til tilsynets vurdering på dette punkt, som departementet er enig i.

#### 8.6 Forholdsmessighetsvurdering

Det følger av konkurranseloven § 12 fjerde ledd annet punktum at vedtak om midlertidig pålegg om opphør ikke skal treffes *”dersom den vedtaket retter seg mot, påføres skade eller ulempe som står i åpenbart misforhold til de hensyn vedtaket skal ivareta”*.

Departementet har funnet at de avhjelpende tiltak ICA har tilbudt vil avbøte faren for varig og uopprettelig konkurranseskade ved en implementering av Avtalen frem til Konkurransetilsynets endelige vedtak, og departementet vil følgelig fatte et vedtak på dette vilkår. Skaden og ulempen som ICA og Norgesgruppen påføres ved departementets midlertidige vedtak, er at partene ikke får utnyttet potensialet for synergier og effektivitetsgevinster i en felles distribusjon i tiden frem til tilsynets endelige vedtak.

Inngrepsvedtaket er begrunnet med at en implementering av Avtalen vil føre til fare for at ICA etter å ha bygd ned store deler av sin distribusjon, vil legge ned eller selger ut deler av sin detaljistvirksomhet i områder utenfor Østlandet, dersom tilsynet i et endelig vedtak pålegger at Avtalen med Norgesgruppen skal opphøre. Dette vil innebære fare for en konkurranseskade i form av en alvorlig og uopprettelig strukturendring i flere lokalk markeder.

Etter departementets vurdering står skaden og ulempen ICA og Norgesgruppen påføres ved departementets midlertidige vedtak, ikke i åpenbart misforhold til hensynet til å unngå faren for den beskrevne varige og uopprettelige konkurranseskaden.

#### 9. Oppsummering

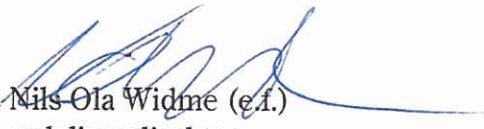
Vilkårene for midlertidig pålegg om opphør etter konkurranseloven § 12 fjerde ledd er oppfylt. Det foreligger rimelig grunn til å anta at Avtalen er i strid med konkurranseloven § 10. Videre vil en nedbygging av deler av ICAs distribusjon og grossistvirksomhet i tiden frem til Konkurransetilsynet har fattet et endelig vedtak, føre til fare for varig og uopprettelig skade på konkurransen. Ulempen for ICA og Norgesgruppen ved det midlertidige vedtaket, står ikke i åpenbart misforhold til det konkurranseshensyn vedtaket ivaretar.

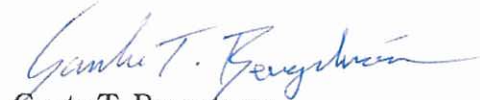


## 10. Vedtak

*Konkurransetilsynets vedtak V2013-6 av 19. april 2013 opprettholdes, med den endring at ICA Norge AS og Norgesgruppen ASA tillates å gjennomføre samarbeidsavtalen datert 14. januar 2013, frem til Konkurransetilsynet har fattet endelig vedtak i sak nr. 2013-0031 eller avsluttet sin behandling av saken, på det vilkår at ICA Norge AS i samme periode avstår fra å nedlegge og opprettholder sin nåværende selvstendig fungerende grossist- og distribusjonsvirksomhet, i samsvar med tilbudet om avhjelpende tiltak av 4. juli 2013.*

Med hilsen

  
Nils-Ola Widme (e.f.)  
avdelingsdirektør

  
Gaute T. Bergstrøm  
seniorrådgiver

