

Forslag til lov om god handelsskikk -
samfunnsøkonomisk effektivitet inn i kontraktsretten?

Prof. dr. juris Erling Hjelmeng
BECCLE, 30. mai 2013

Bakgrunn for NOU 2013:6

- ▶ **Oppfølging av NOU 2011:4 "Mat, makt og avmakt"**
 - ▶ En kartlegging av maktforholdene i den norske matkjeden
 - ▶ Flere forslag for å "tøyle" maktutøvelse, særlig lov om god handelsskikk
 - ▶ Leverandør/landbrukspolitisk drevet prosess
- ▶ **Lovutvalg oppnevnt 26. oktober 2012**
- ▶ **To hovedhensyn i mandatet:**
 - ▶ God handelsskikk i den vertikale relasjonen
 - ▶ Fordeler skal føres videre til forbrukerne (pris, kvalitet, utvalg, tilgjengelighet)
 - ▶ Hvordan kombinere de to?

Spenningene i mandatet

- ▶ Å tøyle "maktmisbruk" overfor leverandører gjennom innføring av "god handelsskikk"
 - ▶ Definisjon fra NOU 2011:4: *"foretak vil oppføre redelig, basere forretningsforhold på gjensidighet, unngå urimelige forretningsvilkår, tilstrebe en rimelig risikofordeling og respektere andre parters immaterielle rettigheter"*
 - ▶ Rimelig fordeling mellom leverandør og kjeder?
- ▶ ...går ikke i hop med forbrukerhensynet
 - ▶ Definisjon fra NOU 2011:4: *"skal sikres en rimelig andel av ytelser i verdikjeden for mat gjennom pris, utvalg, kvalitet og tilgjengelighet"*
 - ▶ Rimelighet" i kontraktsforhold vs. fordeler for forbrukerne?
- ▶ ...med mindre regler om god handelsskikk gis et klart formål; å skape fordeler for forbrukerne

Utvalgets forslag

- ▶ **God handelsskikk = forutsetningene for å skape effektive bilaterale forhandlinger og kontrakter mellom leverandører og kjeder**
- ▶ **Hvordan kan foretakene sammen "bake den største kaken"?**
 - ▶ Regulering som sikrer forutsetningene for dette
 - ▶ Hovedpoeng: Informerte parter som forstår forpliktelsene skaper effektive relasjoner!
- ▶ **Konkurransemekanismen mellom kjedene essensiell for at fordeler skal komme forbrukerne til gode**
 - ▶ (Utenfor mandatet å utrede konkurranseforhold nedstrøms)

Reguleringsformål og reguleringsobjekt

- ▶ Formål: Økt forbrukervelferd gjennom effektive relasjoner
- ▶ Reguleringsobjekt: Den vertikale kontraktsrelasjonen
 - ▶ Forhandlinger
 - ▶ Fri informasjon & forståelse
 - ▶ Kontraktsforpliktelser
 - ▶ Klarhet, presisjon etc.
 - ▶ Avslutning/oppsigelse
 - ▶ Forutsigbarhet
 - ▶ Kombinasjon av vertikal og horisontal relasjon
 - ▶ EMV, varemerkebeskyttelse, beskyttelse av idéer

Forslaget

- ▶ **Lov om god handelsskikk**
 - ▶ Generalklausul om god handelsskikk
 - ▶ Tre prinsipper: Forutberegnelighet, redelighet og respekt for immaterielle rettigheter
 - ▶ Spesialregler om bl.a. informasjon, forretningshemmeligheter, skriftlighet og oppsigelse
- ▶ **Handelstilsynet for dagligvaresektoren**
 - ▶ Egne sanksjonshjemler
 - ▶ Samarbeid med Konkurransetilsynet

Hensynet til samfunnsøkonomisk effektivitet i kontraktsretten

- ▶ **Utgangspunkt i kontraktsfrihet**
 - ▶ Samfunnshensyn begrenset til det negative – skadelige, støtende og urimelige kontrakter må unngås
 - ▶ Men effektivitetsargumenter kan spille en rolle ved rimelighetssensur (Wilhelmsen TfR 1995 s.1)
- ▶ **Økonomisk teori: Partene er selv best i stand til å forhandle frem en effektiv transaksjon**
 - ▶ Altså uansett ikke ønskelig å regulere innholdet
- ▶ **Ivaretas forutsetningene for effektive forhandlingsløsninger?**

Mer om forutsetningene

- ▶ **Tilgang til informasjon**
 - ▶ Påstand: Grunnlag for beregning av bonuser tilbakeholdt
- ▶ **Forståelse for forpliktelser**
 - ▶ Påstand: Komplekse standardavtaler med innlagte "feller"
- ▶ **Klare forpliktelser**
 - ▶ Intet omforent syn på for eksempel hvilke JM-ytelser som skal leveres
- ▶ **Forutberegnelighet innenfor kontraktperioden**
 - ▶ Ensidige endringer, muntlige forpliktelser, delisting
- ▶ **Trygghet for forretningskonsepter**
 - ▶ Ellers ikke villig til å foreta investeringer eller gå inn på samarbeid

Gjennomgang av gjeldende rett

- ▶ Norsk kontrakts- og immaterialrett inneholder bestemmelser i tråd med disse forutsetningene
 - ▶ Prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold sentralt
 - ▶ Forhandlings- og kontraktsstadiet
 - ▶ Prinsipper om avtaletolkning, avtaler skal holdes
 - ▶ Immaterialrett/markedsføringsloven
- ▶ ”Shortcomings” (Tabell 8.1 s. 82)
 - ▶ Fragmentert, uten klare målsetninger
 - ▶ Innrettet mot enkeltkonflikter
 - ▶ Vanskelig tilgjengelig håndhevelse
 - ▶ Belastende søksmål i enkeltsaker
 - ▶ Mer fokus på konkret rimelige løsninger enn incentiver
 - ▶ Tydelig underhåndhevelse både av kontrakts- og immaterialrettslige posisjoner

Hjemmel	Stadium	Standard/norm	Håndhevelse	Rettsvirkning	Kommentar
Avtaleloven § 33	Avtale (Tilblivelsesmangler = forhold ved forhandling)	Redelighet og god tro	Privat	Ugyldighet (ikke- oppfyllelse/ restitusjon)	Snever. Absolutt rettsvirkning.
Avtaleloven § 36	Forhandling/ avtale/ opp-sigelse/endring	Rimelighet	Privat	Ugyldighet/ lempning (ikke- oppfyllelse/ restitusjon)	Høy terskel. Fokus på enkeltavtale.
Prinsipper om lojalitet i kontraktsforhold	Forhandling/ avtale	Lojal atferd	Privat	Ugyldighet/ erstatning	Uklar. Fokus på enkeltdavtale.
Culpanormen	Forhandling/ avtale	Forventnings-basert	Privat	Erstatningsansvar	Uegnet rettsvirkning
Pristiltaksloven § 1	Avtaler	Forsvarlig prisutvikling	Offentlig	Inngrepshjemmel	Snever regulerings- fullmakt
Pristiltaksloven § 2	Avtale	Rimelighet/ allmenne interesser	Privat/ offentlig	Ugyldighet (Ikke- oppfyllelse, tilbakebetaling)	Fordel offentlig håndhevelse. Bredere perspektiv. Primært forbrukere
Markeds-føringsl. §§ 25 og 30		Etterlikning	Privat	Stansing/ erstatning	Tilstrekkelig beskyttelse, spm. om håndhevelse
Markeds-føringsl. § 28		Misbruk av forretnings- hemmeligheter	Privat	Stansing/ erstatning	Vag rettsstridsstandard
Varemerkel.		Etterlikning	Privat	Stansing/ erstatning	Tilstrekkelig beskyttelse



Lovforslagets spesialbestemmelser

- ▶ **Skriftlighet og fullstendighet**
 - ▶ Krav om hva som SKAL være regulert
 - ▶ Markedsføringstjenester, prosedyrer for bestilling
- ▶ **Informasjon i forhandlinger**
 - ▶ Nødvendig med tilgang til all relevant informasjon, for eksempel grunnlaget for bonuser, før signering
- ▶ **Forretningshemmeligheter**
 - ▶ Videre beskyttelse enn etter markedsføringsloven
 - ▶ ”Springbrett-doktrine” lovfestes

Lovforslagets spesialbestemmelser

- ▶ **Beskyttelse av investeringer**
 - ▶ Sikkerhet mot kopiering
- ▶ **Svinn og ansvar for reklamasjoner**
 - ▶ Må være avtalt
- ▶ **Oppsigelse og delisting**
 - ▶ Må være avtalt
- ▶ **Utillatelige forretningsmetoder**
 - ▶ ”Just in case”-regel

- ▶ **Så langt så godt?**

Håndhevelsen

- ▶ **Handelstilsynet:**
 - ▶ Uavhengig tilsyn lagt til Konkurransetilsynet
 - ▶ Skal sikre en oppdragende effekt og avhjelpe underhåndhevelse
- ▶ **Fact-finding**
 - ▶ Anonyme tips
- ▶ **Virkemidler**
 - ▶ Påbud om opphør
 - ▶ Påbud om tiltak for å sikre etterlevelse
- ▶ **Sanksjoner**
 - ▶ Overtredelsesgebyr
 - ▶ Kun for brudd på vedtak, spesialbestemmelser og forskrifter

Oppsummering/ diskusjonspunkter

- ▶ **Utvalgets oppgave:**
 - ▶ Delvis motstridende mandat for å ”rydde opp” i en ”problembransje”
- ▶ **Utvalgets løsning:**
 - ▶ God skikk definert gjennom redelighet, forutberegnelighet og respekt for IP konsistent med økonomisk teori om effektivitet og fordeler for forbrukere
 - ▶ Avhengig av offentlig håndhevelse, men
- ▶ Har offentlige tilsynsorganer en oppgave innenfor det som best karakteriseres som kontraktsrett?
- ▶ Bør kontraktsrelasjoner lovreguleres for å sikre effektive løsninger i samfunnets interesse?