



Mottaker
Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO
Norge

Deres ref.:

Vår ref.: 2016/0135-3

Saksbehandler: Linn Kristin Nyvold Roti
Saksansvarlig: Magnus Gabrielsen

Dato: 15.03.2018

Høringsuttalelse – muligheten for å etablere en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat som ikke rammes av konkurranseloven § 11

1 Innledning

1.1 Kort om bakgrunnen for høringen

Konkurransetilsynet viser til brev 15. november 2017 hvor Nærings- og fiskeridepartementet ("NFD") sendte på høring *Utredning av muligheten for å etablere en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat som ikke rammes av konkurranseloven § 11*. Utredningen er utarbeidet av Ronny Gjendemsjø og Ignacio Herrera Anhustegui, på oppdrag fra NFD. Høringsfrist er 15. mars 2018.

Videre viser Konkurransetilsynet til at utredningen inngår som ett av flere tiltak som ble lansert av NFD 15. mars 2016 som en oppfølging av Stortingets anmodningsvedtak om å styrke effektiviteten og konkurransen i verdikjeden for mat. Av øvrige tiltak nevnes rapport om etableringshindringer i dagligvaremarkedet, som er sendt på høring med samme høringsfrist som herværende utredning.

I mandatet til utredningen fremgår det innledningsvis at formålet er "å gi svar på om det innenfor konkurranseretten er mulig å etablere en sektoravgrenset inngrepshjemmel mot ensidig konkurransebegrensende atferd. Utredningen skal også foreslå forskrifts- eller lovtekst, samt beskrive og vurdere hvilke konsekvenser en slik eventuell inngrepsadgang vil kunne ha for aktørene og samfunnet for øvrig. Særlig er det viktig å vurdere om regulering av ensidige handlinger, skaper fare for samfunnsøkonomisk ineffektive løsninger" (våre understrekninger).

I utredningen redegjøres det både for den rettslige muligheten til å etablere en inngrepshjemmel og om dette vil være hensiktsmessig. Den primære anbefalingen i utredningen er at det ikke bør innføres en inngrepshjemmel. Anbefalingen begrunnes blant annet med at det er usikkerhet knyttet til hvor stort konkurranseproblem ensidige handlinger i verdikjeden for mat faktisk utgjør, at en eventuell inngrepshjemmel vil bli ressurskrevende å håndheve og at de fleste problematiske handlingene i verdikjeden for mat allerede omfattes av konkurranseloven § 10. Videre inneholder utredningen to subsidiære anbefalinger om hvordan

en inngrepshjemmel kan utformes dersom det likevel skulle være ønskelig å etablere en slik hjemmel.

1.2 Oppsummering av tilsynets merknader

Konkurransetilsynet anbefaler at det ikke vedtas en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat. Det er flere ulike forhold som samlet sett tilsier at en slik inngrepshjemmel ikke er hensiktsmessig.

Etter Konkurransetilsynets vurdering foreligger det usikkerhet både med hensyn til det faktiske og rettslige behovet for en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i konkurranselovgivningen. Svakheter ved det empiriske grunnlaget som utredningen bygger på gjør det vanskelig å vurdere arten og omfanget av den atferden som en eventuell inngrepshjemmel skal rettes inn mot. Videre har de veletablerte og EU/EØS-harmoniserte forbudsbestemmelsene i konkurranseloven §§ 10 og 11 et saklig virkeområde som medfører at flere av de handlingene som er beskrevet i utredningen, i utgangspunktet vil kunne omfattes av disse bestemmelsene. Etter tilsynets vurdering bør en strengere regulering av en enkeltbransje bygge på et veldokumentert faktisk grunnlag, hvilket ikke er tilfellet for den reguleringen som er behandlet i utredningen.

Videre er det usikkert om og i hvilken grad de ulike handlingene som det er aktuelt at en inngrepshjemmel skal omfatte, vil kunne begrense konkurransen. Dette har nær sammenheng med at det som oppfattes som problematisk ved disse handlingene, synes å være rettet mot skjevheter i styrkeforholdet mellom avtalepartene og mulige uheldige virkninger av dette for den part som har minst forhandlingsmakt. Etter Konkurransetilsynets vurdering er det bekymringer knyttet til konkurranseskadelig utnyttelse av kjøpermakt til skade for forbrukerne som fremstår som mest relevant som begrunnelse for å innføre en sektoravgrenset inngrepshjemmel i konkurranselovgivningen. I markeder som preges av sterk leverandørkonsentrasjon, slik som i dagligvaremarkedet, kan imidlertid kjøpermakt være gunstig for den samfunnsøkonomiske effektiviteten og for forbrukerne.¹

Lovgivning som legger begrensninger på utøvelse av kjøpermakt kan resultere i mindre effektive forhandlinger og samfunnsøkonomiske ineffektive løsninger, som igjen kan resultere i negative virkninger for forbrukerne i form av høyere priser. På den måten kan en slik inngrepshjemmel virke konkurransebegrensende og mot sin hensikt.

Videre mener Konkurransetilsynet at eksistensen og omfanget av lignende reguleringer i ulike medlemsstater i EU/EØS ikke i seg selv er et argument for å innføre en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i norsk konkurranserett. Som vedlegget til utredningen viser er gjeldende reguleringer i andre land sprikende både med hensyn til form og innhold, og flere av reguleringene har som sitt primære anliggende å ivareta andre hensyn enn skadelige virkninger på konkurransen. Etter det tilsynet kjenner til er det heller ingen av medlemslandene innen EU/EØS som har vedtatt en inngrepshjemmel tilsvarende den som behandles i utredningen. Videre gir erfaringene så langt av reguleringer i andre EU/EØS-land ikke grunnlag for å hevde at disse har hatt en positiv virkning på konkurransen og for forbrukerne

En eventuell inngrepshjemmel vil avvike fra lovens øvrige system som i dag er vel innarbeidet. Dette systemet bygger på et rendyrket forbudsprinsipp der aktørene selv har ansvar for at deres markedsatferd ikke er i strid med konkurranseloven §§ 10 og 11. For øvrig kan det etter Konkurransetilsynets oppfatning stilles spørsmål ved om konkurranseloven § 14 vil utgjøre et tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for at tilsynet skal kunne forby atferd gjennom enkeltvedtak og sanksjonere eventuelle brudd på slike vedtak.

¹ Se eksempelvis Konkurransetilsynets høringsvar til Matkjedeutvalgets rapport (NOU 2011:4) side ii, iii, 6, 7 og 12.

Endelig vil en eventuell inngrepshjemmel reise flere vanskelige avgrensingsproblemer i praksis, idet grensen mellom ensidig atferd og avtaler ikke er klar. Dette vil blant annet gjelde grensen mot avtaler som er tillatt etter EØS-avtalen artikkel 53, og grensen mot avtaler som oppfyller vilkårene for effektivitetsforsvar eller som er unntatt fra konkurranseloven § 10 gjennom gruppefritak. Videre vil et krav om å påvise en konkurransebegrensende virkning og til å utforme tiltak som avhjelper et identifisert konkurranseproblem føre til at en eventuell inngrepshjemmel blir ressurskrevende å anvende.

2 Konkurransetilsynets merknader

2.1 Innledning

Harmonisert konkurranselovgivning og markedsrett

Utgangspunktet for konkurransepolitikken er at konkurranse i markedene gir effektiv ressursbruk og sikrer lave priser, god kvalitet og godt utvalg til forbrukerne. Den norske konkurranselovgivningen regulerer atferd som kan virke konkurransebegrensende, og er en fullt ut harmonisert lovgivning med forbud og unntak basert på lang erfaring og omfattende praksis fra EU/EØS. Som påpekt av Konkurransetilsynet i høringssvaret til NOU 2012:7,² er det en fordel både for dem som skal etterleve konkurranselovgivningen, og for håndheveren av regelverket, at lovgivningen er harmonisert med EU/EØS-retten. En særnorsk inngrepshjemmel mot ensidige handlinger, som avviker fra EU/EØS-retten, vil innebære et avvik fra dette grunnleggende prinsippet.

Konkurransetilsynet mener at det saklige virkeområdet for både forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10, og forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11, i utgangspunktet omfatter mange av atferdstypene som er omtalt som problematiske i utredningen. Som utredningen viser følger det av EU/EØS-praksis at avtalebegrepet i konkurranseloven § 10 også vil omfatte avtaler som er kommet i stand som følge av den ene partens forhandlingsstyrke.³ Dette er atferd som i utredningen omtales som ensidig bestemte avtlevilkår, og som vil rammes av forbudet i § 10 forutsatt at de øvrige vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Videre inneholder konkurranseloven § 11 en ikke uttømmende liste av ulike former for atferd (herunder også visse avtaler) som etter omstendighetene vil kunne utgjøre misbruk.

I praksis vil imidlertid gruppefritaket for vertikale avtaler under både EU/EØS-retten og nasjonal konkurranselovgivning⁴ innebære en viktig begrensning av det ovennevnte utgangspunktet. Avtaler/avtaleklausuler som er inngått mellom eksempelvis en dagligvarekjede og en leverandør der begge har under 30 prosent markedsandel, vil falle utenfor konkurranseloven § 10 når gruppefritakets øvrige vilkår er oppfylt.⁵ Kravet til dominans i konkurranseloven § 11 vil på sin side innebære en det kun er ensidig atferd foretatt av foretak med betydelig grad av markedsrett som vil kunne rammes av denne bestemmelsen. Konkurransetilsynet vil understreke at den innebygde silingsmekanismen som disse vilkårene innebærer, er vel innarbeidet og solid begrunnet. De gir på hver sin måte uttrykk for at graden av markedsrett påvirker sannsynligheten for at den aktuelle atferden vil være egnet til å ha negative virkninger på konkurransen og for forbrukerne. Dette er grunnleggende utgangspunkter som tilsynet mener det er viktig å se hen til ved vurderingen av hensiktsmessigheten av en eventuell inngrepshjemmel.

² NOU 2012:7 *Mer effektiv konkurranselov*.

³ Utredningen punkt 2.4 side 8.

⁴ Se FOR-2011-12-21-1518 og FOR 2010-06-21-898.

⁵ Se FOR-2010-06-21-898 § 3. Det er markedsandelen på det "relevante marked der leverandøren selger de varer eller tjenester som omfattes av avtalen" og kjøpers markedsandel av det "relevante marked der denne kjøper de varene eller tjenestene som omfattes av avtalen" som er relevant for vurderingen.

Nærmere om atferd som typisk vil kunne rammes av inngrepshjemmel

I utredningens punkt 2 beskrives hvilke ensidige handlinger som typisk vil kunne rammes av en eventuell inngrepshjemmel. Det trekkes opp et skille mellom ensidige handlinger i snever forstand og ensidig bestemte avtalevilkår.

Ensidige handlinger i snever forstand er handlinger som faller utenfor anvendelsesområdet til konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53. Dette vil først og fremst omfatte leveringsnektelser, nektelse av å ta inn eller kjøpe produkter, priser fastsatt uten forhandlinger, delisting, marginskvis, oppsigelser av avtaler og ulike former for kontraktsbrudd, jf. utredningen side 10.

Ensidig bestemte avtalevilkår vil som nevnt kunne omfattes av konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53. Dette vil typisk gjelde eksklusivitetsavtaler, eksklusivitetsrabatter, lojalitetsrabatter, bindingssalg, diskriminerende avtalevilkår, ensidige pålegg om å dekke bestemte kostnader, hylleplassbetaling, *listing fees*, *joint marketing*, prising under kost og ulike former for kompensasjoner. Som nevnt i utredningen side 14 presiseres det at enkelte av disse klausulene ikke nødvendigvis er et resultatet av den ene parts forhandlingsstyrke, men vil kunne være begrunnet i et felles ønske fra begge parter.

I utredningen vises det gjennomgående til at det er få atferdstyper som er ensidige handlinger i snever forstand, se særlig utredningen side 10 og 14. Konkurransetilsynet ønsker å bemerke at flere av disse atferdstypene overlapper med handlinger som ble forslått regulert i NOU 2013:6⁶, som hovedsakelig ikke rettet seg mot konkurransebegrensende atferd. Tilsynet minner om at en eventuell ny inngrepshjemmel kun skal omfatte konkurranseskadelig atferd med negative virkninger for konkurransen og forbrukerne.

2.2 Hensiktsmessigheten av å innføre en inngrepshjemmel

Etablert konkurranselovgivning og økonomisk teori

Mandatet til utredningen gjør det klart at det er muligheten for å etablere en sektoravgrenset *inngrepshjemmel* som skal utredes. En inngrepshjemmel som gir Konkurransetilsynet mulighet til å forby atferd, avviker fra det etablerte forbudsregimet i konkurranselovgivningen. Konkurranselovens forbudsbestemmelser innebærer for det første at markedsaktørene selv har ansvaret for å overholde loven, og at en overtredelse utgjør et lovbrudd som kan sanksjoneres. Videre er det ikke etter dagens lov mulig å notisere atferd for å få en forhåndsvurdering av dens lovlighet. Overgangen fra et kombinert forbuds- og inngrepssystem til et rendyrket forbudsprinsipp⁷ har bidratt til å gjøre håndhevingen mer effektiv og mindre ressurskrevende. Videre er forbudsbestemmelsene som nevnt fullt ut harmonisert med EU/EØS-retten, som har en tilsvarende konkurranselovgivning. Tilsynet stiller seg derfor grunnleggende kritisk til at en eventuell regulering utformes som en inngrepshjemmel.

Hovedformålet med utredningen er å vurdere muligheten for å utfylle konkurranseloven § 11 med en inngrepshjemmel som rammer ensidig konkurransebegrensende atferd, foretatt av ikke-dominerende foretak. Med en slik inngrepshjemmel vil Konkurransetilsynet kunne forby atferd som i dag er lovlig. Det foreligger en velutviklet og langvarig praksis for hvilken atferd som er å anse som misbruk etter konkurranseloven § 11. Dersom en ny inngrepshjemmel avviker fra denne praksisen, kan det både medføre usikkerhet for markedsaktørene og en krevende anvendelse av inngrepshjemmelen for tilsynet. Skulle det eksempelvis åpnes for en regulering av misbruksformer som ikke rammes av konkurranseloven § 11 i dag, vil dette kunne føre til det paradoksale at det gripes inn mot en type ensidig atferd av en ikke-dominerende aktør samtidig som man ikke vil kunne gripe inn mot samme type ensidige atferd av en dominerende aktør i et annet marked.

⁶ God handelsskikk i dagligvarekjeden (NOU 2013:6).

⁷ Se Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) særlig side 68-69.

Dersom inngrepshjemmelen også innebærer at ensidig bestemte avtalevilkår skal kunne forbys uten at inngrepshjemmelen inneholder en markedsandelsterskel, vil dette i praksis innebære at Konkurransetilsynet kan forby atferd i verdikjeden for mat som i andre markeder er tillatt i medhold av gruppefritaket under konkurranseloven § 10. Det har formodningen mot seg at atferd utført av markedsaktører som omfattes av gruppefritaket har tilstrekkelig markedsrett til at disse handlingene skader konkurransen.

En inngrepshjemmel som kan brukes til å forby atferd som ikke rammes av eksisterende konkurranselovgivning og som vil kunne innebære et inngrep i handlefriheten til den som rammes, må etter Konkurransetilsynets oppfatning begrunnes i negative virkninger for konkurransen og forbrukerne, ikke andre typer virkninger. I utredningens primære anbefaling på side 28 trekkes det imidlertid frem at bekymringene knyttet til ensidige handlinger i verdikjeden for mat fremstår som mer rettet mot forholdet mellom avtaleparter enn mot virkningene på konkurransen. Leverandørene vil eksempelvis kunne oppleve tapt salg, dårligere inntjening og overtakelse av risiko som følge av de beskrevne handlingene, men dette vil ikke i seg selv være problematisk for konkurransen og forbrukerne.⁸ Tilsynet er enig i dette. I lys av konkurranselovens formålsbestemmelse og vilkårene for å etablere en forskrift i medhold av § 14, fremstår derfor en inngrepshjemmel som svakt begrunnet.

Det fremstår i utredningen som at den mest relevante begrunnelsen for å innføre en sektoravgrenset inngrepshjemmel i konkurranselovgivningen er muligheten for konkurranseskadelig utnyttelse av kjøpermakt.⁹ I markeder som preges av sterk leverandørkonsentrasjon, slik som i dagligvaremarkedet, vil imidlertid kjøpermakt fremstå som en motvekt til leverandørenes selgermakt som kan føre til at dagligvarekjedene gis bedre innkjøpsbetingelser. Kjøpermakt kan derfor være gunstig for den samfunnsøkonomiske effektiviteten og for forbrukerne.¹⁰

Lovgivning som legger begrensninger på utøvelse av kjøpermakt kan resultere i mindre effektive forhandlinger og samfunnsøkonomiske ineffektive løsninger, som igjen kan resultere i negative virkninger for forbrukerne i form av høyere priser. På den måten kan en slik inngrepshjemmel virke konkurransebegrensende og mot sin hensikt. Det er etter Konkurransetilsynets vurdering usikkert om en inngrepshjemmel som begrenser utøvelsen av kjøpermakt vil kunne gi positive virkninger for konkurransen og forbrukerne.

Konkurransetilsynet understreker at konkurranselovens forbudsbestemmelser og unntak er utformet på en slik måte at sammenhengen mellom markedsrett, atferdstyper og virkningene på konkurransen er hensyntatt. Når en aktør ikke har en dominerende stilling, er det vanskelig å gi et klart og generelt svar på når aktøren vil ha tilstrekkelig markedsrett til å kunne skade konkurransen gjennom ensidige handlinger, jf. utredningen side 21.

I utredningen konkluderes det med at det er usikkert om og i hvilken grad de ulike handlingene som nevnt i punkt 2.1 ovenfor, begrenser konkurransen.¹¹ Dette underbygges av gjennomgangen av konkurranseloven § 11 i NOU 2013:6 s. 88-92, som viser at den konkurransebegrensende virkningen er usikker for flere av de atferdstypene den eventuelle inngrepshjemmel vil rette seg mot, selv for dominerende foretak. Dette gjelder eksempelvis ulike former for faste betalinger og delisting i sin rene form.

Hva gjelder innkjøpsnektelser og delisting støtter Konkurransetilsynet utredningens vurdering om at det ikke kan hevdes at slik praksis i seg selv er konkurransebegrensende. I tilsynets høringssvar til Matkjedeutvalgets rapport og NOU 2013:6 ble det vist til at en kjøpers frihet til

⁸ God handelsskikk i dagligvarekjeden (NOU 2013:6) kapittel 7.

⁹ Se særlig utredningen side 2 og 24, samt utredningens vedlegg punkt 2 og 4.

¹⁰ Se eksempelvis Konkurransetilsynets høringssvar til Matkjedeutvalgets rapport (NOU 2011:4), side ii, iii, 6, 7 og 12.

¹¹ Se særlig utredningen side 24 og vedlegget punkt 2 og 4.

å velge hvem man skal kjøpe fra, og hvilke produkter man ønsker å kjøpe, er grunnleggende for at markeder skal fungere effektivt.¹² Den konkurranserisikoen som ligger i at en leverandør ikke kan være sikker på at kunden vil kjøpe hans produkt, er nettopp det som får leverandøren til å effektivisere, innovere og eventuelt gi avkall på profitt for å holde på kunden.¹³

Konkurransetilsynet er derfor skeptisk til en vid og vag inngrepshjemmel som den foreslåtte, dersom konsekvensen kan bli at dagligvarekjedene ikke lenger kan nekte å ta inn et produkt eller at de unnlater å gjøre dette av frykt for inngrep fra tilsynet. Som påpekt i utredningen side 24 vil dette kunne øke kostnadene for kjedene og det vil kunne redusere innovasjonsinsentivene hos produsentene og leverandørene, noe som vil kunne føre til økte priser og dårligere utvalg for forbrukerne.

Hva gjelder leveringsnektelser eller eksklusiv levering fra leverandørene til kun én dagligvarekjede, er dette atferd som vil kunne være konkurransebegrensende og i strid med konkurranseloven § 11 dersom foretaket er dominerende. Eksklusivitetsavtaler vil i tillegg kunne være forbudt under konkurranseloven § 10. Selv om slik atferd i utgangspunktet er forbudt etter konkurranseloven § 10 første ledd, vil atferden som nevnt omfattes av gruppefritaket og således være lovlig dersom partene har markedsandeler på under 30 prosent og eksklusivitetsavtalens varighet er begrenset til mindre enn fem år. Som nevnt hviler lovligheten av slik atferd nettopp på den begrunnelse at atferden har blitt vurdert til å ikke utgjøre noen stor risiko for konkurransen. I utredningen konkluderes det på bakgrunn av ovennevnte med at det ikke kan opereres med noen presumpsjon om at de nevnte handlingene virker konkurransebegrensende, jf. utredningen side 25.

Dersom Konkurransetilsynets anbefaling ikke skulle følges, må tilsynet ved anvendelse av inngrepshjemmelen i den enkelte sak vurdere om den aktuelle atferden er konkurransebegrensende. Dette kan være ressurskrevende og det vil kunne medføre økte kostnader for partene.

Det empiriske grunnlaget og det faktiske behovet for en inngrepshjemmel i verdikjeden for mat

Ettersom utredningens hovedfokus har vært å avklare den rettslige muligheten for å etablere en inngrepshjemmel, er det etter Konkurransetilsynets vurdering naturlig at det ikke har blitt foretatt nye undersøkelser av det faktiske behovet for en slik hjemmel. På dette punkt bygger utredningen derfor delvis på det empiriske grunnlaget fra Dagligvarelovutvalget, som igjen bygget sitt empiriske grunnlag hovedsakelig på arbeidet som ble gjort i Matkjedeutvalget.

Konkurransetilsynet kritiserte i sitt høringssvar til Matkjedeutvalgets rapport og NOU 2013:6 det empiriske grunnlaget. Tilsynet identifiserte den gang svakheter ved utvalgets metodiske tilnærming og gjennomføringen av analysen.¹⁴ Disse svakhetene svekket Matkjedeutvalgets vurderinger og anbefalinger, som etter tilsynets vurdering til dels stod i motstrid til økonomisk teori og tilgjengelig empiri på daværende tidspunkt. Dagligvarelovutvalget påpekte også svakhetene ved det empiriske grunnlaget det bygget sin utredning på. Tilsynet spilte derfor inn at det burde vurderes å foreta ytterligere undersøkelser for å kunne dokumentere behovet for en ny lov.¹⁵

Konkurransetilsynet har ved flere anledninger påpekt at det bør utvises særlig varsomhet med å særregulere en bransje uten å ha tilstrekkelig dokumentasjon for at uheldig atferd finner

¹² Se Konkurransetilsynets høringssvar til Matkjedeutvalgets rapport (NOU 2011:4) punkt 5.2.2 og tilsynets høringssvar til God handelsskikk i dagligvarekjeden (NOU 2013:6) punkt 3.3.

¹³ Se Konkurransetilsynets høringssvar til Matkjedeutvalgets rapport (NOU 2011:4) punkt 5.2.2 og tilsynets høringssvar til God handelsskikk i dagligvarekjeden (NOU 2013:6) punkt 3.3.

¹⁴ Konkurransetilsynets høringssvar til Matkjedeutvalgets rapport (NOU 2011:4), side i og 4-11.

¹⁵ Konkurransetilsynets høringssvar til God handelsskikk i dagligvarekjeden (NOU 2013:6), punkt 3.1.

sted.¹⁶ Tilsynet har pekt på farene ved å innføre en regulering for å motvirke potensielle utfordringer man ikke kjenner omfanget av, da man kan stå i fare for å påføre bransjen unødvendige kostnader som igjen kan medføre høyere priser for forbrukerne. Dersom det innføres en inngrepshjemmel i verdikjeden for mat, vil dette som nevnt innebære en strengere regulering av en enkeltbransje. Tilsvarende atferd kan imidlertid forekomme i andre markeder uten at dette rammes av inngrepshjemmelen. Etter tilsynets vurdering understreker dette behovet for et veldokumentert faktisk grunnlag.

Etter Konkurransetilsynets vurdering gir ikke det empiriske grunnlaget utredningen bygger på et godt nok grunnlag til å vurdere arten og omfanget av den atferden som er omtalt i forbindelse med vurderingen av en særskilt inngrepshjemmel. Utfordringene fremstår dermed mer som potensielle enn reelle. Matkjedeutvalgets utredning ble for øvrig avgitt i 2011, og tiden som er gått kan alene gi grunn til å være kritisk til det empiriske grunnlaget.

Svakhetene ved det empiriske grunnlaget gjør det vanskelig å vurdere om den foreslåtte inngrepshjemmelen vil være et egnet og effektivt verktøy for å håndtere potensielle problemer i markedet. Det er heller ikke utredet i hvilken grad det er sannsynlig at eventuelle inngrep vil kunne fremme effektiv konkurranse og komme forbrukerne til gode. Etter Konkurransetilsynets vurdering bør det ikke innføres en slik særregulering av en enkeltbransje uten nærmere kartlegging av arten og omfanget av den aktuelle atferden i verdikjeden for mat.

Det empiriske grunnlaget i utredningens vedlegg bygger hovedsakelig på utredninger foretatt i regi av EU og utenlandske konkurransemyndigheter. Oversikten over utvalgte lands nasjonale regulering av ensidige handlinger foretatt av foretak som ikke er dominerende, gir etter Konkurransetilsynets vurdering en god oversikt og viser bredden i eksisterende regulering. Oversikten tydeliggjør at det er store ulikheter mellom landene, blant annet ved at reguleringene er inntatt i ulike rettsområder i nasjonal lovgivning, at enkelte land har en kombinasjon av ulike typer regelverk og at omfanget av nasjonal regulering samt dets anvendelsesområde varierer. I tillegg fremgår det at flere av reguleringene verken er sektoravgrenset, inntatt i nasjonal konkurranselovgivning eller har virkninger på konkurransen som sitt sentrale anliggende. Tilsynet er ikke kjent med at andre land i EU/EØS har en tilsvarende inngrepshjemmel som den foreslåtte.

Som påpekt i utredningen og dens vedlegg er begrunnelsen for andre lands regulering sammensatt og formålet med bestemmelsene tjener ulike samfunnshensyn. Dette gjenspeiles i reguleringene som er rettet mot urimelig handelspraksis mellom aktørene i verdikjeden for mat. Dette underbygger det tidligere nevnte argumentet om at grunnlaget for å etablere en inngrepshjemmel under konkurranseloven er svakt.

Videre er reguleringene begrunnet i og tilpasset nasjonale markedsforhold. I denne sammenheng er det relevant at Norge skiller seg fra mange EU-medlemsstater både gjennom produsentsamvirkens sterke posisjon, og rekkevidden av primærnæringsunntaket i konkurranseloven § 3 annet ledd. Sistnevnte innebærer at for primærprodusenter og deres organisasjoner gjelder et unntak fra konkurranseloven §§ 10 og 11 for avtaler/beslutninger mv. om produksjon og omsetning som er regulert i lov, forskrift eller i avtale mellom staten og primærprodusenter eller deres organisasjoner.¹⁷ Også markedsstrukturen i landene med særregulering kan avvike fra forholdene i Norge på vesentlige punkter.¹⁸ I denne sammenheng er Sverige og Danmark land det er mer naturlig å sammenligne seg med enn øvrige EU-

¹⁶ Konkurransetilsynets høringsvar til Matkjedeutvalgets rapport (NOU 2011:4), side 51 og tilsynets høringsvar til God handelsskikk i dagligvarekjeden (NOU 2013:6), punkt 3.1.

¹⁷ Forskrift 23. april 2004 nr. 651 om unntak for samarbeid mv. innen landbruk og fiske, fastsatt med hjemmel i konkurranseloven § 3 annet ledd.

¹⁸ Det vises i denne forbindelse til Konkurransetilsynets høringsvar til Matkjedeutvalgets rapport (NOU 2011:4) side iii og 51, der det ble påpekt at innføringen av GSCOP i Storbritannia ikke nødvendigvis kunne begrunne en regulering av det norske markedet.

medlemsstater. Verken Sverige eller Danmark har en nasjonal særregulering av ensidige handlinger i verdikjeden for mat, jf. utredningen side 25.¹⁹

Som vist til i utredningens vedlegg på side 9 konkluderer Kommisjonen i sin rapport fra 2016 om urimelig handelspraksis i verdikjeden for mat med at det fortsatt er for tidlig å si noe om den fullstendige virkningen av EU-medlemsstatenes nasjonale reguleringer.²⁰ Videre identifiserte Kommisjonen at det er rom for forbedring på enkelte punkter mht. utformingen av nasjonale løsninger. Det foreligger derfor lite informasjon om hvilken effekt en eventuell inngrepshjemmel vil kunne ha på konkurransen og for forbrukerne.

2.3 Rettslige skranker for en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger

EØS-rettslige skranker

Konkurransetilsynet slutter seg overordnet til identifiseringen og vurderingen av de EØS-rettslige skrankene som er foretatt i utredningen. Som det blant annet fremgår av sammendraget i utredningen side 3 vil ikke ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2 (ODA protokoll 4) være til hinder for å regulere ensidige handlinger (i snever forstand) strengere i norsk rett. Samtidig pekes det på at denne regelen "kan [...] være til hinder for en inngrepshjemmel som omfatter såkalte ensidige bestemte avtalevilkår". Tilsynet er i likhet med forfatterne av utredningen av den oppfatningen at det foreligger argumenter som kan tale for at en utvidende tolking av begrepet "ensidig atferd" i ODA protokoll 4 er mulig. Det vises i denne forbindelse særlig til drøftelsen av dette under punkt 2.5 i utredningen. Samtidig er tilsynet enig i at det er vanskelig å konkludere sikkert i dette tolkingsspørsmålet, og at denne usikkerheten bør få betydning for vurderingen av om en regulering bør vedtas og hvor langt en eventuell regulering skal gå.

Slik tilsynet forstår utredningen er det blant annet denne usikkerheten som er bakgrunnen for at det er utformet to ulike forslag til forskriftstekst i de subsidiære anbefalingene.

Usikkerheten vil i denne sammenheng gi et avgrensingsproblem ved anvendelsen av inngrepshjemmelen, da en usikker tolkning av hva som er å anse som ensidige handlinger medfører en vanskelig grensedracting i praksis. Det er dermed fare for at inngrepshjemmelens anvendelsesområde vil bli lite forutberegnelig for markedsaktørene og vanskelig å håndheve for tilsynet.

Som påpekt blant annet på side 3, 11 og 17 i utredningen, vil ikke ODA protokoll 4 være til hinder for en inngrepshjemmel der Konkurransetilsynet også kan forby ensidig bestemte avtalevilkår, så lenge en slik inngrepshjemmel kun retter seg mot konkurransebegrensende handlinger som også vil være konkurransebegrensende etter EØS-avtalen artikkel 53. Tilsynet deler dette synspunktet, forutsatt at konkurransebegrensningskriteriet i en eventuell hjemmel ikke gis en videre rekkevidde enn det som følger av EØS-avtalen artikkel 53(1) og det ikke gripes inn i avtaler eller samarbeid som omfattes av EØS-avtalen artikkel 53(3). Videre er tilsynet enig i de synspunktene som fremgår av utredningen når det gjelder de utfordringene som gruppefritaket for vertikale avtaler representerer, jf. særlig side 16 og 17 i utredningen. Etter tilsynets vurdering er det riktig å legge til grunn at gruppefritaket for vertikale avtaler forhindrer at tilsynet ved anvendelsen av nasjonal konkurranserett forbyr ensidig bestemte avtalevilkår i avtaler mellom foretak der begge har markedsandeler på under 30 prosent, forutsatt at samhandelen er påvirket.

Når det gjelder vurderingen av EØS-avtalens produktanvendelsesområde og samhandelskriteriet, jf. utredningen punkt 3.1 side 15 og 16, er Konkurransetilsynet enig i de

¹⁹ I Sverige og Danmark har man utvidet anvendelsesområdet til forbrukerlovgivningen (direktiv 2005/29/EC og direktiv 93/13/EEC) til å omfatte B2B-situasjoner, men handlingene disse reguleringene retter seg mot skiller seg hovedsakelig fra de handlinger som er av relevans for en eventuell ny inngrepshjemmel.

²⁰ European Commission, Brussels 29.1.2016, COM 2016 "Report from the Commission to the European Parliament and the Council on unfair business to business practices in the food supply chain", side 2.

synspunkter som fremgår av utredningen. Selv om EØS-avtalens produktanvendelsesområde og samhandelskriteriet medfører at man kan gå lengre i å regulere enkelte produkter enn andre, er tilsynet enig i utredningens klare anbefaling om at en eventuell regulering ikke bør behandle ulike produktgrupper ulikt innenfor en og samme sektor.

Nasjonalrettslige skranker

Innledning

I utredningens punkt 3.2 redegjøres det for de nasjonalrettslige skrankene som vil gjelde for etableringen av en eventuell inngrepshjemmel.

I utredningen legges det til grunn at nasjonal rett ikke inneholder noen begrensninger på adgangen til å vedta en inngrepshjemmel mot konkurransebegrensende ensidige handlinger, utover den begrensningen som følger av EØS-konkurranseloven § 7 som gjennomfører ODA protokoll 4 i norsk rett. Videre slås det fast at verken konkurranseeloven §§ 10 eller 11 begrenser muligheten til å vedta en slik hjemmel. Konkurranseloven § 14 vil imidlertid sette visse skranker for utformingen av en eventuell inngrepshjemmel, forutsatt at den skal vedtas som forskrift. Det foretas ingen nærmere vurdering i utredningen av fordelene og ulempene ved å innta en eventuell inngrepshjemmel i forskrift fremfor lov.

Med det forbehold at tilsynet er tvilende til behovet for en sektoravgrenset inngrepshjemmel, er tilsynet enig i at en forskriftsregulering i utgangspunktet fremstår mer hensiktsmessig enn en regulering i konkurranseeloven. Begrunnelsen for dette er at konkurranseeloven kapittel 3 om forbudte konkurransebegrensninger gjelder generelt for foretak uavhengig av bransje/marked, at konkurranseeloven §§ 10 og 11 er utformet som forbudsbestemmelser og at bestemmelsene er fullt ut harmonisert med EU/EØS-retten.²¹ Det vil følgelig bryte med lovens øvrige systematikk og tradisjon å innta en særnorsk inngrepshjemmel mot ensidige handlinger, avgrenset til verdikjeden for mat. Konkurransetilsynet deler derfor utredningens standpunkt om at en eventuell inngrepshjemmel bør vedtas i form av en forskrift.

Konkurransetilsynet mener samtidig at det kan reises flere grunnleggende innvendinger mot den foreslåtte forskriftsreguleringen i de subsidiære anbefalingene. Dette knytter seg til inngrepskompetansen, kompetansen til å ilegge sanksjoner ved overtredelse av forskriftens bestemmelser, samt vilkårene for å benytte § 14. I det følgende vil tilsynet gå noe nærmere inn på disse problemstillingene.

Nærmere om inngrepskompetansen og kompetansen til å ilegge sanksjoner

I samsvar med mandatet er det i utredningen gitt to subsidiære anbefalinger om hvordan en forskrift kan utformes med hjemmel i konkurranseeloven § 14. Slik Konkurransetilsynet forstår begge de subsidiære forslagene er inngrepshjemmelen ment å gi tilsynet hjemmel til å forby handlinger gjennom enkeltvedtak, jf. formuleringen "Konkurransetilsynet kan forby ensidige handlinger som [...]".

Etter ordlyden i konkurranseeloven § 14 kan imidlertid departementet kun gripe inn "ved forskrift". Dette tilsier at NFD ikke kan gripe inn "ved enkeltvedtak" med hjemmel i denne bestemmelsen. Lovens forarbeider synes å trekke i samme retning.²²

Etter Konkurransetilsynets oppfatning fremstår det ikke som opplagt at departementet kan tildele tilsynet en inngrepskompetanse som departementet tilsynelatende ikke selv har etter konkurranseeloven § 14. På denne bakgrunn kan det stilles spørsmål ved om konkurranseeloven § 14 vil utgjøre et tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for en forskrift som foreslått i utredningens subsidiære anbefaling.

²¹ Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) særlig side 68-69.

²² Jf. NOU 2003:12, side 69 og Ot. Prp. Nr. 6 (2003-2004), side 73.

Dersom Konkurransetilsynet gis kompetanse til å gripe inn ved enkeltvedtak, oppstår det videre et spørsmål om hvilken kompetanse tilsynet skal ha til å sanksjonere brudd på slike vedtak.

Denne problemstillingen berøres i utredningen på side 29-30. Det påpekes der at tilsynet etter konkurranseloven § 12 bare kan gi pålegg om opphør for brudd på "*forbud i forskrift*" i medhold av § 14, ikke for brudd på vedtak gitt i medhold av en forskrift med hjemmel § 14.

Utredningens forslag til forskrift inneholder ikke noen bestemmelse som gir tilsynet en påleggskompetanse ved brudd på slike vedtak. Etter Konkurransetilsynets vurdering kan det være behov for en påleggskompetanse etter mønster av konkurranseloven § 12. Det vises i denne forbindelse til at det å utforme tiltak som avhjelper et konkurranseproblem, ofte reiser problemstillinger med hensyn til hva tiltakene bør gå ut på og hvor langt de aktuelle tiltakene skal eller bør gå.

Konkurranseloven § 29 bokstav f gir hjemmel til å ilegge gebyr ved overtredelse av "*forskrift i medhold av § 14*". Noen hjemmel til å ilegge gebyr ved brudd på vedtak etter en forskrift gitt i medhold av § 14 inneholder loven derimot ikke. I utredningens subsidiære anbefalinger foreslås det derfor at det i forskriften tas inn en egen bestemmelse i § 3 som gir Konkurransetilsynet kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr ved brudd på vedtak fattet i medhold av forskriften. Det foreslås videre at konkurranseloven § 29 annet til fjerde ledd skal gis tilsvarende anvendelse.

Etter Konkurransetilsynets vurdering kan det også på dette punktet stilles spørsmål ved om konkurranseloven gir departementet kompetanse til å vedta en slik sanksjonsbestemmelse. Tilsynet peker på at man her er innenfor legalitetsprinsippets kjerneområde og at eventuelle gebyr som ilegges, vil utgjøre straff i EMKs forstand.²³

Etter Konkurransetilsynets vurdering bør det derfor utredes nærmere om det foreligger et tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag til å vedta en forskrift som foreslått i utredningens subsidiære anbefalinger.

Endelig viser Konkurransetilsynet til forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr gitt i medhold av konkurranseloven § 29 femte ledd (utmålingsforskriften). Utmåling av overtredelsesgebyr etter utredningens forslag til forskrift § 3 synes å falle utenfor virkeområdet til utmålingsforskriften. Grunnen er at utmålingsforskriftens virkeområde er begrenset til utmåling av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 "*for brudd på konkurranseloven*".²⁴ Dette kan fremstå som uheldig. Uten sanksjonsmuligheter ved brudd på eventuelle vedtak, vil en forskrift som foreslått i utredningen fremstå som et lite effektivt virkemiddel.

Kravet til nødvendighet og konkurransebegrensende virkning i konkurranseloven § 14

Dersom Konkurransetilsynet gis kompetanse til å gripe inn ved enkeltvedtak mot konkurransebegrensende ensidige handlinger i verdikjeden for mat, forutsetter dette at de rettslige vilkårene som følger av konkurranseloven § 14 er oppfylt.

Kravet om at den aktuelle reguleringen må være "*nødvendig for å fremme konkurransen i markedene*" innebærer blant annet at departementet må kunne vise til at forskriften samlet sett vil føre til styrket konkurranse i det aktuelle markedet. Konkurransetilsynet er enig i utredningens syn på at myndighetene i utgangspunktet må anses å ha et vidt skjønn i vurderingen av om dette er tilfellet. Sett bort fra at dette vilkåret innebærer at det kun er konkurransemessige hensyn som kan begrunne en forskrift gitt i medhold av § 14, er det antatt at vilkåret har liten selvstendig betydning ved siden av vilkåret om at atferden det gripes

²³ Jf. forvaltningsloven kap IX og Prp. 62 L 2015-2016.

²⁴ Utmålingsforskriften § 1.

inn mot *"begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen"*. Dette vilkåret synes å innebære at det må foreligge en *markedsatferd* som i utgangspunktet begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen. Tiltakene i forskriften vil derfor normalt gå ut på å fjerne eller endre denne atferden. I forarbeidene til loven fremgår det at § 14 for eksempel kan brukes i markeder der det *"har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende"* uten at forbudene i §§ 10 og 11 kommer til anvendelse.²⁵

Etter Konkurransetilsynets vurdering har de ovennevnte vilkårene i konkurranseloven § 14 både en side til manglene ved det empiriske grunnlaget for en eventuell inngrepshjemmel og til usikkerheten knyttet til om de aktuelle handlingene vil kunne medføre konkurransebegrensende virkninger som omtalt ovenfor. Det er tilsynets vurdering at utredningen ikke gir et tilstrekkelig grunnlag for å begrunne konkret hvordan og hvorfor den atferden som søkes regulert, begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i verdikjeden for mat. Dette synes overlatt til tilsynets konkrete vurdering av virkningene i det enkelte tilfellet. Etter tilsynets vurdering avviker dette fra tidligere praksis knyttet til bruken av konkurranseloven § 14.²⁶ Videre er atferden som søkes regulert vidt angitt til å gjelde rent ensidige handlinger generelt (subsidiær anbefaling 1), eventuelt til også å omfatte ensidig bestemte avtalevilkår (subsidiær anbefaling 2). Etter tilsynets vurdering omfatter hver av disse kategoriene en relativt stor og uensartet gruppe av ulike typer atferd, som etter omstendighetene vil kunne variere mye i type virkninger og graden av virkninger.

I lys av dette kan det stilles spørsmål ved om kravet til nødvendighet og til konkurransebegrensende virkning i konkurranseloven § 14 er oppfylt hva gjelder forslaget til forskrift som følger av de subsidiære anbefalingene i utredningen.

Særskilte merknader til de subsidiære anbefalingene

Konkurransetilsynet vil i det følgende knytte noen merknader til utformingen av inngrepshjemmelen.

De subsidiære forslagene legger opp til at det til forskjell fra lovens øvrige system, vedtas en inngrepshjemmel med mulighet til å forby atferd, og ikke en forbudsbestemmelse. Som nevnt i ovenfor i punkt 2.2 er Konkurransetilsynet kritisk til en slik inngrepshjemmel. I utredningen på side 30 vurderes det om inngrepshjemmelen bør kombineres med en rapporteringsplikt. Dette vil i likhet med ovennevnte innebære et avvik fra lovens øvrige system og vil medføre en kostnadsøkning både for tilsynet og markedsaktørene. Tilsynet er derfor enig i utredningens anbefaling om å ikke innføre en slik rapporteringsplikt.

Videre vil ordlyden i de subsidiære forslagene etter Konkurransetilsynets vurdering reise vanskelige avgrensingsproblemer ved anvendelse av inngrepshjemmelen. Enkelte av disse kommenteres noe nærmere i det følgende.

Hva gjelder inngrepshjemmelens virkeområde diskuteres dette i liten grad i utredningen, men er i forslaget til forskrift § 1 definert som *"handlinger foretatt i verdikjeden for mat"*. Etter Konkurransetilsynets vurdering er dette en formulering som vil fange opp atferd foretatt av ulike aktører uavhengig av hvilket ledd i verdikjeden for mat man befinner seg på, og uavhengig av om de ensidige handlingene retter seg mot aktører på det samme eller et annet ledd i verdikjeden. Tilsynet understreker imidlertid at dagligvarekjedene og leverandørene også omsetter andre varegrupper enn mat, og at det kan problematiseres hvordan atferd som utelukkende knytter seg til slike varegrupper eventuelt skal håndteres. Videre omsettes mat av andre aktører enn dagligvarekjedene. Dette gjør inngrepshjemmelen komplisert og legger opp

²⁵ Ot. prp. nr. 6 (2003-2004), punkt 6.6.8.

²⁶ Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer (1. utgave, 2009) side 470 nevner Fornyings- og administrasjonsdepartementets høringsnotat om forslag til forskrift om forbod mot bonusprogram i norsk innenriks luftfart som eksempel på hvordan de konkurransebegrensende virkningene begrunnes.

til vanskelige grensedragninger i praksis. Uklarheter knyttet til inngrepshjemmelens virkeområde vil kunne skape usikkerhet for markedsaktørene samt føre til en mer krevende anvendelse av inngrepshjemmelen for tilsynet.

Dersom inngrepshjemmelen skal omfatte konkurransebegrensende "*ensidige handlinger*" (subsidiær anbefaling 1) og/eller "*ensidig bestemte avtalevilkår*" (subsidiær anbefaling 2), vil dette etter Konkurransetilsynets oppfatning reise vanskelige avgrensingsproblemer ved anvendelsen av inngrepshjemmelen. Utredningens punkt 2.4 og 2.5 illustrerer at det både rettslig og faktisk vil kunne være vanskelig å fastslå hvilken atferd som er ensidig eller ikke. Dette vil både kunne reise tolknings spørsmål under ODA protokoll 4 og konkurranseloven § 10. Endelig ønsker tilsynet å understreke at det kan være krevende både ressursmessig og tidsmessig å utrede om en markedsadferd har konkurransebegrensende virkninger og at slik utredning også vil påføre markedsaktørene kostnader.

For Konkurransetilsynet fremstår det heller ikke som klart hvilken terskel man legger til grunn for konkurransebegrensningskriteriet i den foreslåtte inngrepshjemmelen, jf. utredningens side 25 og 29. For øvrig viser tilsynet til at konkurransebegrensningskriteriet ikke har blitt inntatt i tidligere forskrifter gitt i medhold av konkurranseloven § 14, da denne vurderingen har blitt foretatt forut for vedtakelsen av forskriften.²⁷

I forlengelsen av dette finner Konkurransetilsynet det nødvendig å understreke at den anviste definisjonen av konkurransebegrensende handlinger på side 2 i utredningen kan gi den uheldige konsekvens at man utelukkende fokuserer på redusert samfunnsøkonomisk effektivitet, uten at det i tilstrekkelig grad tas hensyn til virkningene for forbrukerne. Tilsynet antar at dette er utilsiktet, men finner grunn til å påpeke at dette også har en side til effektivitetsforsvaret og hvilken velferdsstandard som skal legges til grunn. Forholdet til effektivitetsforsvaret i konkurranseloven §§ 10 og 11, sett bort fra gruppefritaket for vertikale avtaler i EU/EØS-retten, er ikke nærmere beskrevet i utredningen. Dette bør etter tilsynets oppfatning vurderes nærmere, da en forutsetning for å nedlegge forbud mot atferd med hjemmel i § 14 er at disse handlingene vil være egnet til å begrense konkurransen "*i strid med lovens formål*".

3 Konkurransetilsynets anbefaling

Konkurransetilsynet anbefaler at det ikke vedtas en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat. En rekke forhold tilsier at det ikke vil være hensiktsmessig å vedta en slik særregulering i norsk konkurranserett.

Den norske konkurranselovgivningen bygger på en fullt ut harmonisert lovgivning med forbud og unntak basert på lang erfaring og omfattende praksis fra EU/EØS, og den gjelder for alle næringer. Å innføre en særnorsk inngrepshjemmel som avviker fra lovens system, og som kun skal gjelde en bestemt sektor, krever etter Konkurransetilsynets oppfatning en sterk begrunnelse. Det er et grunnleggende utgangspunkt for tilsynets anbefaling at det ikke er dokumentert et klart behov for den aktuelle reguleringen.

I vurderingen av behovet for en regulering er det sentralt å kartlegge arten og omfanget av den aktuelle atferden under dagens markedsforhold, og om og i hvilken grad denne atferden omfattes av eksisterende lovgivning. Etter Konkurransetilsynets vurdering vil ensidig bestemte avtalevilkår, som ifølge utredningen er mer utbredt enn rent ensidige handlinger, langt på vei falle innenfor det saklige virkeområdet til de veletablerte og EU/EØS-harmoniserte forbudsbestemmelsene i konkurranseloven §§ 10 og 11.

²⁷ Se den opphevede forskriften om forbud mot bonusprogram i innenriks luftfart (FOR-2007-06-20-684) og forskrift om tilgang til boligannonsering på Internett (FOR-2009-09-09-1169).

Manglene ved det empiriske grunnlaget utredningen bygger på medfører at både det faktiske og rettslige behovet for en inngrepshjemmel fremstår som usikkert. Konkurransetilsynet kan ikke se at det er dokumentert at ensidig konkurranseskadelig atferd som ikke rammes av konkurranselovens forbudsbestemmelser forekommer i utstrakt grad i verdikjeden for mat.

Utredningen peker på at den typen handlinger som vurderes primært reiser bekymringer knyttet til skjevheter i styrkeforholdet mellom avtaleparter, snarere enn bekymringer for de virkningene slik atferd kan ha på konkurransen og forbrukerne. Etter Konkurransetilsynets vurdering er det bekymringer knyttet til konkurranseskadelig utnyttelse av kjøpermakt til skade for forbrukerne som fremstår som mest relevant å vurdere som begrunnelse for å innføre en sektoravgrenset inngrepshjemmel i konkurranselovgivningen. I markeder som preges av sterk leverandørkonsentrasjon, slik som i dagligvaremarkedet, vil imidlertid kjøpermakt fremstå som en motvekt til leverandørens selgermakt. Da kan kjøpermakten føre til at dagligvarekjedene gis bedre innkjøpsbetingelser. Kjøpermakt kan derfor være positivt for den samfunnsøkonomiske effektiviteten og for forbrukerne.

Lovgivning som legger begrensninger på utøvelse av kjøpermakt kan resultere i mindre effektive forhandlinger og samfunnsøkonomiske ineffektive løsninger, som igjen kan resultere i negative virkninger for forbrukerne i form av høyere priser. På den måten kan en slik inngrepshjemmel virke konkurransebegrensende og mot sin hensikt.

Videre mener Konkurransetilsynet at eksistensen og omfanget av lignende reguleringer i ulike medlemsstater i EU/EØS ikke i seg selv er et argument for å innføre en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i norsk konkurranseret. I denne sammenheng nøyer tilsynet seg med å peke på at det er flere grunner til at behovet for reguleringer kan være annerledes i andre land, at denne typen reguleringer så langt har virket i begrenset tid og at disse reguleringene gir liten innsikt i hvilken effekt en inngrepshjemmel kan ha for konkurransen i verdikjeden for mat i Norge og for forbrukerne.

For det tilfellet at NFD ikke følger utredningens og Konkurransetilsynets anbefaling, men velger å innføre en ny inngrepshjemmel, vil de EØS-rettslige og nasjonalrettslige skrankene som er identifisert, kunne sette krav til den konkrete utformingen av inngrepshjemmelen. Etter tilsynets vurdering avdekker de subsidiære forslagene i utredningen hvilke utfordringer det innebærer å utforme en tilstrekkelig presis inngrepshjemmel som samtidig ikke støter an mot noen av de rettslige skrankene som er identifisert.

Det kan etter Konkurransetilsynets oppfatning også stilles spørsmål ved om konkurranseloven § 14 vil utgjøre et tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag til å forby atferd gjennom enkeltvedtak. Dersom tilsynet gis slik kompetanse, oppstår det videre et spørsmål om hvilken kompetanse tilsynet skal ha til å sanksjonere brudd på slike vedtak og hjemmelsgrunnlaget for en slik kompetanse. Selv om eksistensen av en inngrepshjemmel i seg selv kan tenkes å ha en viss innvirkning på aktørens insentiver, vil en inngrepshjemmel uten sanksjonsmuligheter fremstå som et lite effektivt virkemiddel.

En eventuell inngrepshjemmel vil videre reise flere vanskelige avgrensingsproblemer i praksis, idet grensen mellom ensidig atferd og avtaler ikke er klar. Dette vil blant annet gjelde grensen mot avtaler som er tillatt etter EØS-avtalen artikkel 53, og grensen mot avtaler som oppfyller vilkårene for effektivitetsforsvar eller som er unntatt fra konkurranseloven § 10 gjennom gruppefritak.

Videre vil kravet til å påvise en konkurransebegrensende virkning og til å utforme tiltak som avhjelper et identifisert konkurranseproblem føre til at en eventuell inngrepshjemmel blir ressurskrevende å anvende. Når det som nevnt hefter betydelig usikkerhet både til det faktiske og rettslige behovet for å vedta en regulering, er de nevnte avgrensings- og håndhevingsproblemene også tungtveiende argumenter mot å etablere en inngrepshjemmel.

Med hilsen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Magnus Gabrielsen', with a stylized flourish at the end.

Magnus Gabrielsen (e.f.)
avdelingsdirektør