



REITAN  
RETAIL

oda

Konkurransetilsynet  
post@kt.no

Oslo, 27. januar 2022

## Høring - Konkurransetilsynets utkast til veileder om prisdiskriminering - Uttalelse fra REITAN Retail og Oda Norway

### 1. Innledning og sammendrag

#### 1.1 Innledning

Konkurransetilsynet publiserte 27. oktober 2021 et utkast til veileder om prisdiskriminering («Utkastet»), med tilhørende høringsbrev. I høringsbrevet fremholdes det at utkastet til veileder er ment å tydeliggjøre hvordan Konkurransetilsynet tolker og vil anvende konkurranseloven i saker som gjelder prisdiskriminering, og at Utkastet er generell og gjelder alle typer markeder.

Det følger av Konkurransetilsynets høringsbrev at «noe av» bakgrunnen for at et utkast til veileder er utarbeidet er debatten om prisdiskriminering innen dagligvaresektoren og Stortingets føring om at veiledende virksomhet skal styrkes i Konkurransetilsynets dagligvaresatsing jf. Stortingets enstemmige vedtak 576 (2020-2021): «*Stortinget ber regjeringen klargjøre ovenfor Konkurransetilsynet at veiledende virksomhet må styrkes i dagligvaresatsingen*». Utkastet er imidlertid generell i formen, og gir knapt noen praktisk veiledning til aktørene i dagligvarebransjen.

Konkurransetilsynet tar heller ikke utgangspunkt i Stortingets enstemmige uttalelse om hvordan konkurranseloven må tolkes overfor dagligvareleverandørenes forskjeller i innkjøpsbetingelser, jf. vedtak 572 (2020-2021): «*[T]ilsynet [må] i sitt arbeid legge til grunn at leverandører med en dominerende stilling har et særlig ansvar for å vise at forskjeller i innkjøpsbetingelser er saklig begrunnet og ikke skader konkurransen. Det må legges til grunn at forskjeller i innkjøpspris fra dominerende leverandører, som ikke har en saklig begrunnelse gjennom forskjeller mellom kjedene i produksjons- eller distribusjonskostnader, eller ulik verdi på konkrete motytelser, skader konkurransen mellom kjedene. [...]*». Konkurransetilsynet synes derimot å legge mer vekt på Nærings- og fiskeridepartementets uttalelse «*[k]onkurranseloven er ikke endret*» i departementets supplerende tildelingsbrev der Konkurransetilsynet ble bedt om å følge opp Stortingets vedtak.

Utkastet kan derfor, i sin nåværende form, ikke ses på som en oppfølging av Stortingets vedtak.

REITAN Retail og Oda mener det er helt sentralt at Konkurransetilsynets veileder og øvrig virkemiddelbruk må ses opp mot de betydelige konkurranseskadelige følgene av de store leverandørenes diskriminering av dagligvarekjedene, som bevist gjennom Konkurransetilsynets kartlegginger. Leverandørenes praksis hindrer utvikling av sterkere konkurranse i leverandørleddet og bidrar til at NorgesGruppens dominans i dagligvarehandelen styrkes. Dermed svekkes konkurransen i dagligvaremarkedet, år for år. Behovet for tydelig veiledning har flere ganger vært etterlyst av aktører på ulike ledd i verdikjeden. Dessverre svikter utkastet på dette punktet. Utkastet fremstår som en utredning og drøfting av momenter, mer enn et forsøk på å klargjøre kjørereglene. Veiledningen må derfor omarbeides, slik at den kan gi en tydelig rettesnor for aktørene i dagligvarebransjen.

Konkurransproblemer i dagligvaremarkedet er sammensatte, og det er tvilsomt om selv en tydelig veiledning vil bidra i vesentlig grad til å løse alle disse etter at både leverandør- og kjedeledet over tid har blitt stadig mer konsentrert. Det er derfor også nødvendig med annen virkemiddelbruk for å søke å bøte på de betydelige konkurranseproblemer i dagligvaremarkedet, all den tid det har vist seg at Konkurransetilsynets håndheving av konkurranseloven så langt har sviktet. REITAN Retail og Oda vil særlig vise til at konkurranseloven § 14 gir mulighet til å vedta tiltak gjennom forskrift for å fremme konkurransen.

## 1.2 Sammendrag

Et sentralt hinder for sterkere konkurranse i dagligvaremarkedet er godt dokumentert av Konkurransetilsynet; nemlig de svært store fordelene NorgesGruppen systematisk oppnår ved innkjøp fra de største leverandørene.<sup>1</sup> Forskjellene hindrer REITAN Retail og Oda samt andre kjeder i å utfordre NorgesGruppens stadig voksende dominans i dagligvaremarkedet. Det er også vel dokumentert at leverandørenes prisdiskriminering var en viktig årsak da ICA trakk seg ut av det norske markedet i 2014 og at etableringen av marked.no ikke lyktes.

Konkurransetilsynet har over lang tid oversett de konkurranseskadelige virkningene av de store leverandørenes prisdiskriminering, til tross for kunnskap om de faktiske forholdene.<sup>2</sup> Først da Konkurransetilsynet ble pålagt å utrede prisforskjeller i 2018<sup>3</sup> ble undersøkelser igangsatt. Selv om Konkurransetilsynets kartlegginger viste prisforskjeller i en størrelsesorden som overrasket mange aktører i markedet, herunder Konkurransetilsynet, har imidlertid Konkurransetilsynet fortsatt å argumentere mot tiltak for å redusere leverandørens prisdiskriminering og gjennomført en etterforskning mot aktører i bransjen der grunnlaget for avslutning av sakene er ukjent. Konkurransetilsynet har så langt også avvist å veilede markedets aktører om rettstilstanden, til tross for at dette har vært etterlyst av flere aktører, både leverandører og dagligvareaktører.

---

<sup>1</sup> «Kartlegging av innkjøpspriser i norsk dagligvaresektor», *Konkurransetilsynet* (2019) (betingelser for 2017), «Kartlegging av innkjøpspriser i norsk dagligvaresektor: undersøkelser av betingelser for 2018 og 2019», *Konkurransetilsynet* (2020).

Konkurransetilsynet vil ikke publisere resultat fra kartleggingen for 2020, men uttalte til E24 30. august 2021: «Det vi kan si om tallene for 2020 er at det ikke er noen særlig store endringer fra de andre årene vi har kartlagt», se <https://e24.no/naeringsliv/i/47EMMo/konkurransetilsynet-holder-dagligvareteall-hemmelig> (besøkt 25. januar 2022).

<sup>2</sup> Se f.eks. Konkurransetilsynets varsel om vedtak i sak om ICA og NorgesGruppens innkjøps samarbeid, 13. februar 2014, punkt 39 og 375: «Ica oppgir at en sentral årsak til selskapets negative resultater er at de har langt dårligere innkjøpsbetingelser enn konkurrentene. Ica anslår denne ulempen til å være mellom 4-6 prosent», «Uten avtalen er det stor variasjon i størrelsen på varelinjerabattene og samarbeidsbonusene partene oppnår, både mellom hvert enkelt produkt og mellom ulike leverandører». Av fotnote til punkt 375 fremgår at konklusjonen er basert på Konkurransetilsynets egne undersøkelser «Tilsynet har hentet inn informasjon om netto salgspriser fra en rekke leverandører, jf. avsnitt (16).»

<sup>3</sup> Konkurransetilsynet (KT) - supplerende tildelingsbrev nr. 1 for 2018, *Nærings- fiskeridepartementet* (2018). Se også Aftenposten 28. november 2018: «Næringsministeren krever taktskifte i Konkurransetilsynet for å bedre dagligvaremarkedet», <https://www.aftenposten.no/okonomi/i/7lzgkv/naeringsministeren-krever-taktskifte-i-konkurransetilsynet-for-aa-bedre> (besøkt 25. januar 2022).

Konkurransetilsynets utkast svarer dessverre heller ikke nå på det konkrete og uttrykte behovet for veiledning, og etterlater et inntrykk av at Konkurransetilsynet fortsatt ikke ønsker å håndheve konkurranseloven overfor prisdiskriminering som skader konkurransen mellom leverandørene og i dagligvaremarkedet:

- Utkastet er abstrakt og drøftende i formen, og gir dermed lite konkret veiledning til aktører i dagligvaremarkedet - og andre markeder - som ønsker å orientere seg om rettstilstanden og når dominerende leverandørers prisdiskriminering er ulovlig etter konkurranseloven. Konkurransetilsynet har ikke utnyttet sin erfaring fra etterforskningen av prisdiskriminering i dagligvaremarkedet til å gi en tydelig og konkret veiledning av når prisdiskriminering vil være i strid med konkurranseloven, slik danske konkurransemyndigheter tydelig gjorde da Arlas prisforskjeller ble undersøkt i 2005: *«Konkurrenserådet har med saken i dag slået fast, at dominerende leverandører også har en forpliktelse til ikke å diskriminere deres kunder, når rabatter, markedsføringsstilskud og kampanjestøtte ses under ét. .... Forskelsbehandling kræver, at der foreligger dokumentation for omkostningsforhold eller lignende, der kan begrunde forskellene.»*<sup>4</sup>
- Konkurransetilsynet overser at dominerende leverandører aktivt benytter prising og rabatter for å beskytte og forsterke sin dominerende stilling og dermed hindre utvikling av sterkere konkurranse i leverandørmarkedene som i Norge er svært konsentrert. Utkastet overser dermed også leverandørenes klare motivasjon til å benytte prisforskjeller, nemlig å beskytte sin dominerende posisjon. Utkastet drøfter heller ikke om det i juridisk forstand kan være like naturlig å behandle de dominerende leverandørenes forskjellsbehandling av dagligvarekjedene som lojalitetsrabatt, og ikke prisdiskriminering.
- Utkastet redegjør ikke for korrekt rettstilstand. Redegjørelsen for krav til å påvise at handelspartnere «stilles ugunstigere i konkurransen» innebærer i realiteten en utredning av konkurranseskadelig og samfunnsøkonomisk virkning, jf. utkastet punkt 4.3.1-4.3.3, som er uten grunnlag i rettspraksis. Kravet blir i realiteten så strengt at det er svært lite sannsynlig at en vil se tilfeller der ulovlig diskriminering er bevist dersom kravene til utredning i Utkastet legges til grunn.

REITAN Retail og Oda mener derfor det gjenstår et betydelig arbeid før en endelig veileder kan publiseres.

En godt utformet veileder vil uansett ikke være tilstrekkelig til å bøte på konkurranseutfordringene i dagligvaremarkedet. Over tid har sterke leverandører blitt sterkere og NorgesGruppen har vokst år for år - dels gjennom oppkjøp godkjent av Konkurransetilsynet, dels gjennom innkjøpssamarbeid - og oppnår store fordeler i innkjøp. Effektive tiltak kan bidra til at mindre leverandører lettere kan ta opp konkurransen med de dominerende leverandørene og til å styrke konkurransen mellom dagligvarekjedene. Tiltak for å fremme konkurransen kan vedtas gjennom forskrift i henhold til konkurranseloven § 14. REITAN Retail og Oda mener følgende tiltak, for å presisere dominerende

---

<sup>4</sup> Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens pressemelding «Arla Foods rabatter og markedsføringsstilskud», 30. mars 2005, tilgjengelig her: <https://www.kfst.dk/afgoerelser-ruling/konkurrenceomraadet/afgoerelser/2005/arla-foods-rabatter-og-markedsforingstilskud/> (besøkt 25. januar 2022).

leverandørers særlige ansvar og forpliktelser etter konkurranseloven § 11, er nødvendige for å bidra til en styrket konkurransen i dagligvaremarkedet:

- Forby dominerende leverandører i å opptre med betydelige prisforskjeller, f.eks. mer enn 3 %, så lenge slike prisforskjeller ikke kan begrunnes i konkrete forskjeller i kostnader eller verdi av motytelser.
- Pålegge dominerende leverandører å likebehandle kunder med tanke på tilbudte vilkår, herunder rabattordninger, innkjøpsbetingelser og andre økonomiske ytelser mellom partene som f.eks. kjøp av tjenester.
- Pålegge dominerende leverandører å opptre med transparente vilkår overfor dagligvarekjedene, f.eks. knyttet til konsekvenser av endringer i sortiment eller eksponering, slik at dagligvarekjedene kan ta informerte valg ved beslutning om innkjøp.

## 2. Bakgrunn og historikk - behovet for en veileder om prisdiskriminering

Konkurransetilsynet nevner i høringsbrevet at noe av bakgrunnen for Utkastet er debatten som har versert «*særlig innenfor dagligvaresektoren*». Det er nødvendig å forstå bakgrunnen til denne debatten ved vurderingen av en veileder om prisdiskriminering, og hvorfor behovet for veiledning er stort - «*særlig innenfor dagligvaresektoren*».

Konkurransetilsynet behandlet i 2013 en avtale om et innkjøps- og distribusjonssamarbeid mellom NorgesGruppen og ICA. Det fremgår av saken at en sentral årsak til ICAs negative resultater de seneste årene var at de hadde langt dårligere innkjøpsbetingelser enn konkurrentene. ICA anslo denne ulempen til å være mellom 4-6 %. Forskjellene medførte at ICAs konkurransekraft og fortjeneste var såpass svekket at de valgte å forlate det norske dagligvaremarkedet i 2014.<sup>5</sup>

I 2017 innhentet Nærings- og fiskeridepartementet («NFD») en utredning om etableringshindringene i dagligvaresektoren.<sup>6</sup> Utredningen konkluderte med at forskjeller i innkjøpspriser (stordriftsfordeler i innkjøp) er en sentral etableringshindring i dagligvaremarkedet.

Konkurransetilsynet påpeker i sin høringsuttalelse til utredningen at dagligvarehandelen kjennetegnes av lave netto- og bruttomarginer, at varekostnadene utgjør det vesentligste av butikkens kostnader og at selv mindre ulikheter i innkjøpspriser kunne medføre store konkurransefordeler. Videre fant Konkurransetilsynet det sannsynlig at en ny kjede med en vesentlig lavere markedsandel ville fått betydelig høyere innkjøpskostnader enn konkurrentene. Etter Konkurransetilsynets vurdering ville selv en «*kostnadsulempe på 3-5 prosent kunne utgjøre en vesentlig etableringshindring på bakgrunn av at bransjen har lave nettomarginer og varekostnadene utgjør 70-80 prosent av de totale kostnadene*».

Konkurransetilsynet peker deretter på at konsentrasjonen på leverandørsiden har nær sammenheng med ulikhetene i innkjøpsbetingelser. Konkurransetilsynet uttaler også at leverandørkonsentrasjonen i Norge er spesielt høy, og at i høyt konsentrerte leverandørmarkeder vil de største leverandørene kunne ha betydelig markedsrett.

---

<sup>5</sup> Se for eksempel Aftenposten 16. august 2018, *Tidligere innkjøpsjef i Ica: - Forskjellene i innkjøpsprisene var avgjørende for konkurransen*, <https://www.aftenposten.no/okonomi/i/21A0Ax/tidligere-innkjoepssjef-i-ica-forskjellene-i-innkjoepsprisene-var-avg> (besøkt 25. januar 2022).

<sup>6</sup> Oslo Economics og Oeconomia, *Etableringshindringer i dagligvaresektoren* (2017).

Rapporten fra Oslo Economics utløste en omfattende offentlig debatt. Flere aktører både på kjede- og leverandørleddet etterlyste en tydelig veiledning om når leverandørenes prisforskjeller er i strid med konkurranseloven, mens andre omtalte prisforskjellene som en «myte».<sup>7</sup>

Stortinget vedtok i 2018 et anmodningsvedtak der regjeringen ble bedt om å «*utrede tiltak som vil virke konkurransefremmende [...] herunder forbud mot prisdiskriminering for dominerende leverandører*».<sup>8</sup> Dette førte til at NFD i et supplerende tildelingsbrev instruerte Konkurransetilsynet om å kartlegge forskjellene i kjedenes innkjøpspriser.<sup>9</sup>

Konkurransetilsynets presenterte sin kartlegging for 2017 i november 2019.<sup>10</sup> Rapporten avdekket at de store leverandørene til norske dagligvarekjeder, som til sammen representerte om lag 50 % av totalmarkedet, systematisk gir NorgesGruppen bedre innkjøpsbetingelser. For mange leverandører var forskjellene store, for enkelte over 15 % - uten at noen øvre forskjell i prosent ble presentert. Funnene førte til at Konkurransetilsynet iverksatte etterforskning mot to store dagligvareleverandører og NorgesGruppen.<sup>11</sup> Konkurransetilsynet har i ettertid også gjennomført kartlegging av innkjøpsbetingelser for årene 2018-2020 som viser at de store forskjellene har bestått over tid.<sup>12</sup>

I supplerende tildelingsbrev nr. 1 for 2018 blir Konkurransetilsynet også bedt om å gjøre en vurdering av når prisdiskriminering fra dominerende leverandører vil være i strid med konkurranseloven §§ 10 og 11. I sitt svar til departementet uttaler Konkurransetilsynet at dette best gjøres av eksterne og at departementet selv bør gjennomføre anskaffelsen.<sup>13</sup>

Under behandlingen av dagligvaremeldingen<sup>14</sup> i 2021 fattet Stortinget flere vedtak for blant annet å adressere de store forskjellene som Konkurransetilsynet hadde avdekket. Et enstemmig Storting ba regjeringen om å klargjøre overfor Konkurransetilsynet at veiledende virksomhet måtte styrkes i dagligvaresatsningen.<sup>15</sup> Videre ga Stortinget enstemmig klare føringer for hvordan lovgiver mener konkurranseloven § 11 bokstav c skal tolkes:

*«[T]ilsynet [må] i sitt arbeid legge til grunn at leverandører med en dominerende stilling har et særlig ansvar for å vise at forskjeller i innkjøpsbetingelser er saklig begrunnet og ikke skader konkurransen. Det må legges til grunn at forskjeller i innkjøpspris fra dominerende leverandører, som ikke har en saklig begrunnelse gjennom forskjeller mellom kjedene i produksjons- eller distribusjonskostnader, eller ulik verdi på konkrete motytelser, skader konkurransen mellom kjedene. [...]»<sup>16</sup>*

---

<sup>7</sup> Nettavisen, 8. oktober 2020, *Nye avsløringer om Kiwi og Meny: har gigantisk fordel mot konkurrentene*, <https://www.nettavisen.no/okonomi/nye-avsloringer-om-kiwi-og-meny-har-gigantisk-fordel-mot-konkurrentene/s/12-95-3424029466> (besøkt 25. januar 2022).

<sup>8</sup> Innst. 292 S (2017-2018), jf. Dokument 8:170 S (2017-2018).

<sup>9</sup> Konkurransetilsynet (KT) - supplerende tildelingsbrev nr. 1 for 2018, *Nærings- fiskeridepartementet* (2018). Se også Plan for Konkurransetilsynets oppfølging av supplerende tildelingsbrev nr. 1 for 2018, *Konkurransetilsynet* (2018)

<sup>10</sup> Kartlegging av innkjøpsbetingelser i norsk dagligvaresektor, *Konkurransetilsynet* (2019).

<sup>11</sup> Se kt.no, Konkurransetilsynet: <https://konkurransetilsynet.no/bevissikring-i-dagligvarebransjen-2/> (2019) (besøkt 25. januar 2022).

<sup>12</sup> Kartlegging av innkjøpspriser i norsk dagligvaresektor: undersøkelser av betingelser for 2018 og 2019, *Konkurransetilsynet* (2020). Konkurransetilsynet vil ikke publisere resultat fra kartleggingen i 2020, men har uttalt til E24 30. august 2021: «*Det vi kan si om tallene for 2020 er at det ikke er noen særlig store endringer fra de andre årene vi har kartlagt*». <https://e24.no/naeringsliv/i/47EMMo/konkurransetilsynet-holder-dagligvareteall-hemmelig> (besøkt 25. januar 2022)

<sup>13</sup> Se Konkurransetilsynets brev til Nærings- og fiskeridepartementet, 13. juli 2018, *Plan for Konkurransetilsynets oppfølging av supplerende tildelingsbrev nr. 1 for 2018*, punkt 2.4.3.

<sup>14</sup> Meld. St. 27 (2019-2020) - Daglegvare og konkurranse - kampen om kundane.

<sup>15</sup> Stortingets vedtak 576 (2020-2021)

<sup>16</sup> Vedtak 572 i Innst. 185 S (2020-2021).

I supplerende tildelingsbrev 2021 til Konkurransetilsynet, ble Konkurransetilsynet bedt om å følge opp Stortingets vedtak «*på egned måte, ved bruk av de ulike virkemidlene Konkurransetilsynet har til rådighet*». <sup>17</sup> Det ble særlig vist til blant annet vedtak 572 og 576. Samtidig fant Nærings- og fiskeridepartementet grunn til å presisere at «*[k]onkurranseloven er ikke endret*», noe Konkurransetilsynet synes å legge avgjørende vekt på. <sup>18</sup>

I juni 2021 kunngjorde Konkurransetilsynet at de henla etterforskningsaken om prisdiskriminering. <sup>19</sup> Konkurransetilsynet ga i den forbindelse ingen informasjon om grunnlaget for avslutning av saken. Avslutningen gir derfor ingen veiledning til bransjeaktørene om hvor grensene for prisdiskriminering går eller hva Konkurransetilsynet vektlegger i saker som angår prisdiskriminering.

Etter vel fire år med debatt, utredninger, stortingsbehandling og etterforskning er det derfor et stort behov for en tydelig og konkret veiledning om når prisdiskriminering er ulovlig. Konkurransetilsynets kartlegginger viser at forskjellene består; forskjeller vesentlig større det Konkurransetilsynet tidligere har omtalt å utgjøre betydelige etableringshindringer. Samtidig danner Konkurransetilsynets henleggelse av etterforskning mot to store leverandører, der det formodentlig var avdekket betydelige prisforskjeller, grunnlag for å reise tvil om konkurranselovens forbud mot misbruk er tilstrekkelig for å bøte på de alvorlige konkurranseproblemene som er avdekket. Derfor er det også et sterkt behov for fortsatt å vurdere behovet for ytterligere virkemidler for å bøte på problemet.

### 3. Utkastet til veileder gir ingen konkret veiledning

Kapittel 4 i Konkurransetilsynets utkast til veileder skal ifølge overskriften gi svar på om «*prisdiskriminering [er] ulovlig i henhold til konkurranseloven § 11*». Før en kan komme frem til svar på dette spørsmålet legges det i Utkastet opp til en rettslig analyse gjennom flere trinn. Deretter må det gjøres en kompleks økonomisk analyse av virkningene av eventuelle forskjeller. Utkastet fremstår dermed som en generell utredning av Konkurransetilsynets oppfatning av gjeldende rettslig og økonomisk tilstand snarere enn en veiledning.

Utkastet til veileder bidrar derfor i liten grad til å oppnå det som normalt bør være formålet med en veileder: Å sette aktører i markedet bedre i stand til å foreta en vurdering av om egen atferd eller vilkår tilbudt av forretningspartnere er innenfor loven. Konkurransetilsynet har heller ikke gjennom egen praksis bidratt til å belyse spørsmålet. For eksempel er det ikke gjort kjent for offentligheten hvorfor Konkurransetilsynet valgte å legge bort etterforskningen mot Orkla, Mondelez og Norges-Gruppen knyttet til prisdiskriminering etter halvannet års saksbehandling.

Konkurransetilsynets bidrag til å opplyse aktører i markedet om når prisdiskriminering er ulovlig står dermed i skarp kontrast til Konkurransetilsynets egen veiledning på andre områder. Konkurransetilsynet har f.eks. utarbeidet en veileder om anbudssamarbeid og i den sammenhengen tydeliggjort de sentrale vurderingspunktene på en egen nettside som gir en klar og lett tilgjengelig redegjørelse for de sentrale vurderingstemaene. <sup>20</sup> Utdrag fra nettsiden vises nedenfor:

---

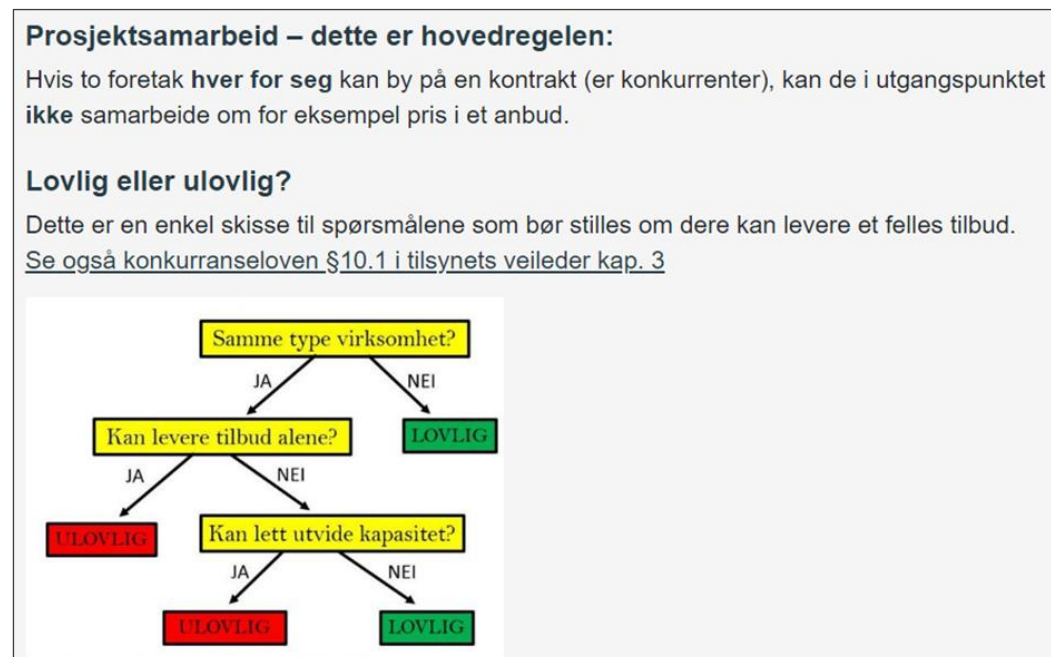
<sup>17</sup> Nærings- og fiskeridepartementets supplerende tildelingsbrev nr. 1/2021 til Konkurransetilsynet, 2. mars 2021.

<sup>18</sup> Jf. Konkurransetilsynets podcast «Konkurransespodden», *Kan veiledning bedre konkurransen?*, 22. mars 2021, der Konkurransetilsynets juridiske direktør på spørsmål om hvordan stortingsbehandlingen vil påvirke Konkurransetilsynets veiledning svarer: «*Vi vil fortsatt veilede i tråd med det som følger av dagens lov. Det gjelder ikke minst når departementet også nå har slått fast at konkurranseloven ikke er endret*». Se også Konkurransetilsynets høringsbrev, der Konkurransetilsynet også viser til «*departementet presiserer at konkurranseloven gjelder*».

<sup>19</sup> <https://konkurransetilsynet.no/avslutter-etterforskningsaken-mot-orkla-mondelez-og-norgesgruppen/> (besøkt 15. desember 2021).

<sup>20</sup> <https://konkurransetilsynet.no/ulovlig-samarbeid/prosjektsamarbeid/> (besøkt 25. januar 2022).

Figur: Utdrag fra veiledning om prosjektsamarbeid på Konkurransetilsynets nettsider



Mangelen på tydelig veiledning står også i kontrast til danske konkurransemyndigheters uttalelser i forbindelse med etterforskningen av Arlas prisforskjeller, som ble avsluttet i 2005. Konkurrencestyrelsen gikk da aktivt ut i pressemelding med en tydelig regel forståelse til markedets aktører:

*«Konkurrencerådet har med saken i dag slået fast, at dominerende leverandører også har en forpliktelse til ikke å diskriminere deres kunder, når rabatter, markedsføringstilskud og kampanjestøtte ses under ét. .... Forskelsbehandling kræver, at der foreligger dokumentation for omkostningsforhold eller lignende, der kan begrunde forskjellene.»<sup>21</sup>*

Danske myndigheters klare budskap - og villighet til å håndheve brudd på reglene - kan dermed også være én av årsakene til at REMA 1000 har lyktes med å vokse kraftig i det danske markedet. Da uttalelsen kom i 2005 var REMA 1000 en liten aktør med en markedsandel på vel 3 %. I 2020 var den estimerte markedsandelen 16 %.<sup>22</sup> I kontrast til dette har en i Norge har sett at både ICA og marked.no har forlatt markedet med henvisning til at det ikke har vært mulig å oppnå konkurransedyktige innkjøpsvilkår.<sup>23</sup>

Konkurransetilsynets manglende villighet til å agere overfor konkurranseskadelig prisdiskriminering reflekteres også i valget av kilder og sitater i Utkastet. I Utkastet punkt 26 gjengis for eksempel en utredning fra OECD om at utgangspunktet bør være at prisdiskriminering har positive virkninger for forbrukerne. Konkurransetilsynet unnlater imidlertid å vise til at OECD i samme rapport har et mer

<sup>21</sup> Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens pressemelding «Arla Foods rabatter og markedsføringstilskud», 30. mars 2005, tilgjengelig her: <https://www.kfst.dk/afgoelser-ruling/konkurrenceomraadet/afgoelser/2005/arla-foods-rabatter-og-markedsforingstilskud/> (besøkt 25. januar 2022).

<sup>22</sup> Kilde: Årsrapporter fra REMA 1000.

<sup>23</sup> Se f.eks. Dagens Næringsliv 16. oktober 2014, der den daværende ICA-sjefen i Norge uttalte «Det er riktig at importvernet var en av grunnene til at vi ikke klarte å få det til i Norge, men neppe hovedårsaken. Vi hadde vesentlig dårligere innkjøpsbetingelser enn hovedkonkurrentene», <https://www.dn.no/i-retten/coop/konkurransetilsynet/ica/-tollsatsene-knakk-ica/1-1-5213452> (besøkt 25. januar 2022) og Dagens Næringsliv 10. januar 2018 der styreleder i Marked.no Ole Vinje uttalte: «For en liten aktør som Marked.no, har det vært tilnærmet umulig å få konkurransedyktige innkjøpsbetingelser. Det gjør det svært krevende å lykkes som ny utfordrer i Norge», <https://www.dn.no/handel/stein-erik-hagen/ole-vinje/runar-hollevik/markedno-gir-opp-og-legger-ned/2-1-248622> (besøkt 25. januar 2022).

nyansert syn i situasjoner der leverandører diskriminerer distributører (i motsetning til diskriminering i rene forbrukermarkeder, f.eks. studentrabatter):

*«56. There are a number of reasons why competition authorities might investigate price discrimination or practices that facilitate it. As suggested in section 2.1.2 there are four broad categories of concern over price discrimination: exploitative, distortionary, exclusionary, and those based on fairness or other policy goals. ...*

*82. When price discrimination occurs upstream, there is an additional risk that the difference in prices causes a distortion in competition amongst downstream input purchasers, and that this damages the competitive process, resulting in higher prices for final consumers.»*

REITAN Retail og Oda mener derfor at en veileder i samme form som utkastet vil gi lite, om noe, bidrag til å redusere problemet med konkurranseskadelig prisdiskriminering i dagligvaremarkedet. Veiledning må være tydelig og lett forståbar for aktørene i markedet.

#### **4. Dominerende leverandørers prisdiskriminering bidrar til å stenge mindre leverandører ute fra markedet**

Forholdet mellom «førstelinje» og «andrelinje» drøftes kort i Utkastet kapittel 2.2. Førstelinje prisdiskriminering er virkningen av en leverandørs bruk av prisforskjeller som på konkurransen mellom leverandøren og dens konkurrenter, mens andrelinje prisdiskriminering er virkningen på konkurransen mellom leverandørens kunder, f.eks. dagligvarekjeder. Kapitlet avsluttes med at «*det primært [vil] fokuseres på andrelinjeprisdiskriminering*». Ut over dette er førstelinjevirkninger ikke drøftet i Utkastet. Dette er en betydelig svakhet, da samspillet mellom virkninger på konkurransen i leverandørmarkedet (førstelinje) og mellom dagligvarekjedene (andrelinje) er viktig for å forstå de store konkurranseutfordringene som følger av leverandørenes prisforskjeller, slik OECD påpeker.

Leverandørpriser i dagligvaremarkedet fastsettes normalt gjennom krevende årlige forhandlinger mellom leverandør og kjede. Momenter leverandørene legger vekt på i sine pristilbud til kjeden er typisk forhold som volumvekst, kjedeandel og vekst i kjedeandel,<sup>24</sup> sortimentsbredde, eksponering og aktiviteter. Leverandøren vil også se hen til hvilke alternativer kjeden har. En kjede som har lettere tilgjengelige alternativer vil typisk kunne presse prisen lavere enn andre kjeder. Den dominerende kjeden vil også ha et motiv til å opprettholde den dominerende leverandørens posisjon i markedet så lenge kjeden oppnår en prisfordel sammenliknet med konkurrerende kjeder.

De store dominerende leverandørene har derfor et interessefelleskap med den dominerende dagligvarekjeden. Gjennom å tilby den største kjeden fordelaktige prisvilkår kan leverandøren opprettholde eller styrke sin posisjon i markedet, og konkurrerende eller alternative leverandører hindres i å vokse hos den største kjeden. Samtidig sikrer den dominerende kjeden seg en konkurransefordel mot mindre kjeder som får høyere innkjøpskostnader og nye kjeder holdes utenfor markedet. Det er derfor like naturlig å behandle leverandørenes prisdiskriminering som lojalitetsrabatter i juridisk forstand.

Kjede og leverandør forhandler normalt årlig. Avtalene vil typisk ikke inneholder konkrete betingelser om eksklusivitet, eneretter eller andre konkrete forpliktelser om favorisering. De repeterende forhandlingene medfører imidlertid at dominerende kjede eller dominerende leverandør kan følge opp forventninger og forutsetninger for den årlige avtalen ved neste reforhandling. En kjede som ikke

---

<sup>24</sup> Leverandørens andel i kjeden sammenliknet med i markedet totalt.



følger opp den dominerende leverandørens forventninger, f.eks. ved ikke å levere kategorivekst vil derfor typisk kunne oppnå svakere vilkår i påfølgende år.

Dominerende leverandører kan også benytte lite transparente vilkår, slik at kjeden ikke kan ta informerte valg i beslutninger om sortiment og eksponering, eller bortfall av betydelige økonomiske ytelser for andre produkter dersom kjeden reduserer en varelinje for å gi større plass til en mindre leverandør.

I sum har derfor de dominerende leverandørene en rekke virkemidler som benyttes for å hindre mindre leverandørene i å vokse i markedet, og benytter disse på en måte som gjennomgående favoriserer den største kjeden. Dette interessefellesskapet forsterker problemstillingene knyttet til leverandørens prisdiskriminering. Det er en betydelig svakhet at Konkurransetilsynet overser dette i Utkastet - og i sin øvrige saksbehandling.

## **5. Konkurransetilsynet innfører krav til virkningsanalyse uten grunnlag i rettspraksis**

I Utkastet kapittel 4.2 og første del av 4.3 gis en redegjørelse for rettspraksis fra EU knyttet til prisdiskriminering, supplert med referanser til utvalgt litteratur. REITAN Retail og Oda har ingen vesentlige innvendinger mot denne gjennomgangen, ut over at den som drøftet over er lite operasjonell, og derfor ikke treffer på hensikten, nemlig å gi en veiledning til aktører i markedet.

Konkurransetilsynets forsøk på å redegjøre for skadehypoteser som kan være relevante ved vurdering av vilkåret «*ugunstigere i konkurransen*» i Utkastet kapittel 4.3.1 til 4.3.3 er imidlertid uten rettslig grunnlag og fremstår som uten relevans for vurderingen av om enkelte handelspartnere stilles ugunstigere i konkurransen. Kapitlene fremstår som et forsøk på et sammendrag av rapporter framlagt av ulike aktører og myndigheter i debatten om prisdiskriminering, der mulige samfunnsøkonomiske virkninger av et forbud eller inngrep mot prisdiskriminering har stått sentralt. Relevansen for vurderingen av om det dominerende foretakets kunder «*stilles ugunstigere i konkurransen*» er lite synlig. Tilsvarende krav til samfunnsøkonomiske analyser av den art som Konkurransetilsynet legger til grunn er heller ikke kjent i andre deler av konkurranseretten.

Slike vurderinger kan kanskje være relevante som en objektiv begrunnelse for atferd som i utgangspunktet utgjør misbruk (jf. avsnitt 20 i Utkastet). Ved å inkorporere vurderingene i selve misbruksvurderingen veltes imidlertid bevisbyrden for de samfunnsøkonomiske virkningene over fra det dominerende foretaket (som har bevisbyrden for en objektiv begrunnelse) til Konkurransetilsynet (som må bevise at det foreligger et misbruk), alternativt det dominerende foretakets kunde i et eventuelt privat søksmål. Momentene kan også være relevante i Konkurransetilsynets prioritering av saker.

Ved å legge til grunn at Konkurransetilsynet (eller en privat saksøker) ikke bare må bevise at det foreligger et tilsynelatende misbruk, men også gjennomføre en fullstendig analyse av de samfunnsøkonomiske virkningene før det kan konkluderes om det foreligger et misbruk, hever Konkurransetilsynet derfor bevisbyrden vesentlig, særlig tatt i betraktning det store antall vurderingsmomenter og alternative økonomiske teorier som Konkurransetilsynet redegjør for i Utkastet. Det står dessuten i kontrast til hva Konkurransetilsynet f.eks. har hevdet i Telenorsaken.

Samtidig unnlater Konkurransetilsynet å drøfte de åpenbare momentene som vil være relevante ved vurderingen av vilkåret «*ugunstigere i konkurransen*». Konkurransetilsynet er inne på slike i avsnitt 51 («*foretakets dominerende stilling, det dominerende foretakets forhandlingsmakt når det gjelder prissettingen, prisvilkårene samt deres varighet og størrelse*») og 54 (forskjeller som har uvesentlig

virkning på konkurransen er ikke relevante). I en veileder kan det imidlertid være naturlig å operasjonalisere disse vurderingsmomentene heller enn å innføre omfattende krav til samfunnsøkonomisk analyse uten rettslig grunnlag. F.eks. vil det være relevant å vurdere følgende:

- Hvor stor andel innkjøpskostnaden utgjør av videresalgsprisen. Konkurransetilsynet viste eksplisitt til betydningen av dette momentet i sin høringsuttalelse til Oslo Economics' rapport, jf. kapittel 2 over, men drøfter det ikke i Utkastet. Dette momentet er også presisert i praksis fra EU-domstolen, uten at Konkurransetilsynet finner grunn til å nevne denne praksisen.
- Om den dominerende leverandørens produkter er en fast eller variabel kostnad for kunden. Som et eksempel kan betydelige forskjeller i innkjøpskostnader på varer for videresalg ha større betydning for konkurranseevnen enn betydelige forskjeller i innkjøpskostnader for inventar i en butikk.
- Tilgjengelige alternativer, grad av dominans og om leverandøren har produkter som kan karakteriseres som «must have».

Konkurransetilsynets krav til en virkningsanalyse har derfor ingen plass i en endelig versjon av veilederen, og bør erstattes av en drøfting av momenter som har en direkte virkning på kundenes evne til å konkurrere i sitt marked. REITAN Retail og Oda ser derfor heller ikke noen grunn til å kommentere de ulike momentene drøftet i Utkastet kapittel 4.3.1 til 4.3.3.

## 6. Supplerende virkemidler må uansett vurderes

Som det fremgår over mener REITAN Retail og Oda at en endelig veileder bare er et lite skritt på veien mot å løse de store konkurranseproblemene de store dagligvareleverandørenes prisdiskriminering medfører. Konkurranseloven § 14 gir hjemmel til å fastsette forskrift som griper inn mot vilkår, avtaler og handlinger «[d]ersom det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene». Det følger av lovens forarbeider at «[b]estemmelsen er ment brukt i markeder der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende».<sup>25</sup>

REITAN Retail og Oda mener derfor det i hjemmel med konkurranseloven § 14 bør vedtas forskrift med sikte på å bedre konkurransen i dagligvaremarkedet, særlig med sikte på å bedre etableringsmulighetene og gi mindre aktører bedre mulighet til å utfordre dominerende aktører, både på leverandørleddet og kjedeleddet. En fordel ved å benytte forskriftshjemmelen er at den gir bedre mulighet for evaluering over tid og tilpasning basert på erfaringsgrunnlag. En forskrift kan også ha tidsavgrenset varighet, f.eks. 3-5 år.

En forskrift bør inneholde følgende bestemmelser

- Forbud mot dominerende leverandørers prisdiskriminering  
Konkurransetilsynets løpende kartlegginger har vist at de store systematiske forskjellene i dagligvaremarkedet vedvarer, til tross for at forskjellene nå er dokumentert, stor oppmerksomhet om problemstillingen, og Konkurransetilsynets nå avsluttede etterforskning. En forskrift bør forby dominerende leverandørers bruk av store prisforskjeller som ikke har en saklig begrunnelse. Forskriften bør ta utgangspunkt i Stortingets enstemmige vedtak 572 (2020-2021).

---

<sup>25</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), s. 228.

- Påbud om likebehandling for dominerende leverandører  
Leverandørens ytelser fremkommer gjennom et stort antall ulike rabatter, bonuser, andre ytelser og kjøp av tjenester og data. Dersom ikke alle kunder gis mulighet til å forhandle om alle slike ytelser kan leverandørene, selv med et forbud mot pris-diskriminering, kan dominerende leverandører likevel forskjellsbehandle leverandører ved å tilby ulike muligheter til å motta andre ytelser. Dominerende leverandører må derfor pålegges å gjøre de samme ordningene tilgjengelig for alle kjeder.
- Påbud om transparente vilkår  
Dominerende leverandører opererer gjerne med vilkår der konsekvenser av kjedens beslutninger om listeføring og eksponering av leverandørens produkter er lite transparente. Kjeden hindres derfor å ta opplyste valg mellom den dominerende leverandøren og konkurrerende, mindre leverandørers produkter. Dette virkemiddelet benyttes aktivt av leverandørene, f.eks. slik at valg om å prioritere produkter ned får overraskende og disproporsjonale utslag på innkjøpsprisene. Slik beskytter leverandørene sin dominerende posisjon og hindrer mindre leverandører å konkurrere effektivt. Dominerende leverandører må derfor pålegges å opptre med transparente vilkår overfor kjedene i forhandlingsituasjoner, slik at kjedene gis mulighet for å ta informerte valg.

---

REITAN Retail og Oda mener på bakgrunn av det ovenstående at det gjenstår mye arbeid for å løse på de store konkurranseproblemene i dagligvaremarkedet. Konkurransetilsynet har så langt i liten grad bidratt til dette, til tross for klare føringer og anmodninger fra departementet og Stortinget. Utkastet til veileder vil også i liten grad bidra til dette i sin nåværende form. Oppsummert mener derfor REITAN Retail og Oda de viktigste tiltakene på kort sikt bør være:

- Endelig veileder må være mer operasjonell i formen. Det er ikke grunnlag for å innføre krav til krevende samfunnsøkonomiske analyser for å fastslå at diskriminering er ulovlig.
- Det må innføres forskrift med hjemmel i konkurranseloven § 14 som forbyr pris-diskriminering uten saklig grunnlag og pålegger dominerende leverandører likebehandling av kundene og å operere med transparente vilkår.

Konkurransetilsynet må også fortsette publisering av sine kartlegginger av prisforskjeller i markedet. Det er viktig at informasjon om leverandørenes praksis og utvikling i denne praksisen er tilgjengelig for aktører i markedet og samfunnet. Gjennom publisering kan en også se hvordan innførte tiltak bidrar til å bedre konkurransen i dagligvaremarkedet.

Med vennlig hilsen

**REITAN Retail**  
Kårstein Eidem Løvaas  
Myndighetskontakt

**Oda Norway**  
Karl Munthe-Kaas  
Konsernsjef