



Mottaker  
Nærings- og fiskeridepartementet  
Postboks 8090 Dep  
0032 OSLO

Deres ref.: 22/7601

Vår ref.: 2022/0545-3

Saksbehandler: Gabriel Støyva  
Saksansvarlig: Beate Milford Berrefjord

Dato: 15.12.2022

## Høringsuttalelse - forslag til forskrift om forbud mot usaklige innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer

### 1 Innledning

Konkurransetilsynet viser til høringsnotat fra Nærings- og fiskeridepartementet (departementet) 25. oktober 2022 med forslag til forskrift om forbud mot usaklige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer. Høringsfristen er 16. desember 2022.

Bakgrunnen for forslaget er en bekymring for at konkurransen i verdikjeden for mat ikke er så god som den kan være. Det vises til at det er fåtall aktører på samtlige ledd i verdikjeden. Overforholdsvist lang tid har kun et begrenset antall nye aktører etablert seg i markedet, og enda færre har lyktes. Det norske dagligvaremarkedet kjennetegnes også av et fravær av internasjonale aktører, høyt prisnivå og mindre utvalg sammenlignet med andre land i Europa. Det legges til grunn at høye etableringshindringer er årsaken til denne markedsstrukturen, og forskjeller i innkjøpspriser er ansett som sentral i så måte.

I høringsnotatet presenterer departementet to alternative forskrifter med hjemmel i konkurranseloven § 14. Det første alternativet nedlegger forbud mot at leverandører med vesentlig markedsrett prisdiskriminerer uten at det kan begrunnes saklig. I det andre alternativet presenteres et forslag til forskrift som forbyr slik usaklig prisdiskriminering dersom det er egnet til å ha negative virkninger på konkurransen.

Konkurranseloven § 14 oppstiller to hovedvilkår for å kunne vedta en forskrift. For det første kan det bare gripes inn mot adferd som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål. For det andre må en forskrift være nødvendig for å fremme konkurransen i markedene. Departementet legger også til grunn at det gjelder et ulovfestet krav til forholdsmessighet i forvaltningen. I praksis innebærer dette at det må gjøres en vurdering av de positive og negative virkningene av en forskrift, og om konkurranseproblemet kan avbøtes gjennom mindre inngripende tiltak.

Departementet fastslår i høringsnotatet at et markedsetterforskningsverktøy kan være bedre egnet til å håndtere utfordringer knyttet til prisdiskriminering i dagligvaremarkedet, sammenlignet med de to forskriftsforslagene. Departementet mener imidlertid at et slikt verktøy ikke vil være et alternativ til en forskrift på kort sikt, fordi innføringen av verktøyet sannsynligvis vil kreve lovendringer.

Konkurransetilsynet har delt sitt høringssvar i 8 deler. Kapittel 2 redegjør overordnet for konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet, mens tilsynet i kapittel 3 redegjør for sin vurdering av om prisdiskriminering begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i dette markedet. Hvorvidt

en forskrift er nødvendig vurderes i kapittel 4, mens de positive og negative virkningene av forskriften analyseres i kapittel 5.

I kapittel 6 kommenterer tilsynet på enkelte øvrige forhold tilknyttet forskriften, mens de EØS-rettslige utfordringene knyttet til forskriftsforslagene fremgår av kapittel 7. Dette kapittelet oppsummerer også tilsynets vurdering av hjemmelsgrunnlaget i konkurranseloven § 14. Avslutningsvis, i kapittel 8, skisseres alternative virkemidler for å styrke konkurransen i det norske dagligvaremarkedet.

I høringsvaret viser Konkurransetilsynet ved en del tilfeller til en rapport ("Dagligvare rapporten") om konkurransesituasjonen i det norske dagligvaremarkedet og tilsynets arbeid i verdikjeden for mat. Rapporten ble publisert i desember 2022, og er lagt ved som Appendiks 1 til høringsuttalelsen.<sup>1</sup>

I høringsnotatet har departementet stilt en rekke spørsmål. Disse spørsmålene er tatt inn i en tabell bakerst i høringsvaret. I tabellen er det lagt inn henvisninger til kapitlene der spørsmålene er besvart.

## 2 Konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet

Departementet beskriver konkurransesituasjonen i det norske dagligvaremarkedet som utfordrende, og viser til at dagligvaremarkedet over lengre tid har vært preget av høye etableringshindringer. Ifølge departementet er de mest sentrale hindringene stordriftsfordeler knyttet til innkjøp, det norske importvernet for landbruksvarer, vertikal integrasjon og begrenset tilgang til attraktive lokaler. Det vises også til at stordriftsfordeler knyttet til innkjøp er den isolert sett største etableringshindringen. Slike stordriftsfordeler kan føre til forskjeller i innkjøpspriser mellom eksisterende aktører og utfordrere som ønsker å etablere seg i markedet.

I tillegg til at relativt store forskjeller i innkjøpspriser kan bidra til økte etableringshindringer, viser departementet til at forskjeller i innkjøpspriser under gitte betingelser kan begrense konkurransen mellom eksisterende kjeder.

Konkurransetilsynet er enig med departementet i at det eksisterer betydelige etableringshindringer i dagligvaremarkedet. I tillegg til momentene departementet nevner i høringsnotatet, er det tilsynets oppfatning at den relativt begrensede etterspørselen en ny aktør vil møte i mange markeder kan være med på å øke barrierene for etablering. Dette har sammenheng med bosetnings- og handelsmønsteret i Norge. Norske forbrukere foretrekker dessuten å handle hyppig, hvilket gir kjedene insentiv til å etablere butikker nær forbrukerne.<sup>2</sup> Dette har resultert i relativt høy butikk tetthet, særlig av mindre butikker og spesielt i større byer.

Ulike etableringshindringer vil imidlertid påvirke sannsynligheten for etablering i ulik grad. Små aktører kan for eksempel redusere sine skalaulempen ved å inngå innkjøps samarbeid med større, etablerte kjeder, slik Bunnpris og Oda har gjort med henholdsvis Norgesgruppen og Rema.

Det er Konkurransetilsynets oppfatning at importvernet kan være en minst like viktig etableringshindring i dagligvaremarkedet som stordriftsfordeler tilknyttet innkjøp. Tilsynet mener det bør utredes nærmere hvordan justeringer i importvernet kan lette etableringsmulighetene for utenlandske kjeder og leverandører. Tilsynet mener slike justeringer kan gjennomføres innenfor rammene av de landbrukspolitiske målsettingene, jf. nærmere beskrivelse i kapittel 8.2 under.

Samtidig eksisterer det også betydelige etableringshindringer i mange leverandørmarkeder. Strukturelle forhold<sup>3</sup> i produksjonen fører til "naturlig" konsentrasjon på leverandørleddet ved at leverandøren er avhengig av å skape stordriftsfordeler for å kunne dekke store faste kostnader ved produksjon og markedsføring.<sup>4</sup> Importvernet og det relativt lave innbyggertallet i Norge bidrar dessuten til konsentrasjon på leverandørleddet.

<sup>1</sup> Rapporten er også tilgjengelig [her](#).

<sup>2</sup> Forbrukerrådet (2013), Dagligvareundersøkelsen, tilgjengelig [her](#).

<sup>3</sup> Strukturelle etableringshindringene er typisk knyttet til markedsforhold eller et resultat av hvordan konkurransen mellom de etablerte aktørene utspiller seg. Dette kan for eksempel være stordriftsfordeler, samdriftsfordeler, vertikal integrasjon eller andre kostnadsfortrinn.

<sup>4</sup> Oslo Economics og Oeconomica (2017), Etableringshindringer i dagligvaresektoren, rapport utarbeidet av på oppdrag fra departementet, s.47

Fordi det eksisterer en rekke etableringshindringer på ulike ledd i verdikjeden bør man se forskjellige barrierer i sammenheng når tiltak for å lette hindringene vurderes. Stortinget har bedt regjeringen om å følge opp ulike forhold knyttet til dagligvaremarkedet,<sup>5</sup> som i noen grad berører etableringshindringene nevnt over. Fire av vedtakene omhandler forskjeller i innkjøpspriser, ett vedtak gjelder negative servitutter, ett gjelder terskel for når dagligvarekjeder skal anses dominerende, ett gjelder hvordan aktører uten stor kapitaltilgang kan få innpass i dagligvarehandelen, og ett gjelder tiltak for å sikre åpenhet innenfor grossist- og distributørleddet.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil det være mest effektivt å følge opp disse vedtakene ved å innføre lovgivning som gir tilsynet hjemmel til å gjennomføre markedsetterforskning. Bakgrunnen for dette er nærmere beskrevet i kapittel 8.1 under.

For øvrig er Konkurransetilsynet også enig med departementet i at forskjeller i innkjøpspriser under gitte betingelser kan begrense konkurransen mellom eksisterende kjeder. Hvorvidt dette er sannsynlig beror, som departementet viser til i høringsnotatet, på en konkret vurdering av markedsforholdene. Tilsynets vurdering av om prisdiskriminering begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i dagligvaremarkedet, fremgår av neste kapittel.

### 3 Virkninger av usaklig prisdiskriminering i dagligvaremarkedet

Innføring av en forskrift som forbyr usaklig prisdiskriminering forutsetter at adferden begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen, jf. kapittel 1 over. Sommeren 2022 publiserte Konkurransetilsynet en generell veileder ("veilederen") som gir informasjon om når prisdiskriminering kan være i strid med konkurranseloven.<sup>6</sup> Selv om veilederen retter seg mot konkurranseloven § 11c, gir den også relevant informasjon for en mer generell vurdering av om virkningene av prisdiskriminering. Forhold som kan være særlig relevante i denne sammenheng er betydningen av motytelser, hvordan prisdiskriminering påvirker markedsaktørens kostnader og profitt, samt virkninger på kort og lang sikt.

På lik linje med veilederen skiller departementet i høringsnotatet mellom konkurransebegrensende virkninger på kort og lang sikt, og viser til at det i denne sammenheng vil være sentralt å følge med på innkjøpspriskjeller og hvorvidt disse endrer seg over tid. Forskjeller i innkjøpsprisene beskrives derfor i kapittel 3.1, mens tilsynets vurderinger av om prisdiskriminering begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i dagligvaremarkedet fremgår av kapittel 3.2 og 3.3.

#### 3.1 Saklige og usaklige priskjeller

Forskjellene i innkjøpsprisene har opphav i årsaker som kan kategoriseres som henholdsvis saklige og usaklige. Forbudet i forskriften gjelder kun usaklige forskjeller. I vurderingen av hvilke virkninger de usaklige innkjøpspriskjellene har, er det derfor viktig å fastslå hvor store de usaklige priskjellene er.

Et hovedfunn fra kartleggingen av innkjøpspriser er at Norgesgruppen oppnår lavere innkjøpspriser enn Coop og Rema. Priskjellene er størst når prisene måles i netto nettopriser.<sup>7</sup> Tilsynets beregninger av innkjøpspriskjeller for 2017 viste at forskjellene for enkelte leverandører var over 15 prosent. Når prisene måles i netto nettopriser, er de samlede forskjellene for hele utvalget av leverandører imidlertid betydelig lavere enn 15 prosent, og i gjennomsnitt noe mindre i 2021 sammenlignet med 2017.

Motytelser er en saklig grunn til priskjeller. Eksempler på slike kostnader kan være markedsføring av leverandørens produkter og plassering i butikk, som leverandørene kompenserer med rabatter. Innkjøpspriskjellene mellom kjedene er ofte vesentlig lavere når forskjeller i motytelser trekkes fra.<sup>8</sup> Konkurransetilsynet har også beregnet en motytelsesbasert pris der de rabattkategoriene som tydeligst fremstår som betaling for konkrete motytelser, holdes utenfor. I perioden 2017-2021 er

<sup>5</sup> Meld. St. 4 (2022-2023), Anmodnings- og utredningsvedtak i dagligvaremarkedet sendt til regjering 31. mai 2022, s. 167-170, tilgjengelig [her](#).

<sup>6</sup> Veilederen er tilgjengelig [her](#).

<sup>7</sup> Når samtlige rabatter og bonuser er trukket fra listeprisen, står den såkalte "netto nettoprisen" tilbake.

<sup>8</sup> Jf. Dagligvarerapporten kapittel 6.1, tilgjengelig [her](#).

forskjellene med dette målet 10-40 lavere enn ved beregning av netto nettopriser. Beregningene kan undervurdere de reelle motytelsene, fordi det i en slik beregning er utfordrende å fange opp alle rabatttyper som inneholder motytelser. Når motytelser og andre saklige prisforskjeller er trukket ut, vil den gjenværende, usaklige prisforskjellen derfor ofte være forholdsvis liten.

Andre årsaker til at innkjøpsprisforskjeller ikke nødvendigvis vil begrense eller være egnet til å begrense konkurransen er nærmere beskrevet i kapittel 3.2 og 3.3.

### 3.2 Kortsiktige virkninger

I høringsnotatet viser departementet til to sentrale forutsetninger for at prisdiskriminering kan ha en negativ effekt på konkurransen på kort sikt. For det første må detaljister ha mulighet til å bygge opp sin egen alternative forsyningskilde – et utsidealternativ. Dette kan for eksempel skje gjennom vertikal integrasjon til produsentleddet ved at detaljisten starter produksjon av EMV. På denne måten kan detaljistene skaffe seg et substitutt til leverandørens vare, noe som vil kunne bidra til å øke detaljistenes forhandlingsmakt.

For det andre må det både være stordriftsfordeler knyttet til å benytte en alternativ forsyningskilde, og aktuelt bare eller hovedsakelig for den største detaljisten å flytte innkjøpene til utsidealternativet. For å forhindre den store detaljisten fra å velge utsidealternativet, må leverandøren gi et tilbud som er minst like lønnsomt som detaljistens utsidealternativ. Leverandøren tilbyr så lav pris til den store detaljisten, og en så høy pris til de mindre detaljistene, at det ikke er rasjonelt for den store detaljisten å ta den faste kostnaden forbundet med å etablere egenproduksjon. I slike situasjoner predikerer økonomisk teori at alle detaljister får en lavere innkjøpspris dersom det innføres et forbud mot prisdiskriminering.

Departementet gjengir vurderingene til en arbeidsgruppe ("arbeidsgruppen"<sup>9</sup>) oppnevnt i 2019, som gikk langt i å konkludere med at forutsetningen om bindende utsidealternativ ikke er en passende beskrivelse av det norske dagligvaremarkedet. For det første kan alternativet til å kjøpe varer fra en dominerende leverandør være å kjøpe fra andre leverandører, i stedet for å opprette egen produksjon. I slike tilfeller vil de faste kostnadene være lavere, og fordelene med å kunne spre kostnader på flere kunder vil følgelig være mindre. For det andre er utsidealternativ allerede delvis realisert for Norgesgruppen, Rema og Coop som alle produserer, markedsfører og selger EMV. For det tredje vurderer utvalget at alle de tre største dagligvarekjedene er relativt store, noe som kan indikere at alle har stordriftsfordeler ved introduksjon av utsidealternativer.

Konkurransetilsynet er enig i departementets gjengivelse av de økonomiske prinsippene som ligger til grunn for vurderingen av om prisdiskriminering er konkurranseskadelig på kort sikt. Som den nevnte arbeidsgruppen viser til, er det avgjørende spørsmålet for virkningene av prisdiskriminering om utsidealternativet binder.<sup>10</sup> At utsidealternativet binder innebærer at leverandørens pris bestemmes av kjedens utsidealternativ. Hvis bindende utsidealternativ derimot i begrenset grad har betydning for prisdannelsen, mener arbeidsgruppen at dette vil svekke argumentet for forbud mot prisdiskriminering.

Generelt vil ikke utsidealternativet binde dersom kjeden er i stand til å oppnå de samme innkjøpsbetingelsene uavhengig av muligheten til å benytte dette alternativet.<sup>11</sup> Utsidealternativet kan likevel ha betydning for forhandlingsresultatet, uten å binde. I en utredning fra 2019 vises det til en situasjon der kjedens utsidealternativ fungerer som en forsikring mot brudd i forhandlingene, som gjør at kjeden våger å presse forhandlingene lenger.<sup>12</sup> I denne situasjonen vil ikke utsidealternativet binde, uavhengig av utsidealternativets verdi.

Arbeidsgruppens vurderinger av forholdene i det norske dagligvaremarkedet som er gjengitt i høringsnotatet, stemmer godt overens med funn fra Konkurransetilsynets kartlegging av årsaker til forskjeller i innkjøpspriser.<sup>13</sup> Kartleggingen avdekket ikke forhold som skulle tilsi at ulik tilgang til

<sup>9</sup> Regjeringsoppnevnt arbeidsgruppe bestående av professorene Tommy Staahl Gabrielsen (Universitetet i Bergen), Espen R. Moen (Handelshøyskolen BI) og Tore Nilssen (Universitetet i Oslo). Arbeidsgruppen leverte rapporten "Utredning om prisdiskriminering i dagligvarebransjen" i 2020.

<sup>10</sup> Gabrielsen, Moen og Nilssen (2020), Utredning om prisdiskriminering i dagligvarebransjen.

<sup>11</sup> Johansen og Straume (2019), Effektene av diskriminerende innkjøpspriser i det norske grossistmarkedet for dagligvarer.

<sup>12</sup> Johansen og Straume (2019), Svar på kommentarer fra Foros og Kind.

<sup>13</sup> Jf. Dagligvare rapporten kapittel 6.2, tilgjengelig [her](#).

alternativer bidrar vesentlig til forskjeller i innkjøpspriser. Flere aktører pekte på at investeringer i EMV er forbundet med usikkerhet og krever forholdsvis lang tidshorisont, hvilket tyder på at utsidealternativet har mindre betydning for innkjøpsprisene på kort sikt. Kartleggingen indikerer at alternative varer som allerede finnes i kjedens hyller (innsidealternativ), har større betydning i forhandlingene. Det har ikke kommet frem i tilsynets undersøkelser at utsidealternativene er bindende.

Utover betydningen av konkurrerende alternativer som diskutert over, indikerer kartleggingen at ulikheter i dagligvarekjedenes størrelse, samarbeidsevne, evne til å levere motytelser, forhandlingsstyrke og egenskaper ved selve forhandlingssystemet, er de viktigste årsakene til forskjeller i innkjøpspriser. Funnene er mer inngående beskrevet i Dagligvare rapporten.

Arbeidsgruppen finner det tvilsomt at utsidealternativene er bindende i særlig utstrekning. Konkurransetilsynets funn i kartleggingen av årsaker til forskjeller i innkjøpspriser underbygger arbeidsgruppens konklusjon. Samlet vurderer Konkurransetilsynet at utsidealternativene har begrenset betydning for forskjellene i innkjøpsprisene, og uansett ikke generelt er bindende i forhandlingene. Prisdiskriminering vil derfor neppe eller svært sjelden være skadelig på kort sikt.

For øvrig kan prisdiskriminering ha flere positive virkninger på kort sikt, jf. kapittel 5 om virkninger av forskriften.

### 3.3 Langsiktige virkninger

I høringsnotatet vises det til at prisdiskriminering under visse betingelser og særlig på lengre sikt kan begrense konkurransen i dagligvaremarkedet, og dermed være uheldig for forbrukerne.

Departementet legger til grunn at prisdiskriminering kan begrense konkurransen på lengre sikt på to ulike måter. For det første kan prisdiskriminering påvirke det absolutte nivået på innkjøpsprisen til en liten aktør. Dette vil kunne gå direkte utover lønnsomheten til slike aktører, og føre til svakere insentiver til å investere i nye produkter, kostnadsreducerende tiltak eller nye forsyningskilder.

For det andre kan prisdiskriminering over tid føre til at dagligvarekjeder med gode betingelser vokser seg større på bekostning av mindre kjeder. Dette kan føre til en selvforsterkende effekt, som innebærer at mindre aktører stadig får dårligere relative innkjøpsbetingelser, noe som vil kunne begrense slike aktørers muligheter til å konkurrere.<sup>14</sup>

Departementet viser videre til at vurderingen av om det oppstår en konkurransebegrensning vil bero på en konkret vurdering av markedsforholdene.

Konkurransetilsynet slutter seg til departementets vurderinger av mulige virkninger av usaklig prisdiskriminering på lang sikt. De samme virkningene er også trukket fram i Konkurransetilsynets veileder om prisdiskriminering.<sup>15</sup>

Konkurransetilsynet viser videre til veilederen om prisdiskriminering, hvor det fremgår at konkurransebegrensende virkninger på lang sikt vil være påvirket av muligheten for mottrekk fra aktører med en konkurranseulemppe som følge av prisdiskriminering. Dersom slike mottrekk er gjennomførbare, vil de helt eller delvis kunne motvirke kostnadsulempen forbundet med høyere innkjøpspriser.

Dagligvare rapporten redegjør nærmere for tilsynets kartlegging av årsaker til prisdiskriminering i dagligvaremarkedet. Aktørene som deltok i kartleggingen, trakk blant annet fram ulikheter mellom dagligvarekjedene i evne til å levere motytelser, samarbeidsevne, satsing på konkurrerende alternativer og forhandlingsstrategier, som viktige årsaker til prisforskjellene.<sup>16</sup> Kartleggingen indikerer at Norgesgruppen kan ha fortrinn innenfor disse årsakskategoriene. Konkurransetilsynet vil bemerke at de nevnte ulikhetene er konsekvenser av dagligvarekjedenes strategiske og forretningsmessige valg. Slike valg kan omgjøres og vil kunne bidra til likere innkjøpsbetingelser, dersom kjedene selv finner det hensiktsmessig.

<sup>14</sup> Jf. høringsnotatet 5.2.2.2.

<sup>15</sup> Veilederen er tilgjengelig [her](#).

<sup>16</sup> Jf. Dagligvare rapporten kapittel 6.2, tilgjengelig [her](#).

Et eksempel kan være ulikheter i dagligvarekjedenes strategier for å sette konkurrerende leverandører opp mot hverandre. Dersom en kjede lykkes godt med dette, kan det ha stor betydning for forhandlingsutfallet og være en viktig årsak til prisforskjeller mellom kjedene. Departementet åpner for å anerkjenne slike forskjeller som saklige gjennom en "møte konkurransen"-bestemmelse. Bestemmelsen åpner for at leverandører med markedsrett kan prise lavere til enkeltkunder for å møte konkurransen fra leverandører uten markedsrett.<sup>17</sup> Denne muligheten er viktig for konkurransen i leverandørmarkedene og for å ivareta leverandørenes kommersielle interesser.

I vurderingen av langsiktige virkninger er det videre viktig å ta i betraktning dagligvarekjedenes samlede lønnsomhet. For å vurdere margin på varesalg trengs informasjon om innkjøpspriser og sluttbrukerpriser. Konkurransetilsynets kartlegging dekker kun innkjøpspriser. I 2021 dekket kartleggingen om lag 30 prosent av dagligvarekjedenes samlede varekjøp. Leverandørene i utvalget representerer sterke merkevareleverandører, som kan ha vesentlig markedsrett. 70 prosent av dagligvarekjedenes innkjøp var ikke dekket. Disse innkjøpene kan være fra leverandører med mindre sterke merkevarer, og EMV, der forskjellene i varekostnad kan være lavere. For dagligvarekjedenes samlede varesortiment kan derfor de usaklige prisforskjellene være lavere enn for varene som inngår i Konkurransetilsynets kartlegging.

Som nevnt vurderer departementet at prisdiskriminering over tid kan føre til at dagligvarekjeder med gode betingelser vokser seg større på bekostning av mindre kjeder, og at dette kan gi en selvforsterkende effekt. I Konkurransetilsynets kartlegging av årsaker til forskjeller i innkjøpspriser ga flere leverandører uttrykk for at Norgesgruppen gjennom sitt innkjøpsvolum er en spesielt viktig kunde, men poengterte samtidig at også Coop og Rema er store og viktige kunder. Som det fremgår over, indikerte kartleggingen at også andre egenskaper enn størrelse er viktige. Normalt vil derfor størrelse ha betydning for innkjøpsprisene i samspill med andre egenskaper. Etter Konkurransetilsynets vurdering er det derfor ikke en entydig sammenheng mellom størrelse og relative innkjøpsbetingelser.

Konkurransetilsynet er enig med departementet i at innkjøpsprisforskjeller i noen tilfeller kan være egnet til å begrense konkurransen på lang sikt. Tilsynet har imidlertid gjennom sitt arbeid med kartlegging av årsaker til innkjøpsprisforskjeller foreløpig ikke identifisert spesifikke forhold som tilsier at prisdiskriminering begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen. Samtidig viser tilsynets kartlegging at innkjøpsprisforskjellene er redusert, og dagligvarekjeder med kostnadsulempen vil som nevnt over ha incentiver til å innføre tiltak som bidrar til å redusere innkjøpsprisforskjellene. I tillegg vurderer tilsynet at innkjøpsprisforskjellene ofte vil være relativt små når det justeres for saklige prisforskjeller.

Konkurransetilsynet vil fortsette å overvåke situasjonen i markedet. I den forbindelse er det også relevant å se hen til at prisdiskriminering også kan ha positive virkninger på lang sikt, jf. kapittel 5.2 om virkninger av forskriften.

#### **4 Vurdering av om det er behov for ny lovgivning**

I høringsnotatet viser departementet til at det ikke vil være nødvendig å innføre ny lovgivning dersom konkurranseproblemene lar seg løse på en rimelig måte ved å anvende de eksisterende forbudsbestemmelsene i konkurranseloven (§ 10 eller § 11). Slik Konkurransetilsynet forstår høringsnotatet er det en rekke årsaker til at de eksisterende forbudsbestemmelsene ikke er tilstrekkelig for å forhindre eventuell konkurranseskadelig prisdiskriminering. I denne sammenheng viser departementet til utfordringer knyttet til 1) å påvise at leverandører innehar en dominerende stilling, 2) informasjonssymmetri og bevissituasjon, 3) å sammenligne innkjøpsvilkår, samt 4) å anvende §§ 10 og 11 overfor en rekke leverandører samtidig der de aggregerte virkningene av prisdiskriminering må vurderes under ett.

Konkurransetilsynet er enig med departementet i at det kan være utfordrende å anvende de eksisterende forbudsbestemmelsene for å forhindre konkurranseskadelig prisdiskriminering i dagligvaremarkedet. Hovedårsaken til dette er at vurderingen av konkurranseskade under den mest aktuelle bestemmelsen, § 11c, vil rette seg mot leverandører som hver for seg utgjør en relativt liten

---

<sup>17</sup> Jf. høringsnotatet kapittel 8.3.5.

andel av den totale omsetningen til en dagligvarekjede. Dette innebærer at prisdiskriminering fra en enkeltleverandør ofte vil ha en relativt liten effekt på de totale kostnadene til kjeden, noe som innebærer at det kan være krevende å underbygge at konkurransen begrenses i dagligvaremarkedet med utgangspunkt i prisdiskriminering fra enkeltleverandører.<sup>18</sup>

Konkurransetilsynet er imidlertid av den oppfatning at den mest effektive tilnærmingen for å håndtere eventuelle konkurransebegrensende virkninger av prisdiskriminering er å innføre et markedsetterforskningsverktøy, jf. kapittel 8 under.

I høringsnotatet viser departementet også til at prisdiskriminering kan ha utestengende virkninger i leverandørmarkedene. Slik adferd kan ha samme virkninger som koblingssalg, eksklusivitetsrabatter og lojalitetsskapende rabatter, som innebærer at dagligvarekjedene ikke, eller bare i liten grad, får insentiver til å velge konkurrerende leverandører. Departementet slår i høringsnotatet fast at slik adferd kan utgjøre misbruk av dominerende stilling, uten å vurdere nærmere om det er behov for ny lovgivning for å effektivt kunne gripe inn mot prisdiskriminering som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen på leverandørleddet.

Konkurransetilsynet er enig med departementet i at leverandører med markedsmakt kan ha insentiver til å forskjellsbehandle sine kunder gjennom rabatter og/eller avtale andre kontraktsvilkår som kan virke utestengende for mindre konkurrerende leverandører. Svekket konkurranse på leverandørleddet vil kunne ha negative konsekvenser for sluttbrukerne gjennom høyere priser, dårligere utvalg og redusert kvalitet på varene i dagligvarebutikkene.

Som det fremgår over, er hovedårsaken til at det kan være nødvendig med ny lovgivning for å håndtere potensielle konkurranseskadelige virkninger i dagligvaremarkedet, at det er utfordrende å vurdere den aggregerte virkningen av prisdiskriminering. Denne problemstillingen vil ikke gjøre seg gjeldende i samme grad ved vurderingen av om prisdiskriminering har konkurransebegrensende virkninger i ett eller flere leverandørmarkeder. Tilsynet har heller ikke identifisert øvrige forhold som tilsier at ny lovgivning er nødvendig for å håndtere utfordringer på leverandørleddet.

Konkurransetilsynets vurdering er derfor at dagens forbudsbestemmelser sannsynligvis er tilstrekkelig for å håndtere eventuelle konkurransebegrensende virkninger av prisdiskriminering på leverandørleddet.

## **5 Vurdering av om fordelene ved å innføre forskrift overstiger ulempene**

### **5.1 Innledning**

Som nevnt i kapittel 1 oppstiller konkurranseloven § 14 to hovedvilkår for å kunne vedta en forskrift. For det første kan det bare gripes inn mot adferd som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål. For det andre må en forskrift være nødvendig for å fremme konkurransen i markedene. I høringsnotatet påpeker departementet også at det må vurderes om en forskrift vil være forholdsmessig. Kravet kan utledes fra nødvendighetskravet eller fra et ulovfestet krav til forholdsmessighet i forvaltningen, og innebærer at fordelene ved å vedta forskriften må overstige ulempene, og at forskriften ikke må gå lenger enn nødvendig.

Konkurransetilsynet vil i det følgende vurdere forholdsmessigheten av departementets to alternative forskriftsforslag. Konkurransetilsynet tolker de to alternativene slik:

- Med alternativ 1 gjelder forskriftens forbud mot usaklige innkjøpsprisforskjeller, uavhengig av om forskjellene begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen.
- Med alternativ 2 gjelder forskriftens forbud dersom forskjellene begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen.

Konkurransetilsynet vurderer fordeler og ulemper ved alternativ 1 og alternativ 2 i henholdsvis kapittel 5.2 og 5.3. I kapittel 5.4 vurderes etterlevels- og håndhevingskostnader av forskriften.

---

<sup>18</sup> For en mer utfyllende forklaring, se Konkurransetilsynets brev til NFD 19. mai 2022.

## 5.2 Vurdering av alternativ 1

I høringsnotatet kapittel 5.3.5 viser departementet til at et forbud mot usaklig prisdiskriminering er et omfattende inngrep i avtalefriheten som vil kunne føre til økte kostnader for aktørene som rammes. Regulering kan ha utilsiktede konsekvenser, og kan blant annet dempe dagligvarekjedenes insentiver til å presse leverandører på pris. Leverandørene vil få svakere insentiver til å gi rabatter, fordi forbudet tilsier at de må gi den samme rabatten til alle sine kunder. Et generelt forbud mot usaklig prisdiskriminering innebærer også risiko for at prisdiskriminering som ikke begrenser konkurransen, eller som er positiv for konkurransen, også rammes. Forbudet innebærer også en risiko for at lite effektive aktører beskyttes. Departementet skriver at dette vil kunne føre til økte priser for forbrukerne, og at et forbud som innebærer at bedriftene tilpasser seg markedet mindre effektivt, også vil kunne få negative konsekvenser for den samlede verdiskapningen i norsk økonomi.

Departementet skriver videre at dagligvaremarkedet er preget av få aktører og høye etableringshindringer, noe som må forventes å påvirke kjedenes insentiver til å konkurrere på pris. Departementet mener det ikke kan utelukkes at prisdiskriminering, særlig på lang sikt, kan begrense konkurransen i dagligvaremarkedet, og at det derfor kan tenkes at en forskrift som gjør det enklere å gripe inn mot konkurranseskadelig prisdiskriminering kan bidra til styrket konkurranse, til fordel for forbrukerne.

Ifølge departementet vil virkningene av en forskrift kunne ha ulike effekter på etableringshindringene i markedet. Mens utjevning av innkjøpskostnader vil kunne gjøre det lettere å etablere seg, vil det også være slik at det generelle prisnivået i leverandørmarkedet kan stige. Sistnevnte effekt tilsier at forbudet kan virke mot sin hensikt når det gjelder tilrettelegging for nyetablering, fordi etablering ikke vil være like lønnsomt som før.

Dersom en forskrift fører til reduserte etableringshindringer, kan det på sikt bidra til økt konkurranse i dagligvaremarkedet. Samtidig peker departementet på at etableringshindringer i dagligvaremarkedet fortsatt kan føre til at aktører i praksis ikke etablerer seg, selv om forskriften om prisdiskriminering senker etableringshindringene noe. Man kan derfor risikere at forskriften fører til at prisene til forbrukerne øker på kort sikt, uten at den på lengre sikt fører til nyetablering som styrker konkurransen i markedet. Departementet mener imidlertid at forslaget må sees i sammenheng med departementets forslag til forskrift om forbud mot negative servitutter og eksklusive leieavtaler i dagligvaremarkedet, og øvrige grep i dagligvaremarkedet fordi departementet mener at dette vil senke de samlede etableringshindringene.

Departementet peker også på at forbudet kan føre til økt satsing på EMV for aktører som ikke lenger vil få en fordel av ulike innkjøpsbetingelser, mens det kan bli mindre attraktivt å satse på EMV for aktører som nå får samme innkjøpsbetingelser som sine konkurrenter.

Etter departementets syn er det både fordeler og ulemper med å innføre en forskrift som regulerer prisdiskriminering i dagligvaremarkedet, og det er krevende å fastslå hvilke effekter som er sterkest. Departementet ber om høringsinstansenes innspill til dette.

Konkurransetilsynet er enig med departementet i at dagligvarekjedenes insentiver til å forhandle frem lave innkjøpspriser vil svekkes dersom forskriftsalternativ 1 innføres. Det samme gjelder leverandørenes insentiver til å gi lavere rabatter. Dette vil føre til at de gjennomsnittlige innkjøpsprisene øker. Som det fremgår av kapittel 3.2, er det tilsynets oppfatning at prisdiskriminering ikke begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen på kort sikt. For denne tidshorisonten vil forskriften følgelig ikke eliminere konkurransebegrensede prisdiskriminering. Virkningen av å innføre en forskrift på kort sikt er derfor entydig: innkjøpsprisene vil gå opp, noe som sannsynligvis også vil føre til at prisene til forbrukerne øker.

Usaklige innkjøpsprisforskjeller som elimineres ved innføring av en forskrift vil ofte være små sammenlignet med virkningen av de begrensende insentivene til å forhandle frem lavere priser og innrømme rabatter. Et forbud i form av alternativ 1 kan derfor både på kort og lang sikt føre til at innkjøpsprisene blir høyere enn høyeste innkjøpspris uten forbud, noe som innebærer at også sluttbrukerprisene øker.

På lengre sikt kan det som nevnt over ikke utelukkes at prisdiskriminering også har konkurransebegrensende virkninger. Som departementet skriver i høringsnotatet, kan utjevning av



innkjøpskostnader gjøre det lettere å etablere seg. Konkurransetilsynet vil i det følgende omtale denne effekten som "utjevningseffekten". Hvis innkjøpsprisene øker med forbud, vil dette redusere profittmuligheten i markedet. Med lavere innkjøpspris er det motsatt. I fortsettelsen omtales denne effekten som "prisnivåeffekten".

Konkurransetilsynet er av den oppfatning at prisnivåeffekten av et eventuelt forbud mot prisdiskriminering vil være at innkjøpsprisene øker. Sett i sammenheng med utjevningseffekten, vil det være to effekter som drar i motsatt retning. Den samlede effekten er usikker, og det kan følgelig ikke utelukkes at insentivene til etablering vil styrkes med en forskrift i form av alternativ 1.

Det er imidlertid ikke en entydig sammenheng mellom insentivene til nyetablering og et bedre tilbud til forbrukerne. Sluttbrukerprisene kan forbli uendret eller øke dersom forskriften gir økte innkjøpspriser, selv om den nevnte utjevningseffekten skulle bidra til nyetablering.<sup>19</sup> Som departementet er inne på, er det også andre betydelige etableringshindringer i markedet, og det er uklart om eventuelle reduserte etableringshindringer som følge av forskriften faktisk vil føre til nyetablering.

Konkurransetilsynet støtter også departementets vurdering av at lite effektive aktører kan beskyttes med en innføring av en forskrift. Forskriften kan svekke insentiver til å foreta vekstfremmende investeringer, fordi noe av gevinsten ved å vokse forsvinner når kjøpermakt som kan oppnås gjennom størrelse, nøytraliseres. Dersom det ikke er rom for harde forhandlinger med gode utsikter til å posisjonere seg i konkurransen, vil et mulig resultat av forskriften være at det blir mindre attraktivt å utvikle seg og å konkurrere på pris. Dette kan på sikt gi et smalere tilbud, både når det gjelder vareutvalg og tilgjengelighet, samt høyere priser. Som påpekt i kapittel 3.3 har tilsynets kartlegging av årsaker til forskjeller i innkjøpspriser avdekket noen responsmuligheter for aktørene i markedet, som kan bidra til lavere innkjøpsprisforskjeller. Forskriften kan svekke insentivene til å gjennomføre slike effektivitetsfremmende tiltak.

Konkurransetilsynet deler departementets vurdering av at forbudet kan føre til økt satsing på EMV for aktører som ikke lenger vil få en fordel av ulike innkjøpsbetingelser, mens det kan bli mindre attraktivt å satse på EMV for aktører som får likere innkjøpsbetingelser som sine konkurrenter. Dersom det blir utviklet færre konkurransedyktige alternativer til de store merkevarene, kan det bidra til å svekke produktmangfoldet og opprettholde markedsmakten til de store merkevareleverandørene.

Konkurransetilsynets samlede vurdering er at forskriftsalternativ 1 ikke bør innføres fordi ulempene ved forskriften overstiger fordelene. På kort sikt vil innføringen av en slik forskrift sannsynligvis føre til at innkjøpsprisene går opp. På lengre sikt er virkningen av forskriften mer usikker. Dersom innkjøpsprisforskjellene over tid reduseres som en konsekvens av forskriften, vil dette kunne føre til at etableringsinsentivene styrkes. En rekke andre etableringshindringer vil imidlertid gjøre faktisk etablering utfordrende. I tillegg kan sluttbrukerprisene forbli uendret eller øke, selv ved en eventuell nyetablering. En forskrift vil også ha uheldige langsiktige insentivvirkninger for dagligvarekjedene, og vil i tillegg medføre betydelige økonomiske og administrative kostnader, jf. kapittel 5.4.

### 5.3 Vurdering av alternativ 2

En innføring av departementets forskriftsalternativ 2 vil innebære at forbudsbestemmelsen i forskriften kommer til anvendelse dersom de usaklige innkjøpsprisforskjellene begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen, jf. høringsnotatet kapittel 8.6.

Som beskrevet i kapittel 5.2 over er det en rekke momenter som vil påvirke hvorvidt en konkurransebegrensning oppstår. Ved innføring av forskriftsalternativ 2 vil Konkurransetilsynet i større grad kunne være i stand til å foreta konkrete vurderinger av disse forholdene, og det er derfor mindre sannsynlig at ulempene ved å innføre en forskrift vil oppstå i tilsvarende grad som for alternativ 1.

---

<sup>19</sup> Johansen og Straume (2019), Effektene av diskriminerende innkjøpspriser i det norske grossistmarkedet for dagligvarer, side 34-36.

Konkurransetilsynet er imidlertid av den oppfatning at dersom forbudsbestemmelsen i alternativ 2 ikke kommer til anvendelse, kan forskriften likevel ha negative virkninger.

Departementet skriver i høringsnotatet kapittel 8.6 at en klar utfordring med en utvidet, aggregert virkningsvurdering er at en leverandør ikke vet hvilke innkjøpsbetingelser andre leverandører opererer med. Det vil dermed være utfordrende å vurdere om egne innkjøpsbetingelser, sett i sammenheng med andre innkjøpsbetingelser i markedet, er egnet til å begrense konkurransen og dermed er ulovlige. Dette vil igjen kunne føre til at leverandører ikke vil ta risikoen på å gi enkeltaktører lavere priser enn andre, av frykt for at det kan være i strid med forskriften. Departementet viser til at en slik utvidet virkningsvurdering dermed kan påvirke leverandørene på samme måte som om et forbud gjelder.

Departementet vurderer at en løsning på dette problemet kan være at en overtredelse ikke sanksjoneres med overtredelsesgebyr, men i stedet at Konkurransetilsynet kan treffe vedtak om at adferden bringes til opphør. Departementet skriver at dersom overtredelsesgebyr først kan bli aktuelt etter at tilsynet har truffet et vedtak om å bringe en bestemt adferd til opphør, vil risikoen for å trå feil trolig påvirke insentivene i mindre grad. Departementet viser til at et vedtak av tilsynet også vil kunne påklages og overprøves, slik at leverandørens grunnleggende rettsikkerhetsgarantier ivaretas.

Konkurransetilsynet er enig i departementets vurdering av at alternativ 2 kan avskrekke leverandører fra å gi rabatter av frykt for å opptre i strid med forskriften. Dette har sammenheng med at leverandøren ikke vet hvilke innkjøpsbetingelser andre leverandører opererer med, og at det dermed vil være krevende for leverandøren å vurdere virkningen av egne innkjøpsbetingelser. Lavere rabatter vil gi høyere innkjøpspriser. Tilsynet er videre enig i at sanksjonering uten overtredelsesgebyr til en viss grad vil kunne redusere dette problemet, og at en slik form for sanksjonering vil være hensiktsmessig dersom forskriften innføres.

Oppsummert vurderer Konkurransetilsynet at alternativ 2 har kostnader uavhengig av om forbudsbestemmelsen kommer til anvendelse eller ikke. Det er en viss fare for at forskriften fører til økte innkjøpspriser. Forskriften har også betydelige økonomiske og administrative konsekvenser, jf. neste kapittel. Selv om kostandene vil være lavere enn ved alternativ 1, vil innføringen av et markedsetterforskningsverktøy fortsatt være bedre egnet til å adressere konkurranseproblemene, jf. kapittel 8.18 under.

## **5.4 Økonomiske og administrative konsekvenser**

### **5.4.1 Samfunnsøkonomiske virkninger**

Departementet skriver i høringsnotatet kapittel 10 om samfunnsøkonomiske virkninger av forskriftsforslagene. Departementet vurderer at det ikke kan utelukkes at prisdiskriminering, under visse betingelser, kan begrense konkurransen i dagligvaremarkedet, særlig på lang sikt. Samtidig er det også slik at prisdiskriminering i andre tilfeller kan være positivt for konkurransen.

Departementet vurderer at en forskrift som gir Konkurransetilsynet større muligheter til å gripe inn mot konkurranseskadelig prisdiskriminering enn dagens regelverk kan føre til bedre konkurranse i dagligvaremarkedet. Samtidig vil reguleringen svekke dagligvarekjedenes insentiver til å forhandle hardt med leverandørene, siden det da er sannsynlig at også konkurrentene vil oppnå liknende vilkår. Leverandørene vil heller ikke ha insentiver til å gi én enkelt kjede rabatter, fordi den også vil måtte gi de samme rabattene til alle kjedene. En slik inngripen i markedsaktørens forhandlings- og kontraktsfrihet vil påvirke aktørens muligheter til å forhandle fram effektive kontrakter. Dette igjen kan få konsekvenser for både innovasjon og verdiskaping, samt hva forbrukerne møter av pris og utvalg i dagligvarebutikkene.

Departementet vurderer også at et markedsetterforskningsverktøy kan, avhengig av utformingen, bidra til styrket konkurranse fordi Konkurransetilsynet mer effektivt kan gripe inn mot konkurransebegrensninger som ikke like effektivt fanges opp av nåværende regler.

Konkurransetilsynet deler langt på vei departementets vurderinger, men viser til at forskriftens alternativ 1 neppe vil føre til bedre konkurranse i dagligvaremarkedet, jf. kapittel 5.2.

Konkurransetilsynet mener kostnadene med alternativ 2 kan være lavere enn ved alternativ 1, men at et markedsetterforskningsverktøy vil være et mer effektivt virkemiddel, jf. kapittel 5.3 og 8.1.

Konkurransetilsynet vil legge til at dagligvarekjedene vil ha insentiver til å gjøre tilpasninger for å utnytte mulighetsrommet i regelverket. Kjedene vil ha insentiver til å introdusere nye motytelser, fordi disse kan gi opphav til saklige prisforskjeller. Kjedene vil være tilbøyelige til å introdusere flere egne merkevarer, og/eller unike merkevarer som er tilstrekkelig ulike leverandørens produkter som selges til andre kjeder, slik at det ikke er tale om "likeverdige ytelser". Med slike tilpasninger vil prisforskjellene kunne vedvare også etter innføring av en eventuell forskrift.

#### **5.4.2 Økonomiske og administrative konsekvenser for det offentlige og næringslivet**

Departementet skriver videre i høringsnotatet kapittel 10 at en forskrift vil kunne innebære at Konkurransetilsynet må bruke betydelige ressurser på håndheving, samt å forsvare eventuelle vedtak gjennom påfølgende rettsprosesser, og at dette vil dermed kunne føre til at Konkurransetilsynet får mindre ressurser til å håndheve konkurranseloven i andre markeder. Departementet skriver at en forskrift som utformet i alternativ 1 innebærer krevende vurderinger av for eksempel hva som er forskjeller i produksjons- eller distribusjonskostnader, eller ulik verdi på konkrete motytelser. Slike vurderinger vil, ifølge departementet, kunne legge beslag på betydelige ressurser i Konkurransetilsynet.

Departementet viser videre til at en opplysningsplikt vil innebære at Konkurransetilsynet mottar et betydelig antall meldinger fra leverandørene. Avhengig av hvordan rapporteringen følges opp i Konkurransetilsynet, vil de dette kunne legge beslag på store ressurser i tilsynet. Gitt at den foreslåtte forskriften fører til at Konkurransetilsynets bruk av sanksjoner øker, skriver departementet at reguleringen vil kunne medføre behov for økt ressursbruk i Konkurransklagenemnda og i domstolene.

Departementet skriver videre at en forskrift utformet som i alternativ 1 vil medføre økte kostnader for næringslivet, ettersom forskriften vil begrense leverandører fra å prisdiskriminere på måter som er tillatt innenfor gjeldende regelverk. Departementet skriver også at en opplysningsplikt til Konkurransetilsynet og/eller krav til skriftlighet og åpenhet mellom avtalepartene vil kunne kreve betydelige ressurser fra aktørene og påføre ytterligere etterlevelseskostnader. Departementet vurderer at en forskrift utformet som alternativ 2 vil medføre en mindre kostnadsøkning for næringslivet, ettersom den i større grad samsvarer med gjeldende konkurranseregler, men at åpningen for at Konkurransetilsynet kan hensynta aggregerte virkninger kan redusere forutberegneligheten for næringslivet. Departementet påpeker at den enkelte leverandør ikke skal vite hvilke leveringsbetingelser andre leverandører opererer med, og dermed vil ha vanskelig for å vurdere de aggregerte virkningene av prisdiskrimineringen i bransjen.

Konkurransetilsynet slutter seg til departementets vurderinger.

## **6 Øvrige kommentarer til forskriftsforslagene**

Som det fremgår av kapittel 8.1 mener Konkurransetilsynet det vil være mest hensiktsmessig å adressere eventuelle konkurranseskadelige virkninger av prisdiskriminering gjennom innføring og bruk av et markedsetterforskningsverktøy. En av årsakene til dette er at et slikt verktøy vil være mer fleksibelt enn en forskrift, og det vil derfor ikke i samme grad være nødvendig med forhåndsfastsatte definisjoner.

Konkurransetilsynet vil i det følgende kort kommentere forskriftsforslagenes definisjoner og departementets vurderinger av begrunnelsesplikt, mens en nærmere redegjørelse av markedsetterforskningsverktøyet fremgår av kapittel 8.1.

### **6.1 Vurdering av forskriftens definisjoner**

#### **6.1.1 Vesentlig markedsmakt**

Departementet skriver i høringsnotatet kapittel 8.3.1 at definisjonen av "vesentlig markedsmakt" bør utformes på en slik måte at ikke "åpenbart" uproblematisk transaksjoner forbyes. Et alternativ er å ta utgangspunkt i aktørens markedsandel i det relevante markedet, med et tilleggsvilkår om at leverandørens omsetning i markedet overstiger en bestemt terskel. Departementet peker på noen

svakheter ved en slik tilnærming. Departementet lanserer også en alternativ definisjon basert på maktforholdet i relasjon til handelspartnere, såkalt relativ markedsrett.

Konkurransetilsynet mener det vil være en fordel om definisjonen av vesentlig markedsrett er enkel og tydelig. En terskelverdi for markedsandel innenfor en varekategori kan være en hensiktsmessig tilnærming. Denne kan kombineres med en omsetningsterskel, til tross for noen ulemper med en slik terskel, jf. punkt 8.1. Dersom forskriften innføres, bør det gjøres en nærmere vurdering av hva som vil være en hensiktsmessig omsetningsterskel.

Konkurransetilsynet vurderer at den alternative definisjonen basert på relativ markedsrett kan framstå som lite forutsigbar for markedsaktørene. Dette kan resultere i unødige kostnader og uønskede virkninger, som at konkurransefremmende prisdifferensiering ikke gjennomføres fordi aktørene er usikre på forskriftens virkeområde.

### 6.1.2 Varekategori

Departementet skriver i høringsnotatet kapittel 8.3.2 at en definisjon av "varekategori" kan være hensiktsmessig dersom det kan forenkles og operasjonalisere en avgrensning av det relevante markedet hvor leverandøren er aktiv. Departementet mener det er en risiko ved å legge et nytt meningsinnhold i en velkjent konkurranserettslig standard selv om det bare skal gjelde for denne forskriften. Videre viser departementet til at det allerede finnes etablerte metoder for å definere et relevant marked, og at en annen definisjon kan være egnet til å skape forvirring heller enn klarhet. Departementet skriver også at det ikke nødvendigvis er noen enhetlig oppfatning blant aktørene i verdikjeden for mat og dagligvarer om hva som inngår i en varekategori, slik at det i praksis kan by på utfordringer å angi en definisjon. Etter departementets syn, vil det være hensiktsmessig å følge etablerte metoder for å definere et relevant marked.

Konkurransetilsynet vil påpeke at det vil være et omfattende arbeid å definere en rekke relevante markeder med etablerte metoder, og at det derfor kan være hensiktsmessig å anvende kategorier som allerede benyttes i bransjen. Det kan vurderes å sette en omsetningsterskel for markedsstørrelse, for å begrense unødige kostnader ved forskriften. Samtidig er tilsynet enig i at en annen tilnærming enn markedsavgrensning gjennom tradisjonelle metoder kan være egnet til å skape forvirring heller enn klarhet. Ved bruk av et markedsetterforskningsverktøy er det mulig med en mer fleksibel tilnærming, og utfordringene knyttet til å definere en relevant varekategori vil derfor ikke være like aktuelt.

### 6.1.3 Likeverdige ytelser

Departementet viser i høringsnotatet kapittel 8.3.3 til vilkåret om "likeverdige ytelser" i konkurranseloven § 11 bokstav c. Etter departementets syn bør vilkåret i en eventuell forskrift forstås på samme måte. Det følger av rettspraksis at en ved vurderingen av hvorvidt det er tale om likeverdige ytelser må ta alle relevante forhold i markedet i betraktning, og at kravet om at ytelsene må være sammenliknbare ikke innebærer at ytelsene må være identiske. I en konkret vurdering må blant annet produktbredde og innkjøpsvolum undersøkes. Departementet skriver at det kan være mer tvilsomt om kravet er oppfylt for varer som det dominerende foretaket tilvirker særskilt til den enkelte kunde, for eksempel egne merkevarer. Selv om produktene også i disse tilfellene ofte vil anses som del av det samme produktmarkedet, kan det ved tilvirkningssalg oftere tenkes at det eksisterer forskjeller som kan begrunne at det ikke er tale om likeverdige ytelser.

Konkurransetilsynet støtter departementets vurderinger. Konkurransetilsynet mener vilkåret om likeverdige ytelser må bero på en konkret vurdering.

### 6.1.4 Ulike innkjøpsbetingelser

Departementet viser i høringsnotatet kapittel 8.3.4 til vilkåret om "ulike innkjøpsbetingelser" i konkurranseloven § 11 bokstav c. Etter departementets syn bør vilkåret i en eventuell forskrift forstås på samme måte. Departementet skriver at det i vurderingen av hvorvidt en kunde har fått ulike vilkår, må foretas en sammenligning av priser, rabatter og andre relevante vilkår i avtalen kunden har inngått

med det dominerende foretaket, samt priser, rabatter og andre relevante vilkår det dominerende foretaket har gitt andre kunder. Det er i tillegg relevant å se hen til hvorvidt to likeverdige ytelser gir forskjellig fortjeneste for det dominerende foretaket. For å kunne gjøre en beregning og etterfølgende sammenligning av ulike aktørers innkjøpspriser, må en rekke ulike faktorer og betingelser i innkjøpsvilkårene til de ulike kjedene hensyntas. Departementet skriver at en særlig utfordring knyttet til vurderingen er at noen av dagligvarekjedenes rabatter i realiteten er hel eller delvis betaling for ulike typer tjenester dagligvarekjedene utfører for leverandørene (motytelser). Det kan argumenteres for at andelen av rabatten som er betaling for slike tjenester, vil kunne betraktes som en kostnad for leverandøren. Hvor stor denne andelen er, vil kunne variere mellom leverandørene, og mellom kundene til hver leverandør.

Konkurransetilsynet er enig i departementets vurderinger. Konkurransetilsynet mener vilkåret må bero på en konkret vurdering. Noen av utfordringene med å kvantifisere variasjonen i aktørenes innkjøpspriser kommer til uttrykk når man ser nærmere på motytelser, som vil være en saklig grunn til ulike innkjøpsbetingelser. Det har stor verdi for leverandøren at kjedene gjennomfører motytelser som øker salget av leverandørens varer. Motytelser kan omfatte produktlanseringer, markedsføring, plassering i butikk m.m. Det kan være utfordrende å kvantifisere den eksakte verdien av slike ytelser. Samme motytelse kan ha ulik verdi avhengig av hvilken kjede som utfører motytelsen, blant annet fordi kjedenes profilhus kan ha ulik attraktivitet blant kundene. I tillegg kan oppnådde resultater over tid og samarbeidsklima mellom leverandør og kjede, ha verdi for leverandøren utover det som kan nedfelles og kvantifiseres i en kontrakt. Hvorvidt det foreligger ulike innkjøpsbetingelser bør derfor fastslås etter en konkret vurdering.

### 6.1.5 Saklig begrunnelse

Departementet skriver i høringsnotatet kapittel 8.3.5 at forskjeller mellom leverandørens produksjons- eller distribusjonskostnader, eller ulik verdi på konkrete motytelser, vil være saklige begrunnelser for forskjeller i innkjøpspriser.

Etter departementets vurdering, vil også andre forhold kunne utgjøre saklige begrunnelser for forskjeller i innkjøpspriser. Departementet viser til norsk og europeisk rettspraksis der begrepet objektiv begrunnelse benyttes i forbindelse med håndhevingen av konkurransereguleringen. Departementet viser videre til eksempler på forhold som kan tenkes å utgjøre saklig begrunnelse, og som har blitt akseptert som objektiv begrunnelse i tidligere konkurranserettslige saker. Dette gjelder prisforskjeller knyttet til produktlanseringer, risikokompensasjon og tilfeller der en leverandør med vesentlig markedsrett har tilbudt en kunde lavere pris for å møte konkurransen fra konkurrerende leverandør uten vesentlig markedsrett.

Departementet mener det vil være uhensiktsmessig å gi en utfyllende liste over hvilke forhold som utgjør en saklig begrunnelse, da dette vil medføre risiko for at konkurransefremmende praksis rammes av forskriftens bestemmelser. Departementet viser også til forslag fra markedsaktører om å innføre en negativ avgrensning mot hva som ikke skal anses å være en saklig grunn. Oda Norway og Reitan Retail har foreslått at motytelser på tvers av varelinjer, motytelser som ikke består i reelle motytelser fra kunden, og motytelser som er egnet til å ha fortregende virkning på andre leverandører ikke skal anses som saklig grunn. Som eksempel nevnes at rabatter eller motytelser ikke kan gjøres avhengig av at kunden inntar andre varelinjer i sitt sortiment (koblingssalg). Departementet stiller spørsmål om behovet for en avgrensning av saklighetskravet, fordi vilkår som er egnet til å begrense konkurransen allerede kan være ulovlig etter gjeldende konkurranseregler, men vurderer imidlertid at terskelen for å anvende forskriften ("vesentlig markedsrett" i stedet for "dominerende stilling") kan innebære at en slik avgrensning likevel får betydning ved siden av konkurranseloven § 11.

Konkurransetilsynet støtter departementet i at objektivt rettferdiggjørende grunner bør kunne anses som saklige, og at det vil være uhensiktsmessig å gi en utfyllende liste over hvilke forhold som utgjør en saklig begrunnelse. Hva gjelder ytelser eller rabatter som kan påvirke konkurransen i leverandørmarkedene, viser tilsynet til kapittel 4 over, hvor det fremgår at dagens konkurranselovgivning sannsynligvis er tilstrekkelig for å håndtere slike utfordringer.

## 6.2 Begrunnelsesplikt

Departementet skriver at det legges opp til en forskrift der leverandører med vesentlig markedsrett pålegges en begrunnelsesplikt dersom det tilbys ulike innkjøpsbetingelser til dagligvarekjeder og grossister, jf. høringsnotatet kapittel 8.4.

Etter departementets syn kan begrunnelsesplikten være generell, slik at den enkelte leverandør som rammes av påbudet, må være forberedt på å kunne begrunne eventuelle forskjeller dersom det åpnes sak eller de mottar klager fra kunder som mistenker at de får dårligere innkjøpsbetingelser enn andre. Departementet mener en slik bestemmelse vil være disiplinerende ved at leverandører med vesentlig markedsrett på forhånd bør vurdere om det rent faktisk foreligger forskjeller, om det er likeverdige ytelser, og om en begrunnelse er saklig, slik at kontrakten tåler etterprøving.

Konkurransetilsynet er enig med departementet om at en slik forbeholden begrunnelsesplikt vil være en hensiktsmessig tilnærming dersom forskriften innføres.

Departementet skriver videre at begrunnelsesplikten alternativt kan kombineres med en dokumentasjons- og opplysningsplikt, men at denne vil innebære betydelig økt ressursbruk for aktørene. Konkurransetilsynet støtter departementets vurdering, jf. kapittel 5.4 over.

Oda Norway og Reitan Retail har foreslått at forskriften bør stille krav til åpenhet, ved at samtlige vilkår og ytelser skal nedfelles skriftlig i kontrakten. Departementet viser til at krav til skriftlighet og klarhet allerede følger av lov om god handelsskikk, og at det av samme lov følger at partene har krav på opplysninger som de har grunn til å tro er av betydning for den annen part. Etter departementets syn er krav til åpenhet i en forskrift om prisdiskriminering dermed ikke strengt nødvendig.

Konkurransetilsynet støtter departementets vurderinger. Forskriften bør ikke stille krav som allerede følger av lov om god handelsskikk.

## 7 Konkurranseloven § 14 og EØS-avtalens bestemmelser

En forskrift som forbyr usaklige forskjeller i innkjøpspriser i verdikjeden for mat og dagligvarer må oppfylle vilkårene i konkurranseloven § 14. I tillegg må en forskrift ligge innenfor rammen av de begrensninger som fremgår av EØS-avtalens bestemmelser.

### 7.1 Vurdering av om den foreslåtte forskriften tilfredsstiller kravene i konkurranseloven § 14

Det følger av konkurranseloven § 14 at en forskrift bare kan gripe inn mot atferd som "begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen" i strid med lovens formål. Bestemmelsen i § 14 stiller også som vilkår at en forskrift må være "nødvendig" for å fremme konkurransen i markedene.

#### 7.1.1 Forskriften må regulere atferd som "begrenser eller er egnet til å begrense i konkurransen i strid med konkurranselovens formål"

Konkurransbegrensningsvilkåret innebærer at dersom usaklig prisdiskriminering ikke kan anses som atferd som er egnet til å begrense konkurransen, foreligger det ikke hjemmel i konkurranseloven § 14 for å vedta en forskrift som forbyr slik atferd. Forskriftsalternativ 1 foreslår et generelt forbud mot prisdiskriminering, uavhengig om diskrimineringen begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen. Konkurransetilsynet understreker at enhver usaklig prisdiskriminering ikke vil virke konkurransbegrensende, og videre at prisdiskriminering endatil kan ha positive virkninger på konkurransen. Hvorvidt en usaklig prisdiskriminering vil være konkurransbegrensende må derfor vurderes konkret.

Et forskriftsforbud utformet etter alternativ 1 kan ikke forstås på annen måte enn at det er konkludert med at usaklig prisdiskriminering alltid vil virke konkurransbegrensende. Etter Konkurransetilsynets vurdering er det ikke grunnlag for en slik konklusjon. Departementets forskriftsforslag følger opp Stortingets anmodningsvedtak 612, som ber regjeringen sende et forslag til forskrift om prisdiskriminering på høring. Vedtaket legger føringer for innholdet i høringsutkastet ved at det legger til grunn at forskjeller i innkjøpspriser fra dominerende aktører, som ikke er saklig begrunnet, skader

konkurransen. Dette standpunktet er imidlertid ikke dokumentert, og det er Konkurransetilsynets oppfatning at en slik antakelse ikke danner et tilstrekkelig rettslig grunnlag for å anse vilkårene i § 14 som oppfylt.

Konkurransetilsynets vurdering er følgelig at det ikke foreligger hjemmel i norsk konkurranselovgivning for å innføre en forskrift utformet etter alternativ 1, da en slik forskrift ikke vil oppfylle konkurransebegrensningsvilkåret i § 14.

Forskriftsalternativ 2 inneholder et vilkår om at usaklig prisdiskriminering må begrense eller være egnet til å begrense konkurransen. Dette medfører at det må foretas en konkret vurdering av om atferden er egnet til å ha negative virkninger på konkurransen. Konkurransetilsynet deler departementets oppfatning av at dette forskriftsalternativet ikke går lenger enn konkurransebegrensningsvilkåret i § 14 tillater.

### 7.1.2 Forskriften må være "nødvendig" for å fremme konkurransen

Bestemmelsen i § 14 stiller også som vilkår at en forskrift må være "nødvendig" for å fremme konkurransen i markedene. Dette synes å innebære et krav om at det ikke er mulig å løse den konkurransebegrensende atferden på en rimelig måte, for eksempel ved å anvende de eksisterende forbudsbestemmelsene i konkurranseloven.

På generelt grunnlag er Konkurransetilsynet enig i at en forskrift likevel kan være nødvendig selv om den regulerer atferd som kan håndheves gjennom de eksisterende forbudsbestemmelsene i konkurranseloven. Det kan for eksempel være tilfeller der det er vanskelig å bevise overtredelse av forbudsbestemmelsene eller der flere foretak benytter samme konkurransebegrensende metoder som dominerende foretak, uten å ha en dominerende posisjon i markedet.<sup>20</sup> Konkurransetilsynet deler departementets vurdering av at det kan være situasjoner hvor dagens konkurranselovgivning ikke fullt ut er tilstrekkelig for å fjerne konkurransehindre. Videre slutter tilsynet seg til departementets vurdering av at en forskrift som kan gjøre det enklere å gripe inn mot konkurranseskadelig prisdiskriminering, kan bidra til styrket konkurranse.

Som det fremgår av kapittel 4 er Konkurransetilsynet enig med departementet i at det kan være utfordrende å anvende de eksisterende forbudsbestemmelsene for å forhindre prisdiskriminering som skader konkurransen på detaljistledet i dagligvaremarkedet. Samtidig er det tilsynets vurdering at dagens forbudsbestemmelser sannsynligvis er tilstrekkelig for å håndtere eventuelle konkurransebegrensende virkninger av prisdiskriminering på leverandørledet.

Kravet til nødvendighet i § 14 gir også anvisning til at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering.<sup>21</sup> Dette innebærer blant annet en vurdering av hvorvidt en forskrift samlet sett vil ha positive effekter for konkurransen i dagligvaremarkedet, og om konkurranseproblemet kan avbøtes gjennom mindre inngripende tiltak. Dersom et forskriftsforbud mot usaklig prisdiskriminering ikke vil fremme konkurransen i dagligvaremarkedet, eller konkurransen kan fremmes på en mindre inngripende måte, vil forskriften ikke tilfredsstillende kravet til nødvendighet.

Etter Konkurransetilsynets vurdering er det tvil om hvorvidt noen av de foreslåtte forskriftsalternativene vil oppfylle et slikt krav. En forskrift utformet etter alternativ 1 vil kunne ramme prisdiskriminering som ikke er negativ for konkurransen, slik at forskriften vanskelig vil føre til positive effekter for konkurransen, jf. kapittel 5. Det er også tvilsomt at alternativ 2, som forbyr konkurransebegrensende prisdiskriminering, vil bidra til å bedre konkurransen i dagligvaremarkedet. På dette grunnlag er det Konkurransetilsynets oppfatning at det er usikkert hvorvidt det foreligger hjemmel i konkurranseloven § 14 for å vedta den foreslåtte forskriften.

<sup>20</sup> Dette fremheves i Ot.prp.nr.6 (2003-2004), på s. 228.

<sup>21</sup> Kravet om forholdsmessighet følger ikke direkte av ordlyden i konkurranseloven § 14. Slik departementet skriver i høringsnotatet, gjelder det imidlertid et ulovfestet krav til forholdsmessighet i forvaltningen. Forholdsmessighetsprinsippet innebærer at en forskrift ikke kan gå lenger enn det som er nødvendig, og at forskriften må være egnet til å realisere et tiltenkt formål.

## 7.2 EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd

EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd setter begrensninger for utformingen av en forskrift etter konkurranseloven § 14, ved at norsk lovgivning ikke kan gå lenger i å forby den type samarbeid som omfattes av EØS-avtalen artikkel 53 i tilfeller hvor samhandelen kan påvirkes. For ensidig atferd oppstilles det imidlertid ingen begrensning i adgangen til å ha norsk lovgivning som er mer restriktiv. Hvorvidt usaklige forskjeller i innkjøpspriser anses som "avtaler" eller "ensidig atferd" vil dermed være avgjørende for hvordan en eventuell forskrift kan utformes.

### 7.2.1 Om prisdiskriminering kan anses som ensidig atferd

I høringsnotatet skriver departementet at prisdiskriminering er et tilfelle av ensidig atferd som kommer til uttrykk i en avtale, ettersom det kan være tilfeller der leverandører med sterk forhandlingsposisjon påtvinger en dagligvarekjede høyere priser. Departementet skriver videre at dette tilsier at det kan være mulig å regulere prisdiskriminering strengere enn EØS-avtalen artikkel 53.

Konkurransetilsynet deler departementets oppfatning om at grensedragningen mellom avtaler og ensidig atferd er utfordrende, og at rettskildene ikke gir klare svar på hvordan ensidig atferd skal forstås.

Videre vises det til at en avtale som innebærer prisdiskriminering kan være resultat av reelle forhandlinger uten noen form for utnyttende element. Inngåelse av en slik avtale innebærer likevel ikke nødvendigvis en felles forståelse om avtalens prisdiskriminerende elementer. Dette skyldes at dagligvarekjedene gjerne ikke har kjennskap til andre kjeders vilkår, og dermed heller ikke har grunnlag for å vurdere hvorvidt egne vilkår innebærer prisdiskriminering. Konkurransetilsynet slutter seg derfor til departementets vurdering av at prisdiskriminering ikke er en typisk overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, og at det kan være grunn til å anse prisdiskriminering som ensidig atferd i mange tilfeller.

### 7.2.2 Konkurransetilsynets vurdering av om den foreslåtte forskriften samsvarer med EØS-konkurranseloven § 7

Departementet skriver i høringsnotatet at prisdiskriminering potensielt kan forstås som ensidig atferd som kommer til uttrykk i en avtale. Videre vurderer departementet hvorvidt det i så fall er anledning til å regulere prisdiskriminering strengere i en forskrift enn det som følger EØS-avtalen artikkel 53. Dette kan innebære at prisdiskriminering ikke anses som "avtaler" etter EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd. En slik slutning avhenger av at EØS-konkurranseloven § 7 gir rom for en tolkning der ensidig atferd som kommer til uttrykk gjennom en eller flere avtaler, ikke anses som "avtaler" i bestemmelsens forstand.

Konkurransetilsynet deler departementets oppfatning om at rettskildene ikke gir klare svar på spørsmålet. Departementet mener at det bør legges vekt på hvordan regelen ble til, og dens formål. Konkurransetilsynet er enig i at dette kan tilsi at hensikten med reguleringen ikke var å begrense nasjonalstatenes regulering av ensidig atferd, selv om den kommer til uttrykk gjennom avtaleforhold.

EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd viser uttrykkelig til EØS-avtalen artikkel 53. Slik departementet påpeker kan dette tale for at det kun er avtaler som omfattes av artikkel 53, som blir utslagsgivende. Dette tilsier at dersom prisdiskriminering ikke er å anse som avtaler i henhold til denne bestemmelsen, er det anledning til å regulere atferden strengere i en forskrift. Dersom en slik forståelse legges til grunn, er det Konkurransetilsynets oppfatning at forskriftsalternativ 1 ikke vil gå lenger i å forby konkurransebegrensende avtaler enn det som følger av EØS-avtalen artikkel 53. Forskriften vil i så fall være innenfor rammene av EØS-konkurranseloven.

Konkurransetilsynet påpeker imidlertid at dersom det ikke er rom for en slik forståelse, vil et forskriftsforbud som ikke inneholder et krav om at atferden er konkurransebegrensende, gå lenger enn det EØS-konkurranseloven tillater. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at utfallet av spørsmålet som reises er av sentral betydning for de rettslige rammene for en eventuell forskriftsutforming. Dersom departementet skulle velge å gå videre med forskriftsalternativ 1, er det tilsynets klare oppfatning at departementet bør utrede dette spørsmålet nærmere.



I forskriftsalternativ 2 presiseres det at forbudet gjelder usaklig prisdiskriminering som er egnet til å ha negative virkninger på konkurransen. Etter Konkurransetilsynets vurdering vil en slik forskriftsutforming ikke være i strid med EØS-konkurranseloven § 7, uavhengig om atferden anses for å være avtaler som reguleres i artikkel 53 eller ensidig atferd.

## 8 Alternativer til forskrift

### 8.1 Markedsetterforskningsverktøy

En vurdering av om prisdiskriminering utgjør et misbruk etter konkurranseloven § 11 forutsetter at leverandøren er dominerende. Omsetningen til én dominerende leverandør utgjør imidlertid en relativt liten andel av den totale omsetningen til en dagligvarekjede. Dette betyr at prisdiskriminering fra én leverandør totalt sett vil kunne ha liten effekt på de totale kostnadene til dagligvarekjedene, jf. kapittel 4.

Det kan derfor være nødvendig å vurdere de samlede virkningene av prisdiskriminering for de produktene som inngår i en handlekurv, for å kunne avgjøre om adferden har konkurranseskadelige virkninger i dagligvaremarkedet.

I høringsnotatets kapittel 9.2 uttaler departementet at et markedsetterforskningsverktøy kan være bedre egnet til å håndtere utfordringer i dagligvaremarkedet, sammenlignet med de to forskriftsforslagene. Departementet mener imidlertid at et slikt verktøy ikke vil være et alternativ til forskrift på kort sikt, fordi innføringen av verktøyet sannsynligvis vil kreve lovendringer.

Konkurransetilsynet er enig med departementet i at det for dette sakskomplekset kan være utfordrende å foreta hensiktsmessige vurderinger av prisdiskriminering gjennom anvendelse av konkurranselovens § 11c. Forutsatt at det påvises at prisdiskriminering begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen, er tilsynet også enig med departementet i at innføring av et markedsetterforskningsverktøy vil være den beste tilnærmingen for å løse de konkurransemessige utfordringer knyttet til prisdiskriminering. Det er en rekke årsaker til dette.

Under forskriftsalternativ 1 forbys usaklige forskjeller i innkjøpspriser, uten at det stilles krav til at konkurransebegrensende virkninger skal vurderes. Innføringen av en slik forskrift vil etter tilsynets oppfatning sannsynligvis føre til høyere priser for norske dagligvarekunder, jf. kapittel 5.2 over. Ved innføringen av et markedsetterforskningsverktøy vil tilsynet være i stand til å foreta de nødvendige analysene for å vurdere hvorvidt konkurransen begrenses, herunder en vurdering av hvordan innkjøpsprisforskjeller samlet sett påvirker konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet.

Forskriftsalternativ 2 forbyr usaklige innkjøpsprisforskjeller dersom disse er egnet til å begrense konkurransen. I utgangspunktet innebærer dette at faren for uheldige konsekvenser av forskriften er mindre. Det er likevel flere forhold som tilsier at et markedsetterforskningsverktøy er et bedre alternativ enn alternativ 2. Disse forholdene beskrives nærmere i det følgende.

Forskriftsforslagene retter seg mot leverandører med vesentlig markedsmakt. En leverandør vil etter forskriften ha vesentlig markedsmakt dersom markedsandelen er over 40 prosent, og omsetning på mer enn 100 millioner kroner. Det er flere svakheter ved en slik tilnærming som vil kunne avhjelpes ved bruk av markedsetterforskningsverktøyet.

For det første vil man gjennom en markedsetterforskning i større grad enn ved forskriftsregulering være i stand til å vurdere hvilke produkter som skal inngå i vurderingen av om det oppstår konkurransebegrensende virkninger. Ved håndheving av forskriftsalternativ 2 åpnes det for regulering av et bredere spekter av produkter enn det som er nødvendig, fordi man ved håndheving av forskriften kan bli tvunget til å hensynta forskjeller i innkjøpspriser i leverandørmarkeder som har mindre betydning for konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet. Samtidig vil relevant informasjon utelates, for eksempel fordi forskriften ikke åpner for at man i vurderingen av konkurransebegrensende virkninger kan ta hensyn til kostnader ved produksjon og salg av kjedenes egne merkevarer.

Denne utfordringen vil i mindre grad gjøre seg gjeldende ved en markedsetterforskning, fordi håndhever, etter nærmere dialog med aktørene i markedet, kan sammenstille og analysere et produktvalg som på en hensiktsmessig måte belyser hvorvidt det oppstår konkurranseskadelige virkninger. Markedsetterforskningsverktøyet åpner med andre ord for en mer fleksibel tilnærming,

som også gir rom for mer presise vurderinger. Dette reduserer sannsynligheten for inngrep som virker mot sin hensikt, samtidig som markedsaktørene, især leverandørene, pålegges mindre inngripende restriksjoner.

For det andre kan markedsandelsgrensen på 40 prosent gi leverandører insentiver til å konkurrere mindre hardt, og dermed svekke konkurransen i leverandørmarkedene. Regulering av en leverandørs innkjøpspriser vil kunne være byrdefullt for en leverandør, både fordi det begrenser leverandørens handlingsfrihet i konkurransen med andre aktører, og fordi regulering vil innebære betydelige ressurser tilknyttet rapportering til myndighetene. Det kan derfor være fristende for en leverandør å konkurrere mindre hardt, for eksempel ved å sette høyere priser, for å ikke fall inn under reguleringen. Dette svekker konkurransen i leverandørmarkedet, som igjen vil føre til høyere priser for forbrukerne. Departementet viser også til slike utilsiktede konsekvenser i høringsnotatet.

Ved bruk av markedsetterforskningsverktøyet vil ikke dette være en problemstilling, fordi det sannsynligvis ikke vil være hensiktsmessig å benytte forhåndsdefinerte terskler for markedsinntekt på leverandørleddet.

I høringsnotatets kapittel 8.6 viser departementet til at en utfordring ved virkningsvurderingen under forskriftsalternativ 2 vil være at leverandørene som rammes av forskriften ikke vet hvilke innkjøpsbetingelser andre leverandører opererer med. Det vil dermed være utfordrende å vurdere om egne innkjøpsbetingelser, sett i sammenheng med andre innkjøpsbetingelser i markedet, er egnet til å begrense konkurransen og dermed er ulovlige. Dette vil igjen kunne føre til at leverandører ikke vil ta risikoen på å gi enkeltaktører lavere priser enn andre, av frykt for at det kan være i strid med forskriften. I praksis kan en slik utvidet virkningsvurdering dermed ha samme effekt som forskriftsalternativ 1.

Konkurransetilsynet er enig i denne vurderingen. Slike utfordringer vil imidlertid i mindre grad gjøre seg gjeldende ved bruk av markedsetterforskning, for eksempel fordi det vil være mulig at tiltakene for å hindre prisdiskriminering rettes mot dagligvarekjedene og ikke leverandørene.

Dersom leverandørene som rammes av de foreslåtte forskriftene bryter adferdsreglene som oppstilles, vil prisdiskriminering være forbudt. Ved innføring av et markedsetterforskningsverktøy vil det være mulig å ha en mer fleksibel tilnærming, fordi man kan pålegge mer målrettede og skreddersydde tiltak. Som det fremgår av kapittel 3 over er det sentralt å vurdere årsakene til innkjøpsprisforskjeller for å vurdere om adferden er konkurransebegrensende. Bruken av markedsetterforskning vil både gjøre tilsynet i stand til å foreta vurderinger av eventuelle årsaker, samt rette tiltakene direkte mot de årsakene som enten forårsaker en eventuell konkurransebegrensning eller er viktige faktorer for å forklare prisforskjellene.

Bruk av et markedsetterforskningsverktøy vil også tillate en mer fleksibel tilnærming med hensyn til hvilke aktører tiltakene rettes mot. Begge forskriftsalternativene rettes mot en lang rekke leverandører. Håndhevingen krever betydelig ressursbruk fra både aktører og myndigheter, for eksempel fordi leverandørene må være i stand til å forklare hvorfor innkjøpsprisforskjeller er saklige. Innføring av tiltak etter en markedsetterforskning kan rette seg mot et begrenset antall leverandører eller dagligvarekjeder. Sistnevnte er også i tråd med Stortingets vedtak 572, hvor det fremgår at også dagligvarekjedene skal ha ansvar for å følge reglene.

I tillegg vil markedsetterforskningsverktøyet, dersom det åpnes for at Konkurransetilsynet i sin håndheving kan treffe midlertidige vedtak, gjøre det mulig å ha en fleksibel tilnærming med hensyn til varigheten på vedtak og utformingen av de avhjelpende tiltakene. Dersom det viser seg at tiltakene ikke fungerer eller virker mot sin hensikt, vil det være mulig for tilsynet å reversere dem eller innføre alternative tiltak. Dette reduserer risikoen for at regulering av forhold knyttet til forhandlingene får utilsiktede konsekvenser.

Som det fremgår over er det departementets oppfatning at et markedsetterforskningsverktøy ikke vil være alternativ til en forskrift på kort sikt. Konkurransetilsynet vil til dette bemerke at arbeidet med å kartlegge nivået på innkjøpsprisforskjellene og årsakene til dem allerede har pågått over flere år. Ved en eventuell innføring av et markedsetterforskningsverktøy vil det derfor være mulig for tilsynet å pålegge avhjelpende tiltak relativt raskt dersom Konkurransetilsynet etter en konkret vurdering konkluderer med at det rettslig grunnlag for det.

Samtidig er det Konkurransetilsynets oppfatning at innføring av et av de foreslåtte forskriftsalternativene vil kunne føre til høyere priser for forbrukerne på kort sikt. Ved innføring av tiltak gjennom bruk av markedsetterforskningsverktøyet vil man kunne unngå dette, nettopp fordi tiltakene som utformes til være kunne være mer treffsikre.

Tilsynet vil også bemerke at en markedsetterforskning vil åpne for at ulike etableringshindringer i dagligvaremarkedet vil kunne sees i sammenheng. Dette vil øke sannsynligheten for at det utformes tiltak som samlet sett vil kunne redusere etableringshindringene i dagligvaremarkedet.

## 8.2 Justering av importvernet

Importvernet har av flere årsaker stor påvirkning på verdikjeden for dagligvarer. Importvernet reduserer konkurransen på leverandørleddet i Norge gjennom å begrense muligheten leverandører med produksjonsanlegg i utlandet har til å tilby sine varer til konkurransedyktige vilkår. Videre reduserer importvernet muligheten utenlandske kjeder har til å utnytte et eksisterende sortiment med egne merkevarer, produsert i utlandet, ved etablering i Norge. Dette øker etableringshindringene på detaljistleddet i dagligvaremarkedet.

Flere av de landbrukspolitiske målene krever et sterkt importvern for å kunne nås, og disse målene har bred politisk støtte. Det er likevel Konkurransetilsynets oppfatning at målrettede justeringer i importvernets utforming og omfang kan ha betydelige positive effekter på konkurransen i dagligvaremarkedet. I Dagligvarerapporten for 2022 kommer Konkurransetilsynet med konkrete forslag til hvordan importvernet kan justeres for å sikre etablering.

Med hilsen

Beate Milford Berrefjord  
*avdelingsdirektør*

*Dokumentet er elektronisk godkjent.*

Vedlegg:

- 1 Appendiks 1 - Konkurransetilsynets dagligvarerapport 2022

## Henvisninger til spørsmål i høringsnotatet og til kapitlene der spørsmålene er besvart

	Spørsmål	Henvisning svar
1	Hvordan vil en forskrift som forbyr, eller regulerer, ulike innkjøpspriser i dagligvarebransjen påvirke etableringsmulighetene i dagligvarebransjen?	5.2
2	Hvordan vil en forskrift som forbyr eller regulerer ulike innkjøpspriser i dagligvarebransjen påvirke konkurransen mellom dagligvarekjedene?	5.2
3	Hvis en forskrift skal oppstille objektive kriterier for når en leverandør anses å ha «vesentlig markedsrett», hva bør kriteriene være?	6.1.1
4	Hvordan kan en definisjon av varekategori benyttes i en mulig forskrift, og hva bør innholdet i så fall være?	6.1.2
5	Er det behov for en operasjonell definisjon av «likeverdige ytelser» og hva bør innholdet i så fall være?	6.1.3
6	Hva kan være en operasjonell definisjon av «ulike innkjøpsbetingelser», som samtidig er tilstrekkelig fleksibel til å hensynta relevante forhold?	6.1.4
7	Bør forskriften angi hvilke forhold som utgjør saklig begrunnelse for forskjeller i innkjøpspriser?	6.1.5
8	I så fall; hvilke forhold bør være av betydning for å vurdere om ulike innkjøpsbetingelser er saklige? Er det ytelser som ikke bør anses å være en saklig begrunnelse?	-
9	Hvor langt bør en begrunnelsesplikt for forskjeller i innkjøpsbetingelser gå? Bør leverandørene ha en opplysningsplikt til Konkurransetilsynet om kontraktsvilkårene i leverandøravtaler som er inngått?	6.2
10	Bør forskriften stille krav om åpenhet i forhandlingene mellom leverandør og grossist/dagligvarekjede?	6.2
11	Bør en forskrift stille krav om at samtlige innkjøpsvilkår og ytelser skal nedfelles skriftlig i kontrakten mellom leverandør og kunde?	6.26.2
12	I hvilken grad vil forslaget forby prisdiskriminering som ikke er konkurransebegrensende eller som har positive virkninger på konkurransen?	5.2
13	Dersom en forskrift skal stille krav til konkurransebegrensende virkninger, hvor omfattende bør en slik vurdering være?	5.3
14	Bør det i en virkningsvurdering være mulig å ta hensyn til aggregerte virkninger i markedet?	4
15	Hvordan kan dagligvarekjedene i større grad ansvarliggjøres?	8.1
16	Hva bør sanksjonene for brudd på en eventuell forskrift være?	5.3
17	Vil innføringen av et markedsetterforskningsverktøy kunne avhjelpe utfordringer knyttet til prisdiskriminering, og/eller andre utfordringer i dagligvaremarkedet på noe lengre sikt?	8.1

*Mottaker*

Nærings- og fiskeridepartementet

*Postadresse*

Postboks 8090 Dep

*Poststed*0032 OSLO  
Norge*Kontakt/e-post*

postmottak@nfd.dep.no