

Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Deres ref.
23/6562

Vår ref.
23/6-16

Dato
08.02.2024

Høringsuttalelse til forskrift om forbud mot konkurranseskadelige forskjeller i innkjøpspriser i verdikjeden for mat og dagligvarer

1. Innledning

Det vises til Nærings- og fiskeridepartementets (heretter «departementet») høringsbrev 15. desember 2023 vedrørende forslag til forskrift om forbud mot konkurranseskadelige forskjeller i innkjøpspriser i verdikjeden for mat og dagligvarer (heretter «Forslaget»). Høringsfristen er 9. februar 2024.

Forslaget innebærer et forbud mot at leverandører og grossister med relativ markedsrett kan kreve ulike innkjøpsbetingelser for likeverdige ytelser, dersom forskjellene begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen.

Det opplyses i høringsnotatet at formålet med den foreslåtte forskriften er å bedre konkurranseforholdene i dagligvaremarkedet ved å forby konkurransebegrensende forskjeller i innkjøpspriser for aktører med relativ markedsrett. Det er kun konkurransebegrensende prisdiskriminering fra leverandører og grossister med relativ markedsrett som foreslås forbudt. Det fremgår i høringsnotatet at konkurransebegrensende prisdiskriminering allerede er forbudt for dominerende foretak etter konkurranselovens § 11 annet ledd bokstav c, og at forskriftsforslaget dermed vil utvide hvilke aktører som omfattes av forbudet sammenlignet med tidligere.

I oktober 2022 sendte departementet på høring to forskriftsalternativer.¹ Forslaget i foreliggende høringsnotat ligger nærmest alternativ 2 i tidligere høringsbrev, men skiller seg fra nevnte alternativ blant annet ved at den foreslåtte forskriften skal gjelde både leverandører og grossister med relativ markedsrett.

¹ <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing3/id2939680/?expand=horingsnotater>

Dagligvaretilsynet vil i det følgende avgi en høringsuttalelse på forslaget til den ovenfor nevnte forskrift. Tilsynet vil begrense høringsuttalelsen til å omtale Forslaget og ikke kommentere de juridiske vurderingene i kapittel 5, 6 og 7 i høringsnotatet.

2. Dagligvaretilsynets overordnede merknader

Dagligvaretilsynet støtter departementets overordnede ambisjon om å øke konkurransen i dagligvaremarkedet gjennom å redusere mulige etableringshinder, men vi er skeptiske til forskrift om forbud mot forskjeller i innkjøpspriser i verdikjeden for mat og dagligvarer.

Vi anbefaler at forskriften ikke vedtas. Etter vår vurdering er det stor usikkerhet knyttet til hvorvidt forskriften vil bidra til å bedre konkurranseforholdene i dagligvaremarkedet. Det er videre vår vurdering at det vil være utfordrende å håndheve forskriften i praksis.

Vi trekker frem fire sentrale områder i den forbindelse.

2.1. Det er uklart hvem som vil dra nytte av forskriften

I høringsnotatet fremgår det at Forslaget særlig er relevant for mindre detaljister, uten at det konkretiseres eller eksemplifiseres hvilke konkrete detaljister det gjelder. Som departementet selv påpeker, vil en leverandør eller grossist sjelden ha relativ markedsrett overfor en av de tre store dagligvarekjedene, slik at disse sannsynligvis ikke vil dra nytte av forskriften.

Dagligvaretilsynet anser at eksisterende mindre aktører, og eventuelle kommende nyetableringer av for eksempel utenlandske aktører, ikke vil kunne dra fordel av denne reguleringen, blant annet fordi ytelsene fra disse sannsynligvis ikke vil være sammenlignbare med eksisterende (store) detaljister, særlig hva gjelder kvantum.

De som eventuelt vil kunne tenkes å dra nytte av forslaget, vil være mellomstore etablerte kjeder som Bunnpris og Oda – dersom de ønsker å endre på eksisterende innkjøpsamarbeid og distribusjon. Hvorvidt forskriften kan anvendes på disse aktørene vil imidlertid bero på en konkret vurdering fra Konkurransetilsynet, som blant annet vil måtte vurdere om disse aktørenes ytelser er likeverdige med de store detaljistenes.

2.2. Usikre positive effekter og fare for negative konsekvenser

Til tross for at den foreslåtte forskriften er mindre inngripende enn forslaget av oktober 2022, innebærer også dette forslaget et inngrep i den frie konkurransen ved at deler av konkurranseelementet fjernes. Vi anser at dette vil ha en usikker effekt, og empirisk sett har man svært lite av dokumenterte positive resultater å vise til. I tillegg er det fortsatt fare for negative konsekvenser, selv om denne faren er mindre sammenlignet med forrige forslag.

2.3. Operasjonalisering av definisjoner, grensesetting m.m. er utfordrende

Etter Dagligvaretilsynets oppfatning vil forslaget om å benytte begrepet relativ markedsrett trolig kunne fungere, sett i lys av de definisjonene som blant andre Sveits har anvendt i sin konkurranselovgivning. Relativ markedsrett er likevel et nytt begrep i norsk konkurranserett, som vil måtte anvendes, praktiseres og etterprøves. Begrepet vil sannsynligvis skape usikkerhet blant aktørene, særlig før Konkurransetilsynet har fattet sine første vedtak, eventuelt før begrepet også har blitt vurdert i rettslig instans.

Det er vår vurdering at det særlig vil være utfordrende å sette klare definisjoner eller grenseverdier for hva som er *likeverdige ytelser* med hensyn til kvalitet og kvantitet. Man vil derfor trolig havne i krevende diskusjoner om hvor grensen skal gå for hva som er sammenlignbart. Videre vil kravet om likeverdige ytelser trolig ikke ha vesentlig effekt for mindre aktører (detaljister), siden de neppe vil kunne levere likeverdige ytelser sammenlignet med de store etablerte detaljistkjedene.

2.4. Forskjellene i innkjøpsprisene er redusert for de store, men ikke utredet for øvrige detaljister

Konkurransetilsynets kartlegging av forskjeller i innkjøpspriser fra leverandører til de store kjedene viser at forskjellene har gått vesentlig ned i perioden 2017 til 2022. Dersom resultatet fra 2023 viser at utviklingen ikke har endret seg vesentlig, taler dette for et redusert behov for denne typen virkemidler rettet mot de store kjedene.

Det mangler imidlertid kunnskap om innkjøpspriser til øvrige detaljister på markedet. Dette gjelder særlig innkjøpspriser for basisvarer/tørrvarer. Det ville vært nyttig med bedre kunnskap om eventuelle forskjeller i innkjøpspriser for disse produktkategoriene. Som et alternativ til regulering av innkjøpspriser, foreslår Dagligvaretilsynet at det utredes ulike muligheter for å stimulere de små aktørene som allerede finnes på markedet.

Etter vår vurdering er det viktig å få frem kunnskap om hvorfor tilgrensende aktører, som for eksempel Europris og Normal, lykkes med salg av blant annet enkelte kategorier av dagligvarer.

Videre er det behov for faktabasert og reell kunnskap om hva som eventuelt må til for at en utenlandsk kjede skulle ønske å etablere seg i Norge.

3. Hvorvidt grossistene bør omfattes av forskriften

Departementet vurderer det som hensiktsmessig at forskriften som nå foreslås, omfatter både leverandører og grossister. Ettersom forskriftsforslaget av oktober 2022 ikke inkluderte grossister, ber departementet høringsinstansene om særlig å vurdere dette spørsmålet.

Dagligvaretilsynet stiller seg positiv til at forskriften utvides til å omfatte grossister. Grossistmarkedet består i dag hovedsakelig av enkelte store vertikalt integrerte aktører. Små og mellomstore detaljister som ikke er vertikalt integrerte og som ønsker å få innpass i markedet, er avhengige av tilgang på grossisttjenester fra eksisterende aktører. At grossister inntas i forskriften kan blant annet ha en preventiv effekt ved at grossistene i større grad velger å gi likere vilkår til sine kunder (detaljister), for å ikke bli rammet av forskriften. Etter vår mening ville det også vært hensiktsmessig å vurdere en nedre omsetningsgrense for grossister som omfattes.

Vi viser for øvrig til kommentarene nedenfor, der vi diskuterer hvorvidt forskriften totalt sett vil kunne bidra til å bedre konkurranseforholdene i dagligvaremarkedet.

4. Begrepet relativ markedsrett

I høringsnotatet fremgår det at relativ markedsrett skal forstås som at en kunde er avhengig av en leverandør eller en grossist, slik at kunden ikke har tilstrekkelige og rimelige alternativer, og det er en betydelig ubalanse i forhandlingsrett. Begrepet er definert tilnærmet likt som i den

tyske konkurranseloven § 20, samt den nylig vedtatte Cartel Act og the Unfair Competition Act i Sveits.²

Dagligvaretilsynet mener at begrepet relativ markedsrett er mer fleksibelt og omfavner bredere enn det tidligere foreslåtte begrepet vesentlig markedsrett. Som vi påpekte i vårt høringsvar av 16. desember 2022, kan begrepet relativ markedsrett imidlertid virke lite forutsigbart for aktørene. I foreliggende høringsnotat gis det ingen nedre terskel – verken mht. markedsandel eller omsetning – for når en leverandør eller grossist har relativ markedsrett. Det vil trolig være krevende for markedsaktørene å vurdere hvorvidt de har relativ markedsrett overfor de ulike kundene, hvilket vil kunne skape usikkerhet hos aktørene.

Videre vil vi påpeke at en leverandør eller grossist kan ha relativ markedsrett over en kunde (detaljist) for enkelte produkter eller produktkategorier, samtidig som leverandøren eller grossisten ikke utøver relativ markedsrett for andre produkter eller produktkategorier. I slike tilfeller vil det være usikkerhet knyttet til hvorvidt en leverandør eller grossist faktisk har relativ markedsrett over detaljisten, og hvorvidt detaljisten er *avhengig* av denne leverandøren eller grossisten.

Som departementet påpeker i høringsnotatet kan begrepet relativ markedsrett ha noe avskrekkende effekt ettersom begrepet ikke har blitt benyttet i norsk konkurranselov, og det kan derfor være uklart for markedsaktørene hva som ligger i begrepet. Departementet anser denne effekten som liten, uten at det begrunnes nærmere. Dagligvaretilsynet mener at denne effekten bør utredes nærmere, jf. diskusjonen ovenfor.

Departementet viser videre til at en annen mulig ulempe med å benytte relativ markedsrett kan være at en leverandør eller grossist vil nekte å handle med en mindre detaljist, fordi den risikerer å bli rammet av forskriften dersom den mindre detaljisten gis dårligere vilkår enn andre detaljister. Departementet anser også denne effekten som lite sannsynlig. Dette begrunnes med at gode marginer hos leverandøren eller grossisten gjør det lønnsomt å omsette sine produkter gjennom en mindre detaljist, selv om denne detaljisten får samme innkjøpspriser som andre detaljister. En slik begrunnelse er etter vår vurdering nokså teoretisk. Det mangler i dag kunnskap om hvilke marginer de ulike leverandørene eller grossistene opererer med, samt hvilke marginer som gjør det lønnsomt å handle med de ulike kundene. Konkurransetilsynet arbeider med en marginstudie i dagligvarebransjen, som trolig vil kunne gi bedre kunnskap rundt disse spørsmålene.

5. Forskriftens relevans for ulike aktørgrupperinger

I det følgende vil vi kort kommentere forskriftens relevans for de ulike aktørgrupperingene i dagligvaremarkedet.

5.1. De store kjedene

Debatten om forskjeller i innkjøpspriser har opprinnelig vært basert på tidligere dokumentasjon på, og synspunkter om, at Coop og Rema har hatt dårligere innkjøpsbetingelser enn Norgesgruppen. Forskriften som nå foreslås, ser ikke lenger ut til å adressere denne problemstillingen, ettersom den særlig rettes mot de mindre aktørene. Som departementet selv påpeker, vil en leverandør eller grossist sjelden ha relativ markedsrett overfor en av de tre store dagligvarekjedene, slik at disse sannsynligvis ikke vil dra nytte av forskriften.

² Se for eksempel <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=773bb79a-419e-44e9-9655-5b8395e7f5ee>

Samtidig viser Konkurransetilsynets kartlegging av innkjøpspriser at forskjellene har blitt mindre i perioden 2017 til 2022. Dersom kartlegging for 2023 skulle vise den samme tendensen, tyder dette på at argumentet for forbud mot prisdiskriminering mellom de tre store kjedene er ytterligere svekket.

5.2.De mellomstore aktørene

Det kan tenkes at mellomstore aktører, herunder Oda og Bunnpris, eventuelt vil kunne dra nytte av den foreslåtte forskriften. Oda har i dag et innkjøpssamarbeid med Rema, og Bunnpris har et tilsvarende samarbeid med NorgesGruppen. Begge håndterer i tillegg deler av innkjøpene selv. Odas forretningsmodell tilsier at de selv har kontroll med distribusjonen fra sine egne lagre frem til forbruker. Bunnpris benytter NorgesGruppens logistiktjenester til sine butikker.

Dagligvaretilsynet er ikke kjent med at Oda eller Bunnpris har klaget på innkjøpssamarbeidet, herunder forskjellsbehandling. Det er derfor uklart hvorvidt disse aktørene eventuelt ville være villige til å endre samarbeidet. Dersom dette likevel skulle være aktuelt, vil den foreslåtte forskriften hypotetisk sett kunne være til nytte. Som vi påpeker ovenfor, vil det imidlertid bero på en konkret vurdering fra Konkurransetilsynet, som blant annet vil måtte vurdere om disse aktørenes ytelser er likeverdige sammenlignet med de store detaljistenes.

5.3.De minste aktørene

Mindre grossister, butikker for frukt og grønt og orientalske varer (flerkulturelle butikker), samt nye konsepter som for eksempel Fudi, er svært dårlig representert i tilgjengelig markedsstatistikk. De utgjør et betydelig segment i flere byer. Det er derfor behov for mer kunnskap om denne delen av markedet.

Dagligvaretilsynet er blitt gjort kjent med at aktørene finner alternativer for innkjøp av både frukt og grønt og orientalske varer fra grossister utenfor de tre store kjedene, til konkurransedyktige priser. I noen tilfeller kjøper de også enkelte varegrupper gjennom aktører med parallell import.

Etter det vi er kjent med, strever disse aktørene imidlertid med å finne alternative konkurransedyktige utsidealternativer til basisvarer/tørrvarer, som de mener er nødvendig å ha i sortimentet. Aktørene kan derfor føle seg nødt til å handle slike varer fra en grossist eid av en av de store kjedene. Resultatet er at de ofte betaler mer for enkeltvarer enn hva utsalgsprisen er i en lavprisbutikk.

Som vi går nærmere inn på i kapittel 6 nedenfor, er det vår vurdering at den foreslåtte forskriften sannsynligvis ikke vil ha relevans av betydning for eksisterende små aktører som nevnt ovenfor, blant annet fordi ytelsene fra disse neppe vil være sammenlignbare med eksisterende (store) detaljister, særlig mht. kvantum.

5.4.Utfordrere

Diskusjonen om behov for nyetablering i det norske dagligvaremarkedet har hatt et nokså ensidig fokus på at en nyetablerer skal være mest mulig lik de store lavprisbutikkene. Mye av det spennende som har skjedd i det norske dagligvaremarkedet de seneste årene, har imidlertid vært fremveksten av butikker som er annerledes, spesielt med hensyn til sortiment. Den danske kjeden Normal har vokst med rekordfart, og den norske kjeden Europris har hatt en god utvikling både på børsen og i utvalgte segmenter av dagligvaremarkedet. Av andre aktører som er annerledes kan blant annet nevnes kjeden Holdbart, Fudi, verdibutikker og ekspresslevering gjennom aktører som Wolt og Foodora. Denne utviklingen kan tyde på at det ikke er mangel på risikovillig kapital.

Det mangler i dag kunnskap om også denne delen av markedet, og vår vurdering knyttet til forskriftens relevans for de minste aktørene ovenfor, gjelder også for denne typen aktører.

5.5. Internasjonal kjedeetablering i Norge

Enkelte ønsker at en ny internasjonal dagligvarekjede på nytt skal etablere seg i Norge. Vi anser at sannsynligheten for at dette skjer er liten. Lidl's feilslåtte etablering i Norge for over ti år siden ble lagt merke til av internasjonale konkurrenter, særlig siden Norge var det første landet der Lidl feilet med etablering. ICAs forsøk i Norge ble heller ingen suksess. Tendensen i våre naboland har vært at kjeder de siste årene heller har gitt opp (for eksempel Netto i Sverige og Aldi i Danmark), snarere enn at nye har kommet til. Et eksempel på det motsatte har vært den amerikanske aktøren innen hypermarked, Costco, som har etablert seg i Reykjavik på Island (EØS-land) og i Stockholm i Sverige.

Det mangler i dag kunnskap om hvorfor utenlandske aktører ikke etablerer seg i Norge, og om eventuelt ikke-konkurransedyktige innkjøpspriser faktisk er en av årsakene. Forskriftens relevans er dermed usikker også for disse aktørene. Det bør kartlegges hva som ville motivert en av de store internasjonale aktørene til å etablere seg i Norge. Etter vår mening lar dette seg best gjøre ved å gjennomføre konfidensielle intervjuer med de aktuelle aktørene. Det eksisterer flere miljøer som kunne ha gjennomført en slik konfidensiell undersøkelse.

6. Operasjonalisering

Etter Dagligvaretilsynets vurdering vil den foreslåtte forskriften være krevende å håndheve i praksis. I det følgende vil vi fremstille noen problemstillinger knyttet til dette.

Forskriften inneholder et nytt begrep, relativ markedsrett, som ikke er blitt benyttet i norsk konkurranseretts tidligere. Som tilsynet tidligere har påpekt, vil begrepet sannsynligvis skape usikkerhet blant aktørene, særlig før Konkurransetilsynet har fattet sine første vedtak, eventuelt før begrepet også har blitt vurdert i rettslig instans.

Etter det vi kan se, fremgår det ikke i høringsnotatet hvordan en konkret sammenligning av innkjøpernes kontraktsvilkår foretas og hvem som i så fall sammenlignes med hvem. Slik Forslaget foreligger, vil det for eksempel ikke være naturlig å sammenligne kontraktsvilkårene mellom en liten detaljist og (en av) de store kjedene, ettersom ytelsene fra disse aktørene ikke vil være likeverdige, særlig hva gjelder kvantum, jf. nedenfor.

Vi vil påpeke at ytelsene fra en mindre detaljist som forskriften er ment for å beskytte, trolig aldri vil være sammenlignbare med ytelsene fra (en av) de store detaljistene med potensielt bedre kontraktsvilkår. Dette fordi store detaljister både kjøper inn større kvantum og ofte har bredere sortiment enn små detaljister, og avtalen mellom en leverandør eller grossist og en detaljist vanligvis gjelder sortimentet samlet. Videre er det vår oppfatning at kvaliteten på ytelsene fra en liten og en stor detaljist trolig heller ikke vil være sammenlignbare. For eksempel vil en stor detaljist kunne tilby mer omfattende markedsføring i butikk enn hva en liten detaljist kan tilby, og det kan tenkes at leverandøren/grossisten derfor vil vurdere kvaliteten på ytelsene fra en stor detaljist høyere.

Dersom en leverandør eller grossist etter den foreslåtte forskriften skulle forby å kreve ulike innkjøpspriser mellom en (liten) detaljist og øvrige detaljister, er det videre uklart hvilken detaljist eller hvilke detaljisters innkjøpsbetingelser som skal etterlignes. Slik vi forstår Forslaget, vil leverandører og grossister fortsatt kunne prisdiskriminere mellom (store) detaljister som har tilstrekkelig sterk markedsrett og som ikke er avhengige av leverandøren/grossisten, slik at innkjøpsbetingelsene mellom slike aktører vil bli ulike.

Etter det vi kan se, kommenteres det ikke i høringsnotatet hvordan en sak der forskriften kommer til anvendelse, skal opprettes. Det er uklart hvem som eventuelt skal melde fra til Konkurransetilsynet om prisdiskriminering i strid med forskriften, eller om Konkurransetilsynet selv vil måtte overvåke markedet, for eksempel gjennom opplysningsplikt, og igangsette en sak basert på sine observasjoner.

Vi vurderer at håndheving av den foreslåtte forskriften både vil kreve innhenting av omfattende informasjon fra markedsaktørene og omfattende markedsanalyser. Videre vil det måtte vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle om det foreligger et brudd på forskriften. Vurderingen vil etter vår oppfatning måtte baseres på en betydelig grad av skjønn, og det vil både være ressurs- og tidkrevende å gjennomgå dokumentasjon fra markedsaktørene og foreta en slik vurdering.

7. Alternative stimulerings- og utredningsforslag

Avslutningsvis foreslår vi enkelte alternative og supplerende stimulerings- og utredningsforslag som kan bidra til å redusere barrierene for nyetableringer i dagligvarekjeden.

7.1. Stimuleringstiltak for eksisterende små aktører

Dagligvaretilsynet mener at det kan være hensiktsmessig å vurdere stimuleringstiltak for eksisterende små aktører i detaljist- og grossistledet, med potensial for videre vekst. Tilsvarende bør det vurderes stimuleringstiltak for mindre leverandører som trenger distribusjon ut over et avgrenset område. Slike aktører vil ofte være for små til å kunne ha egen distribusjon, men ikke tilstrekkelig store til at de største grossistene finner det lønnsomt å inkludere dem i sitt ordinære distribusjonssystem. Løsningen for slike aktører blir derfor at varene må gjennom et ekstra distribusjonsledd, der prisen på distribusjonstjenester vanligvis er basert på varens verdi og ikke den reelle kostnaden ved distribusjon. Dette gjør varene unødvendig dyre for forbruker.

7.2. Økt innsikt i nisje-aktører som ikke har et komplett dagligvaresortiment

Det er behov for mer kunnskap om mindre grossister og butikker for frukt og grønt og orientalske varer, som utgjør et betydelig segment i flere byer.

Som nevnt i kapittel 5.3 finner slike aktører som regel gode alternativer for å kjøpe blant annet frukt og grønt og orientalske varer fra grossister utenfor de tre store kjedene, men de strever med å finne konkurransedyktige utsidealternativer til basisvarer/tørrvarer.

Det er behov for å få mer innsikt i hvordan denne delen av dagligvaremarkedet fungerer og hvilke stimuli (støtteordninger o.l.) som kunne bistå med å utvikle denne delen av markedet ytterligere. I vurderingen av eventuelle støtteordninger kan det eksempelvis sees hen til Merkurprogrammet³, som er et godt eksempel på slike stimuli.

7.3. Kartlegging av mulige nye aktører (utenlandske detaljister)

Som nevnt i kapittel 5.5 mangler det i dag kunnskap om hvorfor utenlandske aktører ikke etablerer seg i Norge. Det bør derfor kartlegges hva som ville motivert en av de store

³ Se <https://www.merkur-programmet.no/>

internasjonale aktørene til å etablere seg i Norge. Etter tilsynets mening lar dette seg best gjøre ved å gjennomføre konfidensielle intervjuer med de aktuelle aktørene.

Med hilsen

Tor Erik Engebretsen
direktør

Lina Orlova
rådgiver