



Mottaker
Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Deres ref.:

Vår ref.: 2023/0574-2

Saksbehandler: Beate Milford Berrefjord
Saksansvarlig: Beate Milford Berrefjord

Dato: 09.02.2024

Høringsuttalelse – forslag til forskrift mot konkurranseskadelige forskjeller i innkjøpspriser i verdikjeden for mat

1 Innledning

Konkurransetilsynet viser til høringsnotat fra Nærings- og fiskeridepartementet (departementet) 15. desember 2023 med forslag om forbud mot konkurranseskadelige forskjeller i innkjøpspriser i verdikjeden for mat og dagligvarer. Høringsfristen er 9. februar 2024.

Forslaget går ut på å forby leverandører og grossister med relativ markedsrett å kreve ulike innkjøpsbetingelser for likeverdige ytelser dersom forskjellene begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen. Forskriften er utformet med tanke på å håndtere de samme utfordringene i markedet for mat og dagligvarer som i forskriftsforslagene i høringen av oktober 2022. Samtidig tar forslaget hensyn til relevante innspill fra den forrige høringsprosessen.

De sentrale endringene fra forrige høringsrunde er:

- Det nye forslaget omfatter grossister i tillegg til leverandører. Departementet mener dette kan gi større konkurransefremmende virkninger. Det bes særlig om høringsinstansenes syn på dette forslaget til endring.
- Kravet til markedsrett er endret fra "vesentlig markedsrett" til "relativ markedsrett".
- Det åpnes ikke lenger for at aggregerte virkninger kan tillegges vekt i vurderingen av om konkurransen er begrenset som følge av innkjøpsprisforskjeller fra én leverandør.
- Det er ikke lenger et krav til at forskjeller i innkjøpspriser må kunne begrunnes saklig. Departementet mener at et slik krav materielt sett vil tilføre lite utover kravet om at forskjellene må være egnet til å begrense konkurransen.

I forrige høringsrunde sendte departementet to ulike forslag til forskrift om forbud mot usaklige innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer, på høring. Forslagene var en oppfølging av Stortingets anmodningsvedtak nr. 612 fra 31. mai 2022.¹ Bakgrunnen for vedtaket var bekymringer knyttet til konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet og at forskjeller i innkjøpspriser fungerer som en betydelig etableringshindring. Departementet ba også om innspill til om Konkurransetilsynet burde gis et nytt og supplerende markedsetterforskningsverktøy.

¹ [Vedr. Stortingets vedtak nr. 612, 31. mai 2022, om usaklig prisdiskriminering og vedtak nr. 605, 31. mai 2022 om ytterligere konkurransefremmende tiltak \(regjeringen.no\)](#)

Konkurransetilsynet sendte høringsvar 15. desember 2022 (heretter "forrige høringsuttalelse"). Tilsynets overordnede merknader var at dagens forbudsbestemmelser sannsynligvis er tilstrekkelig til å håndtere eventuelle konkurransebegrensende virkninger av prisdiskriminering på leverandørleddet. Videre viste tilsynet til at et markedsetterforskningsverktøy vil være mer treffsikkert for å håndtere de utfordringene som forskriftsforslaget var ment å løse.

Konkurransetilsynets svar på det forslaget som nå er på høring vil i hovedsak være knyttet til ovennevnte endringer, og hvilke virkninger disse kan ha på konkurransen i markedet (kapittel 3). Konkurransetilsynet vil kort kommentere forholdet til EØS-konkurranseloven § 7 (kapittel 4) og konkurranseeloven § 14 (kapittel 5). Tilsynet vil også redegjøre for sin vurdering av hvilke administrative og økonomiske konsekvenser forslaget kan ha (kapittel 6). Innledningsvis vil tilsynet kort oppsummere konkurransesituasjonen i det norske dagligvaremarkedet (kapittel 2). For øvrig vises til tilsynets forrige høringsvar der flere relevante forhold knyttet til regulering av innkjøpspriser er vurdert.

2 Konkurransesituasjonen i det norske dagligvaremarkedet

Departementet viser i høringsnotatet til at dagligvaremarkedet er preget av et fåtall aktører på leverandør-, grossist- og detaljistledd, og få nyetableringer. Videre peker departementet på at antallet utenlandske aktører er lavt, og at prisene i Norge er høyere og utvalget mindre enn i andre europeiske land. Samtlige forhold tyder på at konkurransen i markedet ikke er så effektiv som den kan være. Departementet viser også til Oslo Economics sin rapport fra 2017², der blant annet stordriftsfordeler i innkjøp, importvernet, vertikal integrasjon og begrenset tilgang til attraktive lokaler utpekes som sentrale etableringshindringer i dagligvaremarkedet.

Konkurransetilsynet er enig i at de overordnede strukturene i det norske dagligvaremarkedet i stor grad er uforandret siden forrige høringsrunde, og at det fortsatt er betydelige etableringshindringer i markedet. Det har likevel skjedd flere endringer i markedet i perioden. Disse er nærmere beskrevet i Konkurransetilsynets dagligvarerapport for 2023.³ Særlig relevant for det som her vurderes er at forskjellene i innkjøpspriser er vesentlig redusert siden 2017.

For en ytterligere redegjørelse for konkurransesituasjonen i det norske dagligvaremarkedet vises det til Konkurransetilsynets forrige høringsuttalelse.

For en nærmere beskrivelse av forskjeller i innkjøpspriser i dagligvaremarkedet og årsakene til disse, vises til Konkurransetilsynets dagligvarerapport for 2022.⁴

3 Konkurransetilsynets merknader til forslaget

3.1 Konkurransetilsynets overordnede merknader til forslaget

Det norske dagligvaremarkedet er preget av flere ulike etableringshindringer, som sammen og hver for seg kan begrense konkurransen i markedet. Forskjeller i innkjøpspriser har vært pekt på som en sentral etableringshindring, og det er på denne bakgrunn fremmet ulike forslag til regulering av prisdiskriminering mellom aktører i markedet.

Det er Konkurransetilsynets vurdering, slik det også påpekte i forrige høringsrunde, at det kan være utfordrende å anvende de eksisterende forbudsbestemmelsene for å hindre prisdiskriminering som skader konkurransen på detaljistleddet i dagligvaremarkedet. I forrige høringsvar pekte tilsynet særlig på at den mest aktuelle bestemmelsen, konkurranseeloven § 11 c, vil rette seg mot leverandører som hver for seg utgjør en relativ liten andel av den totale omsetningen til en dagligvarekjede, og at det kan være krevende å underbygge at konkurransen begrenses i markedet med utgangspunkt i prisdiskriminering fra en enkeltleverandør. Tilsynet mener etter dette at en mer hensiktsmessig tilnærming for å håndtere eventuelle konkurransebegrensende virkninger av prisdiskriminering, er å innføre et markedsetterforskningsverktøy.

² Rapport fra Oslo Economics og Oeconomica på oppdrag fra departementet i 2017.

³ [Konkurransetilsynets Dagligvarerapport](#)

⁴ [Konkurransetilsynets dagligvarerapport 2022](#)

Forskjeller i innkjøpspriser kan ha ulike virkninger på konkurransen på kort og lang sikt. Dette ble grundig omtalt flere steder i Konkurransetilsynets forrige høringssvar.

Konkurransetilsynets vurdering var at forskjeller neppe eller svært sjelden vil være skadelig på kort sikt. Videre viste tilsynet til at prisdiskriminering innenfor kortere tidshorisoner kan ha flere positive virkninger.

Konkurransetilsynet sluttet seg til departementets vurdering av mulige virkninger på lang sikt, slik disse ble beskrevet i departementets forrige høringsnotat. Det ble pekt på at prisdiskriminering over tid kan påvirke det absolutte nivået på innkjøpspriser til en liten aktør, og at dette kan gå direkte utover lønnsomheten og føre til svakere incentiver til å investere i nye produkter, kostnadsreduserende tiltak eller nye forsyningskilder. Videre ble det vist til at forskjeller over tid kan føre til at dagligvarekjeder med gode betingelser vokser seg større på bekostning av mindre kjeder, og at dette kan føre til en selvforsterkende effekt som innebærer stadig dårligere innkjøpsbetingelser for mindre aktører. Dette vil begrense de små aktørenes evne til å konkurrere. Tilsynet understreket at det ikke hadde identifisert spesifikke forhold som tilsa at prisdiskriminering begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen. Dette er fortsatt tilfelle.

Uttalelsene i forrige høringssvar var i stor grad basert på Konkurransetilsynets kartlegging av forskjeller i innkjøpspriser og årsakene til disse. På detaljistleddet omfatter kartleggingen de tre største dagligvarekjedene i Norge. Tilsynet forstår imidlertid det nye forskriftsforslaget slik at det tar sikte på å redusere etableringshindringene for små detaljister, og at forskriften derfor ikke er ment å omfatte de etablerte kjedene.

Selv om omtalen av mulige negative virkninger på lang sikt, i forrige høringssvar, i hovedsak handlet om små detaljister, er det Konkurransetilsynets vurdering at en forskrift ikke er egnet til å løse eventuelle problemer knyttet til etablering og ekspansjon for disse aktørene. Dette skyldes særlig to forhold.

For det første vil håndheving av en forskrift kun adressere en konkret avtale mellom en mindre detaljist og én leverandør eller grossist. Dette blir etter Konkurransetilsynets vurdering en for snever tilnærming til eventuelle konkurransebegrensende virkninger av prisdiskriminering, slik de er skissert over. Forholdet vil kunne stille seg annerledes ved innføring av et markedsetterforskningsverktøy, fordi eventuelle tiltak kan utformes basert på de samlede virkningene i markedet og derfor være bedre tilpasset det eller de identifiserte konkurranseproblemene. Tiltak som følge av en markedsetterforskning vil derfor være bedre egnet til å lette eventuelle etableringshindringer som følge av prisdiskriminering overfor små aktører.

For det andre fremstår forskriften som et lite robust grunnlag for etablering. Usikkerhet knyttet til rettsanvendelse og utfallet av en eventuell saksbehandling vil trolig oppleves som risikofylt og uforutsigbart for en liten aktør, og forskriften vil etter Konkurransetilsynets vurdering derfor neppe bidra til å redusere etableringshindringene for disse aktørene. Tilsynet mener utfordringer knyttet til etablering i dagligvaremarkedet heller må løses ved å bedre de generelle rammevilkårene for konkurranse i markedet, og har blant annet pekt på endringer i importvernet og tilgang til egnede lokaler som mulige måter å gjøre det enklere å få til etablering på.

Konkurransetilsynet finner også grunn til å understreke at håndheving av en eventuell forskrift som foreslått vil innebære en lite effektiv utnyttelse av tilsynets ressurser knyttet til arbeidet med å fremme konkurranse i dagligvaremarkedet.

3.2 Forslaget om at også grossister skal omfattes av forskriften

Departementet mener at en forskrift som gjelder både for leverandører og grossister i større grad vil kunne bidra til å bedre vilkårene for mindre og nyetablerte detaljister. Departementet viser til at flere av innspillene fra forrige høringsrunde trakk frem manglende tilgang til grossist- og distribusjonstjenester på ikke-diskriminerende vilkår som en etableringshindring i dagligvaremarkedet.

Konkurransetilsynet mener spørsmålet om grossister bør omfattes av forskriften ikke er tilstrekkelig utredet, og derfor vanskelig kan tas stilling til.

Det fremgår ikke av høringsnotatet hvem grossisten ikke kan prisdiskriminere mellom. Mer presist fremgår det ikke om forbudet retter seg mot forskjeller mellom ulike kunder (for eksempel mellom Foodora og Oda), eller mellom egen nedstrømsvirksomhet og andre kunder. Svaret kan ha viktige konsekvenser for virkningene av en regulering. Prisdiskriminering fra en grossist kan videre reise andre spørsmål enn prisdiskriminering fra en leverandør som ikke er aktiv nedstrøms. Diskriminering fra en aktør som er aktiv på to ulike ledd i verdikjeden, kan være aktuelt å vurdere som marginskvis dersom aktøren har en dominerende stilling. Dette forholdet er ikke drøftet i høringsnotatet, og det er heller ikke vurdert om marginskvis faktisk er en aktuell problemstilling i det norske dagligvaremarkedet, eller om konkurranseloven § 11 er tilstrekkelig for å fange opp slike tilfeller.

Håndheving av regulering av prisdiskriminering fra grossister av dagligvarer kan videre skape praktiske utfordringer som ikke er diskutert i høringsnotatet, herunder å bestemme hvilke av flere tusen produkter som skal inngå i vurderingen av om grossisten har diskriminert mellom en grossistkunde og seg selv/andre grossistkunder.

Bunnpris og Oda har innkjøpsavtaler med henholdsvis Norgesgruppen og Rema. Konkurransetilsynet har tidligere på oppdrag av departementet kartlagt eksisterende grossistvilkår samt potensielle nye dagligvareaktørs tilgang til grossisttjenester. Det vises til denne kartleggingen⁵.

En annen mulig konsekvens av å regulere grossistavtaler er at mindre aktører mister insentiv til å utvikle egen grossistvirksomhet. Dette er ikke drøftet i høringsnotatet.

3.3 Forslaget om å innføre begrepet "relativ markedsrett"

Forskriften skal gjelde for leverandører og grossister med "relativ markedsrett". Det forrige høringsforslaget omfattet leverandører med "vesentlig markedsrett", men høringsinstansene ble likevel bedt om å gi sin vurdering av "relativ markedsrett" som et supplement eller alternativ til "vesentlig markedsrett". I forslaget som nå er på høring beskrives forskjellene slik:

Relativ markedsrett foreligger når en kunde er avhengig av leverandøren på en slik måte at kunden ikke har tilstrekkelige og rimelige alternativer, og det er en betydelig ubalanse i forhandlingsrett. Et foretak som regnes for å ha vesentlig markedsrett kan ha relativ markedsrett overfor en liten aktør, men det samme foretaket har ikke nødvendigvis relativ markedsrett overfor en større aktør.

Departementet begrunner endringen med at en forskrift basert på "vesentlig markedsrett" innebærer risiko for at leverandører og grossister vil oppleve det som mer risikofyllt å prisdiskriminere, og at de vil avstå fra prisdiskriminering også når det er konkurransefremmende. Dette kan gjøre forhandlingene mindre effektive og begrense detaljistenes insentiver til å forhandle ned leverandørens priser. Departementet anser risikoen for slike virkninger som mindre dersom forbudet rettes mot aktører med relativ markedsrett. Departementet peker likevel på at bruken av begrepet kan ha noe avskrekkende siden det ikke har blitt benyttet i norsk konkurranselov, og at det kan være uklart for markedsaktørene hva som ligger i begrepet.

En annen mulig ulempe ved å benytte relativ markedsrett kan ifølge departementet være at en leverandør eller grossist nekter å handle med en mindre detaljist fordi den risikerer å bli rammet av forskriften. Risikoen anses imidlertid som lav.

Departementet legger til grunn at ved å innføre begrepet "relativ markedsrett" vil forskriften kun ramme prisdiskriminering i de tilfellene der en dagligvarekjede står i et avhengighetsforhold til leverandøren eller grossisten, og hvor det er en klar ubalanse til fordel for sistnevnte. Det er departementets vurdering at en leverandør eller grossist sjelden vil ha relativ markedsrett overfor de tre store dagligvarekjedene med mindre leverandøren eller grossisten har en dominerende stilling. Samtidig vil ikke-dominerende aktører kunne ha relativ markedsrett i forhandlinger med små og nyetablerte dagligvarekjeder.

⁵ Konkurransetilsynets oppfølging av supplerende tildelingsbrev nr. 1 2018 - dagligvaremarkedet, 10. oktober 2018

Departementet uttaler at det er vanskelig å forutse virkningen av forskriften, men at det å vedta en forskrift uansett kan ha disiplinerende virkninger i seg selv, ved at det signaliseres at spørsmålet prioriteres.

Konkurransetilsynet er enig i departementets vurdering av mulige negative konsekvenser som følge av innføring av begrepet "relativ markedsakt". Tilsynet anser imidlertid risikoen for at de inntreffer som betydelig større enn det departementet legger til grunn.

I forrige høringsrunde uttalte Konkurransetilsynet at "relativ markedsakt" kan fremstå som lite forutsigbart for markedsaktørene. Blant annet kan det resultere i unødige kostnader og uønskede virkninger, som at konkurransefremmende prisdifferensiering ikke gjennomføres fordi aktørene er usikre på forskriftens virkeområde. Dette er fortsatt tilsynets vurdering.

Konkurransetilsynet mener at usikkerhet knyttet til de rettslige rammene for begrepet både kan gjøre grossister og leverandører mer tilbakeholdne med å gi rabatter, og brukes som et argument for å holde igjen rabatter.

Konkurransetilsynet mener videre at det er en reell risiko for at usikkerhet knyttet til det rettslige innholdet i begrepet "relativ markedsakt" vil føre at grossister og leverandører avstår fra å forhandle med mindre aktører. En slik risiko tilsier at forbudet mot prisdiskriminering bør kombineres med en form for leveringsplikt for å sikre tilførsel av varer. En slik plikt vil imidlertid gjøre forskriften mer omfattende og ressurskrevende både for markedsaktører og håndhevere.

En mulig disiplinerende effekt av forskriften kan altså være at leverandører og grossister blir mer tilbakeholdne med å gi rabatter og inngå avtaler, noe som kan øke etableringshindringene og virke uheldig på konkurransen i dagligvaremarkedet.

Konkurransetilsynet forstår departementets dithen at forskriften er ment å legge bedre til rette for at små aktører kan ekspandere og nye kan etablere seg, og at anvendelsesområdet derfor vil være avgrenset mot de tre store dagligvarekjedene. Dette er i så fall en viktig avklaring som bør komme tydeligere frem i en eventuell forskrift.

Departementet mener at en regulering vil gi små dagligvarekjeder bedre utsidealternativ i forhandlinger med leverandører og grossister, og at dette vil kunne gi bedre vilkår for små kjeder. Det er ikke klart for Konkurransetilsynet at dette er særskilt relevant for vurderingen av "relativ markedsakt" som vilkår i en eventuell regulering. Isolert sett kan bedre utsidealternativ gi bedre forhandlingsmakt og bedre betingelser, og dermed styrket konkurranse. Dette er imidlertid ikke sannsynliggjort i høringsnotatet, og det foreligger ikke nok informasjon om forslaget til å vurdere om det er en sannsynlig virkning.

Videre kan en regulering ha en rekke andre virkninger på små dagligvarekjeders forhandlingsposisjon overfor leverandører og grossister, herunder at grossister unnlater å gi rabatter også til mindre kunder, fordi grossistene da må gi de samme rabattene til alle sine grossistkunder.

3.4 Forslaget om å gå bort fra aggregerte virkninger som vurderingsgrunnlag

Departementet har gått bort fra forslaget om at det ved håndheving av forskriften kan legges vekt på aggregerte virkninger av leverandørenes prisdiskriminering. Dette begrunnes blant annet med at innkjøpspriser normalt er forretningssensitiv informasjon som ikke deles mellom aktører, og at en bestemmelse som åpner for at aggregerte virkninger kan tillegges vekt kan føre til at samtlige leverandører blir mer restriktive med å gi også konkurransefremmende rabatter. Departementet viser i tillegg til problemer knyttet til håndheving og rettferdig rettergang.

Konkurransetilsynet er enig i departementets vurdering av utfordringer og problemer knyttet til håndheving. Samtidig vil tilsynet understreke, slik det også gjorde i sin forrige høringsuttalelse, at det vil være krevende å vise at konkurransen begrenses i dagligvaremarkedet med utgangspunkt i prisdiskriminering fra én enkeltleverandør. Dette kan gjøre det vanskelig å anvende forskriften i praksis, og illustrerer etter tilsynets vurdering at forskrift er lite egnet til å løse eventuelle konkurranseproblemer som følge av forskjeller i innkjøpspriser. Det vises i den forbindelse til punkt 3.1 der tilsynet peker på at fordi konkurranseloven § 11 c f retter seg mot leverandører som hver for seg utgjør en relativ liten andel av den totale omsetningen til en dagligvarekjede, kan det være

krevene å underbygge at konkurransen begrenses i markedet. Det samme vil være tilfelle ved håndheving av en slik forskrift som her er til vurdering.

3.5 Forslaget om å gå bort fra kravet til saklig begrunnelse

Forskriftsforslagene høsten 2022 gikk ut på å forby usaklige forskjeller i innkjøpspriser. Departementet har kommet til at et slikt krav materielt sett vil tilføre lite utover kravet om at forskjellene i innkjøpspriser må være egnet til å begrense konkurransen, og viser til at forskjeller som kan begrunnes saklig sannsynligvis ikke vil være konkurransebegrensende. Det nye forskriftsforslaget inneholder derfor ikke noe krav om at prisforskjeller må ha en saklig begrunnelse.

Konkurransetilsynet støtter departementets vurdering. Det vises i den forbindelse til tilsynets forrige hørings svar, der det blant annet ble pekt på at tilsynets undersøkelser av forskjeller i innkjøpspriser og årsakene til disse har avdekket at når man ser bort fra motytelser og andre saklige prisforskjeller, vil den gjenværende usaklige prisforskjellen ofte være forholdsvis liten.

3.6 Sanksjoner

Det er departementets vurdering at brudd på forskriften skal kunne sanksjoneres på samme måte som brudd på konkurranseloven § 11, annet ledd bokstav c. Dette innebærer at brudd på forskriften både kan sanksjoneres med pålegg om opphør (§ 12) og overtredelsesgebyr (§ 29 a).

Konkurransetilsynet er enig i forslaget. For å oppnå tilstrekkelig avskrekkende effekt av et eventuelt forbud, mener tilsynet det må være hjemmel til å sanksjonere eventuelle brudd med overtredelsesgebyr. Det kan imidlertid ikke utelukkes av risikoen for gebyr vil forsterke de mulige konkurransebegrensende virkningene knyttet til rettslig usikkerhet, som omtalt over under kapittel 3.3.

4 Forholdet til konkurranseloven § 14

For at konkurranseloven § 14 skal komme til anvendelse må to vilkår være oppfylt. Forskrift må være "nødvendig", og "rette seg mot vilkår, avtaler eller handlinger som bergenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål". Flere av høringsinstansene stilte seg i forrige høringsrunde tvilende til at vilkårene var oppfylt. I etterkant av forrige høringsrunde og på bakgrunnen av de endringer som er gjort i selve forskriftsforslaget, har departementet foretatt en fornyet vurdering av forholdet til konkurranseloven § 14.

Ettersom det nye forslaget kun omfatter forskjeller i innkjøpspriser som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen, er kravet til konkurransebegrensende virkning oppfylt.

Når det gjelder kravet til nødvendighet, viser departementet blant annet til forarbeidene der det står at forskrift kan benyttes for tilfeller der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende, uten at forbudene i konkurranseloven § 10 og § 11 kommer til anvendelse. Departementet mener at en forskrift som benytter en lavere terskel enn dominerende stilling vil kunne omfatte flere tilfeller av konkurransebegrensende adferd og gi mer effektiv håndheving. Departementet skriver videre at det er av betydning i hvilken grad forbudsbestemmelsene i konkurranseloven § 10 og § 11 lar seg anvende på den aktuelle adferden. Dersom det er usikkert om adferden faller inn under forbudsbestemmelsene, eller håndheving av forbudene er et lite effektivt eller egnet virkemiddel mot adferden, kan være nødvendig med supplerende regulering. Departementet mener risikoen for utilsiktede virkninger, som mindre intensiver til å gi rabatter og nedkjølende effekt dersom det skapes tvil om aktørenes handlingsrom, er mindre enn ved forrige høringsforslag fordi dette forslaget er mindre inngripende.

Konkurransetilsynet la i forrige høringsuttalelse til grunn at kravet til nødvendighet gir anvisning på at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering. Dette innebærer blant annet en vurdering av om forskriften samlet sett vil ha positive effekter for konkurransen, og om konkurranseproblemet kunne avbøtes med mindre inngripende tiltak. Tilsvarende er lagt til grunn her.

Konkurransetilsynet mener det er tvil om hvorvidt forskriftsforslaget oppfyller kravet til nødvendighet i konkurranseloven § 14.

Det er i vurderingen lagt vekt på redegjørelsene over der det blant annet fremgår at Konkurransetilsynet finner det usikkert om den foreslåtte forskriften i tilstrekkelig grad vil avbøte de konkurranseproblemene den tar sikte på å løse, og om den samlet sett vil ha positiv virkning på konkurransen. Som påpekt over mener tilsynet at det foreligger en ikke ubetydelig risiko for at forskriften vil føre til at konkurransen i dagligvaremarkedet begrenses ytterligere.

5 Forholdet til EØS-konkurranseloven § 7

EØS-konkurranseloven § 7 innebærer at adferd som faller inn under "avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptrede" ikke kan reguleres mer restriktivt enn EØS-avtalen artikkel 53 og konkurranseeloven § 10. Tilsvarende begrensning gjelder ikke for ensidig adferd. I forrige høringsrunde var det mange og ulike synspunkter på om de foreslåtte forskriftene gikk lenger enn EØS-konkurranseloven tillater. Departementet ga etter dette advokatfirma Grette i oppdrag å utrede spørsmålet.⁶ Basert på denne utredningen og annen litteratur konkluderer departementet, i forslaget som nå er på høring, med at EØS-konkurranseloven § 7 åpner for å regulere adferden til en part med relativ markedsrett som innebærer at denne parten ensidig kan fastsette avtalevilkårene, også når denne adferden fremgår av en avtale.

I sin forrige høringsuttalelse sluttet Konkurransetilsynet seg til departementets vurdering av at prisdiskriminering ikke er en typisk overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, og at det i mange tilfeller kan være grunn til å anse prisdiskriminering som ensidig adferd. Dette er fortsatt tilsynets oppfatning.

I forrige høringsrunde la departementet frem to ulike forslag til forskrift hvorav kun det ene, forslag 2, inneholdt et krav til konkurransebegrensende virkning. Til dette forslaget uttalte tilsynet at en forskrift uansett ikke ville være ulovlig etter EØS-konkurranseloven § 7 uavhengig av om adferden ble ansett som avtaler som reguleres av artikkel 53 eller ensidig adferd. Også i høringsforslaget som her behandles er det inntatt et krav til konkurransebegrensning, og det er derfor tilsynets vurdering at spørsmålet om forholdet til EØS-konkurranseloven § 7 neppe vil komme på spissen.

6 Administrative og økonomiske konsekvenser

Samfunnsøkonomiske virkninger

Departementet legger til grunn at det vil være positivt for forbrukerne og for effektiv ressursbruk og verdiskapning i dagligvaremarkedet at Konkurransetilsynet gis større mulighet til å gripe inn mot konkurranseskadelig prisdiskriminering. Departementet påpeker samtidig at den foreslåtte forskriften i noen grad vil kunne påvirke dagligvarekjedenes insentiver til å forhandle frem bedre innkjøpsbetingelser fra leverandører og grossister. Dette fordi det er mulig at andre dagligvarekjeder som de aktuelle leverandørene og grossistene har relativ markedsrett overfor, også vil oppnå liknende vilkår. Leverandører og grossister vil også ha noe lavere insentiv til å gi én enkelt aktør rabatter fordi de vil måtte gi de samme rabattene til aktører de har relativ markedsrett overfor. En slik inn gripen i forhandlings- og kontraktsfriheten kan ifølge departementet påvirke aktørenes mulighet til å fremforhandle effektive kontrakter.

Konkurransetilsynet mener det er en risiko for at de samfunnsøkonomiske virkningene av forskrift vil være overveiende negative for konkurransen i markedet. Det nevnes i den forbindelse at tilsynet i forrige høringsuttalelse trakk frem at dagligvarekjedene kan ha interesse av å gjøre tilpasninger som gjør det vanskelig å fastslå om det dreier seg om "likeverdige ytelser".

Økonomiske og administrative konsekvenser

Departementet skriver at forskriften vil kunne innebære at Konkurransetilsynet må bruke mer ressurser på håndheving, samt på å forsvare eventuelle vedtak gjennom påfølgende rettsprosesser. Videre viser departementet til at dette kan innebære mindre ressurser til annen håndheving, med de konsekvenser dette kan ha for konkurranse og effektiv ressursbruk, samt mindre ressurser til å kunne gjennomføre andre prioriterte oppgaver. Departementet trekker også frem at forskriften kan føre til økt ressursbruk i

⁶ Departementet har innhentet en utredning om EØS-konkurranseloven § 7 fra advokatfirma Grette [nfd-utredning-om-handlingsrommet-etter-eos-konkurranseloven4011445.pdf](https://www.grette.no/utredning-om-handlingsrommet-etter-eos-konkurranseloven4011445.pdf) ([regjeringen.no](https://www.regjeringen.no))

Konkurranseskilagenemnda og domstolene. På den annen side mener departementet at forskriften kan virke avskrekkende, og at dette kan føre til at økningen i antall saker om prisdiskriminering begrenses.

Konkurransetilsynet finner det sannsynlig at håndheving av forskriften vil kreve betydelige ressurser. Det vises særlig til at forskriften tar i bruk rettslig uavklarte begreper, og at det kan bli svært vanskelig å påvise konkurransebegrensninger som følge av én leverandøravtale. Etter tilsynets vurdering vil den forventede ressursbruken neppe stå i forhold til de samfunnsmessige gevinstene av forskriften.

Konkurransetilsynet finner det usikkert om forskriften vil ha en slik avskrekkende effekt som departementet skisserer. Som påpekt flere steder i dette høringssvaret, kan en avskrekkende konsekvens av forskriften være at leverandører og grossister ikke gir konkurransefremmende rabatter, eller avstår fra å inngå avtaler. I så fall kan et begrenset antall av saker ha sin egentlige årsak i forhold som skader konkurransen.

Økonomiske og administrative konsekvenser for næringslivet

Departementet skriver i høringsnotatet at introduksjonen av nye vurderingsmomenter kan bidra til å skape usikkerhet rundt hvilke former for prisdiskriminering som er tillatt, og at slik usikkerhet kan avskrekke aktører fra å gjennomføre konkurransefremmende prisdiskriminering.

Konkurransetilsynet slutter seg til denne vurderingen.

Med hilsen

Beate Milford Berrefjord
avdelingsdirektør

Dokumentet er elektronisk godkjent.

Mottaker

Nærings- og fiskeridepartementet

Postadresse

Postboks 8090 Dep

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

postmottak@nfd.dep.no