

Nærings- og fiskeridepartementet

Via elektronisk høringsportal

Vår dato:

9. februar 2024

Deres dato:

15. desember 2023

Vår referanse:

POL/GS/---

Deres referanse:

23/6562

Høring om forslag til forskrift om forbud mot konkurranseskadelige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat- og dagligvarer.

NHO Mat og Drikke viser til Nærings- og fiskeridepartementets brev datert 15. desember 2023 med høring av forslag til forskrift om forbud mot konkurranseskadelige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat- og dagligvarer, og oversender med dette vår uttalelse i saken.

NHO Mat og Drikkes mener *oppsummert* at det foreliggende forslaget til forskrift er en forbedring fra utkastene til forskrifter om forbud mot usaklige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat- og dagligvarer som ble sendt på høring i 2022, først og fremst ved at enkelte av de mest problematiske delene av forskriftsutkastene fra 2022 ikke er gjentatt. NHO Mat og Drikke mener likevel at forslaget til forskrift ikke kan fastsettes slik det nå foreligger. Begrunnelsene for dette fremgår nedenfor.

NHO Mat og Drikke vil innledningsvis videre peke på følgende tre forhold:

1. Utgangspunktet for å drøfte konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet må være at «en sentral problemstilling i verdikjeden for mat at mye makt er samlet i hendene på de tre kjedene, og at denne makten er økende», slik Stortingets næringskomité bl.a. fremholdt i innstillingen til Stortinget om Meld. St. 27 (2019-2020) *Daglegvare og konkurranse – kampen om kundane*.
2. Regjeringens tipunksplan for bedre utvalg og lavere priser i matbutikkene gir en oversiktlig ramme for konkurransepolitikken i verdikjeden for mat- og dagligvarer. Ved at det samtidig legges vekt på en kunnskapsbasert politikktutforming der bl.a. utilsiktede konsekvenser av politikkinitiativer klargjøres før beslutninger treffes, gir dette en forutsigbarhet for bedriftene som NHO Mat og Drikke støtter.
3. Tiltak for å forby konkurranseskadelige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden kan ikke sees løst fra øvrig mål og tiltaksområder i tipunksplanen. En regulering av innkjøpsbetingelsene kan bl.a. påvirke omfanget og virkningene av dagligvaregrupperingenes egne varer (EMV), som også skal vurderes som en del av tipunksplanen etter flere vedtak i Stortinget.

Denne høringsuttalelsen må sees i sammenheng med NHO Mat og Drikkes uttalelse i tilknytning til høringen om forbud mot usaklige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer datert 16. desember 2022, som i sin helhet er relevant for våre vurderinger.

Kvale Advokatfirma DA ved advokatene Kristin Hjelmaas Valla, Gjermund Mathisen, Sindre Abusland Svendsen og Jens Edvin Skoghøy har bistått NHO Mat og Drikke med høringsuttalelsen. Kvalens notat med kommentarer til forslaget til forskrift datert 6. februar 2024, følger i sin helhet vedlagt denne uttalelsen.

Oppsummering av NHO Mat og Drikkes hovedsynspunkter.

Nærings- og fiskeridepartementet må innledningsvis klargjøre hvilken konkurranseskadelig forretningspraksis forskriften skal forhindre som ikke allerede er forbudt etter konkurranseloven §§ 10 og 11. NHO Mat og Drikke mener at det er tvilsomt om det foreliggende forslaget til forskrift oppfyller

vilkårene etter konkurranselovens § 14, og at både rådende markedsforhold og fremtidige markedsutsikter må vurderes mer grundig i relasjon til nødvendighetsvilkåret.

NHO Mat og Drikke mener videre at følgende forhold må avklares eller at nødvendige endringer må gjennomføres før en forskrift eventuelt kan fastsettes:

1. Anvendelsesområdet til forskriften må presiseres tydeligere enn det som er gjort i høringsutkastet.
2. Begrepet «relativ markedsrett» som introduseres i forslaget, er nytt og ukjent fra norsk rettspraksis og forvaltningspraksis, og vil bidra til usikkerhet dersom dette benyttes uten en mer grundig avklaring av hvordan det skal anvendes.
3. Forslaget til forskrift er neppe forenlig med EØS-konkurranseloven § 7 og EØS-avtalens § 53. Det må ikke kunne herske tvil om at norsk lovgivning er i tråd med EØS-avtalen.
4. Forslaget til forskrift reiser prinsipielle spørsmål i tilknytning til Grunnlovens bestemmelser i § 97 om lovgivning med tilbakevirkende kraft. Dette må utredes mer grundig før en forskrift fastsettes.
5. Forslaget til forskrift legger opp til et strengt sanksjonsregime som fremstår som uforholdsmessig i forhold til overtredelsene det er ment å sanksjonere. Dette spørsmålet er mangelfullt utredet i forhold til Grunnlovens § 113 og straffeloven, og må vurderes mer grundig før en forskrift fastsettes.

Disse synspunktene, som på de rettslige områdene i det vesentlige er basert på Kvaless vurderinger og anbefalinger, utdypes nærmere nedenfor.

Utgangspunktet for å drøfte konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet.

NHO Mat og Drikke påpekte i høringsuttalelsen av 16. desember 2022 at konkurransesituasjonen i verdikjeden for mat- og dagligvarer i all hovedsak preges av de tre dagligvaregrupperingenes dominerende rolle. For sammenhengens skyld gjengis deler av denne uttalelsen her:

«Konsentrasjonen på detaljistledet i Norge [...] er den høyeste i Norden. De tre dagligvaregrupperingene har på sin side store valgmuligheter mellom ulike produsenter i inn- og utland, også kjent som utsidealternativer. På leverandørsiden er det, selv om Norge er et lite marked med et begrenset rom for produsenter innenfor hver varegruppe, en rekke internasjonale aktører og en hale av mindre utfordrerbedrifter bak de store produsentene. Dette påvirker produktutvikling og markedspriser innenfor en rekke kategorier.

71 pst. av omsetningen i dagligvarehandelen [...] har full importkonkurranse. Importen av landbruksbaserte næringsmidler har økt i senere år, ikke minst importen av varer som er omfattet av råvarepriskompensasjon (RÅK). For en rekke kategorier kan dagligvaregrupperingene benytte seg av utenlandske aktører som konkurrerer med de norske produsentene.

De tre dagligvaregrupperingene har på sin side, full kontroll over egne, fullintegrerte grossist- og distribusjonstjenester. Eksisterende og nye produsenter som ønsker å komme inn i markedet, er i stor grad avhengig av disse for å nå frem til forbrukerne.»

NHO Mat og Drikke viser til disse vurderingene.

Grunnlaget for en regulering av innkjøpsbetingelsene.

Det foreligger ingen uavhengige faglige utredninger som anbefaler at en nærmere regulering av dagligvaregrupperingenes innkjøpsbetingelser er et egnet konkurransepolitisk virkemiddel for å stimulere til bedre utvalg og lavere priser i dagligvarebutikkene. Den uavhengige vurderingen som ble foretatt på oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet i 2019/2020 indikerer tvert imot at det er mer sannsynlig at et forbud mot prisdiskriminering vil føre til økte priser heller enn å bidra til en reduksjon av prisene. Konkurransetilsynets kartlegginger av dagligvaregrupperingenes innkjøpsbetingelser viser også at det har vært en klar reduksjon av forskjellene i innkjøpspriser mellom 2017 og 2022.

Tilsynets kartlegginger er grundige, og inneholder både en bred metodegjennomgang og en omtale av kompleksiteten i forhandlingene mellom produsenter og dagligvaregrupperingene. Funnene og analysene tyder på at Coop SA og Rema 1000 AS har utviklet og styrket sine tilbud om gjenytelser til produsentene, og dermed oppnådd bedre betingelser i forhandlingene enn i tidligere år.

Når undersøkelsene viser at forskjellene i de tre dagligvaregrupperingens innkjøpsbetingelser er vesentlig redusert mellom 2017 og 2022, reiser det spørsmål om behovet for en forskrift. NHO Mat og Drikke mener departementet må presentere en mer grundig vurdering av både markedsutviklingen og markedsutsiktene fremover for å begrunne behovet for den foreslåtte forskriften.

Utdypende kommentarer.

Uklart hjemmelsgrunnlag i relasjon til konkurranselovens § 14.

NHO Mat og Drikke mener på generelt grunnlag at en forskrift med usikkert hjemmelsgrunnlag vil skape usikkerhet i et marked, og at den rettslige usikkerheten sannsynligvis vil svekke konkurransen ved at både produsentene og dagligvaregrupperingene vil tilpasse seg ved å avstå fra *ønsket* prisdiskriminering for ikke å kunne bli beskyldt for *ulovlig* prisdiskriminering. Forskriftsutkastet kan bidra til å undergrave forhandlingsinstituttet ved at aktører kan kreve de samme betingelsene som er oppnådd i allerede inngåtte forhandlinger.

I Kvaless vurdering av hjemmelsgrunnlaget for en forskrift etter konkurranselovens § 14 pekes det videre bl.a. også på følgende:

«Det er tvilsomt om revidert forslag til forskrift er nødvendig for å fremme konkurransen, og en forskrift kan i tilfelle ikke forankres i konkurranseloven § 14:

- *Revidert forskrift regulerer prisforskjeller som allerede omfattes av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven og forenkler ikke håndhevingen.*
- *Revidert forskrift synes å ha et begrenset selvstendig virkeområde ved siden av misbruksforbudet.*
- *Begrepet «relativ markedsrett» har et uklart innhold, og det vil være vanskelig for leverandørene/grossistene å ta stilling til om forbudet får anvendelse. Det kan svekke leverandørenes/grossistenes insentiv til å drive samfunnsøkonomisk ønskelig prisdifferensiering.»*

NHO Mat og Drikke mener at disse spørsmålene må avklares nærmere før en forskrift eventuelt kan fastsettes.

Anvendelsesområde.

Anvendelsesområdet for den foreslåtte forskriften må presiseres og avgrenses tydelig. Det er uklart om forslaget til forskrift kun regulerer innkjøpsbetingelser i dagligvaremarkedet, d.v.s. forhandlinger, salg og kjøp mellom produsentene og dagligvaregrupperingene, eller hele markedet for mat- og dagligvarer. Hele markedet for mat- og dagligvarer inkluderer bl.a. servicehandel, kiosker, nye butikkonsepter og storhusholdning. Varene som selges her er isolert sett, ofte de samme som i det øvrige dagligvaremarkedet, men kundene, sortimentet og markedene kan være annerledes.

For nærmere vurderinger knyttet til anvendelsesområdet vises det ellers til vedlagte notat fra Kvale.

Relativ markedsrett.

Høringsnotatet introduserer begrepet *relativ markedsrett*. Begrepet er ikke kjent fra forarbeidene til konkurranseloven og er ellers ukjent i norsk forvaltning og rettspraksis, men er hentet fra tysk rettspraksis.

NHO Mat og Drikke vil på prinsipielt grunnlag, advare mot å innføre begreper fra andre land, språk og jurisdiksjoner med mindre dette er grundig utredet og vurdert i sammenheng med lovgivning, håndheving

og rettspraksis i Norge. Nye og ukjente begreper kan bl.a. føre til helt utilsiktede konsekvenser i markedet i form av usikkerhet, misforståelser og uønskede markedstilpasninger.

Departementets høringsnotat gir heller ikke tilstrekkelig grunnlag til å forstå hvordan begrepet relativ markedsrett skal komme til anvendelse. Uklarhetene i høringsnotatet gjenspeiles videre i § 3 i utkastet til forskrift.

Fraværet av klare definisjoner og avgrensninger åpner for betydelig grad av privat håndheving med utgangspunkt i den foreslåtte forskriften. Markedsaktører vil med utgangspunkt i den uklare definisjonen av relativ markedsrett, kunne mene at leverandører på et tidspunkt har brutt forbudet mot konkurranseskadelig prisdiskriminering, og vil derfor igjen kunne velge å se bort fra avtalte innkjøpspriser fordi disse oppfattes å være er i strid med forbudet. I mangel av klar lovgivning er det en opplagt risiko for at slike saker må løses gjennom søksmål, og i så fall også at varsel om søksmål vil kunne påvirke løpende kommersielle relasjoner.

Forholdet til EØS-avtalen og EØS-konkurranseloven.

NHO Mat og Drikke viser innledningsvis til Kvaless rettslige vurdering av forskriftsutkastet i relasjon til EØS-konkurranseloven § 7 og EØS-avtalen § 53, der det konkluderes med at det foreliggende forslaget er i strid med EØS-avtalen:

«Ugyldighetsbestemmelsen i revidert forskrift § 3 tredje ledd er strid med EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd, som stenger for at norsk forskrift kan ugyldiggjøre avtalte innkjøpsbetingelser som ikke er forbudt etter kartellforbudet i EØS-avtalen artikkel 53. Det er kun avtalte innkjøpsbetingelser som kan ha rettsvirkning mellom parter, og slike avtaler ligger i kjernen av samarbeid som reguleres av EØS-avtalen artikkel 53.

Prisdiskriminering kan reguleres etter konkurranseloven § 14, men ikke gjennom å forby avtaler slik revidert forskrift § 3 tredje ledd innebærer. Atferden som reguleres, må være ensidig, typisk gjennom krav eller tvang. Avtalte innkjøpsbetingelser faller inn under virkeområdet til kartellforbudet i EØS-avtalen artikkel 53 og kan ikke forbys ved å frakjennes rettsvirkning.»

Det må være et grunnleggende krav at det ikke skal kunne oppstå tvil om at norsk lovgivning i utgangspunktet må være fullt ut forenlig med EØS-avtalen og de rettslige forpliktelsene som følger av denne. Dette ble berørt i NHO Mat og Drikkes høringsuttalelse datert 16. desember 2022, bl.a. slik:

«Korrekt etterlevelse av EØS-avtalen er et kritisk punkt, som ved feil kan få alvorlige konsekvenser for aktørene i markedet. Dersom regjeringen legger feil tolkning av EØS-avtalen til grunn, vil risikoen for lovbrudd og sanksjonering i hovedsak ligge direkte på aktørene i markedet, selv om disse i god tro har forholdt seg til regjeringens og norske myndigheters reguleringer og veiledning. Det er et opplagt ansvar for myndighetene å sikre etterlevelse av EØS-avtalen i norsk lovgivning og forvaltning, og det må ikke kunne reises tvil om nasjonale reguleringer er i forenlig med EØS.»

Forholdet til Grunnloven.

Nærings- og fiskeridepartementet reiser i høringsnotatet en rekke prinsipielle spørsmål som berører forholdet til Grunnloven. Dette gjelder bl.a. forslaget om at forskriften skal ha tilbakevirkende kraft og reaksjoner og sanksjoner på eventuelle lovbrudd. NHO Mat og Drikke mener at det her reises prinsipielle juridiske spørsmål som har rekkevidde utover rammene for konkurransepolitikken, og som må utredes mer grundig før en forskrift eventuelt fastsettes.

Kvaless vurdering er bl.a.:

«Vi deler ikke departementets vurdering av at innføring av et forbud som griper direkte inn i et pågående kontraktsforhold ikke er problematisk etter Grunnloven § 97. Vi ser heller ikke behovet for at et slikt forbud skal gis tilbakevirkende kraft. Ikke minst i lys av at det

gjennomføres årlige forhandlinger i dette markedet, normalt hver høst. Dersom man skal innføre et forbud, bør det kun gjelde for nye, fremtidige avtaler og ikke gripe inn i og skape ubalanse i allerede inngåtte avtaler.»

NHO Mat og Drikke viser til denne vurderingen, som er utdypet i Kvaless notat.

Departementet legger i utkastet til forskrift videre opp til et strengt sanksjonsregime for eventuelle brudd på forbudet mot konkurranseskadelig prisdiskriminering. NHO Mat og Drikkes mener forslaget til sanksjonsregimet er uforholdsmessig og at det er mangelfullt utredet. På samme måte som med forholdet til Grunnloven ovenfor, mener vi dette må være gjenstand for mer grundige vurderinger før en forskrift eventuelt fastsettes.

NHO Mat og Drikke har bedt Kvale om å se nærmere på spørsmålet om sanksjoner:

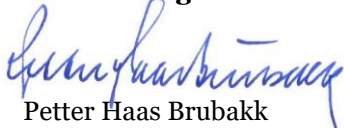
«Brudd på forbudet i forslag til revidert forskrift er uforholdsmessig og trolig i strid med Grunnloven. Departementet har ikke utredet betydningen av at brudd på revidert forskrift kan medføre personstraff etter konkurranseloven § 32 (bøter og fengsel). Manglende utredning av personstraff er kritikkverdig og i strid med forarbeidene til straffeloven og prosedyrene for å dokumentere samfunnsbehovet ved kriminalisering av atferd. Vi viser i denne sammenheng til at brudd på misbruksforbudet i konkurranseloven § 11 ikke er underlagt personstraff, til tross for at dette må antas å ha mer alvorlige konsekvenser enn forbudet i revidert forskrift. At misbruk av dominerende stilling i form av prisdiskriminering ikke kan straffes, tilsier at samme atferd fra en aktør som ikke er dominerende, heller ikke kan gjøres straffbart.

Det er uklart hvem som omfattes av forslaget til forbud. Sanksjonene for brudd på revidert forskrift er likevel betydelige overtredelsesgebyr (inntil 10 pst. av konsernets omsetning) og personstraff. Det er et misforhold mellom forskriftens gjerningsbeskrivelse og sanksjonene som følger av loven. Dette kan være i strid med legalitetsprinsippet, klarhetskravet til inngrep og dermed Grunnloven § 113.»

NHO Mat og Drikke viser til Kvaless vurderinger ovenfor. Det fremstår som opplagt at spørsmålet om sanksjoner må utredes mer grundig både for å fjerne enhver tvil knyttet til forholdet til Grunnloven, samt at nødvendige vurderinger knyttet til proporsjonaliteten i reguleringen må foretas før en forskrift kan fastsettes.

NHO Mat og Drikke mener oppsummeringsvis at en forskrift mot konkurranseskadelige forskjeller i innkjøpsbetingelser i mat- og dagligvarer eventuelt først kan fastsettes etter at spørsmålene som er berørt ovenfor er avklart, og nødvendige endringer i forskriftsutkastet foretatt. Vi står naturligvis til disposisjon i det videre arbeidet dersom departementet ønsker en utdypning av våre vurderinger.

Med vennlig hilsen
NHO Mat og Drikke



Petter Haas Brubakk
Administrerende direktør

1 vedlegg

KVALE

NOTAT

Til: NHO Mat og Drikke

Fra: Kvale Advokatfirma v/ Sindre Abusland Svendsen, Gjermund Mathisen, Jens Edvin Skoghøy og Kristin Hjelmaas Valla

Ansvarlig advokat: Kristin Hjelmaas Valla

Dato: 6. februar 2024

Vedrørende: Revidert utkast til forskrift om forbud mot prisdiskriminering

Innholdsfortegnelse

1	OPPDRAK OG BAKGRUNN	2
2	OPPSUMMERING	2
3	ANVENDELSESOMRÅDET FOR REVIDERT FORSKRIFT MÅ PRESISERES	3
4	DET ER TVILSOMT OM REVIDERT FORSKRIFT KAN HJEMLES I KRRL. § 14	3
4.1	Vilkårene i krrl. § 14: Oversikt.....	3
4.2	Revidert forskrift fremstår ikke nødvendig for å fremme konkurransen	4
4.2.1	Bakgrunnen for nødvendighetsvilkåret.....	4
4.2.2	Uklar og vag definisjon av relativ markedsrett.....	4
4.2.3	Forskriften synes ikke å ha et selvstendig virkeområde ved siden av misbruksforbudet.....	6
4.2.4	Oppsummering: Nødvendighetsvilkåret er neppe oppfylt	8
4.3	Konkurransbegrensningsvilkåret: uklart om revidert forskrift oppfylder vilkåret.....	8
5	FORHOLDET TIL EØS-AVTALEN/EØS-REGLENE	9
5.1	Forskriften kan ikke gå lenger enn det som følger av EØS-reglene, jf. krrl. § 15	9
5.2	Revidert forslag til forskrift § 3 tredje ledd forbyr avtaler i strid med EØS-krrl. § 7 annet ledd.....	10
5.3	Prisdiskriminering kan reguleres, men ikke gjennom å forby avtaler.....	10
5.4	Henvisningen til gruppeunntatte avtaler i revidert forskrift § 3 fjerde ledd er unødvendig og misvisende	11
6	FORHOLDET TIL GRUNNLOVEN § 97 OM TILBAKEVIRKENDE KRAFT	11
7	SANKSJONERING AV BRUDD PÅ REVIDERT FORSKRIFT – SVÆRT UFORHOLDSMESSIG OG MULIGENS GRUNNLOVSSTRIDIG.....	13
7.1	Ingen utredning av at overtredelse av foreslått forbud i forskrift kan ilegges personstraff	13
7.2	Vurderinger som må gjennomføres for å kunne sanksjonere brudd på ny forskrift med personstraff	14
7.3	Hvordan kan foreløpig mangelfull utredning avhjelpes	14
7.4	Personstraff og betydelige gebyr strider mot legalitetsprinsippet (kravet til klar hjemmel i lov) og hensynet til forutberegnelighet.....	15
8	FORSLAGET ÅPNER FOR PRIVAT HÅNDHEVING – MULIGE KONSEKVENSER.....	15

1 OPPDRAG OG BAKGRUNN

Nærings- og fiskeridepartementet («NFD») har sendt et revidert utkast til forskrift om forbud mot prisdiskriminering i verdikjeden for mat og dagligvare («revidert forskrift») på høring. Høringsfristen er 9. februar 2024. Forskriften inneholder et forbud mot konkurransebegrensende prissamarbeid rettet mot leverandører og grossister som har det som omtales som relativ markedsrett.

Kvale Advokatfirma DA («Kvale») har fått i oppdrag å gi en vurdering av om NFDs reviderte forskrift er forenlig med konkurranseloven (krrl.) § 14 (hjemmelsgrunnlaget til forskriften) og EØS-reglene samt gi øvrige kommentarer til rettslige aspekter ved utkastet.

2 OPPSUMMERING

Revidert forslag til forskrift er på flere punkter en forbedring sammenliknet med tidligere utkast. Det gjelder bl.a. at NFD har gått bort fra forslaget om aggregerte virkninger samt inntatt et vilkår om konkurransebegrensning. Etter vår vurdering reiser imidlertid også det reviderte forslaget flere rettslige problemer. Oppsummert mener vi følgende forhold innebærer at utkastet er problematisk:

- Det er tvilsomt om revidert forslag til forskrift er nødvendig for å fremme konkurransen, og en forskrift kan i tilfelle ikke forankres i krrl. § 14.
 - Revidert forskrift regulerer prisforskjeller som allerede omfattes av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven og forenkler ikke håndhevingen.
 - Revidert forskrift synes å ha et begrenset selvstendig virkeområde ved siden av misbruksforbudet.
 - Begrepet «relativ markedsrett» har et uklart innhold, og det vil være vanskelig for leverandørene/grossistene å ta stilling til om forbudet får anvendelse. Det kan svekke leverandørenes/grossistenes insentiv til å drive samfunnsøkonomisk ønskelig prisdifferensiering.
- Forskriftsforslaget er i strid med EØS-avtalen.
 - Ugyldighetsbestemmelsen i revidert forskrift § 3 tredje ledd er strid med EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd, som stenger for at norsk forskrift kan ugyldiggjøre avtalte innkjøpsbetingelser som ikke er forbudt etter kartellforbudet i EØS-avtalen artikkel 53. Det er kun avtalte innkjøpsbetingelser som kan ha rettsvirkning mellom parter, og slike avtaler ligger i kjernen av samarbeid som reguleres av EØS-avtalen artikkel 53.
 - Prisdiskriminering kan reguleres etter krrl. § 14, men ikke gjennom å forby avtaler slik revidert forskrift § 3 tredje ledd innebærer. Atferden som reguleres, må være ensidig, typisk gjennom krav eller tvang. Avtalte innkjøpsbetingelser faller inn under virkeområdet til kartellforbudet i EØS-avtalen artikkel 53 og kan ikke forbys ved å frakjennes rettsvirkning.
- Vi deler ikke departementets vurdering av at innføring av et forbud som griper direkte inn i et pågående kontraktsforhold ikke er problematisk etter Grunnloven § 97. Vi ser heller ikke behovet for at et slikt forbud skal gis tilbakevirkende kraft. Ikke minst i lys av at det gjennomføres årlige forhandlinger i dette markedet, normalt hver høst. Dersom man skal innføre et forbud, bør det kun gjelde for nye, fremtidige avtaler og ikke gripe inn i og skape ubalanse i allerede inngåtte avtaler.
- Brudd på forbudet i forslag til revidert forskrift er uforholdsmessig og trolig i strid med Grunnloven.
 - Departementet har ikke utredet betydningen av at brudd på revidert forskrift kan medføre personstraff etter krrl. § 32 (bøter og fengsel). Manglende utredning av personstraff er kritikkverdig og i strid med forarbeidene til straffeloven og prosedyrene for å dokumentere samfunnsbehovet ved kriminalisering av atferd. Vi viser

i denne sammenheng til at brudd på misbruksforbudet i krrl. § 11 ikke er underlagt personstraff, til tross for at dette må antas å ha mer alvorlige konsekvenser enn forbudet i revidert forskrift. At misbruk av dominerende stilling i form av prisdiskriminering ikke kan straffes, tilsier at samme atferd fra en aktør som ikke er dominerende, heller ikke kan gjøres straffbart.

- Det er uklart hvem som omfattes av forslaget til forbud. Sanksjonene for brudd på revidert forskrift er likevel betydelige overtredelsesgebyr (inntil 10 % av konsernets omsetning) og personstraff. Det er et misforhold mellom forskriftens gjerningsbeskrivelse og sanksjonene som følger av loven. Dette kan være i strid med legalitetsprinsippet, klarhetskravet til inngrep og dermed Grunnloven § 113.

3 ANVENDELSESOMRÅDET FOR REVIDERT FORSKRIFT MÅ PRESISERES

Anvendelsesområdet for revidert forskrift er "verdikjeden for mat og dagligvarer". Departementet opprettholder virkeområdet som ble foreslått i forrige utkast til forskrift, og som ble kritisert i høringsrunden. Departementet begrunner dette med at "produkter til bruk i storhusholdning og servering ofte vil være del av de samme avtaleforhandlingene som produkter til videresalg i dagligvarebutikk". Derfor kan det, ifølge departementet, "være vanskelig å skille disse kategoriene" slik at det "ikke er hensiktsmessig å gjøre endringer i forskriftens § 1 om virkeområde sammenliknet med forskriftsutkastene i høringen av oktober 2022".¹

Etter vår vurdering er det behov for å presisere forskriftens anvendelsesområde. Det må klargjøres om kiosk, bensin og serveringssteder (KBS), storhusholdning og tilgrensede utsalgssteder som Europris, Normal, Dollarstore og liknende omfattes av forskriften eller ikke. Dersom slike salgskanaler skal omfattes, må det begrunnes at det er behov for at disse salgskanalerne omfattes av forbudet. Det er ikke tilstrekkelig å vise til at det er "vanskelig å skille" de ulike kategoriene fra hverandre. Særlig gjelder dette når forbudet i forskriften kan sanksjoneres med betydelige gebyr og personstraff, se punkt 7 nedenfor.

4 DET ER TVILSOMT OM REVIDERT FORSKRIFT KAN HJEMLES I KRRL. § 14

4.1 Vilåårene i krrl. § 14: Oversikt

Konkurranseloven § 14 hjemler, etter sin ordlyd, forskrifter for å supplere forbudsbestemmelsene i krrl. § 10 (kartellforbudet) og 11 (misbruksforbudet). Bestemmelsen lyder:

Dersom det er nødvendig for å fremme konkurranse i markedene, kan Kongen ved forskrift gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål.

Bestemmelsen oppstiller to vilkår som begge må være oppfylt:

1. Forskriften må rette seg mot vilkår, avtaler eller handlinger («atferd») som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål (konkurransbegrensningsvilkåret)
2. Forskriften må være nødvendig for å fremme konkurransen (nødvendighetsvilkåret)

Det er tvilsomt om revidert forskrift oppfyller vilåårene etter krrl. § 14, og da særlig nødvendighetsvilkåret.

¹ Se høringsnotatet til revidert forskrift, side 10.

4.2 Revidert forskrift fremstår ikke nødvendig for å fremme konkurransen

4.2.1 Bakgrunnen for nødvendighetsvilkåret

Nødvendighetskravet skal sikre at det ikke vedtas særregulering av forhold som allerede rammes av forbudsbestemmelsene i krrl. § 10 (kartellforbudet) eller § 11 (misbruksforbudet), og som kan håndteres tilstrekkelig effektivt på grunnlag av disse bestemmelsene.

Som NFD påpeker i høringsnotatet punkt 5.3, er det forutsatt i forarbeidene at virkeområdet for forskrifter i medhold av krrl. § 14 er markeder «der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende» uten at forbudene i § 10 og 11 kommer til anvendelse, eller «der det er vanskelig å bevise at forbudene brytes». Forarbeidene nevner spesifikt at dette kan gjelde salgsvilkår som hindrer nye aktører i å komme inn på markedet, eller lojalitetsordninger som hindrer kundene i å bytte mellom ulike leverandører. Videre forutsetter forarbeidene at bestemmelsen kan brukes i markeder der et foretak overtrer § 11 og flere andre foretak benytter samme konkurransebegrensende forretningsmetoder uten å rammes av § 11 fordi de ikke har en dominerende posisjon i markedet.²

4.2.2 Uklar og vag definisjon av relativ markedsrett

Forbudet i revidert forskrift retter seg mot situasjoner der leverandører/grossister har såkalt relativ markedsrett. Begrepet relativ markedsrett er nytt, og det er ikke klart definert. At det synes å være lånt fra tysk rett, er til liten hjelp når det skal anvendes i en norsk kontekst av aktører på det norske markedet. Det vil være betydelig usikkerhet med hensyn til når forbudet kommer til anvendelse. Til tross for dette er brudd på forskriften sanksjonert med overtredelsesgebyr og personstraff, se punkt 6 nedenfor.

NFD erkjenner i høringsnotatet at innføringen av «relativ markedsrett» er nytt og kan «skape usikkerhet blant næringsaktørene rundt hvilke former for prisdiskriminering som er tillatt».³

Et forbud med strenge sanksjoner og med et uklart virkeområde vil trolig gi leverandører og grossister som ikke er dominerende, et insentiv til å prisdifferensiere mindre enn det som er konkurransefremmende. NFD erkjente i forrige høringsnotat, av 25. oktober 2022, at «[s]lik usikkerhet vil kunne øke risikoen for at aktørene avskrekkes fra å gjennomføre saklig og konkurransefremmende prisdiskriminering».⁴

Når det gjelder kravet om relativ markedsrett, avviker dette, etter sin ordlyd, fra misbruksforbudets krav om dominerende stilling. Kravet om relativ markedsrett er, slik vi oppfatter det, ment å innebære en lavere terskel enn dominans, slik at flere leverandører og grossister må forholde seg til et forbud mot konkurranseskadelig prisdifferensiering. NFD viser i høringsnotatet til at leverandører med en «viss størrelse» med «sterke merkevarer» vil kunne ha relativ markedsrett.⁵ I NFDs oppsummering av om prisdiskriminering er ensidig atferd i høringsnotatet er imidlertid adressatene definert som:

aktører med relativ markedsrett, og [forbudet] kommer derfor kun til anvendelse der dagligvareaktøren er avhengig av leverandøren eller grossisten på en slik måte at den ikke har tilstrekkelige og rimelige alternativer, og det er en betydelig ubalanse i forhandlingsrett. (vår understreking)

Disse kriteriene er også reflektert i ordlyden i revidert forskrift § 2 som inneholder definisjoner. Det avgjørende for å omfattes er om kunden er «avhengig» av leverandøren. I tillegg må to

² Se Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) side 228 og punkt 6.6.8.

³ Se høringsnotatet til revidert forskrift, side 39.

⁴ Se forrige høringsnotat 25. oktober 2022, side 54.

⁵ Se høringsnotatet til revidert forskrift, side 10.

kumulative vilkår være oppfylt: (1) kunden kan ikke ha «tilstrekkelige og rimelige alternativer» og (2) det må være «betydelig ubalanse i forhandlingsmakt» mellom leverandør og kunde.

Begrepene «tilstrekkelige og rimelige alternativer» og «betydelig ubalanse» er ikke nærmere definert i forskriftsutkastet eller i høringsnotatet. Det er også uklart hvilken *metode* som skal anvendes for å identifisere alternativer, og *grensene* for hva som er «tilstrekkelig» og «rimelig».

I fravær av veiledning fra NFD må kundens alternativer vurderes etter etablert metode for å avgrense relevante markeder. Som kjent vil det relevante markedet være summen av en produktavgrensning og geografisk avgrensning, som vil omfatte flere (del-)segmenter og varekategorier.

Hvilke reelle (utside-)alternativer kunden har i forhandlinger vil da bestemmes av hvilke andre leverandører som er i det relevante markedet. Det er ikke holdepunkter for at relativ markeds- makt skal vurderes ut fra *segmenter* i markedet. Dessuten vil en segment-tilnærming oppstille kunstige skiller mellom alternative tilbydere som faktisk konkurrerer mot hverandre, som den mindre kunden kunne forhandlet med. Videre må prisforskjeller uansett vurderes basert på hele det relevante *markedet* siden inngrepsterskelen er ment å følge misbruksforbudet.⁶

I omtalen av hvilke aktører som omfattes av revidert forskrift, viser NFD til aktører med «sterke merkevarer» uten å presisere nærmere hvilken betydning dette skal ha for vurderingen av relativ markeds- makt. I fraværet av veiledning er det, etter vår vurdering, naturlig å se hen til hvordan tilgang til «must-have»-produkter reguleres etter misbruksforbudet som har samme inngreps- terskel som revidert forskrift (*egnet til å begrense konkurransen*).⁷

Manglende tilgang på «must-have»-produkter kan, helt unntaksvis, utgjøre ulovlig misbruk. Det er tilfelle hvis produktet er *uunnværlig*, forretningsnektelsen *eliminere effektiv konkurranse* i nedstrømsleddet, og det ikke er *saklig* grunn for nektelsen. Terskelen er svært høy, og et daglig- vareprodukt vil kun være uunnværlig dersom det ikke er fysisk, teknisk eller økonomisk mulig å skaffe et bærekraftig alternativ for kjeden for å kunne konkurrere. Ifølge praksis fra EU-domstolen vil ikke et produkt regnes som uunnværlig dersom det finnes «alternative solutions, even if they are less advantageous».⁸ Kundens subjektive preferanser er ikke avgjørende for om det faktisk eksisterer alternativer i konkurranserettslig sammenheng. Et alternativ vil altså være konkurranserettslig relevant så lenge det inngår i det relevante markedet, selv om alternativet er mindre fordelaktig for kunden.

Etter det vi er kjent med, er det få eller ingen produkter som kan regnes som uunnværlige i dagligvaremarkedet ettersom kjedene har alternativer til produktene det konkurreres om i dagligvaremarkedet.

I lys av ovennevnte er det uklart *hvordan* terskelen for relativ markeds- makt skal være lavere enn terskelen for dominans. Det må uansett avklares bedre hva som ligger i begrepet, for å sikre tilstrekkelig forutberegnelighet for markeds- aktørene.

⁶ Se høringsnotatet til revidert forskrift, side 26: "... forskriften kun rammer en type adferd som allerede er forbudt etter konkurranseloven § 11 annet ledd bokstav c, men utvidet til også å omfatte foretak med relativ markeds- makt."

⁷ Se høringsnotatet til revidert forskrift, side 10.

⁸ Se EU-domstolens sak i C-418/01 *IMS Health*, avsnitt 28, sak i C-7/97 *Bronner*, avsnitt 46 og sak C-165/19 P *Slovak Telekom*, avsnitt 49.

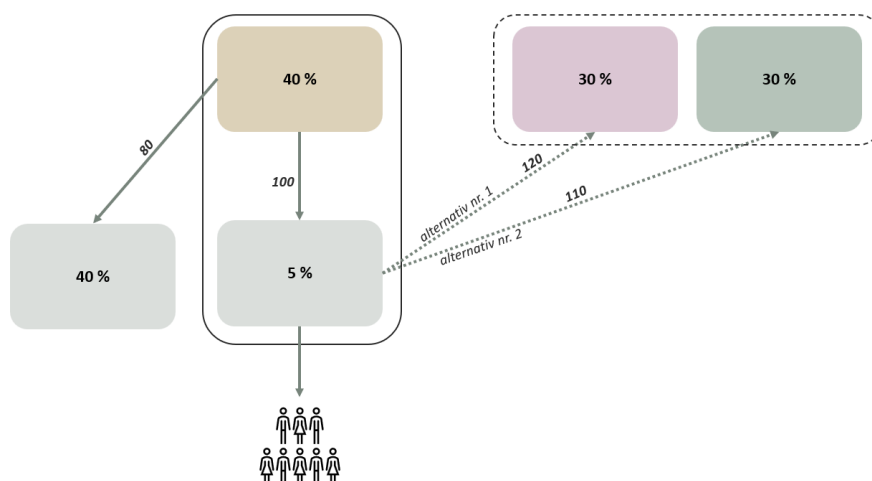
4.2.3 Forskriften synes ikke å ha et selvstendig virkeområde ved siden av misbruksforbudet

Konkurransbegrensende prisdiskriminering kan rammes av så vel kartellforbudet som misbruksforbudet i konkurranseloven, jf. hhv. krrl. § 10 (1) bokstav d og krrl. § 11 (1) bokstav c.⁹ Den reviderte forskriften benytter samme konkurransbegrensningskriterium som forbudsbestemmelsene (at en prisforskjell er *egnet til å begrense konkurransen*, jf. § 3).

For at forslaget skal være nødvendig ved siden av forbudene, må den ramme forhold som ikke rammes av lovens forbud, herunder forbudet mot misbruk av dominerende stilling.

Forslaget i forskriften retter seg mot leverandører og grossister med «relativ markedsrett». Begrepet er som nevnt definert i § 2 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 forhandlingsmakt*» (vår kursivering). Men dersom det er ingen eller få alternativer tilgjengelig i et relevant marked, vil leverandøren / grossisten typisk også inneha en dominerende stilling. I slike tilfeller kommer misbruksforbudet til anvendelse på samme atferd som revidert forskrift § 3.¹⁰

Nedenfor har vi illustrert utfordringene knyttet til å dokumentere at det foreligger relativ markedsrett, basert på definisjonen i revidert forskrift § 2.



Figur 1: Verken dominerende stilling eller relativ markedsrett

Figur 1 viser betydelig ubalanse mellom den mindre kunden (5 % markedsandel) og kontraktspartnern (en leverandør med 40 % markedsandel). Leverandøren/grossisten har høy markedsandel, men ikke en dominerende stilling. Kunden oppnår pris 100, mens den større konkurrenten oppnår pris 80 fra samme leverandør/grossist. Figuren viser at 60 % av det relevante markedet gir tilgjengelige alternativer for den mindre kunden, men prisalternativene fra disse er høyere enn hos leverandøren/grossisten (hhv. pris 120 og 110).

Med illustrasjonen kan det argumenteres for at det foreligger en betydelig ubalanse i forhandlingsforholdet mellom kunden med 5 % markedsandel og leverandøren med en markedsandel på 40 %. Derimot kan det neppe legges til grunn at kunden ikke har tilstrekkelige alternativer når andre aktører utgjør 60 % av markedet, og det kan da ikke sies å foreligge relativ

⁹ Etter praksis fra EU-domstolen er prisdiskriminering kun et misbruk av dominerende stilling dersom prisforskjellene er *egnet til å begrense konkurransen*. Se EU-domstolens avgjørelse 19. april 2018, C-525/16 i *MEQ* ("MEQ"), avsnitt 28: "...capable of producing a competitive disadvantage...".

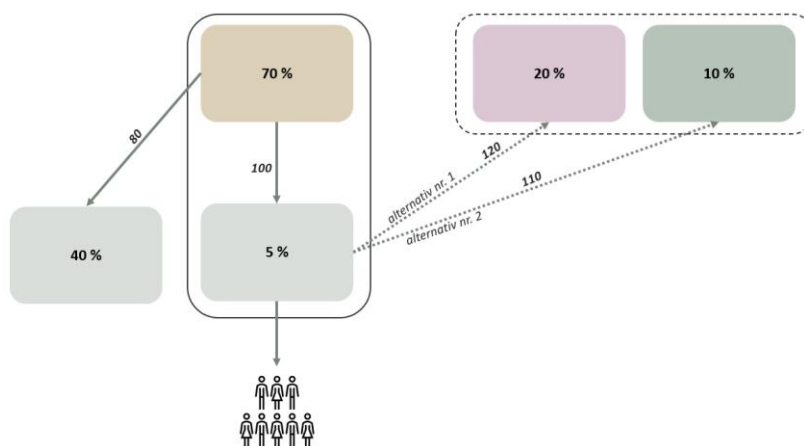
¹⁰ Prisforskjeller etter begge regelsett må være *egnet til å begrense konkurransen*.

markedsrett. Dette til tross for både en betydelig ubalanse i forhandlingsforholdet og en høyere pris fra utsidealternativet til gjeldende leverandør/grossist. Det er ingen holdepunkter i høringsnotatet eller praksis for at en kundes *subjektive* valg av kontraktspart skal kunne være bestemmende for om det finnes tilstrekkelige og rimelige alternativer, og at det skal kunne påvirke om det foreligger relativ markedsrett. Det avgjørende må være om det objektivt sett finnes alternativer på markedet. Vi viser også til at et produkt ikke er uunnværlig («must-have» i konkurranserettslig forstand) dersom det (objektivt sett) finnes alternativer, selv om disse er mindre fordelaktige.

Videre kan det ikke legges vekt på pristilbudet fra utsidealternativene. Det skyldes at den enkelte leverandør ikke er kjent med hvilke innkjøpspriser konkurrentene tilbyr – og leverandørene skal heller ikke ha kjennskap til dette. Dersom denne typen prisinformasjon deles, kan det innebære et alvorlig brudd på kartellforbudet. Lovligheten vil avhenge av om leverandøren/grossisten får informasjon som vedkommende ikke lovlig kan få. Dette er samme problemstilling som for et tidligere forslag der det skulle legges vekt på aggregerte virkninger, og som NFD derfor har lagt vekk.¹¹

Dersom kontraktsparten (40 % markedsandel) ikke er billigst, vil den mindre kunden typisk ha tilstrekkelige og rimelige alternativer, og kan det ikke være grunnlag for relativ markedsrett.

Figur 2 viser enda større ubalanse i forhandlingsforholdet mellom kunden (5 % markedsandel) og leverandøren/grossisten. Leverandøren/grossisten antas her også å ha en dominerende stilling (70 % markedsandel). Den mindre kunden oppnår pris 100 og den større kunden oppnår pris 80 (lavere pris) fra samme leverandør/grossist. Figuren viser at 30 % av markedet er tilgjengelige alternativer for den mindre kunden, men prisalternativene er høyere enn hos leverandøren/grossisten (hhv. pris 120 og 110).



Figur 2: Dominerende stilling uten relativ markedsrett

Eksempelet viser at selv ved svært høye markedsandeler er det ikke gitt at en leverandør /grossist har relativ markedsrett slik begrepet defineres i § 2 i forslaget fordi den mindre kunden også her må antas å ha tilstrekkelige og rimelige alternativer (30 % av innkjøpsmarkedet er åpent). I tillegg vil den reviderte forskriften ikke være nødvendig siden prisforskjellene uansett vil reguleres av misbruksforbudet med samme inngrepsterskel (egnet til å begrense konkurransen), slik at forskriften også av den grunn vil mangle rettslig grunnlag etter krrl. § 14.

¹¹ Se høringsnotatet til revidert forskrift, side 18.

I lys av eksemplene **Figur 1** og **Figur 2** er det tvilsomt om sterke merkevarer er tilstrekkelig for å etablere markedsmakt. Selv (svært) høye markedsandeler er ikke nødvendigvis nok til å dokumentere relativ markedsmakt i henhold til revidert forskrift § 2.

Ovennevnte eksempler illustrerer at den foreslåtte definisjonen av relativ markedsmakt neppe vil bidra til en mer effektiv håndheving av forbud mot konkurransebegrensende prisforskjeller enn misbruksforbudet. Som nevnt foreligger relativ markedsmakt kun dersom det er betydelig ubalanse *og* ingen tilstrekkelige og rimelige alternativer for kunden.

Eksemplene over viser at det skal mye til for at disse vilkårene kan anses oppfylt dersom en legger en normal språklig forståelse til grunn og baserer seg på konkurranserettslig metode for bl.a. avgrensning av relevante markeder. Etter vår vurdering vil et slikt forbud derfor ha liten eller ingen selvstendig betydning ved siden av misbruksforbudet. Derimot vil det skape betydelig usikkerhet. Videre mener vi det kan reises spørsmål om forslaget vil kunne svekke samfunnsøkonomisk gunstig prisdifferensiering. Dette utdypes nedenfor.

4.2.4 Oppsummering: Nødvendighetsvilkåret er neppe oppfylt

Den reviderte forskriften er, etter vår vurdering, ikke «nødvendig for å fremme konkurransen» i dagligvaremarkedet. Det skyldes særlig at forskriften synes å regulere prisdiskriminering som *allerede* rammes av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven. I tillegg legger den reviderte forskriften ikke opp til noen *enklere* måte å bevise overtredelser på, slik at forskriften ikke blir et mer effektivt verktøy for Konkurransetilsynet.

Videre er det en reell risiko for at revidert forskrift vil virke mot sin hensikt og lede til høyere forbrukerpriser ved at insentivene til prisdifferensiering på en konkurransefremmende måte svekkes.

Vi peker også på Konkurransetilsynets årlige kartlegging, som viser at forskjellene i innkjøpsbetingelser har blitt redusert de siste årene.¹² Det reduserer behovet for en særskilt regulering av prisdiskriminering ved siden av krrl. §§ 10 og 11.

4.3 Konkurransbegrensningsvilkåret: uklart om revidert forskrift oppfyller vilkåret

Revidert forslag til forskrift retter seg mot prisforskjeller som «begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen». Ordlyden i utkastet sammenfaller med utformingen av konkurransebegrensningskriteriet i krrl. § 14 og tilsvarer inngrepsterskelen etter §§ 10 og 11. Det tilsier for så vidt at konkurransebegrensningsvilkåret vil være oppfylt.

Til tross for dette mener vi det kan reises spørsmål om atferden som revidert forskrift søker å forby, kan være egnet til å begrense konkurransen.

For at revidert forskrift skal ha et selvstendig innhold, må forskriften regulere leverandører/grossister som ikke har en dominerende stilling. Men der en leverandør/grossist *ikke* har en dominerende stilling, vil kunden normalt ha *flere* alternative leverandører/grossister å forhandle med om konkurrerende produkter. Risikoen for utestengende virkninger vil da være betydelig redusert. Det tilsier at konkurransebegrensningsvilkåret ofte ikke vil være oppfylt i tilfeller av relativ markedsmakt.

Videre svekker kjedenes økende EMV-innslag og forhandlingsmakt risikoen for at prisforskjeller fra en aktør med relativ markedsmakt er egnet til å begrense konkurransen.

¹² Se Konkurransetilsynets hjemmesider, [Mindre forskjeller i dagligvarekjedenes innkjøpspriser](#), publisert 19. juni 2023.

Når leverandøren/grossisten kun har relativ markedsrett, vil det presumptivt være en stor del av markedet (som hovedregel mer enn 50 %) som kan tilby tilstrekkelige og rimelige alternativer for den mindre kunden.

Dersom en mindre kunde skal kunne påberope seg at en leverandør/grossist har relativ markedsrett basert på kundens subjektive valg om kun å forhandle med denne aktøren fordi den i utgangspunktet er billigst, kan det gi en ikke-dominerende leverandør/grossist insentiv til å redusere rabatter til en mer effektiv kunde. Og hvis den billigste leverandøren/grossisten hever prisene av frykt for å bryte forskriften, kan det øke innkjøpsprisene i hele innkjøpsmarkedet slik at kjedene samlet oppnår dårligere betingelser, som igjen leder til økte forbrukerpriser.

For vurderingen av om prisforskjellene etter revidert forskrift § 3 er *konkurransbegrensende*, må leverandøren/grossistens innkjøpspriser til både store og mindre kunder vurderes. Sammenlikningsgrunnlaget vil være den laveste prisen som gis. Selv om revidert forskrift har som formål å regulere den mindre aktørens innkjøpspris, kan forskriften altså få betydning for innkjøpsprisen til større og mer effektive innkjøpere i tillegg. Forskriften vil trolig også svekke insentivene til den mest effektive innkjøperen til å konkurrere hardt om innkjøpspriser. Dette vil igjen kunne øke forbrukerprisene i strid med lovens formål. I sin tur kan det tilsa at heller ikke konkurransebegrensningsvilkåret i krrl. § 14 er oppfylt.

Departementet bør også presisere – enten i ordlyden eller i kommentarene til forskriften – at konkurransebegrensningskriteriet ikke er oppfylt bare fordi en kunde opplever en konkurranseulempe. Det er kun dersom prisforskjellene overfor en kunde er av en slik karakter og størrelse at konkurransen *i seg selv* blir tilstrekkelig begrenset, at vilkåret er oppfylt. En slik presisering vil sikre at forbudet ikke beskytter (muligens mindre effektive) konkurrenter, men selve konkurransen, jf. også EU-domstolens sak i *MEO*.¹³

5 FORHOLDET TIL EØS-AVTALEN/EØS-REGLENE

5.1 Forskriften kan ikke gå lenger enn det som følger av EØS-reglene, jf. krrl. § 15

Det er ikke tilstrekkelig at en forskrift oppfylder vilkårene i krrl. § 14 (vilkårene i forskriftshjemmelen). Forskriften må også holde seg innenfor begrensningene som følger av EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd, jf. krrl. § 15. EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd oppstiller et absolutt forbud mot at norsk forskrift gitt i medhold av krrl. § 14 regulerer atferd (avtalte betingelser) på en strengere måte enn det som er tillatt etter kartellforbudet i EØS-avtalen artikkel 53 (primærretten).¹⁴ Der en forskrift er i strid med EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd gjelder ikke forskriften, men kartellforbudets regulering av den aktuelle atferden, jf. EØS-loven § 2, enten det innebærer at atferden er forbudt eller at den er lovlig.

Forutsetningen for at begrensningen i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd kommer til anvendelse, er at prisforskjellene som forbys etter revidert forslag til forskrift, har samhandelspåvirkning etter EØS-avtalen artikkel 53. Dette beror på en konkret, sammensatt vurdering. I praksis er terskelen lav for at et samarbeid har samhandelspåvirkning (grenseoverskridende effekt). At prisforskjellene som forbys etter revidert forslag til forskrift må være konkurransebegrensende, tilsier at atferden som forbys, sannsynligvis vil ha samhandelspåvirkning. Det er heller ikke et ubetydelig antall produkter i dagligvaremarkedet der ingredienser eller emballasje er helt eller delvis importert. Det innebærer at begrensningene for nasjonal håndheving i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd mest sannsynlig kommer til anvendelse. .

¹³ Se EU-domstolens sak C-525/16 *MEO*, avsnitt 31.

¹⁴ Vi viser til og fastholder våre vurderinger i Kvaless notat 10. mai 2023 på oppdrag fra NHO Mat og Drikke *Vurdering av Grettes utredning 31. mars 2023 om handlingsrom etter EØS-konkurranseretten og forbud mot prisdiskriminering*.

5.2 Revidert forslag til forskrift § 3 tredje ledd forbyr avtaler i strid med EØS-krrl. § 7 annet ledd

Paragraf 3 tredje ledd i forslaget lyder:

Innkjøpsbetingelser som er forbudt i henhold til denne bestemmelse, skal ikke ha noen rettsvirkning.

I utgangspunktet får *innkjøpsbetingelser* rettsvirkninger når de blir bindende avtalt mellom kjøper og selger. Det bestemmes innebærer, er altså at ellers bindende avtaler om innkjøpsbetingelser likevel ikke skal ha rettsvirkninger. Bestemmelsen gjør med andre ord slike avtaler ugyldige. Dermed forbyr bestemmelsen nettopp *avtaler* som kan være lovlige etter kartellforbudet i EØS-avtalen artikkel 53.

En bindende avtale er i kjernen av samarbeid som omfattes av kartellforbudet etter EØS-avtalen artikkel 53. Et ensidig krav fra en leverandør/grossist har ikke som sådan rettsvirkninger overfor kontraktspartnern fordi kravet ikke trenger å bli akseptert. Forslaget til § 3 tredje ledd går derfor langt når bestemmelsen forbyr innkjøpsbetingelser som er bindende avtalt, siden slike innkjøpspriser *bare* kan være forbudt etter kartellforbudet i EØS-avtalen artikkel 53 og ikke etter strengere, norsk regulering.

Reguleringen i revidert forslag § 3 tredje ledd er også i strid med EU-domstolens klare uttalelser i storkammerdommen i *Nordzucker* fra 2022. NFD har ikke vurdert forslaget til revidert forskrift i lys av denne saken, der EU-domstolen fastslår at anvendelsen av nasjonale konkurranseregler ikke kan lede til et annet resultat enn det som følger av kartellforbudet:

Under the first sentence of Article 3(2) of Regulation No 1/2003, the application of national competition law may not lead to the prohibition of agreements [...] if they do not restrict competition within the meaning of Article 101(1) TFEU [...]

It follows from those provisions, read in the light of recital 8 of Regulation No 1/2003, that the application of provisions of national competition law cannot lead to the prohibition of agreements, decisions and concerted practices, within the meaning of Article 101(1) TFEU, if they are not also prohibited under that provision. In other words, the application of provisions of national competition law cannot lead to a different outcome from that which would result from applying Article 101(1) TFEU.¹⁵

I høringsnotatet skriver NFD at

«[f]orskriften regulerer kun leverandørens/grossistens atferd, og hva denne kan tilby inn i en avtale».¹⁶ (vår understreking)

Tatt på ordet erkjenner NFD her selv at det ikke er handlingsrom til å ugyldiggjøre *avtalte* innkjøpsbetingelser – kun ensidige krav og tilbud fra leverandøren/grossisten.

Likevel forbyr revidert forskrift § 3 tredje ledd *mer* enn kun leverandørens/grossistens ensidige atferd, siden partenes *avtalte* innkjøpspriser, som har *rettsvirkninger*, ugyldiggjøres.

Ugyldighetsbestemmelsen i revidert forskrift § 3 tredje ledd er derfor EØS-stridig og ulovlig, jf. EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd.

5.3 Prisdiskriminering kan reguleres, men ikke gjennom å forby avtaler

Det er handlingsrom for å sanksjonere prisdiskriminering gjennom en forskrift gitt i medhold av krrl. § 14.

¹⁵ Se EU-domstolens avgjørelse i sak C-151/20 *Nordzucker*, avsnitt 54–55. Understreket her.

¹⁶ Se høringsnotatet til revidert forskrift, side 33.

For å gå klar av den absolutte begrensningen som følger av EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd må forskriften kun regulere «ensidig atferd» og ikke (også) avtaler. Eksempler på slik ensidig atferd som kan forbys, er opptreden som består i å påtvinge eller avkreve konkurransebegrensende vilkår. Slik atferd kan forbys og sanksjoneres, men ellers bindende avtaler kan ikke forbys.

De avtalte innkjøpsbetingelsene kan altså ikke gjøres ugyldige (frakjennes rettsvirkning). En forskrift kan kun forby leverandørens/grossisten ensidige opptreden (krav og tvang) som skjer *forut for* inngåelsen av en avtale om innkjøpsbetingelser, typisk under forhandlingene.

5.4 Henvisningen til gruppeunntatte avtaler i revidert forskrift § 3 fjerde ledd er unødvendig og misvisende

Forskriftsutkastet § 3 har fått et fjerde ledd som presiserer at forbudet i første ledd ikke gjelder gruppeunntatte avtaler.

En slik presisering er isolert sett positiv. Med dette synes imidlertid NFD å overse at avtaler omfattet av gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 bare er ett av flere eksempler på avtaler som ikke kan forbys etter nasjonal konkurranserett. Gitt samhandlingspåvirkning gjelder det *helt generelt* at avtaler som ikke er forbudt etter artikkel 53, heller ikke kan forbys i nasjonal konkurranselovgivning. Det er altså langt fra bare gruppeunntatte avtaler som ikke kan forbys.

Henvisningen til gruppeunntatte avtaler i revidert forskrift § 3 fjerde ledd blir dermed ikke bare unødvendig, men også misvisende. Særlig misvisende er henvisningen når denne viser til «avtaler som er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3». Dette indikerer at forbudet i revidert forskriftsutkast nettopp sikter å forby avtaler som kan være lovlige etter EØS-avtalen artikkel 53, i strid med EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd. Utkast til § 3 fjerde ledd blir da en bekreftelse på at revidert forskrift forbyr *avtaler* om innkjøpsbetingelser, og ikke kun ensidig atferd i forhandlinger eller liknende.

6 FORHOLDET TIL GRUNNLOVEN § 97 OM TILBAKEVIRKENDE KRAFT

Grunnloven § 97 forbyr inngrep gjennom lov eller forskrift med tilbakevirkende kraft. Denne bestemmelsen forbyr ikke bare å knytte nye byrder til eldre handlinger eller begivenheter («egentlig tilbakevirkning»), men beskytter også mot uforholdsmessig inngripende eller tyngende inngrep i etablerte rettsposisjoner («uegentlig tilbakevirkning»).

Det synes forutsatt i høringsnotatet at et forbud i en ny forskrift skal gripe inn også i gjeldende kontraktsforhold.¹⁷ Dette utfordrer tilbakevirkningsforbudet.

Det som kjennetegner høyesterettspraksis etter tusenårsskiftet, er at det ikke kan opereres med egentlig og uegentlig tilbakevirkning som klart adskilte former for tilbakevirkning. Høyesterett har i flere dommer fremholdt at det finnes en flytende overgang mellom disse tilbakevirkningsformene. Sentrale momenter ved vurderingen av om uegentlig tilbakevirkning er forbudt, er hvor sterkt tilbakevirkningselementet er, hvor stort borgernes innrettelsesbehov er, og hvor stort samfunnsmessig behov det er for å gi den nye regelen anvendelse på etablerte rettsposisjoner. Praksis er godt oppsummert i HR-2016-389-A. Etter en gjennomgang av rettspraksis uttaler førstvoterende her (avsnitt 76–77):

«Fra denne gjennomgåelsen slutter jeg at kjernespørsmålet er hvor sterkt tilbakevirkningselementet er. Hvis loven direkte knytter tyngende rettsvirkninger til tidligere hendelser, er loven som hovedregel grunnlovsstridig. Gir loven derimot bare regler om hvordan en allerede etablert posisjon skal utøves, er hovedregelen den motsatte. I de

¹⁷ Se høringsnotatet til revidert forskrift side 35, særlig "Forskriften kan innebære behov for endringer i pågående kontraktsforhold [...]".

sistnevnte tilfellene har lovgiveren et betydelig spillerom, se avsnitt 94 i strukturkvotedommen. Det er en glidende overgang mellom disse ytterpunktene. I rederiskattedommen omtales dette som 'overgangsformer', mens det i strukturkvotedommen fremheves at 'Borthen-normen' er relativ, fleksibel og skjønnsmessig.

Jeg konstaterer videre at det uavhengig av normvalg må skje en avveining mellom de vernede interesser på den ene siden, og de samfunnsmessige hensynene på den annen. Vurderingen må skje konkret for dem som er parter i saken, men det må kunne tas hensyn til helheten ved lovreguleringen, se avsnitt 155 i rederiskattedommen. Ved vurderingen har det betydning hvilke rettigheter eller posisjoner inngrepet gjelder, hvilket grunnlag den enkelte eller en gruppe har for sine forventninger, om inngrepet er plutselig og betydelig, og om fordelingen av byrdene rammer den enkelte eller en gruppe særlig hardt, jf. Borthen-dommen og strukturkvotedommen. De samfunnsmessige hensynene må holdes opp mot dette.»

NFD konkluderer i punkt 7 i høringsnotatet med at forskriftsforslaget ikke er i strid med Grunnloven § 97. Departementets vurdering på dette punkt er svært kortfattet og fremstår ikke overbevisende. Departementet viser til at inngrep i pågående kontraktsforhold som hovedregel må aksepteres, med mindre dette er «klart urimelig eller urettferdig», men går ikke inn på at det er en flytende overgang mellom disse tilbakevirkningsformene. Dersom den nye forskriften også skal gjelde inngåtte kontraktsforhold, vil tilbakevirkningen ligge nært opp til egentlig tilbakevirkning. For at tilbakevirkning i slike tilfeller skal aksepteres, må den være begrunnet i «sterke samfunnsmessige hensyn», jf. Rt. 2010 s. 143 avsnitt 153–154. Det kan ikke ses å foreligge slike grunner for å gi den nye forskriften anvendelse på inngåtte avtaler.

NFD fremhever bl.a. at foretakene «kunne forvente reguleringer på området». Dette argumentet lite overbevisende. Som redegjort for ovenfor, innfører forskriftsforslaget nye og ukjente begreper som relevant markedsrett. Tidligere har det pågått en generell debatt om tiltak for å forbedre konkurransen i dagligvaremarkedet. I tillegg har det blitt fremmet og sendt på høring svært omstridte og svakt utredede forslag til å forby eller regulere prisdiskriminering. At det er politisk oppmerksomhet rundt dagligvaresektoren, og på generelt grunnlag er muligheter for nye reguleringer, kan ikke være et relevant moment i vurderingen av om slike reguleringer skal kunne gis tilbakevirkende kraft.

Som vi kommenterer i punkt 7.1, kan brudd på revidert forskriftsforslag medføre samfunnets strengeste reaksjonsform, personstraff (fengsel inntil tre år), jf. krrl. § 32. NFD har til tross for dette heller ikke utredet behovet for eller konsekvensene av slike strenge sanksjoner for brudd. Videre er det som redegjort for ovenfor, krevende å vite når det foreslåtte forbudet eventuelt vil komme til anvendelse.

Dersom forbudet i revidert forskriftsforslag gis anvendelse også på fremforhandlede avtaler, vil avtaler som var lovlige da de ble inngått kunne bli ulovlige, og der leverandøren risikerer strenge sanksjoner, herunder personstraff. Personstraff og overtredelsesgebyr må kunne sies å utgjøre «plutselig og betydelig» inngrep overfor leverandører/grossister som er part i en avtale som var lovlig da den ble inngått.

Det er videre vanskelig å forstå at det er *behov* for å gi en ny forskrift anvendelse på inngått og gjeldende kontrakter. Det skyldes at kommersielle betingelser i kontrakter mellom leverandører og dagligvarekjeder fremforhandles årlig; hver høst. Det bør derfor være tilstrekkelig at et eventuelt nytt forbud får anvendelse på neste, snarlige kontraktsforhandling i dagligvaresektoren.

7 SANKSJONERING AV BRUDD PÅ REVIDERT FORSKRIFT - SVÆRT UFORHOLDSMESSIG OG MULIGENS GRUNNLOVSSTRIDIG

7.1 Ingen utredning av at overtredelse av foreslått forbud i forskrift kan ilegges personstraff

NFD mener «de samme sanksjonene som følger av gjeldende rett også bør gjelde for den foreslåtte forskriften».¹⁸

Brudd på forskrift gitt i medhold av krrl. § 14, som revidert forskriftsforslag hjemles i, kan straffes etter krrl. § 32 som lyder:

Med bøter eller fengsel inntil 3 år straffes den som forsettlig eller grovt uaktsomt

a) overtrer §§ 10, 18 første ledd eller 19 første ledd,

b) overtrer vedtak etter §§ 12 første eller femte ledd, 16 eller 16 a,

c) unnlater å etterkomme pålegg etter § 24 eller § 25,

d) gir uriktige eller ufullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene,

e) bryter forsegling foretatt i medhold av § 25, eller

f) overtrer forskrift i medhold av § 14. (vår understreking)

Brudd på forbud mot prisdiskriminering i foreslått forskrift vil, hvis den vedtas, således kunne ilegges straff etter krrl. § 32. Forslaget vil kriminalisere atferd som hittil har vært lovlig. Konsekvensen av dette er ikke utredet av NFD eller nevnt i høringsnotatet.¹⁹

Etter forslaget vil fysiske personer kunne straffes med bøter og fengsel inntil tre år for brudd på forbudet i § 3 i forskriftsutkastet. Det er samme sanksjoner som ved brudd på kartellforbudet (krrl. § 10). Fysiske personer (typisk ledende ansatte) kan derimot ikke ilegges straff for brudd på misbruksforbudet (krrl. § 11). Det er kun foretak som kan ilegges overtredelsesgebyr etter krrl. § 29 for brudd på misbruksforbudet.

NFD foreslår følgelig at (ensidig) konkurransebegrensende prisdiskriminering fra leverandører / grossister med relativ markedsrett skal kunne straffes med fengsel og bøter. Dette til tross for at denne atferden bør ha langt lavere – om noe – straffverdighet sammenliknet med samme atferd utført av aktører med dominerende stilling (som altså ikke kan straffes).

Det fremgår av høringsnotatet at NFD er usikre og dels vage på når prisdiskriminering fra leverandører/grossister med relativ markedsrett vil kunne være et problem.²⁰ Vi antar derfor at NFD neppe mener at prisdiskriminering etter revidert forskrift § 3 (relativ markedsrett) er straffverdig og bør omfattes av straffetrukkelsen i krrl. § 32, særlig siden brudd på misbruksforbudet i loven ikke er straffbart.

Den manglende utredningen innebærer brudd på utredningsinstruksen.²¹ Etter vår vurdering er dette svært kritikkverdig. Det har i denne sammenheng liten betydning hvor sannsynlig det er at brudd på en ny forskrift i praksis vil straffeforfulgt etter krrl. § 32.

¹⁸ Punkt 4.12 Sanksjoner

¹⁹ Det er heller ikke utredet eller vurdering i tidligere høringsnotat av 25. oktober 2022.

²⁰ Se særlig høringsnotatet punkt 4.4.3 *Vurdering av begrepet relativ markedsrett*: "Det er vanskelig å forutse virkningen av hvilke leverandører og grossister som omfattes av forskriften". Se også høringsnotatet punkt 10 *Økonomiske og administrative konsekvenser av forslaget* der NFD er svært vag på når prisdiskriminering utgjør et problem: "Det kan ikke utelukkes at forskjeller i innkjøpspriser, under visse omstendigheter, kan begrense konkurransen i dagligvaremarkedet, særlig på lang sikt."

²¹ Utredningsinstruksen er fastsatt ved kongelig resolusjon 19. februar 2016.

NFDs manglende utredning og utforming av et mer presist forbud mot prisdiskriminering er i strid med begrunnelsen og prosedyren for å straffe ny type atferd som følger av forarbeidene til straffeloven som nevnt i punkt 7.2. Konsekvensen av ovennevnte, er at det er behov for *lovgivningsprosedyre*.

7.2 Vurderinger som må gjennomføres for å kunne sanksjonere brudd på ny forskrift med personstraff

Prinsipper for kriminalisering, dvs. retningslinjer for hvilke handlinger som bør forbys og belegges med straff, fremgår av forarbeidene til straffeloven.²²

Overordnet gjelder at straff bare bør brukes dersom andre reaksjoner og sanksjoner ikke finnes eller åpenbart ikke vil være tilstrekkelige (side 88).²³ Straff bør med andre ord bare benyttes som siste utvei. Når det gjelder overtredelser av den offentligrettslige reguleringslovgivningen, fremgår det at tre forutsetninger bør foreligge før det er aktuelt å kriminalisere: (1) tilstrekkelig etterlevelse av regelen kan ikke oppnås ved andre sanksjoner, (2) regelen må beskytte en viktig interesse, og (3) det må dreie seg om en alvorlig eller gjentatt overtredelse.²⁴

I tillegg bør straff bare benyttes dersom det er hensiktsmessig. Det innebærer blant annet at straff ikke bør brukes dersom «straffebudet må utformes så vagt at forutberegneligheten blir dårlig», at straff ikke bør brukes dersom ressursknapphet avskjærer oppfølging i praksis, og at straff må fremstå som et tilstrekkelig effektivt redskap for å påvirke atferden.²⁵

Det er vanskelig å se at kriminaliseringen som departementets forslag innebærer, er i samsvar med de ovennevnte prinsippene.

Uansett må NFD vurdere disse spørsmålene nærmere. Den helt generelle og svært knappe vurderingen i forarbeidene til konkurranseloven («departementet [har] også anbefalt at overtredelser av forskrift gitt med hjemmel i § 14 skal være straffbare») er ikke tilstrekkelig.²⁶ Heller ikke spesialmerknadene til daværende krrl. § 30 (nå krrl. § 32) gir noen begrunnelse for hvorfor «overtredelser av forskrift etter krrl. § 14 straffes».²⁷

7.3 Hvordan kan foreløpig mangelfull utredning avhjelpes

Manglende utredning av personstraff for brudd på forbudet i forslag til forskrift kan løses ved at:

1. Revidert forskrift forkastes, eller
2. Krrl. § 32 endres slik at brudd på forskrift etter § 14 ikke kan medføre straff, eller
3. Konkurranseloven endres slik at NFD, ved forskrift, kan fravike at brudd på krrl. § 14 straffes etter krrl. § 32, eller
4. Forbudet mot konkurransebegrensende prisdiskriminering av leverandører/grossister med relativ markedsrett lovfestes uten straffetrussel.

Punkt nr. 2, 3 og 4 forutsetter ordinær lovgivningsprosedyre med vedtak i Stortinget og forutgående grundig utredning.

Hvis NFD vil vedta forskriften uten å endre loven, må NFD først utrede og begrunne hvorfor det er riktig at brudd på forskriften skal kunne straffes, mens brudd på misbruksforbudet som vil være en mer alvorlig overtredelse, ikke er underlagt straff. Forslag til forskrift fremstår i praksis

²² Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), punkt 7, side 82–93.

²³ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), punkt 7, side 88.

²⁴ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), punkt 7, side 92–93.

²⁵ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), punkt 7, side 93.

²⁶ Se Ot.prp. nr. 6 (2003–2004), punkt 8.4.3, side 125.

²⁷ Se Ot.prp. nr. 6 (2003–2004), punkt 8.4.3, side 241.

nettopp som en «light-versjon» av misbruksforbudet. Slik vi ser det, vil NFD ha betydelige utfordringer med å begrunne dette.

7.4 Personstraff og betydelige gebyr strider mot legalitetsprinsippet (kravet til klar hjemmel i lov) og hensynet til forutberegnelighet

Det er sikker rett at inngrep overfor foretak må ha hjemmel i lov eller forskrift (legalitetsprinsippet). Denne rettsikkerhetsgarantien er også grunnlovfestet i Grunnloven § 113. I medhold av legalitetsprinsippet stilles det også krav om *klar* inngrepshjemmel avhengig av hvor inngripende reaksjon det er snakk om.²⁸ Bakgrunnen er at adressatene for inngrepet må ha rimelige muligheter til å forutse og avverge eget lovbrudd.

Som nevnt i punkt 4.2.2 er inngrepsregelen i forskriftsforslaget svært uklar – både med hensyn til *grensene* og *metoden* for å identifisere relativ markedsrett. Videre kan brudd på revidert forskrift ilegges overtredelsesgebyr med inntil 10 % av konsernets omsetning, se krrl. § 29, jf. krrl. § 14, og personer som overtrer forskriften, kan ilegges bøter eller fengsel inntil tre år, se krrl. § 32, jf. § 14.

Etter vår vurdering er det et vesentlig misforhold mellom den uklare bestemmelsen og de svært inngripende reaksjonene som brudd kan lede til. Det vil kunne være i strid med legalitetsprinsippet å åpne for betydelige overtredelsesgebyr etter krrl. § 29 og personstraff etter krrl. § 32 knyttet til en så uklar og lite forutberegnelig bestemmelse som foreslått. Det kan derfor ikke utelukkes at forskriftsforslaget også kan være i strid med Grunnloven § 113.

8 FORSLAGET ÅPNER FOR PRIVAT HÅNDHEVING – MULIGE KONSEKVENSER

Det fremgår av § 3 tredje ledd i forslaget at innkjøpsbetingelser som er i strid med det foreslåtte forbudet, ikke skal ha noen rettsvirkninger.

En kunde som mener at en leverandør overtrer foreslått forbud, kan dermed se bort fra «innkjøpsbetingelsene» som vedkommende mener er i strid med forbudet. I praksis innebærer det at en mindre dagligvarekjede kan la være å betale pålydende på faktura (avtalt innkjøpspris) med den begrunnelse av innkjøpsprisen som kreves, er ulovlig. Det vil da bli opp til leverandøren å gå til søksmål for å kreve inn pengene.

Heller ikke disse mulige konsekvensene er omtalt i høringsnotatet, herunder hvem som skal ha bevisbyrden ved slike søksmål.

²⁸ Se NOU 2003: 15 punkt 12.3.1: "Klarhetskravet innebærer at det må fremgå tydelig i loven hvilke handlinger eller unnlatelser som kan føre til en sanksjon ved overtredelse og hvilken personkrets, eventuelt foretak, som det kan reageres mot". Se også HR-2016-1833-A som viser til Rt-2014-1105, avsnitt 15, om at "[l]oven må være tilgjengelig og så presis som forholdene tillater".