

Høring om forbud mot konkurranseskadelige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer

Om NHO Service og Handel: NHO Service og Handel skal bidra til seriositet og inkludering i arbeidslivet, bærekraft, kompetanse og utvikling av tjenester. NHO Service og Handel har samlet over 7.140 virksomheter med 86.200 årsverk

Det vises til høringens hoveddel om forslaget som omhandler tiltak mot konkurranseskadelige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer.

Høringen kommenterer også enkelte forhold rundt et tidligere forslag til markedsetterforskningsverktøy og EMV, samt forslagets mulige virkning på disse. Det skal derfor innledningsvis vises til tidligere forslag *om forbud mot usaklige forskjeller i innkjøpsbetingelser* i verdikjeden for mat og dagligvarer, markedsetterforskningsverktøy og EMV. Vi kommenter dette på side 2 og 3, mens kommentar til denne høringen er på side 3-6.

Oppsummering: Det er positivt at regjeringen legger til grunn og aksepterer prinsippet om at den tidligere omtalte prisdiskriminering i verdikjeden systematisk kan utgjøre en konkurranseskadelig faktor, samt etableringshinder. Vi er også positivt til at det inkluderer grossistene. Forslaget slik det forstås, kan ha en viss betydning for å redusere etableringshindringer for mindre aktører innen dagligvare. Samtidig er det lite trolig at dette vil virke inn ovenfor forbrukeren i dag eller overskuelig fremtid, da dette tilsynelatende ikke påvirker de forskjellene som tilsynet tidligere har påpekt mellom de tre store landsdekkende kjedene. Det er uansett viktig at tilsynet opprettholder en tett oppfølging etter det etablerte regelverket for å hindre konkurranseskadelig prisdiskriminering etter de etablerte reglene.

Vi oppfordrer også regjeringen til å svare ut tidligere påpekninger rundt markedsetterforskningsverktøyet og ikke ta grep som svekker EMV verdikjede som bidrar sterkt til en mer mangfoldig og prisgunstig konkurranse innen dagligvarehandel.

Tidligere innspill:

I anledning tidligere forslag understreket NHO Service og Handel i høringsvar datert 16. desember følgende:

- **Prisdiskrimineringsforbud:** Dagligvaresituasjonen er eksepsjonell og krever spesielle virkemidler. Syretesten for om forslagene er egnet til å styrke konkurransen ytterligere i markedet, er om de er
 - tilstrekkelig gjennomførbare og raskt nok på landsbasis endrer usaklige innkjøpsforskjeller
 - reelt egnet til å senke terskelen for nye virksomheter som ønsker å starte opp i det norske dagligvaremarkedet. I den sammenheng vises det til at flere kontrollvirkemiddel må slå inn tidlig nok, slik at ikke konsekvensene av "skaden og følgeskadene" blir for vanskelig å reversere.

I den sammenheng støttet NHO Service og Handel høringsens daværende alternativ 1. Alternativet var det beste utgangspunktet for å få oversikt over årsakene til det som kan være skadelig forskjellsbehandling og eventuelt korrigere rammene for forhandlingspraksis. Det innebar *forbud mot prisforskjeller som ikke er saklig begrunnet*.

- **Markedsetterforskningsverktøy:** Det vises også til tidligere høring av forslag til endringer i konkurranseloven m.m. - markedsetterforskning og utredning av overtredelsesgebyr og ledelseskantene mot fysiske personer datert 31. mars 2023. Dette omhandler blant annet markedsetterforskningsverktøy og om konkurranseloven bør ha hjemmel til å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr og ledelseskantene for overtredelse av visse handleplikter i konkurranseloven. Vi var positive til MEV som styrket oversikten over innkjøpsbetingelser som var usaklige, men mente der at forslagene på flere sentrale områder manglet tilstrekkelig utredning. Vi kunne derfor ikke støtte forslagene slik de er utformet. NHO Service og Handel oppfatter høringsforslagene å være grenseland til det prinsipielle og representerer betydelig uavklarte forhold om hvordan nye fullmakter skal anvendes. Vi oppfattet at forslagene på forslagstidspunktet krever en grundigere prosess som blant annet utreder spørsmålet om innføring av MEV samtidig med en større gjennomgåelse og evaluering av konkurranseloven.
- **EMV (Egne Merkevarer):** I forbindelse med tidligere innspill til departementets arbeid rettet til utredning om EMV har vi understreket at en viktig driver for innovasjon i norsk dagligvare er nettopp utvikling av egne merkevarer

(EMV), som i dag er sortiment som kjennetegnes av unikheter, kvalitet, bærekraft, konkurransedyktige priser og innovasjon. Produksjon av EMV i denne sektoren innebærer i tillegg lokalt samarbeid og satsning på norsk landbruk, og gir mange norske arbeidsplasser spredt rundt over hele Norge. Dette er landbruk, verdiskapning og arbeidsplasser vi ønsker å beholde og videreutvikle. Egne merkevarer er også en viktig mulighet til å ha et differensiert sortiment fra konkurrerende kjeder, slik at man kan tilby kundene noe som er annerledes og som igjen gir et større mangfold. Samfunnsøkonomisk Analyse har kartlagt omfanget av dagligvarekjedenes egne merkevarer og vertikal integrasjon, og vi forstår rapporten til i all hovedsak bekrefte EMV positive konkurransetilskudd i dagligvaresegmentet. Vi understreker for øvrig at utviklingen av EMV skal som all annen produktutvikling, skje med respekt for forretningshemmeligheter og annen rettslig beskyttelse. Dette er allerede godt regulert i dag.

Forslagene i høringsnotatet datert 15.12 2023

- Foreslåtte regler om forbud mot konkurranseskadelige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden.

Det vises til kapittel 4 hvor forskriftforslaget beskrives nærmere, herunder hvordan utformingen av forskriftsforslaget skiller seg fra forskriftsutkastene i høringsnotatet av oktober 2022 og hvordan høringsinstansenes innvendinger har blitt ivaretatt.

Det nye forslaget er på viktige punkter vesentlig forskjellig fra alternativ 1 i tidligere høring som NHO Service og Handel mente kunne utgjøre en betydelig faktor i riktig retning for å styrke priskonkurransen blant dagens dagligvareaktører. Det opplyses i det nye høringsmaterialet at departementet også har vurdert EØS-rettslige rammer knyttet til forslagene.

I prinsippet er det nye forslaget en tilslutning til våre og flere dagligvareaktørers oppfatning om at konkurranseskadelige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden er et betydelig problem og det tilsier en regelverksendring. Vi er også enig i at forskriftens konkurransefremmende virkninger trolig vil være større dersom den utvides til også å gjelde grossister.

Det er fra tidligere en anerkjennelse av at forskjeller på 3-5 % og mer i innkjøpsbetingelser i dette markedet vil ofte være hemmende for konkurransen i dagligvareledet. Vi forstår det også slik at det danske konkurransetilsynet har en klar oppfatning om at slike forskjeller ofte vil være skadelig for konkurransen i dette segmentet og at de derfor utfører offensiv tilsynsvirksomhet under dagens regler.

Høringsforslaget forslag til endret virkeområde for når de nye reglene skal virke, innebærer at rammene for konkurranse blant de store kjedene som i dag og nærmeste årene utgjør den landsdekkende konkurransen, ikke vil bli endret til ut fra dette tiltaket isolert. Dog beror det noe på sammenfallende tilsynspraksis av øvrig regelverk og klargjøring av de nye begrepene.

Vi noterer oss likevel at mindre selvstendige virksomheter kan få effekter av forslaget, men at de vil miste dette om de når en viss størrelse eller organisering.

Nedenfor følger enkelte kommentarer til begrepsbruk og innfasing av et nytt regelverk.

Det vises til tidligere forslag til forskriftsbestemmelsene og nå bortfallet av tidligere hovedvilkår om "usaklig" prisdiskriminering, er avgrenset til leverandører og grossister som utgjør "relativ markedsrett¹". *Relativ markedsrett skal forstås som at en kunde er avhengig av en leverandør eller en grossist, slik at kunden ikke har tilstrekkelige og rimelige alternativer, og det er en betydelig ubalanse i forhandlingsrett.*

Tilbakemelding fra våre berørte og andre virksomheter i segmentet er at: *det er behov for en mer presis og klar definisjon av "relativ markedsrett". En slik definisjon må balansere behovet for å beskytte mindre aktører mot utnyttelse, uten å hemme legitime og konkurransefremmende forretningspraksiser, slik utvikling av egne merkevarer kan være. Denne balansen vil kreve tydeliggjøring av juridisk språk og en grundig forståelse av markedsmekanismene.*

Disse er også kritisk til bortfallet av "usaklig" i definisjonen av prisdiskriminering. I denne sammenheng er tilbakemeldingen at uklarhet i tolkning av forskriften kan *skape en unødvendig risiko for urimelig inngripen i markedet*. Alternative formuleringer bør vurderes for å opprettholde intensjonen med reglene.

Dersom vilkåret " at kunden ikke har tilstrekkelige og rimelige alternativer" skal forsås snevert, vil det videre være en høy terskel for andre virksomheter enn de helt små skal

¹ § 3 Forbud mot konkurransebegrensende prisdiskriminering. Det er forbudt for leverandører og grossister med relativ markedsrett å kreve ulike innkjøpsbetingelser for likeverdige ytelser dersom forskjellene begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen. I vurderingen av om ulike innkjøpsbetingelser begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen, kan det blant annet legges vekt på grad av innkjøpsrett, forhandlingsrett, om adferden er egnet til å ha en effekt på en eller flere av kundenes kostnader, profitt eller andre relevante interesser, og om det foreligger en eventuell utestengende strategi.

Innkjøpsbetingelser som er forbudt i henhold til denne bestemmelse, skal ikke ha noen rettsvirkning. Forbudet i første ledd gjelder ikke avtaler som er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.

kunne utløse bestemmelsen. Ordlyden gjør det også vanskelig å forstå når noe er brudd på regelverket. Begge sider vil ha behov for betydelig klargjøring.

Derfor understrekes fra aktørene at det er sentralt at håndhevingen av forskriften er praktisk gjennomførbar og ikke medfører en unødvendig administrativ byrde for aktørene i bransjen. Det er naturlig med en stegvis implementering med tilstrekkelig veiledning og støtte til aktørene for å sikre en jevn overgang og forståelse av de nye reguleringene

Vi ber uansett om at erfaringene hentes inn fra ikrafttredelse og at det ikke utelukkes en revurdering om effekten blir forfeilet. Det er uansett viktig at tilsynets oversikt over praksis knyttet til prisforskjeller opprettholdes, slik at regelverkets øvrige og allerede eksisterende regelverk kan slå inn ved konkurranseskadelig opptreden.

- **Markedsetterforskningsverktøy:** Kapittel 8 omtale av markedsetterforskningsverktøy og mulige virkninger av den nye forskriften.

Kapitlet omhandler som nevnt ovenfor et forslag som ble sendt på høring 31. mars 2023. Det vises til våre inneledende kommentarer og vårt daværende høringssvar at forslaget både hadde positive, men også tilsynelatende svært uheldige formuleringer knyttet til rettsikkerhet i saksbehandlingen og aktører.

I dette høringsnotatet er forslaget om MEV sett opp mot forslaget til nye pris-diskrimineringsbestemmelser:

Markedsetterforskningsverktøyet er ment å fungere som en fleksibel måte for konkurransemyndighetene å håndtere alvorlige konkurransebegrensninger som ikke uten videre kan sies å skyldes en eller flere markedsaktørers brudd på konkurranselovens adferdsregler, herunder konkurranseloven § 10 og § 11, eller forskrifter gitt i medhold av § 14. Konkurransen i et marked kan i noen tilfeller være begrenset som følge av markedsstrukturer aktørene ikke har kontroll over, eller at et marked som følge av lovlig markedsadferd har «tippet»,⁵⁷ noe som kan resultere i at aktører forlater markedet, eller at etableringshindringene blir for høye

.....

Etter departementets syn er ikke en forskrift og et markedsetterforskningsverktøy gjensidig utelukkende. Det er tilfellet selv om departementet ikke kan utelukke at det foreslåtte markedsetterforskningsverktøyet kan komme til anvendelse eller få virkning for adferd som også vil rammes av en forskrift. Hvorvidt det er håndheving av en eventuell forskrift eller tiltak i tråd med et eventuelt markedsetterforskningsverktøy som er den beste måte å håndtere et gitt konkurranseproblem på, vil det imidlertid være opp til Konkurransetilsynet som håndhever av konkurranseloven å avgjøre. Forholdet

mellom det foreslåtte markedsetterforskningsverktøyet og forskriften vil bli ytterligere vurdert i oppfølgingen av høringsuttalelsene til denne høringen.

NHO Service og Handel ser at deler av MEV er hensiktsmessig for å tidlig nok skape et grunnlag for bedre overvåkning og regulering, men da dette høringsnotatet ikke omtaler de øvrige delene av MEV som flere påpekte hadde større rettssikkerhetsutfordringer – både ovenfor eventuelle tiltak, saksbehandling og aktører – må øvrige kommentarer avvende dette.

- **EMV:** Kapittel 9 omtale av den foreslåtte forskriften mulige virkning på omfanget av kjedenes egne merkevarer.

I kapittel 9 beskrives potensielle virkninger av den foreslåtte forskriften på omfanget av kjedenes egne merkevarer (EMV) og andre vertikale bindinger i verdikjeden for mat og dagligvarer.

Det følger fra høringsnotatet at "Som del av utredningen har SØA blitt bedt om å vurdere hvordan et eventuelt forbud mot usaklige forskjeller i innkjøpsbetingelser vil påvirke omfanget av egne merkevarer og andre former for vertikale bindinger, og effekten av disse på konkurransen i markedet."

Det skal her nevnes at høringsnotatet tilkjenner at " Rapporten konkluderer med at EMV og vertikal integrasjon i hovedsak har hatt positive virkninger på konkurransen i dagligvaremarkedet og forbrukernes valgmuligheter. Dette er også vårt syn.

Videre i høringsnotatet:

...

SØA vurderer at effekten av et forbud mot usaklig prisdiskriminering på omfanget av EMV og andre vertikale bindinger er usikkert, og at det vil avhenge av den konkrete utformingen av et forbud. Samlet vurderer de det som noe mer sannsynlig at et forbud vil føre til økt omfang av EMV og andre vertikale bindinger, enn at det vil føre til lavere omfang.

...

Som angitt i kapittel 4.4 så er forskriften som nå foreslås etter departementets syn mindre inngripende enn forslagene til forbud mot usaklig prisdiskriminering fremmet i høringsnotatet av oktober 2022. Etter departementets vurdering er det derfor sannsynlig at forskriftsforslaget i dette høringsnotatet vil ha mindre betydning for omfanget av EMV og andre vertikale bindinger, enn det SØA legger til grunn at er tilfelle for et forbud mot usaklig prisdiskriminering

NHO Service og Handel oppfatter høringsnotatet at det er svært vage mulige og mer teoretiske sammenhenger mellom et prisdiskrimineringsforbud som foreslått og eventuell negativ konsekvenser for EMVs påvirkning av konkurranseforholdene.

Innspillene fra relevante virksomheter i segmentet, oppfatter EMV utviklingen som uavhengig av et prisdiskrimineringsforbud da insitamentet knyttet til disse forretningskonseptene ligger i motivasjonen om å skape verdikjeder som gir et mer mangfoldig tilbud, leverandørkjennskap og utviklingssamarbeid.

Men vi noterer også at departementets tilnærming for å ikke foreslå en prisdiskrimineringsklausul som etter vårt syn faktisk kan få landsdekkende effekter, er å unngå negative effekter for EMV positive betydning for konkurransen i dagligvaremarkedet. Dette er et syn som tilsier varsomhet for eventuelle reguleringer som berører EMV i regjeringens øvrige arbeid på området.

Med vennlig hilsen

Digitalt signert

Henrik Bjørge

Advokat