

Høringsuttalelse til forslag om forbud mot konkurranseskadelige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer

1 Innledning

Nærings- og Fiskeridepartementet ("departementet") sendte den 25. oktober 2022 forslag om forskrift om forbud mot usaklige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for dagligvarer og mat på høring. Etter høringsinnspillene som da ble mottatt, har departementet 15. desember 2023 sendt på høring et revidert forslag til forskrift om forbud mot konkurranseskadelige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer.

Dagligvareleverandørenes forening (DLF) vil med dette gi sine kommentarer til høringsforslaget. DLF representerer om lag 100 uavhengige leverandører til dagligvare- og serveringsmarkedet. Følgende høringsuttalelse er vedtatt av DLFs styre. På oppdrag for DLF har advokat dr. juris Olav Kolstad og advokat Elsa Brandt Stensrud, Advokatfirmaet Schjødt, gitt faglige innspill.

DLF mener at heller ikke det nye forslaget om et forbud mot konkurranseskadelige innkjøpsbetingelser er nødvendig og neppe vil ha den tilsiktede virkningen om å bedre konkurransen i verdikjeden for mat, drikke og dagligvarer. DLF mener at det viktigste for å styrke konkurransen i dagligvare- og serveringsmarkedet er å sikre like konkurransevilkår mellom de uavhengige merkevarene og handelskjedenes egne varer (EMV) og å sikre at de rabattene som fremforhandles i større grad videreføres til forbrukerne. Altså at rabattene følger varen.

DLF anser likevel at departementets reviderte forslag av 15. desember 2023 er vesentlig forbedret i forhold til forslaget av 25. oktober 2022. DLF ser det som særlig positivt at forslaget søker å redusere etableringsbarrierene for aktører i detaljistleddet og på den måten styrke konkurransen i dagligvaremarkedet. For at denne intensjonen skal bli oppfylt, er det flere sider ved forslaget som bør forbedres.

DLF mener det må gjøres presiseringer som gjør forskriftens praktiske implikasjoner mer forståelig for alle ledd i verdikjeden. Forskriften bør utformes på en måte som ikke skaper tvil for aktørene i næringslivet om forskriftens anvendelsesområde, om når et forbud kommer til anvendelse, eller hvilke straffesanksjoner som vil gjelde.

2 Hovedkonklusjoner

- En forskrift om regulering av innkjøpsbetingelser er ikke nødvendig for å bedre konkurransen i markedene
 - Det foreligger betydelig tvil med hensyn til om prisdiskriminering utenfor misbrukstilfellene i konkurranseloven § 11 har negativ virkning på konkurransen
 - En forskrift kan ha negative og utilsiktede konsekvenser på konkurransen, f.eks. kan partenes insentiv til å forhandle reduseres, hvilket kan resultere i høyere priser
- De foreslåtte forskriftsbestemmelsene er ikke tilstrekkelig presise
 - Forskriftens anvendelsesområde må klargjøres dithen at også omsetningskanalene kiosk, bensin og servicehandel (KBS) og storhusholdning er en del av verdikjeden for mat, drikke og dagligvarer og må omfattes av forskriften.
 - Begrepet "relativ markedsrett" bør presiseres slik at det avgjørende er om en kunde står i et avhengighetsforhold til en leverandør eller grossist, som følge av at kunden ikke har "tilstrekkelige alternativer"
 - Det bør presiseres at "ulike innkjøpsbetingelser" med en objektiv begrunnelse faller utenfor forbudet, fortrinnsvis ved en endring i definisjonen av "ulike innkjøpsbetingelser"
 - I vurderingen av om ulikheter i betingelser "begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen", bør det presiseres at det ikke er avgjørende om en enkeltkunde utsettes for en konkurranseulempe. Det sentrale er om konkurransen på markedet som sådan blir begrenset.
- Brudd på forskriften kan ikke være gjenstand for straffesanksjonering etter konkurranseloven § 32

3 Forbudet er ikke nødvendig for å fremme konkurransen

Forskriftens hjemmelsgrunnlag er konkurranseloven § 14. Bestemmelsen oppstiller to vilkår for at en forskrift skal kunne innføres. Forskriftsregulering må være "nødvendig for å fremme konkurransen i markedene" og manglende konkurranse må skyldes "vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål".

Vilkåret om nødvendighet vil normalt være oppfylt der det er tale om å gripe inn med forbud mot tiltak med konkurransebegrensende virkning. Derimot vil ikke § 14 gi adgang til å regulere et marked utelukkende for å skape økt konkurranse, hvis det ikke foreligger en konkret eller potensielt konkurranseskadelig praksis, jf. "Mot bedre vitende i norsk matsektor", Hjelmeng, kapittel 7 s. 16.

Høringsnotatet av 2022 inneholdt en vurdering av om forskjeller i innkjøpspriser på generelt grunnlag er egnet til å begrense konkurransen. Departementet konkluderte med at virkningene varierte og at det ikke er holdepunkter for å si at forskjeller i innkjøpspriser på generelt grunnlag er negativt for konkurransen. I økonomisk teori er det også begrenset støtte for at prisforskjeller kan tenkes å begrense konkurransen.

I vurderingen av kravet til nødvendighet i høringsnotatet av 2023, påpeker departementet dessuten at forslaget vil kunne ha negative virkninger, bl.a. fordi det innebærer et inngrep i avtalefriheten, noe som kan medføre at leverandører og grossister mister incentiv til å gi rabatter med " høyere innkjøpspriser, og dermed høyere priser for forbrukerne" som resultat. Departementet konkluderer med at det nye forslaget er mindre inngripende enn forslaget fra 2022 og derfor at de negative konsekvensene "antagelig vil være mindre enn for det tidligere forslaget", jf. s. 24. Dette uten å vurdere om forslaget i tilstrekkelig grad hensyntar risikoen for at det vil bli lavere forhandlingsintensitet, og dermed høyere priser til forbruker. Departementet uttaler bare at forslaget "antageligvis" vil ha begrensede negative virkninger fordi det vil gjelde for en snever krets av aktører. Om positive virkninger uttales kort at det ikke kan utelukkes at prisdiskriminering på lang sikt kan ha negative virkninger, og at det derfor "tenkes at en forskrift (...) kan bidra til styrket konkurranse". Departementet underbygger ikke med dette at nødvendighetskravet er oppfylt og forskriftsreguleringen synes derfor uforholdsmessig.

DLF anser også at det kan stilles spørsmål ved om det andre vilkåret i § 14 er oppfylt. I notatet av 2023 legger departementet til grunn at vilkåret om at det må foreligge en konkurransebegrensning er oppfylt for det reviderte forskriftsforslaget, fordi det bare rammer forskjeller i innkjøpspriser som "begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen". Med dette benyttes forskriftshjemmelens utforming i seg selv som begrunnelse for at vilkårene for innføring av en forskriftsregulering er oppfylt. En slik forståelse av vilkårene i § 14 vil i praksis innebære at enhver forskriftsregulering kan gjennomføres såfremt forskriftens ordlyd inneholder et vilkår om at det må foreligge en konkurransebegrensning.

Det er DLF sitt syn at § 14 stiller krav om at det før innføringen av en forskrift må identifiseres forhold i markedet "som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen", og som det er nødvendig å avhjelpe gjennom en forskriftsregulering. Som departementet selv påpeker i høringsnotatet av 2022 må det "etter ordlyden også foreligge en adferd fra aktørene i markedet som fører til begrenset konkurranse", jf. s. 14. Tilsvarende følger av forarbeidene til konkurranseloven hvor det uttales at "[b]estemmelsen er ment brukt i markeder der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende uten at forbudene i §§ 10 og 11 kommer til anvendelse", jf. Ot.prp.nr.6 (2003-2004) merknader til § 14. En forskriftsregulering kan verken sies å være "nødvendig for å fremme konkurransen i markedene" eller å gripe inn mot "vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen", uten at en tilstrekkelig risiko for en konkurransebegrensende praksis er identifisert på forhånd.

DLF ser det som positivt at det reviderte forslaget søker å senke etableringsbarrierer, sikre tilstedeværelsen til mindre markedsaktører og styrke konkurransen. Samtidig må det i den konkrete utformingen tas høyde for de ovenfornevnte risikoene og mulighetene for negative virkninger på konkurransen. Derfor må en eventuell forskriftsregulering ha et klart avgrenset virkeområde, utformes presist og sikre markedsaktørenes forutberegnelighet.

4 Forholdet mellom forskriftsforslaget og konkurranseloven § 11

Forslaget til forbud i forskriftens § 3 første ledd lyder som følger:

"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." (Vår understreking).

I høringsnotatet synes formålet med den nye forbudsbestemmelsen å forby prisdiskriminering på lik linje med forbudet i konkurranseloven § 11 om misbruk av dominerende stilling, men at forskriften skal "utvide hvilke aktører som omfattes av forbudet sammenliknet med tidligere", jf. høringsnotatet s. 24. I samme retning uttales det på s. 24-25 at det er nødvendig med en forskriftsregulering fordi den vil gå lenger enn konkurranseloven § 11, nettopp fordi forslaget ikke krever at det eksisterer en dominerende stilling. Tilsvarende uttales at "[f]orskriften regulerer adferd som er forbudt for dominerende foretak etter konkurranseloven § 11 annet ledd bokstav c, og utvider virkeområdet til aktører med relativ markedsrett sammenliknet med sine handelspartnere", jf. s. 35.

Av disse uttalelsene følger det at den nærmere vurderingen av om og når ulike innkjøpsbetingelser vil omfattes av forskriftens forbud, vil være lik den som følger av misbruksvurderingen under konkurranseloven § 11. Dette er også uttalt for vilkårene knyttet til foretakenes adferd:

- Definisjonen av "ulike innkjøpsbetingelser" i forslaget til § 3, jf. definisjonen i § 2 annet ledd, skal forstås på samme måte som "ulike vilkår" i konkurranseloven § 11 (2) bokstav c, jf. høringsnotatet av 2022 s. 38. I notatet av 2023 er det bare foretatt språklige endringer og departementet uttaler at det nye forslaget ikke utgjør noen realitetsendring i forhold til forslaget av 2022.
- Begrepet "likeverdige ytelser" er det samme begrepet som i konkurranseloven § 11 (2) bokstav c, og departementet uttaler at begrepet skal tolkes på samme måte som etter den bestemmelsen, jf. høringsnotatet av 2023 s. 14.
- Departementet uttaler at vilkåret om at ulikhetene "begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen" skal samsvare med forståelsen av vilkåret i konkurranselovens § 14, jf. høringsnotatet av 2023 s. 17. Samtidig peker departementet i høringsnotatet av 2022 på at vilkåret i konkurranseloven § 11 (2) bokstav c om at handelspartnerne må stilles "ugunstigere i konkurransen", etter rettspraksis innebærer at adferden må være egnet til å begrense konkurransen, jf. høringsnotatet av 2022 på s. 22. Tilsvarende uttales at det i vurderingen vil "være naturlig å ta utgangspunkt i forhold som etter EU-praksis er relevante", jf. s. 46.

For alle vilkår som knytter seg til arten av den konkurransebegrensende adferden, legges det altså opp til samme vurdering som etter konkurranseloven § 11 (2) bokstav c, og EU-domstolens praksis uttales som relevant for når forbudet er overtrådt.

DLF vil understreke betydningen av at likeverdige ytelser følgelig skal vurderes likt etter forskriften som etter konkurranseloven § 11.

5 Kommentarer til de foreslåtte forskriftsbestemmelsene

5.1 Innledning

Forbudet mot prisforskjeller i det nye forskriftsforslaget fremstår klarere som et virkemiddel for å etablere mer konkurranse enn hva tilfellet var med forskriftsforslaget av oktober 2022. Det er også klarere at formålet med et forbud mot forskjeller i innkjøpspriser er å ivareta små og mellomstore aktører. Forskriftsforslaget har ikke som formål å gripe inn i forhandlingene mellom leverandørene og de store kjedene. Forskriftsforslaget har også blitt mer balansert, i den forstand at grossisters salg til detaljister likestilles med merkevareleverandørers salg. Dette er forbedringer som DLF vurderer som positive.

DLF anser likevel at forslaget må utformes klarere, slik at forbudets rekkevidde gjøres forutberegnelig for markedsaktørene. I høringsnotatet peker departementet selv på at "forskriften kan ha en nedkjølende effekt dersom forskriften skaper økt usikkerhet om aktørenes handlingsrom" og at dette "trekker i retning av høyere innkjøpspriser, og dermed høyere priser til forbrukerne", jf. høringsnotatet s. 24. For å unngå negative virkninger, eksempelvis i form av lavere forhandlingsintensitet, er det essensielt at forslaget utformes klart og forståelig fra et operativt perspektiv. DLF anser at det nåværende forslaget på flere områder er uklart, og har derfor innspill til hvordan forslaget kan forbedres.

5.2 Forskriftens anvendelsesområde må klargjøres

I det reviderte høringsforslaget er forskriftens virkeområde definert som "verdikjeden for mat og dagligvarer", jf. forslaget til § 1. Formuleringen er uendret fra forslaget av 2022. I høringsnotatet fra 2022 skrev departementet følgende om bestemmelsen:

"8.2 Forskriftens virkeområde

Forskriften er kun ment å skulle gjelde for prisdiskriminering i verdikjeden for mat og dagligvarer, ikke i øvrige markeder. Departementet foreslår at dette tydeliggjøres innledningsvis i en egen bestemmelse."

Flere høringsinstanser påpekte at virkeområdet er uklart, all den tid det ikke er klargjort om omsetningskanalene kiosk, bensin og servicehandel (KBS) og storhusholdning omfattes. I høringsnotatet av 2023 er det ikke gitt noen nærmere presisering basert på høringsinnspillene når følgende uttales:

"4.3 Virkeområde og forskriftens rekkevidde

Forskriften er kun ment å gjelde for prisdiskriminering i verdikjeden for mat og dagligvarer. Forskriftens virkeområde, angitt i forskriftsutkastet § 1, er dermed det samme som for forskriften foreslått i høringsnotat av oktober 2022.

Flere av høringsinstansene pekte på at den foreslåtte forskriften ikke angir tydelig hvilke leveranser og virksomheter forskriften vil omfatte, herunder om forslaget omfatter serveringssteder, storhusholdninger, og leveranser av transport og fast eiendom. Ettersom produkter til bruk i storhusholdning og servering ofte vil være del

av de samme avtaleforhandlingene som produkter til videresalg i dagligvarebutikk, kan det være vanskelig å skille disse kategoriene. På bakgrunn av dette er det departementets vurdering at det ikke er hensiktsmessig å gjøre endringer i forskriftens § 1 om virkeområde sammenlignet med forskriftsutkastene i høringen av oktober 2022."

Etter DLFs oppfatning tilsier det at produkter til KBS og storhusholdning ofte vil være del av de samme avtaleforhandlingene som for produkter til salg i dagligvarehandelen, at KBS og storhusholdning anses for å være integrert i verdikjeden for mat, drikke og dagligvarer. I den utstrekning ulike priser kan ha negativ konkurransevirkning vil dette også gjelde innenfor KBS og storhusholdning, og små og mellomstore aktører vil dermed kunne ha samme beskyttelsesbehov som innenfor dagligvare.

For å unngå tvil om det foreslåtte forbudets rekkevidde, bør det presiseres at forskriften omfatter omsetning av mat, drikke og dagligvarer i dagligvarebutikker, KBS og storhusholdning.

DLF vil bemerke at selv om KBS og storhusholdning omfattes av forskriften, vil forskriftens forbud etter sin ordlyd ikke komme til anvendelse på salg på tvers av salgskanaler. Dette fordi sammenlikningsgrunnlaget må være likt. Dette er viktig blant annet for vurderingen av om det er gitt ulike innkjøpsbetingelser for "likeverdige ytelser". I denne vurderingen er det den enkelte leverandørs ytelse til to eller flere ulike kunder som skal vurderes. Salg av samme eller tilsvarende produkt til ulike kanaler kan ikke nødvendigvis regnes som en "likeverdig ytelse". Etter EU-domstolens praksis knyttet til TFEU artikkel 102, sml. konkurranseloven § 11, legges det opp til en bred vurdering hvor "samtlige markedsvilkår" skal tas i betraktning, jf. bl.a. Generaladvokatens uttalelse i sak C-525/16 *MEO* premiss 57 med videre henvisninger. Eksempelvis vil produktbredde, leveringstidspunkt, ulikheter i transaksjonsvolum mv. være relevant. Denne typen forskjeller vil i de fleste tilfelle eksistere mellom salg til hhv. dagligvarekjeder, KBS og storhusholdning.

Tilsvarende under vurderingen av om en relevant forskjell "begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen", må det vurderes om salg til disse ulike omsetningskanalene og kundegruppene i det hele tatt kan regnes som ett og samme relevante marked. Forskjeller på produkter som ikke kan sies å konkurrere med hverandre fordi de selges i ulike kanaler/markeder, vil ikke ha noen relevant konkurransevirkning. Når virkningene av prisdiskriminering skal vurderes, er det konkurransen på nedstrømsmarkedet som må vurderes, altså om konkurransen i detaljistleddet forrykkes som følge av at aktørene får ulike innkjøpsbetingelser. Konkurransesammenheng mellom f.eks. bensinstasjoner og dagligvarebutikker er ensidig i den forstand at en forbruker som står på en bensinstasjon vil kunne vurdere i stedet å gå over gaten til en dagligvarebutikk for å oppnå en lavere pris. Motsatt vil en forbruker i en dagligvarebutikk neppe velge å krysse gaten for i stedet å handle det samme produktet (som regel) dyrere hos bensinstasjonen. Derfor kan ikke konkurransen sammenliknes på tvers av ulike salgskanaler. Tilsvarende vil gjelde for en kunde av storhusholdningsprodukter. Det vil ikke være aktuelt å gjøre innkjøp hos KBS eller dagligvare i stedet. Selv om det samme produktet selges i ulike kanaler, vil det altså ikke være noen konkurranseflate imellom kanalene.

5.3 Terskelen for "relativ markedsrett"

I høringsnotatet av 2023 har departementet gått bort ifra vilkåret om "vesentlig markedsrett" og i stedet valgt vilkåret "relativ markedsrett". DLF ser dette som positivt, fordi forslaget nå fokuserer på avhengighetsforholdet mellom kunde og leverandør/grossist, og ikke leverandørens/grossistens markedsrett alene. Dette utgjør et positivt fokusskifte hvor formålet er å senke etableringsbarrierer, sikre mindre eller nyetablerte aktørers innpass på markedet og på den måten komme konkurransen til gode.

DLF anser likevel at det knytter seg usikkerhet til forståelsen av vilkåret om "relativ markedsrett". Begrepet er ukjent i norsk rett, og den foreslåtte definisjonen gir i liten grad veiledning. I forslaget til forskriftens § 2 er relativ markedsrett definert som "at en kunde er avhengig av en leverandør eller en grossist, slik at kunden ikke har tilstrekkelige og rimelige alternativer, og det er en betydelig ubalanse i forhandlingsrett". Begrepet knytter seg ikke til en markedsandelsterskel slik som forslaget av 2022. Forslaget av 2023 stadfester i stedet at det (i) må foreligge et avhengighetsforhold mellom kunden og den aktuelle leverandøren/grossisten, og at det (ii) må foreligge en betydelig ubalanse i forhandlingsrett.. Vurderingen av om det eksisterer et avhengighetsforhold, beror på om kunden har tilstrekkelige og rimelige alternativer.

DLF anser at spørsmålet om det foreligger et avhengighetsforhold slik vilkåret nå er formulert, vil reise praktiske utfordringer. I de fleste tilfelle vil det ikke være mulig for en leverandør å vurdere om kunden har "tilstrekkelige (...) alternativer". For å sikre forutberegnelighet bør det derfor klargjøres at hva som utgjør et "tilstrekkelig (...) alternativ" må ta utgangspunkt i den konkurranserettslige forståelsen av hva som er det relevante markedet og hvilke alternative produkter som inngår i dette markedet. Videre må det tas i betraktning at en dagligvarebutikk kan kjøpe inn en dagligvareleverandørs produkter også på et annet ledd i verdikjeden, nemlig fra grossistene.

Dersom kunden har alternative produkter å velge mellom, utelukker dette i utgangspunktet at en leverandør av produktene har relativ markedsrett. Dette gjelder selv om andre alternativ er mindre gunstige grunnet lavere kvalitet, høyere pris eller andre forhold. Generelt kan det heller ikke sies å skape et avhengighetsforhold at en kunde pådrar seg en kostnad ved å gå ut av et kontraktsforhold. Det avgjørende må være om det foreligger en innelåsende virkning hvor kunden objektivt sett ikke har mulighet til å gå til andre aktører, fordi det er mangel på andre tilbydere.

Når det gjelder "grossister", som forbudet i § 3 også omfatter, så kan dagligvaregrossistene, i motsetning til leverandørene, tilby hele det produktspekteret en dagligvarebutikk trenger. To av dagligvarekjedene tilbyr også fullsortiments grossisttjenester til kunder i KBS og storhusholdning. Ved å kjøpe inn fra en eksisterende grossist fremfor å forhandle med hver enkelt leverandør, vil en ny detaljistkjede som ønsker å etablere seg i Norge vil kunne redusere omkostningene knyttet til forhandlinger, og oppnå besparelser i distribusjon av varene ut til butikk. At det må foreligge "rimelige" alternativer, indikerer at pris eller andre betingelser knyttet til de alternative produktene skal være relevant i vurderingen. Etter DLF sitt syn vil dette være uheldig, ettersom leverandører og grossister ikke har forutsetning for å kjenne til hvilke betingelser som en kunde er tilbudt av konkurrenter. Det kan dessuten utgjøre et

alvorlig brudd på forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i konkurranseloven § 10 dersom leverandører og grossister forsøker å tilegne seg slik informasjon. Det er derfor ikke praktisk mulig for markedsaktørene å basere seg på dette som er relevant vurderingstema. Derfor kan ikke forskriftsforslaget legge opp til at markedsaktørene må ha transparens om kundens betingelser hos andre tilbydere. Formuleringen "rimelige" bør tas ut av definisjonen i forslaget til § 2 annet ledd, og det avgjørende for om det foreligger et avhengighetsforhold bør være om det foreligger "tilstrekkelige alternativ".

Vilkåret om at det må foreligge "en betydelig ubalanse i forhandlingsmakt" synes ikke å tilføye noe utover vilkåret om at det må foreligge et avhengighetsforhold. Utenfor tilfellene som reguleres av konkurranseloven § 11 vil det ikke foreligge en ubalanse i forhandlingsmakt uten at kunden står i et avhengighetsforhold til leverandøren, grunnet mangel på tilstrekkelige alternativ. Tilsvarende vil det foreligge en ubalanse i forhandlingsmakt om kunden mangler tilstrekkelige alternativ, dersom vurderingen foretas som skissert ovenfor her. Tilleggsvilkåret om at det må foreligge en betydelig ubalanse i forhandlingsmakt synes derfor overflødig.

5.4 Vilkaåret om "ulike innkjøpsbetingelser for likeverdige ytelser"

Forskriften forbyr leverandører og grossister å kreve "ulike innkjøpsbetingelser for likeverdige ytelser". Det fremgår av den foreslåtte definisjonen av "ulike innkjøpsbetingelser" at det er "innkjøpernes kontraktsvilkår" som er avgjørende, herunder forskjeller i "priser, rabatter og andre relevante vilkår".

Når det gjelder sammenlikningsgrunnlaget, uttaler departementet at formuleringen "likeverdige ytelser" skal tolkes likt som det samme begrepet i konkurranseloven § 11 (2) bokstav c. I og med at innkjøpsbetingelsene skal relatere seg til "likeverdige ytelser" må "ytelser" forstås som likeverdige produkter til samme salgskanal, jf. det som er sagt i punkt 5.2 om ulikheten mellom KBS, storhusholdning og dagligvare. Utgangspunktet for sammenlikningen må være de produkter en avtale gjelder, eventuelt en sammenlikning på kategorinivå. Dette følger også av at det kun er konkurranseskadelige forskjeller som er forbudt. Forskjeller på to produkter som ikke konkurrerer med hverandre vil ikke ha noen relevant konkurransevirkning.

DLF anser at begrepet "innkjøpsbetingelser" er lite treffende, ettersom leverandørene og grossistene som omfattes av forskriften ikke krever innkjøpsbetingelser. Det synes mer treffende å si at leverandører og grossister tilbyr "salgsvilkår", "salgsbetingelser" eller "salgspriser" som viser at forbudet rammer en leverandørs eller grossist beslutninger om å gi ulike vilkår, til ulike kunder.

I høringsnotatet av oktober 2022 ble det uttalt at den foreslåtte definisjonen av "ulike innkjøpsbetingelser" burde forstås på samme måte som "ulike vilkår" i konkurranseloven § 11 (2) bokstav c, jf. notatet av 2022 s. 38. I forslaget av 2023 er definisjonen justert, men departementet skriver at justeringen bare er ment som en språklig forenkling og ikke en substansiell endring, jf. høringsnotatet s. 15. DLF oppfatter derfor at det er mest relevant å se hen til høringsnotatet av 2022 for å forstå hva departementet legger i vilkåret.

I notatet av 2022 legger departementet opp til at det skal gjøres en vurdering av netto- og variable innkjøpspriser. Forskriftens ordlyd legger også opp til at en netto-betraktning skal være avgjørende. Forskriftens definisjon i forslaget av 2023 lyder som følger:

"Ulike innkjøpsbetingelser foreligger når det etter en konkret sammenligning av innkjøpernes kontraktsvilkår avdekkes forskjeller i priser, rabatter og andre relevante vilkår."

Med dette synes vilkåret å være oppfylt for enhver ulikhet i kontraktsvilkår, uavhengig av om det foreligger forhold som rettferdiggjør forskjeller. I høringsnotatet fremheves det riktignok at prisforskjeller som har en saklig begrunnelse ikke vil rammes av forbudet, jf. høringsnotatet fra 2023 s. 15. Dette er likevel ikke klargjort i forskriftens ordlyd. Det følger av fast praksis fra EU-domstolen at det bare er forskjeller som ikke har en objektiv begrunnelse som er forbudt etter TFEU artikkel 102, jf. eksempelvis sak C-95/04 P *British Airways* avsnitt 84-85:

"84 De bonusser og præmier, en dominerende virksomhed yder sine medkontrahenter, er ikke nødvendigvis misbrug og således forbudt i henhold til artikel 82 EF. Ifølge fast retspraksis skal kun bonusser og præmier, som ikke er betinget af en økonomisk ydelse, der begrunder dem, anses for misbrug (jf. i denne retning dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 90, og i sagen Michelin mod Kommissionen, præmis 73).

85 Som det er fastslået i denne doms præmis 69, undersøgte Retten, efter at den havde rundet, at de pågældende præmieordninger havde en fortrængende virkning, med rette, om disse ordninger var objektivt økonomisk begrundede."

Dette innebærer at prisene som gis de store dagligvarekjedene ikke uten videre kan være normerende for priser til mindre aktører. Vurderingen må hensynta forskjeller hos kundene som kan rettferdiggjøre prisforskjeller, og sammenlikningen må skje mellom sammenliknbare kunder. Det er legitimt for en kunde å få en konkurransefordel grunnet kundens faktiske fortrinn og ikke minst evne til å kunne tilby kommersielle motytelser overfor leverandørene/grossistene som legitimerer at disse får en lavere innkjøpspris. Eksempelvis kjøper noen kunder i større kvanta, tilbyr bedre hylleplass eller eksponering i butikk, eller andre ytelser som kommer leverandørene/grossistene til gode. Dersom slike objektivt begrunnede forskjeller også skal oppfylle vilkåret om å utgjøre relevante "ulike innkjøpsbetingelser" vil det bidra til at prisdiskriminering som ikke er egnet til å begrense konkurransen, og ikke minst prisforskjeller som er konkurransefremmende, vil kunne rammes.

Forskriftens krav om konkurranseskade og den "innfortolking" av et unntak for objektivt begrunnede forskjeller som departementet legger opp til, innebærer riktignok at objektivt begrunnede forskjeller vil falle utenfor. Manglende presisering av dette i forskriftsteksten medfører likevel betydelig risiko for at leverandørene, i frykt for å bryte med et forbud med uklare grenser, vil avstå fra individuelle forhandlinger og prisdifferensiering i tilfeller hvor denne kan forankres i legitime forhold. Dette vil i så fall være uheldig for konkurransen.

For å unngå redusert forhandlingsintensitet og prislikhet når det ikke er gunstig for konkurransen, bør det fremgå av forskriftens ordlyd at objektivt begrunnede forskjeller faller

utenfor. Dette bør fortrinnsvis reflekteres i forskriftens definisjon av ulike innkjøpsbetingelser. Alternativt kan dette formuleres som en modifikasjon av konkurransebegrensningskriteriet i forslaget til § 3 annet ledd.

På samme måte som i DLF sitt hørings svar til forslaget av 2022 vedr. definisjonen av et eventuelt unntak for ulikheter som har "saklig grunn", anser DLF at det ikke bør forskriftsfestes en nærmere definisjon av hva som utgjør en "objektiv begrunnelse". EU-domstolens praksis knyttet til konkurranseloven § 11 bør være førende. En snever definisjon vil ikke ta innover seg den kommersielle realiteten i forhandlingene med kundene, som omfatter en rekke elementer som ikke nødvendigvis lar seg presse inn i snevre forhåndsdefinerte kategorier.

DLF ser det som positivt at departementet i høringsnotatet av 2023 har gått bort ifra det tidligere forslaget om å kreve skriftlige forhåndsbegrunnelser. Som påpekt i hørings svaret til forslaget av 2022 var den tidligere foreslåtte begrunnelsesplikten like vid som Konkurransetilsynets adgang til å be om opplysninger etter konkurranseloven § 24. DLF mener at en slik plikt vil pålegge leverandørene unødvendige kostander og ulemper, og kan i seg selv resultere i lavere forhandlingsintensitet og at forskjeller som er fordelaktige for konkurransen vil reduseres. Ettersom forskriftsreguleringen er tiltenkt å følge systemet i konkurranseloven § 11, bør det heller ikke stilles noe krav om skriftlige forhåndsbegrunnelser. Noe slikt krav følger ikke av EU-retten.

5.5 Vilkåret om konkurranseskade

Etter det reviderte forskriftsforslaget er det ikke tilstrekkelig at det foreligger "ulike innkjøpsbetingelser for likeverdige ytelser" for at forbudet skal komme til anvendelse. Det kreves at ulike betingelser "begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen" mellom kundene. Forskriften har i § 3 en ikke uttømmende angivelse av hvilke momenter som kan være relevante vurderingen:

"I vurderingen av om ulike innkjøpsbetingelser begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen, kan det blant annet legges vekt på grad av innkjøpsmakt, forhandlingsmakt, 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."

Konkurransesvurderingen legges opp til å være den samme som etter forbudet mot dominerende foretaks prisdiskriminering i konkurranseloven § 11. Momentene som listes opp i forskriftens § 3 er langt på vei i tråd med EU-domstolens angivelse av relevante momenter, men er ikke fullt ut treffende på forskriftens regulering. Eksempelvis er graden av innkjøpsmakt og forhandlingsmakt momenter som mer naturlig hører hjemme i vurderingen av om det foreligger relativ markeds makt. Samtidig legger forskriftens definisjon av relativ markeds makt opp til en mer begrenset vurdering av avhengighetsforholdet, m.a.o. i hvilken grad kunden har tilstrekkelige alternativ. Derfor kan en relevant "objektiv begrunnelse" for en prisforskjell være at kunden har innkjøps- eller forhandlingsmakt som presser leverandøren ned på et lavere prisnivå, og dette kan enten reflekteres i vurderingen av om det foreligger relevante "ulike innkjøpsbetingelser" eller i vurderingen av konkurranseskade.

Det følger av EU-domstolens praksis at prisdiskriminering kun er misbruk av dominerende stilling dersom prisforskjellene er egnet til å begrense konkurransen ("capable of producing a competitive disadvantage", jf. eksempelvis sak C-525/16 i *MEO* avsnitt 28). For at forbudet i forskriften skal komme til anvendelse må det på samme måte føres bevis for at prisforskjellene som er påvist kan påvirke konkurransen mellom kundene negativt. I denne vurderingen må det hensyntas at konkurransen på detaljistnivå skjer om hele forbrukerens handlekurv, ikke på enkeltprodukter. Konkurransen vil derfor bare påvirkes negativt om prisene på en enkelt vare har så stor betydning for forbrukerens handlekurv at kunden som får dårligst innkjøpspris, selv etter å ha redusert profitten til et minimum som er nødvendig for å kunne drive lønnsomt på sikt, ikke er i stand til å møte den andre kundens og konkurrentens priser på hele handlekurven til forbrukeren.

At en enkeltkunde får en konkurranseulempe, er ikke i seg selv tilstrekkelig. Kunden må utsettes for en konkurranseulempe som har som konsekvens at konkurransen på marked som sådan blir begrenset, eksempelvis ved at nyetableringer forhindres eller at aktører ekskluderes fra markedet. Generelt kan det sies at jo flere kunder som eksisterer på et marked, jo lavere er sannsynligheten for at en konkurranseulempe påført en enkeltaktør vil ha betydning for konkurransen på markedet som sådan.

Selv om forslaget om forbud på flere punkter kan sies å være forbedret, vil et forbud som det foreslåtte kunne redusere leverandørenes insentiv til å forhandle hardt med dagligvarekjedene. Leverandørene vil i forhandlingene med kjedene måtte ta i betraktning at den pris de store kjedene får vil kunne være normerende for hvilke priser mindre og potensielle nye detaljister har "krav" på. Antageligvis vil forbudet også påvirke insentivet til de store dagligvarekjedene til å forhandle hardt med leverandørene, da de også vil måtte ta i betraktning at prisene de fremforhandler vil kunne være normerende for leverandørenes salg til mindre konkurrenter.

Dagligvarekjedene må også ta i betraktning at deres grossistvirksomheter ikke kan selge til uavhengige detaljister til priser som skiller seg merkbart fra internprisene til egne detaljister. Derfor kan forslaget ha som konsekvens at kjedenes grossistledd øker prisen til egne detaljister for å unngå risiko for å rammes av forbudet. Dette i stedet for å sette ned prisene til andre aktører i detaljistleddet. Dette vil ha en negativ innvirkning på prisen til forbruker.

Dersom terskelen for når prisforskjeller anses å "begrense eller være egnet til å begrense" konkurransen settes for lavt, vil konsekvensen bli at det gjøres ubegrunnede inngrep i avtalefriheten og at inngrepet vil komme konkurransen, og til slutt forbrukerne, til ugunst.

For å begrense risikoen for reduserte forhandlingsinsentiver og sikre at bestemmelsen ivaretar mindre og potensielle nye konkurrenter i detaljistmarkedet, er det derfor viktig at terskelen, i tråd med EU-domstolens praksis knyttet til TFEU artikkel 102, settes høyt. Det bør også klargjøres at beviskravene er være strenge, og at bevisbyrden ligger hos Konkurransetilsynet eller den aktøren som hevder seg utsatt for en ulovlig forskjellsbehandling.

5.6 Forslaget om at forbudte innkjøpsbetingelser skal være uten rettsvirkning

Etter forslaget til forskrift § 3 tredje ledd skal forbudte innkjøpsbetingelser "ikke ha noen rettsvirkning". Bestemmelsen tilsvarer ugyldighetsvirkningen som gjelder for

konkurransbegrensende avtaler etter konkurranseloven § 10, jf. bestemmelsens annet ledd. Noen tilsvarende ugyldighetsvirkning eksisterer ikke for avtaler som er forbudte etter konkurranseloven § 11.

I høringsnotatet av 2022 ble det uttalt at forbudte innkjøpsbetingelser ikke bør ha noen rettsvirkning, på lik linje med det som følger av § 10. Det er ikke gitt noen nærmere begrunnelse for standpunktet. Forslaget til forskrift er ment å regulere rent ensidig adferd, all den tid det vil være i strid med EØS-avtalen med en strengere regulering av gjensidige avtaler.

Ensidig adferd reguleres i dag av forbudet i konkurranseloven § 11, og forbudte avtalevilkår etter denne bestemmelsen er det ikke knyttet noen ugyldighetsvirkning til. Etter DLF sitt syn er det ikke grunn til å innføre en ugyldighetsvirkning for det som er mindre alvorlig (betingelser i strid med forskriften), når lovgiver ikke har gjort det samme for betingelser som rammes av konkurranseloven § 11.

Dessuten kan det reises spørsmål ved om ugyldighetsvirkningen kan sies å ramme "ensidig adferd" eller om ugyldighetsvirkningen nettopp vil ramme en gjensidig avtale, som i utgangspunktet må vurderes under konkurranseloven § 10. Innkjøpsbetingelser får først en rettsvirkning når de er gjensidig avtalt mellom leverandør/grossist og kunde. Det er som nevnt forbudt etter EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd å forby adferd som er tillatt etter EØS-avtalen artikkel 54, sml. forbudet i konkurranseloven § 10. Når det knyttes en ugyldighetsvirkning til vilkår som inngår i en gjensidig bebyrdende kontrakt, kan det vanskelig sies at ugyldighetsvirkningen knyttes til "ensidig adferd". Ugyldighetsvirkningen knyttes til en "avtale" og dette vil innebære at det knyttes en sanksjon til adferd som er tillatt etter artikkel 54. Dette vil i så fall være i strid med EØS-avtalen. Også av denne grunn bør det ikke knyttes noen ugyldighetsvirkning til avtaler som omfattes av det foreslåtte forbudet i forskriften.

Dersom forslaget om at forbudte betingelser ikke skal ha noen rettsvirkning skal gjennomføres, gjenstår uavklarte spørsmål knyttet til tolkningen og den praktiske håndteringen. Det er uklart hvilke betingelser som skal gjelde i stedet for de avtalte betingelsene, herunder om det skal gjennomføres en rimelighetssensur av avtalen.

6 Forholdet til straffesanksjonen i konkurranseloven § 32

I høringsnotatet kapittel 4.12 behandles hvordan brudd på forskriften bør sanksjoneres. Departementet viser til hjemlene i konkurranseloven § 12 om pålegg om opphør og § 29 bokstav f om overtredelsesgebyr for brudd på forskrift med hjemmel i § 14. Som begrunnelse for at disse sanksjonene bør gjelde ved brudd på en forskrift om prisdiskriminering, viser departementet til at de samme sanksjonsbestemmelsene gjelder ved brudd på konkurranseloven § 11 om misbruk av dominerende stilling. Departementet konkluderer med at forskriften vil innebære at flere aktører enn de som rammes av § 11 vil forbys fra å gjennomføre konkurranseskadelig prisdiskriminering, og at "de samme sanksjonene som følger av gjeldende rett også bør gjelde for den foreslåtte forskriften", jf. høringsnotatet s. 18.

Departementet har ikke vurdert forholdet til straffebudet i konkurranseloven § 32. Bestemmelsen oppstiller et personlig straffansvar overfor "den som forsettlig eller grovt uaktsomt (...) overtrer forskrift i medhold av § 14", jf. bokstav f. Strafferammen er bøter eller

fengsel inntil 3 år. Etter § 32 er også overtredelser av forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i konkurranseloven § 10 belagt med straffansvar, jf. bokstav a.


Når det gjelder overtredelser av forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11, har lovgiver derimot vurdert at disse ikke skal være belagt med personlig straffansvar. Det finnes ikke noe tilsvarende straffebud for overtredelser av § 11, og disse kan derfor bare straffes med overtredelsesgebyr eller pålegg om opphør.

Departementet foreslår altså at konkurransebegrensende prisdiskriminering fra leverandører og grossister med relativ markedsrett skal kunne straffes med bøter og fengsel. Dette på tross av at adferden er langt mindre straffverdig enn dominerende aktørers misbruk av deres markedsstilling etter konkurranseloven § 11. Som departementet påpeker i høringsnotatet, skal begrepet "relativ markedsrett" favne videre enn dominansvilkåret i § 11 og altså senke terskelen for at ensidig adferd i dagligvaremarkedet kan rammes av en forbudsbestemmelse.

DLF mener departementet må vurdere forholdet til straffebestemmelsen i § 32. Etter DLF sitt syn kan det ikke gjelde et personlig straffansvar for overtredelser som er mindre alvorlige enn de som lovgiver har vurdert at skal falle utenfor straffebestemmelsen

Oslo, 9. februar 2024

Dagligvareleverandørernes forening

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Helge Hasselgård". The signature is stylized and somewhat abstract, with several vertical strokes and a horizontal line.

Helge Hasselgård
Adm. direktør