

Nærings- og fiskeridepartementet
Sent på epost til postmottak@nfd.dep.no

Vår referanse: 18227638/3
Ansvarlig advokat

Oslo, 16. desember 2022

HØRINGSINNSPILL – ADVOKATFIRMAET THOMMESSEN AS - FORSLAG TIL FORSKRIFT OM PRISDISKRIMINERING

1 INNLEDNING

Det vises Nærings- og fiskeridepartementets ("**departementet**") høring om forbud mot usaklige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer ("**forskriftsforslaget**"),¹ med frist 16. desember 2022. I det følgende inngis Advokatfirmaet Thommessen AS ("**Thommessen**") sitt høringsinnspill i den anledning.

Thommessens synspunkt er at forskriftsforslaget hverken kan eller bør vedtas av flere grunner. For det første dokumenterer ikke høringsnotatet at det finnes et "lovtomt rom" utover konkurranseloven §§ 10 og 11 som forskriftsforslaget kan utfylle, all den tid departementets bekymring knyttet til "aggregerte virkninger" av prisdiskriminering ikke er begrunnet i hverken økonomisk teori eller dagligvarebransjens konkrete forhold. For det andre vil forslaget sannsynligvis, og uavhengig av den konkrete utformingen, øke konkurransemyndighetenes kostnader til håndheving og foretakenes kostnader til arbeid med etterlevelse betydelig, sammenliknet med en situasjon uten forslaget.

Synspunktet begrunnes nærmere under, i punkt 2 (innspill til departementets spørsmål), 3 (andre konkrete innspill til forskriftsforslaget) og 4 (konkurranselovens rammer for forskriftsforslaget).

Som et alternativ for å møte anmodningene fra Stortinget, foreslår Thommessen at departementet heller øremerker ytterligere midler til Konkurransetilsynets markedsovervåkning og ev. håndheving av prisdiskrimineringsreglene som allerede finnes i konkurranseloven. Alternativt, eller i tillegg, kan

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

departementet vurdere å følge opp noen av de øvrige tiltakene som er foreslått i Meld St. 27 (2019-20) og av Oslo Economics i deres rapport av 29. september 2017.

For god ordens skyld nevner vi at det er offentlig kjent at vi bistår NorgesGruppen og enkelte leverandører i dagligvarebransjen. Dette høringsinnspillet gir imidlertid uttrykk for Thommessens meninger og vurderinger, som ikke nødvendigvis samsvarer med våre klienters. Arbeidet er også gjort uten involvering fra advokat Eivind Vesterkjær, som er partner i Thommessen og har, sammen med resten av Advokatforeningens lovutvalg for EU- og konkurranserett, inngitt et høringsinnspill på vegne av Advokatforeningen.

2 INNSPILL TIL DEPARTEMENTETS SPØRSMÅL

2.1 Hvordan vil en forskrift som forbyr, eller regulerer, ulike innkjøpspriser i dagligvarebransjen påvirke etableringsmulighetene i dagligvarebransjen? (s. 26 – nødvendighetsvilkåret i § 14)

Thommessen mener det er uklart hvilken virkning forskriftsforslaget vil ha på etableringsmulighetene i dagligvarebransjen. Leverandørenes avtaler med dagligvarekjedene er allerede regulert av blant annet reglene om prisdiskriminering i konkurranseloven §§ 10 og 11, slik at det er god grunn til å tro at de fleste prisforskjellene som nå finnes er saklige og utløst av f.eks. stordriftsfordeler eller motytelser om markedsføring. Synspunktet ser ut til å støttes av funnene i Konkurransetilsynets siste undersøkelse av prisforskjellene i dagligvarebransjen, publisert 14. desember 2022.² Det er derfor reell usikkerhet rundt hvorvidt vil forskriftsforslaget vil gjøre prisforskjellene mindre, og det er uansett ingen grunn til å tro at de vil forsvinne helt ettersom saklige prisforskjeller fortsatt er tillatt. I tillegg er det som kjent en rekke andre etableringshindringer i markedet som vil vedvare.

2.2 Hvordan vil en forskrift som forbyr eller regulerer ulike innkjøpspriser i dagligvarebransjen påvirke konkurransen mellom dagligvarekjedene? (s. 26 – nødvendighetsvilkåret i § 14)

Som for markedsregulering ellers er det ingen som *vet* hvilken effekt forskriftsforslaget vil ha på konkurransen. Basert på redegjørelsen i høringsnotatet virker det imidlertid sannsynlig at konkurransevirkningene vil være i beste fall tvetydige og i verste fall negative.

På den ene siden viser departementet til en mulig bekymring om virkningene av at "*en dagligvarekjede systematisk får bedre innkjøpsbetingelser fra flere leverandører (aggregerte virkninger)*".³ Departementet mener dette gir dagligvarekjeden som systematisk får bedre innkjøpspriser en "*konkurransfordel i detaljistmarkedet*" som "*kan igjen føre til skade på konkurransen gjennom å øke etableringshindringene, eller gjennom å begrense etablerte aktørers mulighet til å konkurrere*".⁴ Deretter konkluderer departementet med at ettersom virkningen av den enkelte prisforskjell sannsynligvis vil være liten, vil ikke virkningen fanges av forbudet i konkurranseloven §§ 10 og 11.⁵

Thommessen er for det første uenig i at departementet har tilstrekkelig grunnlag til å konkludere med at "aggregerte virkninger" av prisforskjeller er et konkurranseproblem i dagligvarebransjen. Så

² <https://konkurransetilsynet.no/dagligvare-forskjeller-i-innkjopspriser-redusert/>

³ Høringsnotatet s. 52

⁴ Høringsnotatet s. 19

⁵ Høringsnotatet s. 22 og 23

lenge prisforskjellene er saklige, virker det mer sannsynlig at disse vil ha konkurransefremmende virkninger. Departementets slutning er heller ikke, i motsetning til andre argumenter i høringsnotatet, underbygget med henvisninger til økonomisk teori eller konkrete forhold i dagligvaremarkedet. Det må gjøres dersom bekymringen skal brukes som grunnlag for å vedta forskriftsforslaget. For det andre er Thommessen uenig i at de aggregerte virkningene ikke kan falle innenfor forbudet i konkurranseloven §§ 10 og 11, dersom de faktisk har en påviselig og tilstrekkelig skadeevne. Den rettslige vurderingen etter forbudene i §§ 10 og 11 forutsetter som kjent en vurdering av alle relevante omstendigheter, herunder avtalenes rettslige og økonomiske kontekst, som kan omfatte prisforskjeller i andre avtaler.

Mot bekymringen om de "aggregerte virkningene", trekker departementet frem at forslaget også kan redusere leverandørenes og dagligvarekjedenes insentiver til å forhandle hardt,⁶ slik at en også går glipp av enkelte effektivitetsfremmende prisforskjeller. Selv om det ikke omtales eksplisitt av departementet kan forslaget også gi leverandørene til dagligvarekjedene mindre insentiv til å tilby lave priser, som kan øke leverandørens snittpris. Thommessen mener at forskriftsforslaget i tillegg, sannsynligvis uansett utforming, vil medføre betydelige merkostnader for leverandørene knyttet til arbeid med etterlevelse av forbudet og begrunnelsesplikten. Disse omstendigheter kan øke dagligvarekjedenes kostnader og utsalgspriser, og dermed redusere konsumentoverskuddet.

2.3 Hvis en forskrift skal oppstille objektive kriterier for når en leverandør anses å ha «vesentlig markedsrett», hva bør kriteriene være? (s. 36 – vesentlig markedsrett)

Dersom forskriftsforslaget vedtas, mener Thommessen at det bør bygge på dets definisjon av "*vesentlig markedsrett*". Definisjonen er ment å være videre enn "*dominerende stilling*" i konkurranseloven § 11.⁷ Som påpekt i høringsnotatet s. 35 forutsetter definisjonen likevel at rettsanvenderen definerer det relevante markedet. Dette kan være en krevende øvelse beheftet med betydelig usikkerhet knyttet til både den geografiske og produktmessige dimensjonen. Kostnadene til både håndheving og etterlevelse vil dermed sannsynligvis ikke reduseres med forskriftsforslagets definisjon sammenliknet med vurderingen av markedsrett etter konkurranseloven § 11. Kostnadene vil imidlertid sannsynligvis heller ikke øke, ettersom en kan bygge på øvrig praksis om markedsavgrensning.

Thommessen mener også at departementet ikke bør benytte seg av forhåndsdefinerte varekategorier i markedsavgrensningen. Det kan være forholdsvis tid- og ressurskrevende å utforme disse, uten at det er gitt at kategoriene reflekterer de reelle markedsforholdene. Den mindre fleksible tilnærmingen kan i tillegg gi utfall som strider mot konkurranselovens formål, og departementet risikerer å måtte endre kategoriene i etterkant ettersom markedet endrer seg.

Vi har ikke tilstrekkelige holdepunkter for å si noe om hva de konkrete tersklene for markedsandel og omsetning bør være, utover at de bør hensynta dagligvarebransjens konkrete forhold.

Thommessen mener endelig at departementet ikke bør benytte "*relativ*" markedsrett som et mål. Også denne definisjonen har uklare grenser, og det er usikkert om denne er snevrere eller videre enn vurderingen av "*dominerende stilling*" etter konkurranseloven § 11. I tillegg kan det diskuteres om den

⁶ Høringsnotatet s. 53

⁷ Høringsnotatet s. 35

forutsetter utveksling av konkurransesensitiv informasjon i strid med konkurranseloven § 10 mellom leverandører all den tid opplysninger om konkurrentens tilbud kan være nødvendig for å ta stilling til om kundens alternativer er "*tilstrekkelige og rimelige*" (jf. §1(a) i forskriftsforslaget). I lys av skadehypotesen i Konkurransetilsynets pågående prisjegesak er det også mulig at risikovurderingen ved slik innhenting av informasjon vil være ulik i Tyskland og Norge.

2.4 Hvordan kan en definisjon av varekategori benyttes i en mulig forskrift, og hva bør innholdet i så fall være? (s. 37 – varekategori)

Thommessen mener det ikke bør innføres en egen definisjon av varekategorier, og at disse bør avgrenses etter den alminnelige markedsavgrensingsvurderingen.

2.5 Er det behov for en operasjonell definisjon av «likeverdige ytelser» og hva bør innholdet i så fall være? (s. 38 – likeverdige ytelser)

Thommessen mener at en sammenlikning av likeverdige ytelser bør skje etter den praksis som finnes etter konkurranseloven § 11. Ettersom ytelser innen ulike produktmarkeder kan variere etter sin art og omfang, mellom sesonger og ettersom samfunnet ellers utvikles, krever en sammenlikning av ytelser en helt konkret vurdering. Ethvert forsøk på å konkretisere skjønnnet kan derfor enten gi lite ytterligere veiledning (som er tilfellet i forskriftsforslaget nå) eller innebære at subsumsjonen blir feil.

2.6 Hva kan være en operasjonell definisjon av «ulike innkjøpsbetingelser», som samtidig er tilstrekkelig fleksibel til å hensynte relevante forhold. (s. 40 – ulike innkjøpsbetingelser)

Thommessen mener at en sammenlikning av ulike innkjøpsbetingelser bør skje etter den praksis som finnes etter konkurranseloven § 11, og at denne er tilstrekkelig operasjonell. En sammenlikning av innkjøpsbetingelser krever nødvendigvis at en gjør en helhetlig vurdering av avtaleforholdet og hvordan det praktiseres iht. prinsippene som fremgår av avtaleretten, for å fastslå partenes rettigheter og plikter.

2.7 Bør forskriften angi hvilke forhold som utgjør saklig begrunnelse for forskjeller i innkjøpspriser? (s. 42 – saklig begrunnelse)

Etter forskriftsforslaget må leverandøren vise at ulike innkjøpsbetingelser har en "*saklig grunn*", som innebærer at "*ulikheten skyldes forskjeller i leverandørenes produksjons- eller distribusjonskostnader, ulik verdi på konkrete motytelser, eller andre objektive grunner.*" Thommessen mener at prisforskjeller begrunnet i kostnadsbesparelser eller reelle motytelser (som profilering) vil være saklige. For å ikke legge unødvendige begrensninger på konkurransen og leverandørenes avtalefrihet bør imidlertid ikke definisjonen være uttømmende angitt.

2.8 I så fall; hvilke forhold bør være av betydning for å vurdere om ulike innkjøpsbetingelser er saklige? Er det ytelser som ikke bør anses å være en saklig begrunnelse? (s. 42 – saklig begrunnelse)

Se svar til 2.7.

2.9 Hvor langt bør en begrunnelsesplikt for forskjeller i innkjøpsbetingelser gå? (s. 44 – begrunnelsesplikt)

Omfanget til begrunnelsesplikten vil være avgjørende for hvor store kostnader leverandørene vil påføres av forskriftsforslaget i det daglige etterlevelsesarbeidet. Thommessen minner departementet for ordens skyld om at enkelte leverandører har hundre- eller tusenvis av produkter, med tilhørende ulike løsninger for volumrabatter og bonuser som kan gå på tvers av varegrupper, og at en omfattende begrunnelsesplikt for disse kan bli svært kostbart.

Etter høringsnotatet ser det ut til at sammenlikningen av priser på varer skal gjøres etter samme rammer som for konkurranseloven § 11. Ved etterlevelsesarbeidet for denne bestemmelsen er det vanligvis tilstrekkelig at det dominerende foretaket påser at deres økonomiske betingelser kan begrunnes i en konkret motytelse, som f.eks. kostnadsbesparelser i transporten ved store innkjøp eller markedsføringsarbeid, uten at det nødvendigvis må fortløpende gjøres en nøyaktig én-til-én sammenlikning av alle ytelser og motytelser. Thommessen mener det ikke er grunnlag for å stille strengere eller andre krav til begrunnelsen etter forskriftsforslaget. Tvert imot bør det fremheves at begrunnelsen skal være kvalitativ og ikke kvantitativ.

Thommessen mener også at prisforskjellene bør kvalifiseres, til f.eks. å være "åpenbart ulike", før de omfattes av et ev. forbud. Beregninger av kostnadsbesparelser og verdien av markedsføringsarbeid kan bero på skjønn, og det kan derfor forekomme at prisforskjeller ikke kan begrunnes ned til siste desimal. Dette utgjør likevel ikke noen overtredelse av konkurranseloven § 11, og bør heller ikke medføre at forskriftsforslagets vilkår er oppfylt.⁸ Det vises til at forskriftsforslaget i realiteten innebærer en prisregulering av dagligvarebransjen.

2.10 Bør leverandørene ha en opplysningsplikt til Konkurransetilsynet om kontraktsvilkårene i leverandøravtaler som er inngått? (s. 44 – begrunnelsesplikt)

Thommessen er enig i departementets vurdering i høringsnotatet om at en fortløpende rapporteringsplikt vil være kostnadskreven for både foretakene og Konkurransetilsynet, samtidig som gevinsten av en slik løsning er uklar.⁹ Kostnadsomfanget vil imidlertid variere etter hvordan forskriftsforslaget ellers utformes, herunder bla. om salg til kiosk, storhusholdning ol omfattes, om rapporteringsplikten utløses hver gang listepriene endres, hvor detaljerte begrunnelseskrav forskriften stiller og hvor mange produkter som er omfattet av den enkelte avtalen som rapporteres.

2.11 Bør forskriften stille krav om åpenhet i forhandlingene mellom leverandør og grossist/dagligvarekjede? (s. 44 – begrunnelsesplikt)

Gjennom forhandlingene vil partene nødvendigvis utveksle konkurransesensitive opplysninger, og Thommessen mener at forskriftsforslaget derfor ikke bør stille krav om åpenhet i forhandlingene. Konkurrenters og tredjepersoners tilgang til disse opplysningene er allerede regulert av både lov om forretningshemmeligheter og konkurranseloven § 10 sine regler om informasjonsutveksling, og et krav om åpenhet vil begrenses av disse reglene uansett, samt ev. forvaltningslovens og offentleglovas

⁸ Se Generaladvokaten i C-280/08 P Deutsche Telekom avsnitt 15 i samme retning. Konkurranselovens regler utgjør minstekrav til adferden, og ikke et krav til optimale/profitmaksimerende valg.

⁹ Høringsnotatet s. 43 og 53

innsynsregler der det er relevant. Det samme gjelder for beslutninger om etterfølgende endringer i avtalebetingelsene.

2.12 Bør en forskrift stille krav om at samtlige innkjøpsvilkår og ytelser skal nedfelles skriftlig i kontrakten mellom leverandør og kunde? (s. 44 – begrunnelsesplikt)

Thommessen mener at departementet ikke bør innføre et skriftlighetskrav. Kontraktene i dagligvarebransjen er omfattende og detaljerte allerede, og slike strenge formkrav gir leverandørene færre muligheter til å tilpasse tilbudet kundens behov og kan bidra til økte etterlevelseskostnader. Dersom leverandørene skal begrunne prisforskjeller mellom ulike avtaler må det uansett rent praktisk gjøres med et tilleggsdokument som sammenlikner ytelsene og begrunner prisnivåene. Et slikt skriftlighetskrav vil etter Thommessens vurdering derfor ha begrenset betydning for en ev. begrunnelsesplikt.¹⁰

2.13 I hvilken grad vil forslaget forby prisdiskriminering som ikke er konkurransebegrensende eller som har positive virkninger på konkurransen? (s. 45 – alternativ 1 – forbud mot usaklig prisdiskriminering)

Thommessen mener at alternativ 1 (absolutt forbud mot usaklige prisforskjeller) ikke bør vedtas. Alternativet utvider konkurranselovens regulering av prisdiskriminering, og strider mot OECDs anbefaling om hvilke holdning konkurransemyndighetene bør ha til slik praksis (jf. høringsnotatet s. 15). Et en slikt standpunkt harmonerer heller ikke spesielt godt med departementets beskrivelse av skadeevnen til prisdiskriminering som tvetydig (se høringsnotatet s. 14-19), og ser ikke ut til å kunne begrunnes i noen konkrete omstendigheter i dagligvarebransjen. Endelig vil ikke alternativet innebære lavere kostnader til konkurransemyndighetenes håndheving eller foretakenes arbeid med etterlevelse ettersom en fortsatt må vurdere om prisforskjellen er "saklig".

2.14 Dersom en forskrift skal stille krav til konkurransebegrensende virkninger, hvor omfattende bør en slik vurdering være? (s. 47 – alternativ 2 – forbud mot konkurranseskadelig prisdiskriminering)

Thommessen mener at alternativ 2 (forbud mot usaklig og konkurransebegrensende prisforskjeller) bare bør innføres dersom vurderingen gjøres etter de rammene som rettspraksis etter konkurranseloven §§ 10 og 11 trekker opp.

2.15 Bør det i en virkningsvurdering være mulig å ta hensyn til aggregerte virkninger i markedet? Med aggregerte virkninger menes at flere leverandøravtaler i markedet vurderes samlet og ikke hver for seg. (s. 47 – alternativ 2 – forbud mot konkurranseskadelig prisdiskriminering)

Som nevnt mener Thommessen at departementet ikke har i tilstrekkelig grad dokumentert og begrunnet at "aggregerte virkninger" av prisforskjeller faktisk kan innebære et konkurranseproblem i den norske dagligvarebransjen. I tillegg kan de inngå som et moment i den rettslige og økonomiske konteksten ved en vurdering etter konkurranseloven §§ 10 eller 11. Thommessen mener derfor at det ikke bør presiseres i forskriftsforslaget at aggregerte virkninger kan vektlegges vurderingen etter forskriftsforslaget § 4 (alternativ 2).

¹⁰ Dette i motsetning til departementets vurdering, jf. høringsnotatet s. 43

Hverken høringsnotatet eller forskriftsforslagets ordlyd presiserer ikke om det er summen av *alle* prisforskjeller, eller bare de *usaklige* prisforskjellene, som utgjør den relevante "aggregerte virkningen" ved vurdering av om en identifisert usaklig prisforskjell begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen etter forskriftsforslaget § 4 (alternativ 2). Dersom departementet ønsker å beholde henvisningen til aggregerte virkninger, mener Thommessen at der bør presiseres at det bare er andre usaklige forskjeller som skal hensyntas.

Som påpekt av departementet vet ikke den enkelte leverandør om hvilke prisforskjeller andre leverandører har,¹¹ som også begrenses av både lov om forretningshemmeligheter og konkurranseloven § 10. Dette innebærer at de heller ikke vet hva dagligvarekjedenes totale kostnader er. Samlet er det derfor ikke mulig for den enkelte leverandør å vite om sine prisforskjeller vil innebære en konkurransebegrensende aggregert virkning eller ikke. Dette kan stå i et problematisk forhold til både skyldkravet og kravet til en rettfærdig rettergang, som bør utredes nærmere. Dersom departementet, som diskutert i høringsnotatet s. 47, tar sikte på å bare sanksjonere overtredelser med pålegg om opphør må det også utredes om avvik fra lovens hovedregler kan avvikes med hjemmel i forskrift.

2.16 Hvordan kan dagligvarekjedene i større grad ansvarliggjøres? (s. 48 – dagligvarekjedenes ansvar)

Thommessen er enig med departementet i at dagligvarekjedene allerede er ansvarliggjort i betydelig utstrekning. Den betydelige offentlige oppmerksomheten som bransjen er gjenstand for bidrar også til det.

2.17 Hva bør sanksjonene for brudd på en eventuell forskrift være? (s. 48 – sanksjoner)

Forskriftsforslaget spesifiserer nå ikke hvilke konsekvenser overtredelse av forskriften vil ha. Det innebærer at Konkurransetilsynet kan pålegge opphør¹² og gi overtredelsesgebyr på inntil 10 prosent av foretakets omsetning.¹³ Enkeltpersoner risikerer også straffeansvar i form av bøter eller fengsel inntil 3 år,¹⁴ selv om prisdiskriminering i strid med konkurranseloven § 11 ikke kan straffes på tilsvarende måte. Thommessen mener at brudd på forskriften bare bør møtes med et pålegg om opphør, som bør brukes varsomt slik at dette i realiteten ikke blir et virkemiddel for å fortløpende drive detaljert prisregulering. Ettersom forslaget reiser mange uavklarte og kostnadsdrivende spørsmål knyttet til bla. virkeområde og detaljnivå i begrunnelsen av prisforskjeller, vil strenge sanksjoner innebære at forskriftsforslaget gis den videste tolkningen mulig som et risikoreduserende sikkerhetstiltak hos foretaket. Dette gjelder særlig dersom forskriften også får virkning på salg til storhusholdning, kiosker og liknende, og kan øke kostnadene til foretakenes arbeid med etterlevelse betydelig.

¹¹ Høringsnotatet s. 46

¹² Konkurranseloven § 12, 1. ledd

¹³ Konkurranseloven § 29, 1. ledd, bokstav f og forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr § 2(2)(c)

¹⁴ Konkurranseloven § 32, 1. ledd, bokstav f

2.18 Vil innføringen av et markedsetterforskningsverktøy kunne avhjelpe utfordringer knyttet til prisdiskriminering, og/eller andre utfordringer i dagligvaremarkedet på noe lengre sikt? (s. 52 – markedsetterforskningsverktøy)

Thommessen er foreløpig kritiske til et eget markedsetterforskningsverktøy. Konkurransetilsynet har allerede en vid kompetanse til å gjennomføre markedsetterforskninger, drive veiledning og reagere mot konkurransemessige bekymringer etter dagens konkurranselov. Til det sistnevnte minner Thommessen for ordens skyld om at et markedsetterforskningsverktøyet uansett må utformes innenfor rammene av det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet og det menneskerettslige kravet til en rettferdig rettergang.

3 ANDRE KONKRETE INNSPILL TIL FORSKRIFTSFORSLAGETS UTFORMING

Forskriftsforslaget regulerer "*verdikjeden for mat og dagligvarer*" jf. forslaget § 1, og hverken forskriftsforslaget eller høringsnotatet spesifiserer om det omfatter f.eks. leveranser til serveringssteder, storhusholdning eller kiosker. Thommessen mener at disse kundegruppene ikke bør omfattes all den tid konkurranseforholdene kan variere etter ulike kundetyper. Etter Thommessens oppfatning bør heller ikke departementet ukritisk bygge på løsningen i lov om god handelsskikk, delvis fordi disse ikke er lovteknisk optimalt utformet og delvis fordi lovens tiltenkte funksjon er litt ulik fra forskriftsforslaget, slik at det ikke nødvendigvis er like gode grunner til å f.eks. utelukke primærprodusentene fra lovens virkeområde (jf. også høringsnotatet s. 34-35). Departementet bør derimot avgrense virkeområde til å gjelde levering av dagligvarer. Slik forskriften er utformet nå, er det i tillegg uklart om leverandører av andre nødvendige innsatsfaktorer, som fast eiendom, IT-systemer, transporttjenester osv, også anses som en del av verdikjeden for mat og dagligvarer.

Forskriftsforslaget angir heller ikke det temporale virkeområdet til forbudet. Ettersom forslaget innebærer et inngrep leverandørenes avtaler og vil kreve betydelig tilpasninger i virksomhetenes interne rutiner, bør departementet fastslå at forskriftsforslaget bare kommer til anvendelse på alle nye avtaler, i motsetning til hva som er tilfellet etter lov om god handelsskikk § 21.

4 KONKURRANSELOVENS RAMMER FOR FORSKRIFTSFORSLAGET

4.1 Konkurranseloven § 14 – departementet har ikke hjemmel til å vedta forskriften

Basert på beskrivelsen i høringsnotatet mener Thommessen at det er uklart om departementet har tilstrekkelig hjemmel i konkurranseloven § 14 til å vedta forskriften.

Så vidt Thommessen kan se, finnes det ikke tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at det eksisterer "*avtaler ... som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål*" jf. konkurranseloven § 14. Selv Konkurransetilsynet har identifisert prisforskjeller i dagligvarekjedenes innkjøpsbetingelser, er det ikke gitt at de avtalene er konkurransebegrensende jf. også høringsnotatet s. 15 og 17. Det er heller ikke gitt at noen av prisforskjellene er usaklige, slik at departementet synes å forutsette i overskriften i punkt 5.2 i høringsnotatet. En slik slutning krever en konkret vurdering av de ulike avtalene og prisene som finnes i verdikjeden. Endelig er departementets beskrivelse av bekymringene knyttet til de "aggregerte virkningene" for generelle og utilstrekkelig begrunnet i hverken økonomisk teori eller konkrete omstendigheter i bransjen til å oppfylle vilkåret.

Uansett, under forutsetning av at dagligvarekjedenes forskjeller i innkjøpsbetingelsene faktisk er usaklige og innebærer et konkurranseproblem, er forskriftsforslaget ikke "nødvendig" jf. konkurranseloven § 14. Som også antydnet i forarbeidene (Ot. prp. nr.6 (2003-04) punkt 6.6.8), må vilkåret tolkes i lys av konkurranseloven § 1, der det fremgår at konkurranselovens formål er å fremme "konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser" og løsninger som tar "særlig hensyn til forbrukernes interesser." Det innebærer at alle regler som utledes av loven, herunder forskriftsforslaget, bør ta sikte på å fremme samme mål. I lys av departementets vurderinger i høringsnotatet, mener Thommessen at forskriftsforslaget ikke gjør det av flere grunner og at det derfor heller ikke er nødvendig å innføre.

- Forskriftsforslaget vil "fremme konkurranse" jf. konkurranseloven § 1 dersom den holder foretakenes kostnader ved å etterleve det så lave som mulig, sånn at det får brukt mest mulig kapasitet og kostnader til å konkurrere på pris, kvantum, kvalitet, innovasjon og andre eventuelle konkurranseparametere. Denne typen kostnader kan blant annet komme av at forskriftsforslaget er tidkrevende å ta stilling til, vanskelig tilgjengelig, krever at det innhentes mange opplysninger og/eller forutsetter en omfattende rapporteringsprosess. Som departementet også konstaterer på bla. s. 54 av høringsnotatet bidrar forskriftsforslaget til å øke disse kostnadene.
- Forskriftsforslaget vil for det første "bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser" hvis det innebærer at færrest mulig effektivitetsfremmende prisforskjeller forbys (falske positiv), og tilsvarende at effektivitetsreduserende prisforskjeller tillates (falske negativ). Etter beskrivelsen i høringsnotatet er det uklart om det egentlig finnes et "lovtomt rom" som forskriftsforslaget fyller, all den tid konkurransebegrensende prisdiskriminering allerede er forbudt etter konkurranseloven §§ 10 og 11. For det andre vil det "bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser" hvis det holder kostnadene for de som håndhever regelen (som en domstol og konkurransemyndighetene) så lave som mulig. Kostnadene drives av omfanget av etterforskningen, samt hvilke og hvor mye opplysninger som må innhentes, og kan bli betydelige. Som påpekt på s. 53 av høringsnotatet vil forskriftsforslaget sannsynligvis medføre økt ressursbruk for konkurransemyndighetene. Omfanget av den økte ressursbruken vil imidlertid variere etter forslagets konkrete innhold.
- Forslaget tar "særlig hensyn til forbrukernes interesser" hvis den bidrar til å maksimere konsumentoverskuddet, f.eks. ved å redusere sluttpriser i butikk. Som ellers ved innføring av tiltak som ikke knytter seg til sluttbrukerleddet er det vanskelig å fastslå med sikkerhet hvilken virkning forskriftsforslaget kan ha i sluttbrukermarkedet.

4.2 Konkurranseloven § 15 og EØS-konkurranseloven § 7 – et innspill til vurderingen av ensidige virkninger

Thommessen er enig med departementet i at det konkrete innholdet i vilkåret "ensidig adferd" er uavklart. Dersom departementet legger til grunn at vilkåret "også kan omfatte avtalevilkår i en vertikal avtale, dersom de er ensidig påtvunget en part som står i et avhengighetsforhold til den andre avtaleparten" (høringsnotatet s. 29) mener Thommessen imidlertid at departementet må vektlegge de konkrete omstendighetene i den bransjen de tar sikte på å regulere. Det innebærer for det første at når forskriftsforslaget også omfatter leverandører med en vesentlig markedsrett, men likevel ikke er dominerende stilling, er det ikke gitt at disse har en like sterk forhandlingsrett som foretak

THOMMESSEN

omfattet av konkurranseloven § 11. For det andre innebærer det at dagligvarekjedenes betydelige kjøpermakt at denne forhandlingsmakten, og dermed leverandørens mulighet til å påtvinge kjedene avtalevilkår, reduseres ytterligere. Ettersom den finske og litauiske reglene regulerer dagligvarekjedene i sluttbrukermarkedet,¹⁵ der små fragmenterte forbrukere har langt mindre kjøpermakt, er det ikke gitt at sektorreguleringene kan sammenliknes.



Siri Teigum
Advokat (H)



Kristoffer Grøndahl
Advokat

¹⁵ Høringsnotatet s. 32 og 33