

Høringsnotat

Forskrift om forbud mot konkurranseskadelige forskjeller i innkjøpspriser i verdikjeden for mat og dagligvarer

Innhold

1	Innledning.....	4
1.1	Vurderinger og beskrivelser fra høringsnotatet av oktober 2022	4
2	Innholdet i dette høringsnotatet	5
3	Bakgrunnen for forslaget	5
3.1	Innledning	5
3.2	Høringen høsten 2022	6
3.3	Kartlegging av forskjeller i innkjøpspriser	7
4	Forslag til forskrift om forskjeller i innkjøpspriser i verdikjeden for mat og dagligvarer 8	
4.1	Nærmere om forslaget til forskrift	8
4.2	Overordnede tilbakemeldinger på høringen av oktober 2022.....	9
4.3	Virkeområde og forskriftens rekkevidde	10
4.3.1	Omfattede aktører.....	10
4.4	Relativ markedsrett	11
4.4.1	Høring av forslag fra oktober 2022	11
4.4.2	Vurdering av begrepet vesentlig markedsrett	11
4.4.3	Vurdering av begrepet relativ markedsrett	12
4.4.4	Forholdet til gruppeunntaket for vertikale avtaler.....	13
4.5	Varekategori.....	13
4.6	Likeverdige ytelser.....	14
4.7	Ulike innkjøpsbetingelser	15
4.8	Saklig begrunnelse	15
4.8.1	Forholdet til eventuell begrunnelsesplikt	16
4.9	Åpenhet og skriftlighet	16
4.10	Momenter i virkningsvurderingen.....	16
4.11	Aggregerte virkninger	17
4.12	Sanksjoner	18
4.13	Varighet og evaluering	18
5	Forholdet til konkurranseloven § 14.....	19

5.1	Bakgrunn.....	19
5.2	Vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål	21
5.3	Nødvendig for å fremme konkurransen i markedene.....	21
5.3.1	Forholdet til forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling	22
5.4	Nærmere om kravet til nødvendighet.....	23
5.5	Oppsummering.....	25
6	Forholdet til EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd	26
6.1	Bakgrunn.....	26
6.2	Høring av opprinnelig forslag til forbud mot prisdiskriminering	27
6.3	Vurdering av om prisdiskriminering er ensidig adferd.....	28
6.3.1	Innledning.....	28
6.3.2	Vurdering	29
6.3.3	Oppsummering	33
7	Grunnloven § 97 – forbudet mot lover og forskrifter med tilbakevirkende kraft..	33
8	Forslag om markedsetterforskningsverktøyet	36
8.1	Høring av forslag om markedsetterforskning	36
8.2	Markedsetterforskningsverktøyets betydning for en forskrift	36
9	Virkning for omfanget av dagligvarekjedenes egne merkevarer og andre vertikale bindinger 37	
10	Økonomiske og administrative konsekvenser av forslaget	39
11	Forskriftsutkast.....	40

1 Innledning

I oktober 2022 sendte Nærings- og fiskeridepartementet på høring forslag til forskrift som forbyr usaklige forskjeller i innkjøpspriser i verdikjeden for mat og dagligvarer.¹ Forslaget fulgte opp Stortingets anmodningsvedtak nr. 612 som ble fattet den 31. mai 2022. Bakgrunnen for vedtaket var bekymringer knyttet til konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet, og at forskjeller i innkjøpspriser fungerer som en betydelig etableringshindring.

Som følge av oppdaterte vurderinger av blant annet det EØS-rettslige handlingsrommet for å vedta nasjonale konkurransereguleringer, innspill fra høringen fra oktober 2022, samt andre pågående prosesser innenfor dagligvare, er det etter departementets syn behov for å justere utformingen av forslag til forskrift om forskjeller i innkjøpspriser, sammenliknet med de forslagene som ble sendt på høring i oktober 2022.

Det justerte forslaget inneholder elementer som var en del av den opprinnelige høringen, men som er satt sammen på en måte som gjør at høringsinstansene ikke uten videre hadde grunnlag for å uttale seg om dem på den måten de nå foreslås. Et nytt element som har blitt lagt inn, og som ikke var en del av den opprinnelige høringen, er en utvidelse av forskriftens virkeområde slik at den gjelder grossister i tillegg til leverandører. Departementet ønsker å få høringsinstansenes syn på det justerte forskriftsforslaget.

1.1 Vurderinger og beskrivelser fra høringsnotatet av oktober 2022

Bakgrunnen og den overordnede begrunnelsen for forslaget i dette høringsnotatet er langt på vei de samme som for forslagene som ble lagt frem i høringsnotatet av oktober 2022. I høringsnotatet av oktober 2022 redegjorde departementet i kapittel 3 for bakgrunnen for forslaget, herunder en beskrivelse av konkurranseutfordringer i dagligvarebransjen, hvorvidt prisdiskriminering er egnet til å begrense konkurransen, Stortingets anmodningsvedtak om prisdiskriminering og departementets forståelse av disse. Disse vurderingene legger departementet til grunn også i dette høringsnotatet.

Det samme gjelder i stor grad fremstillingen i høringsnotatets kapittel 4, som ga en beskrivelse av hva som menes med prisdiskriminering, en oversikt over kartlagte forskjeller i innkjøpsbetingelser i dagligvarebransjen, og en beskrivelse av forhold som kan være relevante i forhandlingssituasjoner mellom kjeder og leverandører. Siden det forrige høringsnotatet ble sendt på høring, har Konkurransetilsynet gjort en ny kartlegging av forskjeller i innkjøpspriser i dagligvarebransjen. En oppdatert omtale av forskjeller i innkjøpsbetingelser er lagt inn i kapittel 3.3 i dette høringsnotatet.

Høringsnotatets kapittel 7 ga en fremstilling av utenlandsk rett. Frankrike har tidligere hatt et forbud mot prisdiskriminering, mens Tyskland og Finland er eksempler på land som har særreguleringer knyttet til markedsrett.

¹ [Høring om forbud mot usaklige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer - regjeringen.no](https://www.regjeringen.no)

2 Innholdet i dette høringsnotatet

I kapittel 3 behandles bakgrunnen for forslaget, herunder en beskrivelse av konkurranseutfordringene i dagligvaremarkedet, høringen av oktober 2022 og kartlagte forskjeller i innkjøpspriser.

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

I kapittel 5 behandles forutsetningene for å anvende forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14.

I kapittel 6 behandles forholdet til EØS-avtalen, og begrensningene for anvendelsen av forskrifter etter § 14 som følger av EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd.

I kapittel 7 beskrives forbudet mot tilbakevirkende kraft etter Grunnlovens § 97.

I kapittel 8 beskrives forslag til et markedsetterforskningsverktøy, som ble sendt på høring 31. mars 2023.

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.

I kapittel 10 behandles økonomiske og administrative konsekvenser.

I kapittel 11 følger justert forslag til forskrift.

3 Bakgrunnen for forslaget

3.1 Innledning

Konkurransesituasjonen i dagligvarebransjen er preget av at det er få aktører i leverandør-, grossist- og detaljistleddene, og at det er få nyetableringer i bransjen. Sammenlignet med andre land i Europa har også den norske dagligvarebransjen et lavt antall utenlandske aktører, høyere priser og mindre utvalg. Isolert sett tyder dette på at konkurransen i markedet ikke er så effektiv som den kan være.

Svekket konkurranse kan føre til at de etablerte aktørene i et marked ikke utfordrer hverandre i tilstrekkelig grad. Det fører til at de ønskede resultatene av konkurranse, herunder mer effektiv ressursbruk, lavere priser og mer innovasjon, kan utebli.

I en rapport fra 2017 peker Oslo Economics på at blant annet stordriftsfordeler i innkjøp, det norske importvernet for landbruksvarer, vertikal integrasjon og begrenset tilgang til attraktive lokaler utgjør sentrale etableringshindre i dagligvaremarkedet.²

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

Meld. St. 27 (2019–2020) *Daglegvare og konkurranse – kampen om kundane* konkluderte blant annet med at det var behov for å sette i verk tiltak for å bedre konkurransen i dagligvarebransjen. Et av disse tiltakene gikk ut på å styrke Konkurransetilsynets kontroll med og kartlegging av forskjeller i betingelser fra leverandører til detaljister. Konkurransetilsynet har etter dette gjennomført kontroller som har avdekket at det er til dels vesentlige forskjeller i innkjøpsprisene til de tre store dagligvarekjedene fra enkelte store leverandører.³ Ifølge Konkurransetilsynet er imidlertid forskjellene samlet sett betydelig redusert i perioden fra 2017 til 2022, se nærmere omtale i kapittel 3.3.⁴

Våren 2022 fattet Stortinget en rekke anmodningsvedtak som omhandlet tiltak for å forbedre konkurransesituasjonen i dagligvarebransjen, blant annet anmodningsvedtak om å utrede forslag om å innføre et forbud mot usaklig prisdiskriminering. Høringen fra oktober 2022 fulgte opp flere av disse vedtakene.⁵

3.2 Høringen høsten 2022

I høringsnotatet av oktober 2022 presenterte departementet to alternative forskrifter til forbud mot usaklig prisdiskriminering,⁶ med hjemmel i konkurranseloven § 14. Det første alternativet innebar et forbud mot forskjeller i innkjøpspriser fra leverandører med vesentlig markedsrett uten saklig grunn. Det andre alternativet forbød forskjeller i innkjøpspriser uten saklig grunn fra leverandører med vesentlig markedsrett, dersom forskjellene er egnet til å ha negative virkninger på konkurransen.

Departementet ba om høringsinstansenes syn på den nærmere innretningen av de to forskriftsalternativene. Blant annet ble høringsinstansene bedt om å ta stilling til hvilke forhold som utgjør saklig begrunnelse for forskjeller i innkjøpspriser, behovet for en begrunnelsesplikt for forskjeller i innkjøpsbetingelser, og hvordan brudd på forskriften burde sanksjoneres. Det ble også bedt om høringsinstansenes syn på hvordan vesentlig markedsrett burde defineres, og om forskriften eventuelt burde gjelde for leverandører

³ Se nærmere omtale av Konkurransetilsynets kartlegginger av variasjoner i innkjøpsbetingelser i kapittel 3.3.

⁴ [Mindre forskjeller i dagligvarekjedenes innkjøpspriser - Konkurransetilsynet](#)

⁵ Næringskomiteen i Stortinget behandlet tre representantforslag om dagligvaresektoren og la på bakgrunn av dem frem en innstilling til Stortinget i Innst. 322 S (2021–2022). Innstillingen omfattet Dokument 8: 161 S (2021–2022) om å sikre like konkurransevilkår mellom uavhengige merkevarer og kjedenes egne merkevarer (EMV) i dagligvaremarkedet, Dokument 8: 170 S (2021–2022) om rettferdig konkurranse i norsk dagligvarehandel, og Dokument 8: 191 S (2021–2022) om å begrense maktkonsentrasjonen i norsk dagligvare. Stortingets behandling av innstillingen resulterte i tolv anmodningsvedtak, der Stortinget ba regjeringen om å følge opp ulike forhold knyttet til konkurransen i dagligvaremarkedet. For forslaget om et forbud mot prisdiskriminering er det særlig Stortingets vedtak 572 (jf. Innst. 185 S (2020–2021)), 603, 605 og 612 (jf. Innst. 322 S (2021–2022)) som er aktuelle. Departementet vurderte høringsnotatet av oktober 2022 som en oppfølging av de sistnevnte fire anmodningsvedtakene.

⁶ Se [høringsnotatet](#) kapittel 4 for en nærmere redegjørelse for innholdet i prisdiskrimineringsbegrepet.

med relativ markedsrett.⁷ For det andre forskriftsalternativet ble det bedt om høringsinstansenes innspill på om det skulle være mulig å ta hensyn til flere leverandøravtalers samlede virkninger på konkurransen (aggregerte virkninger) i den konkrete virkningsvurderingen av prisdiskrimineringen.

Departementet ba også om foreløpige innspill til et forslag om å innføre et markedsetterforskningsverktøy for Konkurransetilsynet.

De særskilte rettslige rammene forskriften må forholde seg til er konkurranseloven § 14, som hjemler forskriftskompetansen, og EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd, som setter begrensninger på EØS-landenes mulighet til å vedta nasjonale konkurransereguleringer.

3.3 Kartlegging av forskjeller i innkjøpspriser

Som omtalt i høringsnotatet av oktober 2022, har Konkurransetilsynet gjennomført årlige kartlegginger av forskjeller i dagligvarekjedenes innkjøpspriser siden 2018, der de første resultatene ble offentliggjort i 2019. Tilsynets første kartlegging gjelder for 2017, og den siste for 2022.⁸

Konkurransetilsynets kartlegginger har vist at NorgesGruppen oppnår lavere innkjøpspriser enn Coop og Rema 1000. Tilsynets beregninger for 2017 viste at forskjellene for enkelte leverandører oversteg 15 pst., målt i netto nettopriser.⁹ De samlede forskjellene for hele utvalget av leverandører var imidlertid betydelig lavere enn 15 pst.

Konkurransetilsynet fant i kartleggingen for 2021 at forskjellene i gjennomsnitt var mindre i 2021 enn i 2017. I kartleggingen for 2022 fant Konkurransetilsynet at forskjellene var ytterligere redusert sammenlignet med 2021, og at forskjellene samlet sett var vesentlig redusert i perioden fra 2017 til 2022.¹⁰

Kartleggingene har vist at det er stor variasjon mellom ulike leverandører med hensyn til hvor store forskjeller det er mellom prisene de gir til de ulike kjedene. For enkelte av leverandørene er det relativt store svingninger i prisdifferensene fra ett år til et annet. Andre leverandører har en mer entydig utvikling over tid, ved at prisdifferensene enten øker eller reduseres fra år til år. Dette kan tyde på at det er reelle forhandlinger mellom leverandører og kjeder.¹¹

⁷ Relativ markedsrett skal forstås som at en kunde er avhengig av leverandøren eller grossisten på en slik måte at kunden ikke har tilstrekkelige og rimelige alternativer og det er en betydelig ubalanse i forhandlingsrett.

⁸ En oppsummering av Konkurransetilsynets kartlegging for 2022 fremgår av kapittel 6 i [Konkurransetilsynets dagligvare rapport 2022](#).

⁹ Netto nettopriser for en vare er leverandørens listepriis fratrukket alle rabatter og bonuser. Netto nettopriis reflekterer ikke nødvendigvis alle kostnadene en kjede har forbundet med kjøp av en vare, som følge av at den ikke hensyntar kostnader forbundet med eventuelle motytelser.

¹⁰ [Mindre forskjeller i dagligvarekjedenes innkjøpspriser - Konkurransetilsynet](#)

¹¹ [Konkurransetilsynets dagligvare rapport 2022](#), kapittel 6.1

I 2021 og 2022 undersøkte Konkurransetilsynet også mulige årsaker til prisforskjellene. Aktørene som deltok i kartleggingen trakk frem ulikheter i dagligvarekjedenes størrelse, motytelser, samarbeidsevne, konkurrerende alternativer, forhandlingsstyrke, samt egenskaper ved selve forhandlingssystemet, som viktige årsaker til forskjellene i innkjøpspriser. I forbindelse med kartleggingen for 2022 opplyste Konkurransetilsynet at deler av reduksjonen i prisforskjellene fra 2021 til 2022 har sammenheng med flere motytelser og kampanjeaktiviteter fra Coop og Rema 1000 sin side.¹²

4 Forslag til forskrift om forskjeller i innkjøpspriser i verdikjeden for mat og dagligvarer

I dette kapittelet gis en nærmere redegjørelse for utformingen av det nye forslaget til forskrift, og hvordan høringsinstansenes tilbakemeldinger har blitt ivarettatt. Det nye forslaget til forskrift framgår i kapittel 11. Forholdet til konkurranseloven § 14 og det EØS-rettslige handlingsrommet etter konkurranseloven § 15 og EØS-konkurranseloven § 7 vurderes i henholdsvis kapittel 5 og 6.

4.1 Nærmere om forslaget til forskrift

Forskriften som nå foreslås er utformet med tanke på å håndtere de samme utfordringene i markedet for mat og dagligvarer som forskriftsforslagene i høringen av oktober 2022. Samtidig tar forslaget som nå foreslås hensyn til relevante innspill fra høringsprosessen.

Det foreslås et forbud mot at leverandører og grossister med relativ markedsrett kan kreve ulike innkjøpsbetingelser for likeverdige ytelser, dersom forskjellene begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen. Forslaget i dette høringsnotatet ligger nærmest forskriftsalternativ 2 i høringsnotatet av oktober 2022, men skiller seg fra dette alternativet på flere måter.

For det første foreslås det at forskriften skal gjelde for både leverandører og grossister, mens forskriftsalternativene fra 2022 kun gjaldt for leverandører. Forslaget i dette høringsnotatet er særlig relevant for mindre detaljister, hvorav flere forhandler om innkjøpspriser med grossister, heller enn direkte med leverandørene. På bakgrunn av dette er det departementets vurdering at forskriftens konkurransefremmende virkninger vil være større dersom den utvides til også å gjelde grossister.

For det andre så vil forskriften som nå foreslås gjelde leverandører og grossister med relativ markedsrett, der forskriftsalternativene fra 2022 gjaldt for leverandører med vesentlig markedsrett. En forskrift basert på vesentlig markedsrett vil kunne avskrekke leverandører og grossister fra å prisdiskriminere, også når de forhandler med store detaljister. Etter departementets vurdering er dette lite hensiktsmessig, ettersom dette kan innebære at aktørene også avstår fra prisdiskriminering som er konkurransefremmende. Det er departementets syn at en forskrift basert på relativ markedsrett i mindre grad vil fungere

¹² [Konkurransetilsynets dagligvarerapport 2022](#), kapittel 6.2

avskrekkende overfor prisdiskriminering som ikke er konkurranseskadelig. Samtidig vil en slik forskrift kunne redusere etableringshindringene i dagligvaremarkedet gjennom å hindre at små og nyetablerte dagligvarekjeder blir utsatt for konkurransehemmende adferd av leverandører og grossister med relativ markedsrett.

For det tredje åpner ikke forslaget i dette høringsnotatet for at aggregerte virkninger av leverandørene og grossistene sine forskjeller i innkjøpspriser kan vektlegges ved håndhevingen av forskriften. Etter departementets vurdering vil det være utfordrende for leverandørene og grossistene å vurdere om de bryter bestemmelsene i forskriften, dersom det åpnes for å vektlegge aggregerte virkninger, fordi dette blant annet vil avhenge av andre leverandører og grossister sine prisstrategier, som det i utgangspunktet må legges til grunn at de ikke har detaljkunnskap om.

Avslutningsvis inneholder ikke forskriften som nå foreslås et vilkår om at forskjeller i innkjøpspriser må være saklige, eller en plikt for leverandørene og grossistene til å gi en saklig begrunnelse for eventuelle forskjeller i innkjøpspriser. Som flere høringsinstanser påpeker vil det være vanskelig å vurdere hvorvidt prisforskjeller er saklige eller ikke. Det er departementets vurdering at vilkåret om at forskjeller i innkjøpspriser må være saklige ikke er relevant, siden det etter dette forslaget uansett må foretas en vurdering av om forskjeller i innkjøpspriser begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen. Dette tilsier også at begrunnelsesplikten fjernes, ettersom det ikke er hensiktsmessig å pålegge leverandørene og grossistene en begrunnelsesplikt, dersom saklighet ikke er et kriterium i forskriften.

Vurderingene bak utformingen av forskriftsforslaget i dette høringsnotatet er nærmere redegjort for i kapittel 4.3-4.13, i sammenheng med beskrivelsen av høringsinstansenes tilbakemeldinger på høringen av oktober 2022.

4.2 Overordnede tilbakemeldinger på høringen av oktober 2022

Høringsinstansene er delte i synet på forslaget, men et klart flertall er negative til forskriftsregulering av prisdiskriminering. De som er imot forskriftsregulering, mener at et forbud mot prisdiskriminering vil svekke konkurransen i dagligvarebransjen og medføre uendrede eller økte etableringshindringer. De viser blant annet til utredninger som konkluderer med at et forbud mot prisdiskriminering vil føre til økte forbrukerpriser, gjennom å svekke dagligvarekjedenes insentiver til å forhandle hardt med leverandørene, og gjennom å svekke leverandørenes insentiver til å innrømme rabatter til dagligvarekjedene. En annen mulig konsekvens av forskriftsregulering som har vært nevnt av høringsinstansene er dagligvarekjedene vil ha større insentiver til å integrere vertikalt, for eksempel gjennom økt innslag av EMV. Dette er blant forholdene vi har vurdert ytterligere i dette høringsnotatet.

Flere høringsinstanser anfører at forskriften ikke kan hjemles i konkurranseloven § 14. Innvendingene retter seg mot samtlige av bestemmelsens vilkår, herunder om prisdiskriminering er egnet til å begrense konkurransen og om det er nødvendig med en forskrift mot prisdiskriminering. I tillegg mener flere av høringsinstansene at måten

forskriften er innrettet på vil være i strid med EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd, fordi den retter seg mot det høringsinstansene mener er avtaler og ikke ensidig adferd.

Høringsinstansene som er positive til forskriftsregulering av prisdiskriminering viser til tidligere utredninger hvor forskjeller i innkjøpspriser har blitt trukket frem som en av de viktigste etableringshindringene i dagligvaremarkedet. De mener at forskriften vil utjevne forskjellene i innkjøpspriser, og dermed føre til at flere aktører etablerer seg i dagligvaremarkedet. Flere av tilhengerne mener at en utjevning av innkjøpsprisene også vil gjøre det enklere for mindre leverandører og kjeder å konkurrere mot de største aktørene. De mener at dette vil kunne redusere markedskonsentrasjonen og styrke konkurransen. De mener også at eventuelle prisøkninger til forbrukere som følge av svekkede forhandlingsinsentiver vil være forbigående og kortvarige.

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.

4.3.1 Omfattede aktører

I høringsnotatet av oktober 2022 foreslo departementet at en eventuell forskrift kun skulle gjelde for leverandører. Det ble ikke drøftet hvorvidt forskriften også bør gjelde for andre aktører, for eksempel grossister.

Flere av høringsinstansene trekker frem manglende tilgang til grossist- og distribusjonstjenester på ikke-diskriminerende vilkår som en etableringshindring i dagligvaremarkedet. Noen av de mindre detaljistene trakk frem at grossistenes priser er lite transparente, og at det derfor er vanskelig for dem å vurdere hvorvidt, og eventuelt hvorfor, de får dårligere betingelser enn andre detaljister.

Forskriften i dette høringsnotatet gjelder for aktører med relativ markedsrett. Det er rimelig å anta at en leverandør eller grossist av en viss størrelse, og som produserer sterke merkevarer, kan ha relativ markedsrett overfor mindre detaljister. Dette vil imidlertid bero på en konkret vurdering. Videre er vi kjent med at flere mindre detaljister forhandler om kjøp av varer og tjenester med grossister i det norske markedet. På bakgrunn av dette er det departementets vurdering at en forskrift som gjelder for både leverandører og grossister i større grad vil kunne bidra til å bedre vilkårene for mindre og nyetablerte detaljister. Siden

forskriftsforslaget av oktober 2022 ikke inkluderte grossister ber vi om særlig om høringsinstansenes vurdering av dette spørsmålet.

4.4 Relativ markedsrett

4.4.1 Høring av forslag fra oktober 2022

Konkurranseskadelig prisdiskriminering er allerede forbudt etter gjeldende rett (konkurranseloven § 11 annet ledd bokstav c) dersom den er utført av et foretak med dominerende stilling.¹³ Vurderingen av om et foretak har en dominerende stilling er nærmere omtalt i kapittel 5.3.1.

I høringsnotatet av oktober 2022 ble det foreslått at et forbud mot konkurranseskadelige forskjeller i innkjøpspriser skal gjelde for leverandører med vesentlig markedsrett. Videre ble det foreslått at vesentlig markedsrett skal forstås som en markedsandel på 40 pst. eller mer i et relevant marked i verdikjeden for mat og dagligvarer, der leverandøren har en omsetning over 100 millioner kroner i det samme relevante markedet.

Som et alternativ eller supplement ble det i høringsnotatet av oktober 2022 foreslått å benytte begrepet relativ markedsrett. Relativ markedsrett foreligger når en kunde er avhengig av leverandøren på en slik måte at kunden ikke har tilstrekkelige og rimelige alternativer, og det er en betydelig ubalanse i forhandlingsrett. Et foretak som regnes for å ha vesentlig markedsrett kan ha relativ markedsrett overfor en liten aktør, men det samme foretaket har ikke nødvendigvis relativ markedsrett overfor en større aktør. Et dominerende foretak vil i tillegg omfattes av reglene om misbruk av dominerende stilling etter konkurranseloven § 11.

I høringen av oktober 2022 ga flere av høringsinstansene tilbakemelding om at det vil være lettere å forholde seg til en forskrift dersom den benytter et veletablert konkurranserettslig begrep som dominerende stilling, heller enn å introdusere nye begreper som vesentlig markedsrett og/eller relativ markedsrett. De som var positive til å benytte begrepet vesentlig markedsrett var uenige i om begrepets definisjon burde endres for å omfatte flere eller færre aktører, eller om avgrensningen foreslått av departementet var hensiktsmessig. Flere mente at definisjonen av vesentlig markedsrett burde sees i sammenheng med definisjonen av varekategorier.

4.4.2 Vurdering av begrepet vesentlig markedsrett

En fordel med å bruke begrepet vesentlig markedsrett er at flere leverandører og grossister formodentlig forbyr fra å drive konkurransebegrensende prisdiskriminering enn hva som er tilfellet ved gjeldende rett. I den grad konkurranseskadelig prisdiskriminering fra slike

¹³ Det følger også av konkurranseloven § 10 (1) d at det kan utgjøre et ulovlig samarbeid å «anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille det ugunstigere i konkurransen». Det er begrenset praksis som omhandler prisdiskriminering etter denne bestemmelsen. Som regel benyttes § 11 om ulovlig prisdiskriminering.

aktører fungerer som en etableringshindring, vil altså denne etableringshindringen kunne bli mindre.

Ulempene med begrepet vesentlig markedsrett er at forbudet innebærer en risiko for at leverandørene og grossistene som omfattes vil oppleve det som mer risikofyllt å prisdiskriminere, og at de vil avstå fra prisdiskriminering også når det er konkurransefremmende. Dette kan gjøre forhandlingene mellom leverandørene/grossistene og detaljistene mindre effektive, og begrense detaljistenes insentiver til å forhandle ned leverandørens priser. En forskrift som gjelder for leverandører og grossister med vesentlig markedsrett vil kunne føre til økt opplevd risiko for leverandører og grossister med vesentlig markedsrett, også i tilfeller hvor de forhandler med store detaljister. Etter departementets vurdering er dette lite hensiktsmessig ettersom det ikke er sannsynlig at leverandører og grossister med vesentlig markedsrett, som ikke samtidig har dominerende stilling, vil kunne prisdiskriminere på en konkurranseskadelig måte overfor store detaljister.

Etter departementets syn bør derfor ikke begrepet «vesentlig markedsrett» benyttes i en forskrift.

4.4.3 Vurdering av begrepet relativ markedsrett

De mulige avskrekkende virkningene av å innføre et forbud mot konkurransebegrensende forskjeller i innkjøpspriser er etter departementets vurdering mindre, dersom forbudet rettes mot aktører med relativ markedsrett. Dette innebærer at forbudet kun omfatter leverandører og grossister sin handel med detaljister hvor de har relativ markedsrett. Det kan imidlertid tenkes at bruken av begrepet relativ markedsrett kan ha noe avskrekkende effekt siden dette begrepet ikke har blitt benyttet i norsk konkurranserett, og at det derfor kan være uklart for markedsaktørene hva som ligger i begrepet. Departementet anser imidlertid denne effekten som liten.

En annen mulig ulempe med å benytte relativ markedsrett er at det kan tenkes situasjoner hvor en leverandør eller grossist vil nekte å handle med en mindre detaljist, fordi den risikerer å bli rammet av forskriften dersom den gir den mindre detaljisten dårligere vilkår enn den gir andre detaljister. Det er departementets vurdering at det er lav risiko for at leverandører og grossister vil nekte å handle med mindre detaljister som følge av en eventuell forskrift. Dersom en leverandør eller grossist har gode marginer, vil den kunne tjene på å omsette sine produkter gjennom en mindre detaljist, selv om den gir detaljisten samme innkjøpspriser som andre detaljister. Videre er det rimelig å legge til grunn at små og velbegrunnede forskjeller i innkjøpspris sannsynligvis ikke vil være konkurransebegrensende, selv om de er til ulempe for mindre detaljister. Departementet arbeider med en vurdering av om det er behov for regulering av tilgang på grossisttjenester.¹⁴ Eventuell regulering av tilgang på grossisttjenester vil kunne redusere eventuell risiko for at en grossist eventuelt nekter å handle med enkelte detaljister ytterligere.

¹⁴ Meld.St. 27 (2019-2020) Daglegvare og konkurranse – kampen om kundane, pkt. 5.3

Gjennom å innføre begrepet relativ markedsrett rammer forskriften kun leverandører/grossister sin prisdiskriminering i tilfeller hvor en dagligvarekjede står i et avhengighetsforhold til leverandøren/grossisten, og hvor det er en klar ubalanse i forhandlingsrett til fordel for leverandøren/grossisten. Dette gjør tiltaket målrettet mot mindre detaljister. Etter departementets vurdering vil en leverandør eller grossist sjeldent ha relativ markedsrett overfor en av de tre store dagligvarekjedene i det norske dagligvaremarkedet, dersom leverandøren eller grossisten ikke samtidig har en dominerende stilling. Det er imidlertid mulig at ikke-dominerende leverandører eller grossister kan inneha relativ markedsrett i forhandlinger med små og nyetablerte dagligvarekjeder. Dersom slike kjeder får urimelige avtalevilkår ved at leverandører eller grossister utnytter sin relative markedsrett, så vil det kunne svekke deres evne til å konkurrere i markedet og gjøre det mindre attraktivt for nye kjeder å etablere seg.

Forskriften kan også være til fordel for mindre kjeder som inngår i innkjøps samarbeid med større og etablerte kjeder. Dersom forskriftsutkastet fører til redusert risiko for at mindre kjeder utenfor innkjøps samarbeid blir utnyttet av sine leverandører og grossister, vil det gi de mindre kjedene et bedre utsidealternativ i sine forhandlinger med andre kjeder om innkjøps samarbeid. Dette vil kunne styrke de mindre kjedenes forhandlingsrett i forhandlinger om innkjøps samarbeid, og vil dermed kunne føre til at innkjøps samarbeidene blir utformet på måter som kan gjøre mindre kjeder bedre i stand til å konkurrere i det norske dagligvaremarkedet.

Det er vanskelig å forutse virkningen av å utvide hvilke leverandører og grossister som omfattes av forskriften. Å vedta en forskrift kan uansett ha disiplinerende virkninger i seg selv, ved at det signaliseres at spørsmålet prioriteres.

Basert på dette er det departementets samlede vurdering at relativ markedsrett bør benyttes som begrep i forskriften.

4.4.4 Forholdet til gruppeunntaket for vertikale avtaler

En forskrift som forbyr leverandører og grossister med relativ markedsrett å operere med forskjeller i innkjøpspriser, bør inneholde et unntak for avtaler som faller inn under gruppeunntaket for vertikale avtaler etter forskrift om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden (FOR-2010-06-21-898). Forskriften innebærer et unntak fra konkurranseloven § 10 første ledd for vertikale avtaler på nærmere vilkår. FOR-2010-06-21-898 gjennomfører EU-forordning 330/2010, og vil derfor ha forrang fremfor norsk forskrift. Av den grunn er det ikke strengt nødvendig at dette tas inn i en eventuell forskrift. For at det ikke skal være tvil er det likevel skrevet eksplisitt inn i forskriftsutkastet.

4.5 Varekategori

I høringsnotatet av oktober 2022 foreslo departementet at varekategori ikke benyttes som begrep i en eventuell forskrift. Departementets vurdering var at det relevante markedet, som det vises til i den foreslåtte definisjonen av vesentlig markedsrett, burde avgrenses i

samsvar med etablert konkurranserettslig praksis, og at å innføre en definisjon som ikke følger av etablert konkurranserett var mer egnet til å skape forvirring enn klarhet.

Er klart flertall av høringsinstansene som kommenterte dette forholdet i høringen av oktober 2022 delte departementets vurdering. De viste blant annet til at det ikke eksisterer noen enhetlig forståelse av hvilke typer varer som inngår i hvilke varekategorier, at det vil kunne være ressurskrevende å utforme passende varekategorier, og at det ikke er gitt at varekategoriene vil reflektere de til enhver tid gjeldende markedsforholdene. Mindretallet som mente at begrepet varekategori bør benyttes i forskriften har ikke en enhetlig oppfatning om hvordan varekategori burde defineres.

Jf. kapittel 4.4 vurderer departementet det som mest hensiktsmessig å benytte begrepet relativ markedsrett, fremfor vesentlig markedsrett. Varekategori inngår ikke som begrep i definisjonen av relativ markedsrett. Departementet vurderer det heller ikke som hensiktsmessig å bruke varekategori som begrep ellers i den foreslåtte forskriften.

4.6 Likeverdige ytelser

Definisjonen av likeverdige ytelser fremkommer av § 2 c i forslag til forskrift: «Likeverdige ytelser skal forstås som sammenliknbare ytelser, blant annet med hensyn til kvalitet og kvantitet». Dette er samme definisjon som ble benyttet i forslag til forskrifter i høringsnotatet av oktober 2022.

I høringsnotatet av oktober 2022 viste departementet til at likeverdige ytelser også er et begrep i konkurranseloven § 11 annet ledd bokstav c, og at forskriften er ment å konkretisere det som allerede følger av § 11. Etter departementets vurdering innebærer dette at «likeverdige ytelser» skal tolkes på samme måte som etter konkurranseloven § 11.

At «likeverdige ytelser» bygger på et etablert begrep i EØS-retten er hensiktsmessig, ettersom det innebærer at man kan lene seg på eksisterende rettspraksis, og at bransjen allerede er kjent med begrepet. Det er også krevende å gi en mer presis definisjon av bestemmelsen som er tilstrekkelig beskrivende. Det var bred enighet blant høringsinstansene om å benytte samme begrep som i konkurranseloven § 11 annet ledd bokstav c, og flere peker på at det ikke er hensiktsmessig med en operasjonell definisjon av likeverdige ytelser.

Samtidig har Konkurransetilsynets informasjonshenting i dette markedet vist at innkjøpsavtalene mellom dagligvarekjeder og leverandører er komplekse. Dette gjør at det kan være krevende å trekke en forutsigbar linje for når ytelser er likeverdige og ikke, selv om man tar utgangspunkt i EU-praksis.

På bakgrunn av det overnevnte er det departementets vurdering at den samme definisjonen av likeverdige ytelser som følger av forslaget i høringsnotatet av oktober 2022 benyttes videre.

4.7 Ulike innkjøpsbetingelser

Definisjonen av ulike innkjøpsbetingelser fremkommer av § 2 b i forslag til forskrift: «Ulike innkjøpsbetingelser foreligger når det etter en konkret sammenligning av innkjøpernes kontraktsvilkår avdekkes forskjeller i priser, rabatter og andre relevante vilkår.»

I høringsnotatet av oktober 2022 var departementets vurdering at den foreslåtte definisjonen av «ulike innkjøpsbetingelser» bør forstås på samme måte som «ulike vilkår» i konkurranseloven § 11 (2) c. Et flertall av høringsinstansene påpekte i høringen av oktober 2022 at det vil være krevende å gi en operasjonell definisjon av vilkåret, og hvorvidt det er snakk om ulike innkjøpsbetingelser må derfor bero på en konkret vurdering. Definisjonen i dette høringsnotatet er justert sammenlignet med høringsnotatet av oktober 2022. Justeringen er ment som en språklig forenkling, og ikke som en substansiell endring.

4.8 Saklig begrunnelse

I begge forskriftsutkastene foreslått i høringsnotatet av oktober 2022 var det lagt inn en definisjon av saklig begrunnelse. Saklig begrunnelse for prisdiskriminering var angitt å foreligge «når ulikheten skyldes forskjeller i leverandørens produksjons- eller distribusjonskostnader, ulik verdi på konkrete motytelser, eller andre objektive grunner». Begge forskriftsalternativene som ble sendt på høring gjør unntak fra forbudet dersom forskjellene i innkjøpspriser har en saklig begrunnelse.

Den foreslåtte definisjonen av saklig begrunnelse treffer nokså bredt, og det er etter denne mange begrunnelser som kan anses som saklige. I høringsnotatet av oktober 2022 nevnes produktansering, risiko og prisforskjeller for å møte konkurransen som mulige «andre objektive grunner» til at en leverandør opererer med forskjeller i innkjøpspriser.

I høringen oktober 2022 pekte flere av høringsinstansene på vanskeligheter knyttet til å kvantifisere hvor mye hver enkelt «saklige grunn» er verdt. Det ble blant annet pekt på at det er en fordel å omsette sine produkter til kunder som etterspør en bred produktportefølje sammenlignet med kunder som kun etterspør et fåtall enkeltprodukter. Et annet eksempel er at leverandører og grossister kan ha en fordel av å tilby lavere priser overfor forutsigbare og pålitelige handelspartnere for å motivere slik adferd. Dette kompliseres ytterligere av at noen leverandører og grossister verdsetter forutsigbarhet høyere enn andre.

Ettersom det er krevende å kvantifisere verdien av visse motytelser, er det krevende å vurdere hvor stor rabatt eller hvor stor prisreduksjon en motytelse rettferdiggjør. Videre er det departementets vurdering av forskjeller i innkjøpspriser som kan begrunnes saklig sannsynligvis ikke vil være konkurransebegrensende. Et krav om saklig begrunnelse vil derfor materielt sett tilføre lite utover kravet om at forskjellene i innkjøpspriser må være egnet til å begrense konkurransen. Etter gjeldende rett vil uansett handlinger som ellers vil være i strid med konkurransereglene tillates dersom det kan vises til en objektiv begrunnelse for handlingene.¹⁵

¹⁵ [Discussion paper on the application of Article 82](#) kapittel 5.5

På bakgrunn av dette er det departementets vurdering at det ikke burde inngå et krav om saklighet i en forskrift.

4.8.1 Forholdet til eventuell begrunnelsesplikt

Forslagene i høringsnotatet av oktober 2022 innebar også en plikt for leverandørene til å begrunne eventuelle usaklige forskjeller. I høringsnotatet ble det vist til at en slik begrunnelsesplikt kan være generell, slik at den enkelte leverandør som omfattes av forskriften må være forberedt på å kunne gi en saklig begrunnelse for eventuelle prisforskjeller. Det ble som alternativ vist til at begrunnelsesplikten kan ha en aktiv form, hvor leverandøren forpliktes til å sende en melding til Konkurransetilsynet når den inngår en ny kontrakt. I meldingen til Konkurransetilsynet vil leverandøren i så fall måtte beskrive eventuelle prisforskjeller og begrunne disse saklig.

Ettersom den foreslåtte forskriften ikke setter som vilkår at prisdiskrimineringen må være usaklig for å kunne rammes av forskriften, vil en eventuell begrunnelsesplikt strekke seg lengre enn forbudet på dette punktet. Altså vil en leverandør eller grossist som opererer med forskjeller i innkjøpspriser uten å begrunne dette saklig kunne være innenfor forbudsbestemmelsen i forskriftsforslaget § 3, men bryte begrunnelsesplikten. Etter departementets vurdering er det derfor ikke hensiktsmessig å stille krav om en begrunnelsesplikt.

4.9 Åpenhet og skriftlighet

I høringsnotatet av oktober 2022 ble det stilt spørsmål om forskriften bør stille krav om åpenhet i forhandlingene mellom leverandør og grossistene/dagligvarekjedene, samt om en forskrift bør stille krav om at samtlige innkjøpsvilkår og ytelser skal nedfelles skriftlig i kontrakten mellom leverandør og kunde.

I høringsnotatet ble det vist til at krav om skriftlighet og klarhet allerede følger av lov om god handelsskikk i dagligvarekjeden § 6. Videre følger det av samme lov § 4 at partene har krav på opplysninger som de har grunn til å tro er av betydning for den annen part. Departementets vurdering var at krav om åpenhet og skriftlighet derfor ikke er nødvendig, og at det kan føre til uklare ansvarsforhold mellom Konkurransetilsynet og Dagligvaretilsynet, der sistnevnte har ansvar for å håndheve lov om god handelsskikk.

Et klart flertall av innspillene departementet mottok i høringen oktober 2022 ga uttrykk for at det allerede foreligger tilstrekkelige krav om åpenhet og skriftlighet i lov om god handelsskikk. Flere av høringsinstansene mente også at konkurransehensyn tilsier at det ikke burde innføres mer omfattende krav om åpenhet.

På bakgrunn av høringsinstansenes tilbakemeldinger er departementets vurdering at vurderingen i høringsnotatet av oktober 2022 fortsatt bør legges til grunn.

4.10 Momenter i virkningsvurderingen

I høringsnotatet av oktober 2022 foreslo departementet å angi forhold som det kan legges vekt på i vurderingen av om ulike innkjøpsbetingelser begrenser eller er egnet til å begrense

konkurransen. Blant disse forholdene var aggregerte virkninger av leverandørens prisdiskriminering. I høringsnotatet ble det også stilt spørsmål til høringsinstansene om hvor omfattende en virkningsvurdering burde være, gitt at forskriften stiller krav om konkurransebegrensende virkninger.

Sett bort fra omtalen av aggregerte virkninger kommenterte de færreste høringsinstansene hvor omfattende en virkningsvurdering burde være. Enkelte høringsinstanser mente at forskriften gir lite veiledning om innholdet av en virkningsvurdering, og at vurderingen av om prisdiskriminering begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen bør gjøres i tråd med etablert rettspraksis og ordlyden i §§ 11 og 14.

Som det fremgår av høringsnotatet av oktober 2022 er intensjonen at vilkåret om konkurranseskade i forskriften skal samsvare med vilkåret i konkurranselovens § 14 («begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen»). Omtalen av forholdene som kan vektlegges i virkningsvurderingen er ment å være veiledende, og kan være særlig relevante med tanke på at det er begrenset rettspraksis knyttet til prisdiskriminering.

4.11 Aggregerte virkninger

I høringsnotatet av oktober 2022 ble det, som del av forskriftsalternativ 2, foreslått at Konkurransetilsynet skal kunne legge vekt på den aggregerte virkningen av leverandørens prisdiskriminering ved håndheving av forskriften. Med aggregerte virkninger menes virkningene av flere leverandørers (og eventuelt grossisters) prisdiskriminering sett under ett. Departementet la til grunn at det vil være relevant å se hen til prisdiskriminering utført av både store og små aktører i virkningsvurderingen, men at eventuelle sanksjoner skal rettes mot leverandører med vesentlig markedsrett.

Et klart flertall av høringsinstansene ga tilbakemelding om at de var negative til at det skal være mulig å hensynte aggregerte virkninger. De viste til at det vil være utfordrende for den enkelte leverandør å vurdere hvorvidt virkningene av deres egen prisdiskriminering, vurdert sammen med prisdiskrimineringen til de øvrige aktørene i markedet, er negativ. Flere av høringsinstansene mente at dette er rettssikkerhetsmessig problematisk.

I høringsnotatet av oktober 2022 påpekes det at muligheten til å hensynte aggregerte virkninger vil kunne avskrekke enkeltaktører fra å prisdiskriminere, noe som vil kunne føre til at forskriften får samme effekt som et rent forbud mot prisdiskriminering. En annen mulighet er at den enkelte aktør i liten grad vil endre sin adferd som følge av bestemmelsen. Dette alternativet vil være mer realistisk om sanksjonene for brudd på forskriften begrenses til pålegg om opphør, heller enn overtredelsesgebyr.

Dersom Konkurransetilsynet finner at den aggregerte virkningen av leverandørene og grossistene sin prisdiskriminering er negativ, er det uklart hvilke avhjelpende tiltak de kan og bør innføre. Selv om den aggregerte virkningen av prisdiskrimineringen er negativ på konkurransen, er det ikke gitt at et pålegg om å avstå fra (visse former for) prisdiskriminering vil virke positivt på konkurransen. Bakgrunnen er at et slikt pålegg vil kunne ha tilsvarende virkninger som et forbud mot usaklig prisdiskriminering slik det ble skissert i høringsnotatet av oktober 2022. Mer konkret kan det medføre høyere

innkjøpspriser gjennom å ramme den prisdiskrimineringen som er positiv for konkurransen, redusere kjedenes insentiv til å forhandle om lavere priser, redusere leverandørene/grossistenes insentiv til å gi lavere priser, og være vanskelig å håndheve for konkurransemyndighetene.

Hvilke priser øvrige leverandører og grossister tilbyr sine handelspartnere anses som hovedregel som forretnings sensitiv informasjon, og er derfor ikke noe en leverandør eller grossist har tilgang til. Dette innebærer at hva som er tillatt avhenger av avtalevilkår som leverandøren eller grossisten ikke lovlig kan få informasjon om. En leverandør eller grossist som vurderer å gi rabatter til en kunde med gode forhandlingskort vil altså kunne være mer tilbakeholden med dette grunnet usikkerhet rundt hva konkurrentene har tilbudt av rabatter til samme kunde. I tillegg til at en slik usikkerhet kan avskrekke enkeltaktører fra å forhandle på pris, kan dette også være problematisk sett opp mot til skyldkravet og kravet om rettfærdig rettergang.

På bakgrunn av overnevnte er ikke muligheten for å vektlegge aggregerte virkninger videreført.

4.12 Sanksjoner

I høringsnotatet av oktober 2022 ble det stilt spørsmål om hvordan brudd på en eventuell forskrift bør sanksjoneres. Konkurransetilsynet har hjemmel i konkurranseloven § 12 til å pålegge et foretak som bryter konkurranseloven, eller forskrift gitt i medhold av § 14, å bringe overtredelsen til opphør. Videre har tilsynet hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr for brudd på forskrift gitt i medhold av konkurranseloven § 14 (§ 29, bokstav f), og for brudd på pålegg etter § 12 (§ 29, bokstav b).

Som påpekt i kapittel 4.4 er konkurranseskadelig prisdiskriminering forbudt etter konkurranseloven, § 11 annet ledd bokstav c, dersom den er utført at et foretak med dominerende stilling. Brudd på denne bestemmelsen kan sanksjoneres både med pålegg om opphør (§ 12), og overtredelsesgebyr (§ 29, bokstav a). Dersom forskriften skal gjelde for foretak med relativ markedsrett vil flere aktører forbys fra å gjennomføre konkurranseskadelig prisdiskriminering. Det er departementets vurdering at de samme sanksjonene som følger av gjeldende rett også bør gjelde for den foreslåtte forskriften.

4.13 Varighet og evaluering

I Stortingets anmodningsvedtak 612 (jf. Innst. S 322 (2021-2022)) ba Stortinget om at regjeringen sender på høring en midlertidig forskrift om usaklig prisdiskriminering. Videre framgår det at det bør inngå i høringsgrunnlaget at forskriftene skal evalueres etter tre år, og at evalueringen skal fremlegges for Stortinget. Evalueringen av forskriften ble omtalt i høringsnotatet av oktober 2022, kapittel 8.9.

Til tross for at det ikke ble stilt noen spørsmål knyttet til forskriftens varighet og evalueringen i høringsnotatet av oktober 2022, ble disse forholdene kommentert av flere høringsinstanser. Enkelte av høringsinstansene argumenterte for at mulige negative bivirkninger av forskriften er til å leve med gitt at forskriften skal evalueres etter tre år.

Andre høringsinstanser mente imidlertid at forskriften vil kunne ha langsiktige virkninger selv om den er midlertidig, og at det ikke er gitt at prisøkninger og økning i bruk av EMV forbundet med den midlertidige forskriften, vil reverseres dersom forskriften fjernes. Videre ble det påpekt at en midlertidig forskrift vil kunne skape usikkerhet om rammebetingelsene i markedet og derigjennom fungere som en etableringshindring.

Det er departementets syn at det ikke bør tas inn en uttrykkelig bestemmelse om varighet eller utløpsdato i en forskrift. Hvorvidt en forskrift skal opprettholdes bør vurderes på bakgrunn av utviklingen i markedet. En forskrift kan enkelt oppheves dersom vurderingen tilsier at det ikke lenger er behov for en slik forskrift. Om det er behov for en evaluering er rimelig å vurdere etter at forskriften har fått noe tid til å virke.

5 Forholdet til konkurranseloven § 14

Konkurranseloven §14 har følgende forskriftshjemmel:

«Dersom det er nødvendig for å fremme konkurransen 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.»

Kompetansen til å gi forskrift er delegert til Nærings- og fiskeridepartementet.¹⁶ Den har hittil vært benyttet til å gi forskrift om tilgang til boligannonsering på internett og den nå opphevede forskrift om forbud mot bonusprogram i innenriks luftfart.

I høringsnotatet av oktober 2022 stilte et flertall av høringsinstansene som kommenterte dette spørsmålet seg tvilende til at forslagene er i samsvar med konkurranseloven § 14. Flere påpekte at det ikke er påvist at forskjeller i innkjøpspriser er egnet til å svekke konkurransen, samt at det er usikkert om en forskrift vil ha den tilsiktede virkningen og derfor være nødvendig. Flere mente at dagens forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling er tilstrekkelig.

De høringsinstansene som stilte seg positive til forslaget peker på at det ikke er nødvendig å bevise at hvert enkelt tilfelle av prisdiskriminering begrenser konkurransen, men at det er tilstrekkelig at adferden på generelt grunnlag er egnet til å begrense konkurransen. De mener også det stilles mindre strenge krav til positive effekter av forskriften, og at det holder at forskriften griper inn mot uønsket adferd.

5.1 Bakgrunn

På bakgrunn av endringene som er gjort i forskriftsforslaget etter høringen, har departementet foretatt en ny vurdering av forholdet til konkurranseloven § 14.

¹⁶ <https://lovdata.no/pro/#document/DEL/forskrift/2013-06-14-634>.

Det justerte forskriftsutkastet innebærer et forbud mot at leverandører og grossister med relativ markedsrett kan kreve ulike innkjøpsbetingelser for likeverdige ytelser dersom forskjellene begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen.

Det følger av ordlyden at en forskrift gitt med hjemmel i konkurranseloven § 14 må oppfylle følgende vilkår:

- Forskriften må være nødvendig for å fremme konkurransen i markedene,
- Forskriften må rette seg mot vilkår, avtaler eller handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål.

Bakgrunnen for forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14 er overgangen fra et delt forbuds- og inngreppssystem i norsk konkurranserett til et mer rendyrket forbudsregime tilsvarende EØS- og EU-konkurransereglene i konkurranseloven av 2004. Etter konkurranseloven av 1993 var kun de presumtivt mest alvorlige formene for konkurranseskadelig adferd forbudt, mens Konkurransetilsynet hadde mulighet til å gripe inn mot annen adferd som begrenset eller var egnet til å vesentlig begrense konkurransen. Ifølge forarbeidene til § 14 er begrunnelsen for forskriftshjemmelen at det kan tenkes tilfeller hvor konkurranseloven § 10 eller § 11 ikke kan benyttes, men hvor det likevel er behov for en generell regulering av markedene. Det kan være tilfellet i markeder der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende uten å bli rammet av forbudene i konkurranseloven § 10 eller § 11, eller der det er vanskelig å bevise at forbudene brytes.¹⁷

Av forarbeidene følger det også at bestemmelsen kan anvendes på salgsvilkår som hindrer nye aktører å komme inn på markedet, eller lojalitetsordninger som hindrer kundene å bytte mellom ulike leverandører. Bestemmelsen kan også brukes i markeder der et foretak, for eksempel et dominerende foretak, bryter konkurranseloven § 11 og flere andre aktører nytter samme konkurransebegrensende forretningsmetoder uten å rammes av forbudene, fordi de ikke har en dominerende posisjon i markedet.¹⁸

I norsk lovkommentar til konkurranseloven er det fremhevet at «[e]n forskrift som forbyr visse typer rabatter vil kunne være særlig aktuell i et oligopolmarked. Dersom konkurransen i et marked er redusert som følge av at tilbyderne opererer med rabattstrukturer som påvirker konkurransen negativt, der rabattene gjør det vanskeligere for nye aktører å etablere seg, vil vilkåret for å regulere rabattordningene gjennom forskrift være til stede. Dette gjelder selv om en enkelt leverandørs rabatter isolert ikke er i strid med § 14, dersom den kumulative effekten av rabattene er redusert konkurranse, f.eks. fordi rabattbeløpene på grunn av sin størrelse alene hindrer nyetableringer.»¹⁹

¹⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) punkt 6.6.8.

¹⁸ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) kapittel 17, merknader til § 14 Konkurransefremmende tiltak.

¹⁹ Se Olav Kolstad, norsk lovkommentar, sist hovedrevidert 19.08.2014.

5.2 Vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål

At forskriften må gripe inn mot «vilkår, avtaler og handlinger» er etter sin ordlyd vidtrekkende, og hensikten er ifølge Evensen et. al. (2009) å fremheve at det er et foretaks adferd som kan reguleres.²⁰ Konkurransbegrensninger som følge av andre markedsforhold, eksempelvis offentlige reguleringer, kan altså ikke reguleres etter denne bestemmelse.

Kravet til konkurransbegrensende virkning må vurderes opp mot konkurranselovens formål, som er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. konkurranseloven § 1 første ledd. Ved anvendelsen av loven skal det tas «særlig hensyn til forbrukernes interesser», jf. konkurranseloven § 1 annet ledd. Formålet med innføring av en ny konkurranseregulering er altså å sikre en effektiv ressursutnyttelse, med særlig hensyn til forbrukernes interesser.

Høringsnotatet av oktober 2022 inneholdt en vurdering av om forskjeller i innkjøpspriser på generelt grunnlag er egnet til å begrense konkurransen, og 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. Det justerte forskriftsutkastet inneholder derfor et vilkår om at adferden må begrense eller være egnet til å begrense konkurransen. Ettersom det justerte forskriftsforslaget kun gjelder forskjeller i innkjøpspriser som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen, er departementets vurdering at dette vilkåret er oppfylt.

5.3 Nødvendig for å fremme konkurransen i markedene

Etter konkurranseloven § 14 må en forskrift gitt etter denne hjemmelen være «nødvendig for å fremme konkurransen i markedene». En forskrift er ikke nødvendig hvis konkurranseproblemene lar seg løse på en rimelig måte ved å anvende de eksisterende forbudsbestemmelsene i konkurranseloven. En forskrift etter § 14 kan ikke gis av andre grunner enn for å fremme konkurransen.

I forarbeidene til konkurranseloven vises det som nevnt over til at forskriftshjemmelen kan benyttes i tilfeller der det har utviklet seg en praksis som er konkurransbegrensende, uten at forbudene i konkurranseloven § 10 og § 11 kommer til anvendelse, eller dersom det er vanskelig å bevise overtredelse av forbudene. Bestemmelsen vil kunne anvendes i markeder der et dominerende foretak bryter § 11 og flere andre foretak benytter seg av de samme konkurransbegrensende forretningsmetoder uten å rammes av § 11, fordi de ikke enkeltvis har en dominerende stilling i markedet.²¹ En eventuell forskrift kan dermed både omfatte adferd som rammes av forbudsbestemmelsene, og konkurransbegrensende adferd som ikke rammes av disse bestemmelsene. I forarbeidene er det påpekt at en generell regulering

²⁰ Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven, Harald Evensen og Eivind Sæveraas, 2009.

²¹ Ot.prp.nr. 6 (2003–2004) side 73, punkt 6.6.8.

gjennom forskrift vil være mest hensiktsmessig i de ovennevnte tilfellene, fordi det vil sikre like rammebetingelser for alle aktører i den aktuelle bransjen.²²

5.3.1 Forholdet til forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling

Konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 forbyr ett eller flere foretaks «utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling». Bestemmelsen forbyr ikke foretak å være dominerende, men gir uttrykk for at dominerende aktører har et særlig ansvar for ikke å begrense konkurransen i markedet.

Etter praksis fra Den europeiske unions domstol (CJEU) vil et foretak ha en «dominerende stilling» dersom det har en så sterk økonomisk stilling at det har mulighet til å hindre effektiv konkurranse i markedet ved at det i betydelig grad kan opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder, og i siste instans forbrukerne.²³ Det kreves ikke at foretaket har fjernet enhver mulighet for konkurranse i markedet for at det skal være dominerende.²⁴ Eksistensen av en dominerende stilling utelukker heller ikke at det er en viss restkonkurranse i markedet, men innebærer at det dominerende foretaket er i stand til å øve en merkbar innflytelse på hvordan konkurranseforholdene utvikler seg.²⁵

Vurderingen av om et foretak har en dominerende stilling, beror på en totalvurdering av flere forhold som hver for seg ikke nødvendigvis er avgjørende.²⁶ Etter praksis fra EU-domstolen vil foretakets markedsandel normalt være en viktig indikator på om foretaket har en dominerende stilling.²⁷ Det følger av rettspraksis at en markedsandel på 50 pst. eller mer i seg selv gir en presumsjon for at det foreligger en dominerende stilling. Andre sentrale momenter er om markedsandelene har vært stabile over tid,²⁸ øvrige konkurrenters markedsandeler,²⁹ hvilke etablerings- og ekspansjonshindringer som foreligger, samt kunders eventuelle kjøpermakt.³⁰

²² Ot.prp.nr. 6 (2003–2004) side 73, punkt 6.6.8.

²³ Se for eksempel EU-domstolens avgjørelse i sak C-85/76 Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen. Se også NOU 2003: 12, side 58, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004), side 226.

²⁴ Sak 85/76 United Brands og United Brands Continental mot Kommisjonen, avsnitt 113.

²⁵ Sak 85/76, Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen, avsnitt 39 og 70; sak T-340/03, France Telecom SA mot Kommisjonen, avsnitt 101; og sak 27/76, United Brands og United Brands Continental mot Kommisjonen, avsnitt 113-119.

²⁶ Sak 27/76, United Brands og United Brands Continental mot Kommisjonen, avsnitt 66; sak 85/76, Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen, avsnitt 39 tredje ledd. Se også NOU 2003:12, side 58.

²⁷ NOU 2003: 12 s. 58.

²⁸ Sak 85/76, Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen, avsnitt 41; sak T-139/98, AAMS mot Kommisjonen, avsnitt 51; sak T-65/98, Van den Bergh Foods mot Kommisjonen, avsnitt 154; sak T-336/07, Telefonica SA mot Kommisjonen, avsnitt 149.

²⁹ Jf. NOU 2003: 12, side 58. Se eksempelvis sak 85/76, Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen, avsnitt 48 og sak T-219/99, British Airways mot Kommisjonen, avsnitt 210.

³⁰ Jf. NOU 2003: 12, side 58. Se eksempelvis sak T-228/97, Irish Sugar mot Kommisjonen, avsnitt 97 til 104.

Utilbørlig utnyttelse etter konkurranseloven § 11 forstås som et misbruk av markedsrett. Konkurranseloven § 11 innebærer ikke et generelt forbud mot prisdiskriminering, blant annet fordi økonomiske analyser kan vise at prisdiskriminering i visse tilfeller er bra for konkurransen og forbrukerne, og i andre tilfeller ikke. For at prisdiskriminering skal være forbudt etter konkurranseloven § 11 må erfaring eller økonomiske analyser vise at adferden er egnet til å skade konkurransen. For eksempel kan prisdiskriminering gjennom koblingssalg, eksklusivitetsrabatter eller lojalitetsskapende rabatter ha den virkning at like effektive konkurrerende leverandører stenges ute fra markedet. Slik adferd kan utgjøre et misbruk og være forbudt etter § 11.

Videre nevner konkurranseloven § 11 annet ledd bokstav c uttrykkelig prisdiskriminering som et eksempel på misbruk, dersom konkurranseevnen til den dominerende aktørens handelspartner påvirkes negativt. To vilkår må være oppfylt for at prisdiskriminering skal utgjøre en overtredelse av § 11 annet ledd bokstav c. For det første må det være gitt «ulike vilkår for likeverdige ytelser», og for det andre må handelspartnerne som rammes av adferden stilles «ugunstigere i konkurransen». Sistnevnte vilkår betyr ifølge rettspraksis at adferden må være egnet til å begrense konkurransen.

For å vurdere hvorvidt det andre vilkåret er oppfylt lister rettspraksis opp flere relevante momenter.³¹ Det vil blant annet kunne være sentralt å vurdere om prisdiskrimineringen er egnet til å ha en effekt på aktørens kostnader eller profitt, i dette tilfellet dagligvarekjedene.³² Varekostnadene utgjør en vesentlig andel av dagligvarekjedenes totale kostnader. Isolert sett tilsier dette at selv mindre ulikheter i innkjøpspriser kan medføre en konkurranseulempe.

Forbudet mot prisdiskriminering i konkurranseloven § 11 gjelder bare dersom foretaket har en dominerende stilling i et marked. Selv om konkurranseloven § 10 i prinsippet kan benyttes hvis foretaket ikke har en dominerende stilling, er det lite praksis på dette. En forskrift som ikke stiller krav til dominerende stilling, men i stedet benytter en lavere terskel, vil dermed kunne omfatte flere tilfeller av konkurransebegrensende adferd og gi en mer effektiv håndheving. Det samme vil gjelde for en forskrift som omfatter alle foretak med relativ markedsrett, uavhengig av om de er dominerende eller ikke.

Dette kan tilsa at det er behov for en forskrift eller et annet verktøy for å gjøre håndhevingen av prisdiskrimineringen i verdikjeden for mat og dagligvare mer effektiv, og at en forskrift som forbyr konkurransevridende prisdiskriminering for aktører med relativ markedsrett er nødvendig.

5.4 Nærmere om kravet til nødvendighet

Forskriften består av et forbud mot prisdiskriminering som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen. Enhver ny forskrift vil kunne ha utilsiktede virkninger, og det kan derfor ikke kreves absolutt sikkerhet for at de positive virkningene er større enn de negative.

³¹ se f.eks. sak C-525/16 MEO premiss 31.

³² C-525/16 MEO premiss 37.

Dersom det kan legges til grunn med rimelig grad av sikkerhet at forskriften vil avbøte eller bidra til å avbøte de aktuelle konkurransebegrensningene vil nødvendighetskravet være oppfylt.

Formålet med forskriften er å bedre konkurranseforholdene i dagligvaremarkedet ved å forby konkurransebegrensende forskjeller i innkjøpspriser for aktører med relativ markedsrett. Det er kun konkurransebegrensende prisdiskriminering fra leverandører og grossister med relativ markedsrett som er forbudt etter den forskriften som nå foreslås. Konkurransebegrensende prisdiskriminering er allerede forbudt for dominerende foretak etter konkurranselovens § 11 annet ledd bokstav c, og forskriftsforslaget vil dermed utvide hvilke aktører som omfattes av forbudet sammenlignet med tidligere.

I vurderingen av om en forskrift om prisdiskriminering kan anses å være «nødvendig» vil det etter departementets syn være av betydning i hvilken grad forbudsbestemmelsene i konkurranseloven § 10 og § 11 lar seg anvende på den aktuelle adferden. Dersom det er usikkert om adferden faller inn under forbudsbestemmelsene, eller håndheving av forbudene er et lite effektivt eller egnet virkemiddel mot adferden kan det være nødvendig med supplerende regulering. Dersom en effektiv håndheving av dagens konkurransebestemmelser er tilstrekkelig til å motvirke de aktuelle konkurranseutfordringene, vil en ytterligere regulering derimot ikke være nødvendig. Som det fremgår av forarbeidene til § 14 skal imidlertid nødvendighetsvilkåret ikke tolkes strengt bokstavelig, det er ikke et krav at forbudsbestemmelsene ikke kan komme til anvendelse på adferden forskriften skal regulere. Det er tilstrekkelig at håndheving av forbudsbestemmelsene ikke medfører en rimelig effektiv regulering av adferden. Dersom det klargjøres hvilken adferd som rammes og hvordan denne begrenser konkurransen, må departementet ha en stor grad av skjønn ved vurderingen av om en forskrift er nødvendig.

Forskriften vil kunne ha ulike negative virkninger. Et forbud mot konkurransebegrensende prisdiskriminering for aktører som har relativ markedsrett, men ikke dominerende stilling, vil medføre at disse aktørene står mindre fritt til å avtale priser, og er i seg selv et inngrep i avtalefriheten. Inngrep i ethvert marked vil i tillegg kunne påføre aktørene det gjelder kostnader. Videre er det en risiko for at reguleringer vil kunne få utilsiktede konsekvenser. Leverandørene og grossistene vil for eksempel kunne ha mindre insentiver til å gi rabatter, fordi de i så fall kan måtte gi den samme rabatten til mindre dagligvareaktører. I tillegg kan forskriften ha en nedkjølende effekt dersom forskriften skaper økt usikkerhet om aktørenes handlingsrom. Begge deler trekker i retning av høyere innkjøpspriser, og dermed høyere priser for forbrukerne. Som nevnt i kapittel 4.4 er det nye forslaget til forskrift etter departementets syn mindre inngripende enn forslagene i høringsnotatet av oktober 2022, og eventuelle utilsiktede negative konsekvenser vil derfor antagelig være mindre enn for det tidligere forslaget.

En forutsetning for at forbrukerne nyter godt av lavere innkjøpspriser er at konkurransen i dagligvaremarkedet er effektiv, slik at dagligvarekjedene presses til å sette prisene ut til forbruker så nær egne marginalkostnader som mulig for å vinne salget. Som beskrevet innledningsvis, er dagligvaremarkedet preget av få aktører og høye etableringshindringer,

noe som kan påvirke kjedenes insentiver til å konkurrere på pris. Høringsnotatet av oktober 2022 inneholdt en vurdering av hvorvidt prisdiskriminering er egnet til å begrense konkurransen på kort og lang sikt. Som nevnt der kan det ikke utelukkes at prisdiskriminering, særlig på lang sikt, kan begrense konkurransen i dagligvaremarkedet. Det kan derfor tenkes at en forskrift som gjør det enklere å gripe inn mot konkurranseskadelig prisdiskriminering kan bidra til styrket konkurranse, og at forbrukerne kommer bedre ut.

Forskriften vil kunne gjøre det lettere for nye dagligvarekjeder å etablere seg, gjennom å hindre store leverandører og grossister fra å sette konkurranseskadelige høye priser overfor mindre aktører som de har relativ markedsrett overfor. På den andre siden vil etablering bli mindre attraktivt om forskriften fører til generelt høyere innkjøpspriser, da dette svekker dagligvarekjedenes marginer. Som angitt over vil den foreslåtte forskriften antageligvis ha begrensede negative virkninger, ettersom den kun gjelder for en snever krets av aktører. Dersom forskriften reduserer etableringshindringene, vil det på sikt bidra til økt konkurranse i dagligvaremarkedet. Økt konkurranse mellom dagligvarekjedene vil normalt føre til lavere priser, større utvalg og bedre kvalitet til fordel for forbrukerne.

Dette reiser spørsmål om hvilket tidsperspektiv som skal eller bør legges til grunn i vurderingen av om et inngreps positive effekter veier opp for eventuelle negative effekter. Et spørsmål er om potensielt høyere priser på kort sikt som følge av forskriften kan rettfærdiggjøres av at konkurransen i markedet blir mer effektiv, og at prisene på lengre sikt dermed presumptivt blir lavere.

Det kan også stilles spørsmål om hvor sikre man må være på at tiltaket faktisk fører til nyetablering på lengre sikt. I den forlengelse er det en utfordring at andre etableringshindringer i dagligvaremarkedet fortsatt kan føre til at aktører i praksis ikke etablerer seg, selv om forskriften om prisdiskriminering senker etableringshindringene noe. Man kan derfor risikere at forskriften fører til at prisene til forbrukerne øker på kort sikt, uten at den på lengre sikt fører til nyetablering som styrker konkurransen i markedet. Også i en situasjon med nyetableringer er de samlede virkningene usikre, da det kan tenkes at de negative effektene av et forbud mot prisdiskriminering gjør at konkurransen svekkes selv i en situasjon med nyetableringer.

En annen konsekvens av en forskrift om usaklig prisdiskriminering kan være at dagligvarekjedenes bruk av egne merkevarer (EMV) og andre vertikale bindinger påvirkes, noe som omtales nærmere i kapittel 9. Som det framgår er her er det departementets vurdering at det er sannsynlig at det justerte forskriftsutkastet vil ha begrenset betydning for omfanget av EMV og andre vertikale bindinger.

5.5 Oppsummering

Forskrift om forbud mot konkurranseskadelig prisdiskriminering i verdikjeden for mat og dagligvarer er etter departementets vurdering nødvendig for å fremme konkurransen i markedet fordi det går lenger enn konkurranseloven § 11 i å forby konkurransebegrensende forskjeller i innkjøpspriser. Forskriftsforslaget krever ikke at det foreligger en dominerende

stilling. Forskriften retter seg derfor mot adferd som ikke allerede er dekket av forbudet i lovens § 11 annet ledd bokstav c. En forskrift som ikke stiller krav til dominerende stilling, men i stedet benytter definisjonen relativ markedsrett, vil dermed favne bredere og kunne gi en mer effektiv håndheving.

Videre er forskriften nødvendig fordi den innebærer et forbud mot en konkurransebegrensende adferd, og skal bidra til å bedre konkurransen i markedet gjennom å gjøre det enklere for mindre dagligvareaktører å være konkurransedyktige. De negative virkningene er også begrenset av at 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 markedsrett.

Basert på dette er det departementets vurdering at forskriften kan fastsettes med hjemmel i konkurranseloven § 14.

6 Forholdet til EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd

6.1 Bakgrunn

Det følger av konkurranseloven § 15 at en forskrift hjemlet i konkurranseloven § 14 gjelder med de begrensninger som følger av EØS-konkurranseloven § 7. EØS-konkurranseloven § 7 gjennomfører forordning 1/2003 artikkel 3 annet ledd i norsk rett, og regulerer forholdet mellom norsk konkurranselovgivning og EØS-avtalen artikkel 53 og 54.³³ Det følger av første ledd at «[n]år konkurransemyndighetene eller domstolene anvender norsk konkurranselovgivning på avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene som omtalt i nevnte artikkel, skal de også anvende EØS-avtalen artikkel 53 på slike avtaler, beslutninger og samordnet opptreden. Når konkurransemyndighetene eller domstolene anvender norsk konkurranselovgivning på utilbørlig utnyttelse som er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 54, skal de også anvende EØS-avtalen artikkel 54».

Formålet med EØS-konkurranseloven § 7 er å sikre ensartet håndheving av avtaler og samordnet opptreden i EU og EØS. Bestemmelsens andre ledd er en kompetansehjemmel som regulerer adgangen til å anvende nasjonale konkurranselovgivning som avviker fra EØS-konkurransereglene.

EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd lyder:

«Anvendelsen av norsk konkurranselovgivning må ikke føre til forbud mot avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen

³³ EU har tilsvarende regulering av forholdet mellom EF-traktaten artikkel 81 og 82 (nå artikkel 101 og 102) og medlemsstatenes nasjonale konkurranselovgivning i rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 3.

artikkel 53 nr. 3, eller som er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3. Konkurransemyndighetene er ikke etter denne bestemmelse forhindret fra å anvende mer restriktiv norsk lovgivning som forbyr eller sanksjonerer foretaks ensidige adferd.»

Etter EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd første punktum kan altså ikke nasjonal konkurranselovgivning forby samarbeid som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke rammes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i artikkel 53, enten fordi det ikke rammes av artikkel 53 første ledd eller fordi det oppfyller vilkårene for unntak etter artikkel 53 tredje ledd. Etter EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd andre punktum er det imidlertid tillatt med strengere nasjonal regulering av ensidig adferd.

Dette medfører at for adferd som faller inn under «avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden» kan en forskrift etter § 14 ikke være mer restriktiv enn EØS-avtalen artikkel 53 eller konkurranseloven § 10, som skal anvendes på samme måte som EØS-avtalen artikkel 53. For ensidig adferd er det ikke slike begrensninger. Det blir derfor avgjørende for anvendelsesområdet for strengere nasjonal lovgivning hvordan ensidig adferd i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd skal forstås.

Ifølge EØS-konkurranseloven § 7 tredje ledd siste punktum er annet ledd ikke til hinder for å anvende strengere lovgivning som hovedsakelig fremmer andre formål enn konkurranse. For eksempel er det flere eksempler på lovgivning i medlemsstatene som har strengere regler om avtaler mellom foretak, for å sikre rettferdig handelspraksis. Etter departementets vurdering vil en forskrift om prisdiskriminering ha et konkurransepolitisk formål, og departementet har derfor ikke vurdert dette nærmere.

6.2 Høring av opprinnelig forslag til forbud mot prisdiskriminering

Departementet fremmet i høringsnotatet av oktober 2022 to alternative forslag til forbud mot prisdiskriminering, som gjaldt regulering av prisdiskriminering for leverandører med vesentlig eller relativ markedsrett. Forskriftsforslaget i dette høringsnotatet er rettet mot leverandører og grossister med relativ markedsrett.

Departementet mottok flere hørings svar til høringsnotatet av oktober 2022 som omhandler forholdet til EØS-konkurranseloven § 7, og hvordan bestemmelsen skal forstås. Noen høringsinstanser peker på behovet for en nærmere utredning av spørsmålet. Enkelte høringsinstanser mener at EØS-konkurranseloven § 7 ikke er til hinder for at nasjonale myndigheter kan regulere avtalevilkår strengere, dersom avtalevilkårene er ensidig påtvunget en part som står i et avhengighetsforhold til den andre parten, men at EØS-konkurranseloven hindrer en strengere regulering, dersom forskjeller i betingelser skyldes reelle forhandlinger mellom partene.

Noen høringsinstanser mener det er tillatt med strengere nasjonale regler som forbyr ensidige handlinger, også når slike handlinger materialiserer seg i en avtale. En slik tolkning vil innebære at både en forskrift som regulerer aktører med vesentlig markedsrett og aktører med relativ markedsrett er innenfor regelverket. Andre mener EØS-konkurranseloven § 7 forbyr enhver regulering av adferd som utgjør «avtaler, beslutninger

truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden» uavhengig av styrkeforholdet og hvorvidt det tjener kun eller hovedsakelig én parts interesser. En slik tolkning innebærer at det ikke er handlingsrom for nasjonal regulering av prisdiskriminering fordi prisdiskriminering alltid vil komme til uttrykk gjennom en avtale mellom leverandør/grossist og detaljist.

I etterkant av høringen har advokatfirmaet Grette utredet dette spørsmålet på oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet.³⁴ Utredningen ble mottatt 31. mars 2023, og er en generell vurdering av spørsmålet om hva som omfattes av uttrykket «ensidig adferd», og som dermed kan reguleres strengere i nasjonal rett, og forholdet til avtaler og annet samarbeid, som ikke kan reguleres strengere enn EØS-konkurransereglene. Utredningen inneholder ikke en konkret vurdering av forslagene til reguleringer på dagligvareområdet. Spørsmålet om regulering av prisdiskriminering blir imidlertid kort behandlet i utredningen.

6.3 Vurdering av om prisdiskriminering er ensidig adferd

6.3.1 Innledning

Siden EØS-avtalen er til hinder for å regulere konkurransebegrensende avtaler strengere enn det som følger av EØS-avtalen artikkel 53, blir det avgjørende for adgangen til å regulere prisdiskriminering strengere i norsk nasjonal konkurranserett, at dette er ensidig adferd i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd siste punktums forstand. Avgjørende for hvor vid adgangen til strengere nasjonal regulering av prisdiskriminering er hvordan «ensidig adferd» i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd siste punktum skal tolkes. Dersom dette skal tolkes som utilbørlig adferd som reguleres av EØS-avtalen artikkel 54, uten kravet til dominerende stilling, vil dette gi større rom for nasjonal regulering av prisdiskriminering, enn om ensidig adferd skal tolkes snevert slik at bare adferd som forretningsnektelse, oppsigelser og marginskvis som kan gjennomføres helt uten medvirkning av andre aktører faller inn under bestemmelsen. Mellom disse ytterpunktene er det flere andre mulige tolkninger som går på hvor stor grad av makt en aktør har til å fastsette prisene til sine kunder.

Prisdiskriminering kan rammes av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven eller EØS-avtalens konkurransebestemmelser ved å være ledd i et samarbeid i strid med konkurranseloven § 10. Konkurranseloven § 10 første ledd bokstav d forbyr samarbeid som består i «å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen». Prisdiskriminering kan også, mer praktisk, rammes av § 11 dersom et dominerende foretak anvender «overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen». Det lite praksis knyttet

³⁴ Se [utredning av Advokatfirmaet Grette AS](#). Departementet har mottatt flere utredninger som kommenterer Grettes utredning. Relevante momenter fra disse er, i likhet med relevante høringssvar til høringsnotatet av oktober 2022, hensyntatt ved utarbeidelsen av dette høringsnotatet.

til prisdiskriminering etter artikkel 53, tilsvarende konkurranseloven § 10, og det er generelt artikkel 54, tilsvarende konkurranseloven § 11, som er brukt.

Innkjøpspriser er som regel gjenstand for forhandlinger mellom leverandør/grossist og detaljistene. Det vil imidlertid variere hvor mye innvirkning den enkelte kjøper har på prisen vedkommende oppnår, blant annet ut fra forskjeller i styrkeforholdet partene imellom, og hvor enkelt det er å finne alternative leverandører/kjøpere. Det kan derfor oppstå situasjoner der én leverandør eller grossist kan pålegge en dagligvareaktør med dårligere forhandlingsposisjon høyere priser, og i realiteten ensidig fastsette avtalevilkårene.

Det kan argumenteres for at en forskrift mot prisdiskriminering regulerer hva en leverandør/grossist kan tilby en dagligvareaktør, samt forholdet mellom hva leverandøren/grossisten kan tilby ulike dagligvareaktører. Dagligvareaktøren har ikke tilgang til hvilke priser leverandøren/grossisten gir til andre dagligvareaktører, som innebærer at det utelukkende er opp til leverandøren/grossisten å etterleve forskriften. Dette kan tale for at forskriften regulerer en rent ensidig adferd, selv om adferden kommer til uttrykk i en avtale og således har et avtaleelement.

Motsatt, dersom «ensidig adferd» i § 7 annet ledds forstand er snevrere og kun omfatter strengt ensidig adferd uten avtaleelementer, vil handlingsrommet blir langt smalere. Dette tolkningsalternativet medfører at EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd første setning ikke tillater nasjonale konkurranseregler for misbrukshandlinger etter EØS-avtalen artikkel 54, hvis adferden kan tenkes å falle inn under virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 53. Dette innebærer at adferd som har en avtaledimensjon ikke kan reguleres strengere i nasjonal konkurranselovgivning. Eksempler på misbruk av dominerende stilling uten avtaleelementer, og som kan reguleres strengere etter nasjonal rett, er forretningsnektelse, oppsigelser og marginiskvis.

En alternativ tolkning er at EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd andre setning må tolkes slik at unntaket for ensidig adferd kan gjelde tilfeller som både kan reguleres av artikkel 54 om misbruk av dominerende stilling og artikkel 53 om forbud mot konkurransebegrensende samarbeid. Et eksempel er avtalevilkår som er ensidig påtvunget av den ene parten. Selv om prisdiskriminering kommer til uttrykk i avtaler, og derfor i prinsippet kan håndheves etter EØS-avtalens artikkel 53 og konkurranseloven § 10, kan det være én aktør som i realiteten fastsetter avtalevilkårene. Dette kan for eksempel skje ved at en leverandør eller grossist fastsetter avtalevilkårene, og at avtalen derfor er et resultat av en ensidig handling.

6.3.2 Vurdering

Ordlyden i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd gir i seg selv begrenset veiledning om når et foretaks adferd må anses som en ensidig handling. Det foreligger heller ikke særlig rettspraksis på området som kan gi veiledningen ved tolkningen.

Et argument for en restriktiv tolkning er at EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd første setning uttrykkelig forbyr strengere regulering av «avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden» og viser til artikkel 53. Dette kan innebære at all slik adferd som i utgangspunktet faller inn under artikkel 53 ikke kan

reguleres strengere gjennom nasjonal lovgivning, og at andre setning kun åpner for nasjonal regulering av adferd som faller utenfor virkeområde til artikkel 53. Det trekker i motsatt retning at en stor del av adferden som rammes av forbudet mot misbruk av dominerende stilling, som forbyr konkurranseskadelige adferd utført av én dominerende aktør, typisk vil komme til uttrykk i en avtale. Hvis § 7 annet ledd skal tolkes som at nasjonale konkurranseregler er forbudt for enhver adferd med et avtaleelement, vil det som nevnt innebære at unntaket i § 7 annet ledd annet punktum får begrenset reell betydning. I tillegg ville bestemmelsen om ensidig adferd i § 7 annet ledd annet punktum være overflødig ved siden av første punktum, noe som tilsier at annet ledd annet punktum er å anse som et unntak fra hovedregelen i annet ledd første punktum.

Tilsvarende taler fortalen til forordning 1/2003 avsnitt 8, som nevner utnyttelse av økonomisk avhengighet som et eksempel på ensidig adferd i den tilsvarende EU-bestemmelsen forordningens artikkel 3(2): «Member States should not under this Regulation be precluded from adopting and applying on their territory stricter national competition laws which prohibit or impose sanctions on unilateral conduct engaged in by undertakings. These stricter national laws may include provisions which prohibit or impose sanctions on abusive behaviour toward economically dependent undertakings».

I samme retning taler bakgrunnen for bestemmelsen i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd. Bestemmelsen var opprinnelig et forslag fra Europakommisjonen om at forbudene mot konkurransebegrensende avtaler og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i fellesskapsretten skulle fortrenge nasjonal lovgivning fullstendig, og som derfor ikke åpnet for avvikende nasjonal regulering hverken for avtaler eller ensidig adferd. Kommisjonen fikk imidlertid ikke gjennomslag for dette. Grettes utredning går nærmere inn på forhistorien til tilsvarende forordning 2003/1 artikkel 3 annet ledd. Utredningen viser til motstand fra flere medlemsland mot et slikt forslag. Flere, herunder Tyskland, hadde avvikende lovgivning som de ønsket å beholde, og unntaket for ensidig adferd kom inn som et kompromiss i de avsluttende politiske forhandlingene i oktober og november 2003. Det finnes eksempler i flere EU land på slik nasjonal lovgivning, som gjelder utnyttelse av økonomisk avhengighet, videresalg med tap eller under kostpris eller forskjellige standarder for når et foretak har dominerende stilling.³⁵

For eksempel var det i den tyske konkurranseloven allerede et forbud mot å utnytte selskaper som står i et økonomisk avhengighetsforhold til handelspartneren, uten at det er et krav om at handelspartneren har en dominerende stilling i et marked. Forbudet omfatter bl.a. usaklig diskriminering, som også kommer til uttrykk i avtaler, selv om det i hovedsak er det ensidige ved handlingen som er det problematiske. Reguleringen kan forby vertikale avtaler som ikke nødvendigvis er forbudt etter TEUV artikkel 101 eller avtaler som er

³⁵ Se Commission Staff Working Paper accompanying the Report on the functioning of Regulation 1/2003, SEC (2009) avsnitt 162 flg.

unntatt etter forordningen om vertikale gruppeunntak.³⁶ Som nevnt i Grettes utredning, har reguleringer av ensidig adferd som inneholder avtaleelementer i andre land ikke møtt formelle reaksjoner eller blitt utfordret rettslig fra Europakommisjonen.

Historikken rundt tilblivelsen av artikkel 3 annet ledd i forordning 1/2003 sett opp mot eksempelet i fortalepunkt 8 tilsier altså at ensidig adferd også kan omfatte avtalevilkår i en vertikal avtale, dersom de er ensidig pålagt en part som står i et avhengighetsforhold til den andre avtaleparten.

Nasjonale myndigheter kan ha behov for å gripe inn mot handlinger som typisk rammes av forbudet i § 11 selv om foretaket ikke har en dominerende stilling. Det taler for at unntaket for ensidig adferd favner videre enn misbrukshandlinger som ikke innebærer et avtaleelement. Fleksibilitet for nasjonale konkurransemyndigheter som kjenner lokale markeder bedre, taler også en vid tolkning av ensidig adferd.

Risikoen for ulike tolkninger og praksis i medlemslandene i det indre marked er på den andre siden et argument for en snever tolkning av ensidig adferd. Europakommisjonen har i en tidlig evaluering av forordning 1/2003 gitt uttrykk for at unntaket for ensidig adferd er et forhold som bør utredes nærmere, herunder både evaluering av omfanget av mulige problemer det innebærer, og vurdering av behovet for å ta grep på europeisk nivå.³⁷ Forordningen ble sendt på høring 30. juni 2022, med frist for innspill 6. oktober samme år.³⁸

Grettes utredning konkluderer med at det er et visst handlingsrom for å regulere adferd som inneholder elementer av en avtale. Utredningen drøfter videre hvor langt den nasjonale kompetansen til å gi avvikende regulering av ensidig adferd rekker, og konkluderer med at det i vurderingen bør legges vekt på tyngdepunktet («point of gravity») i den nasjonale reguleringen. Dette fører til at det er mulig å regulere ensidig adferd strengere nasjonalt der formålet eller virkningen av reguleringen er å regulere én part med (relativ) markedsrett, selv om denne skulle komme til uttrykk i en avtale. Dersom tyngdepunktet i den nasjonale reguleringen derimot er å regulere partenes felles vilje, vil nasjonale myndigheter ikke ha kompetanse til å vedta regler som avviker fra EØS-avtalen artikkel 53. Som eksempel på nasjonal regulering som vil være i samsvar med EØS-avtalen dersom denne forståelsen legges til grunn, viser departementet til tiltak som forbud som reduserer kravet til markedsrett sammenlignet med forbudet mot misbruk av dominerende stilling, f.eks. ved å forby misbruk av relativ markedsrett, eller som forbyr handlinger som ikke er så alvorlige at de utgjør «utilbørlig utnyttelse».

³⁶ Gjendemsjø og Anchustegui, *The Scope for National Regulation of Unfair Trading Practices*, (Gjertsen, Johan; Konow, Berte-Elen (eds.), *Fagbokforlaget*, 2019), tilgjengelig her: [The Scope for National Regulation of Unfair Trading Practices by Ronny Gjendemsjø, Ignacio Herrera Anchustegui :: SSRN](#).

³⁷ Commission staff working paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council – Report on the functioning of Regulation 1/2003, 2009, tilgjengelig her: [EUR-Lex - 52009SC0574 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](#)

³⁸ EU antitrust procedural rules – evaluation [2022 antitrust procedural rules \(europa.eu\)](#).

Det er likevel en grense for hvor langt nasjonal lovgivning kan gå. Dersom kravene til graden av markedsmakt og type adferd reduseres i så stor grad at reguleringen omhandler fremforhandlede vilkår mellom relativt jevnbyrdige parter, vil det på et punkt havne i strid med EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd. Grettes utredning går så vidt inn på betydningen av tolkningen av ensidige handlinger for spørsmålet om regulering av forskjeller i innkjøpspris, og viser her til at forbudenes adressat fremstår i første rekke å være aktøren med relativ markedsmakt, og ikke partenes «concurrency of will», og at virkningen av forslagene setter grenser for handlefriheten til én part.

Richard Whish og David Bailey ser ut til å legge til grunn at unntaket for ensidig adferd omfatter adferd med et avtaleelement, og viser til at Storbritannia (da de fortsatt var en del av EU) kunne gjennomføre tiltak i medhold av nasjonal konkurranserett mot ensidig adferd. Eksempler på dette er urimelig prising eller andre handelsvilkår («the imposition of unfair prices or other trading conditions»), selv om det ville gå lenger enn artikkel 102.³⁹

Dekeyser et a.l. har en lengre omtale av forordning 2003/1 artikkel 3 annet ledd.⁴⁰ Forfatterne mener unntaket for ensidig adferd må tolkes til å gjelde adferd som ikke også omfattes av TFEU artikkel 101, og at unntaket for ensidig adferd i så måte hvert fall delvis må forstås som et restbegrep for adferd som ikke omfattes av artikkel 101. Forfatterne peker videre på at det finnes eksempler på adferd som omfatter begge bestemmelsene, og at det kan argumenteres for at en her kan iverksette strengere nasjonale reguleringer for elementene ved adferden som gjelder ensidig adferd.

Som eksempler på strengere regulering av ensidig adferd, nevner forfatterne å senke terskelen for dominans. Forfatterne peker videre på at medlemsstatene kan regulere strengere «abusive behaviour towards economically dependent undertakings, inkludert utnyttelse av «superior bargaining power», jf. fortalepunkt 8 i forordning 2003/1, som beskrevet over, og peker på eksempler på slik regulering i en rekke medlemsland.

Professor Gjendemsjø og Anchustegui har i “Festskrift til Det juridiske fakultet, Universitet i Bergen” gitt uttrykk for at medlemsstater trolig kan regulere ensidig bestemte avtalevilkår i nasjonal rett uten å bryte artikkel 3 annet ledd i forordning 1/2003.⁴¹ Derimot fremstår konklusjonen som noe mer usikker i utredningen de gjorde på oppdrag for Nærings- og fiskeridepartementet i 2017⁴². I en utredning Gjendemsjø har gjort for Norgesgruppen i 2022, er konklusjonen at det ikke er adgang til å regulere prisdiskriminering strengere enn

³⁹ Whish og Bailey, *Competition Law* 8. utgave, 2015, s. 80

⁴⁰ Dekeyser/Gauer/Laitenberger/Wahl/Wils/Prete (red.), *Regulation 1/2003 and EU Antitrust Enforcement - A Systematic Guide* (Wolters Kluwer 2023) s. 102 flg.

⁴¹ Gjendemsjø og Anchustegui, *The Scope for National Regulation of Unfair Trading Practices*, (Gjertsen, Johan; Konow, Berte-Elen (eds.), *Fagbokforlaget*, 2019), tilgjengelig her: [The Scope for National Regulation of Unfair Trading Practices by Ronny Gjendemsjø, Ignacio Herrera Anchustegui :: SSRN](#)

⁴² Gjendemsjø og Anchustegui, *Utredning av muligheten for å etablere en inngrepsjhemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat som ikke rammes av konkurranseloven § 11*, 2017

det som følger av EØS-avtalen artikkel 53.⁴³ I en nyere utredning for NorgesGruppen fra 2023 skriver Gjendemsjø at det kan argumenteres for at EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd, ved å tillate strengere nasjonal regulering av ensidig adferd, åpner for å regulere utnyttelse av relativ markedsrett eller utnyttelsen av et økonomisk avhengighetsforhold, også når dette materialiserer seg i en avtale.⁴⁴

6.3.3 Oppsummering

Etter departementets vurdering er utkastet til forskrift slik det nå foreligger i samsvar med EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd, og derfor med våre forpliktelser etter EØS-avtalen. Bakgrunnen for at unntaket for ensidig adferd ble lagt til i bestemmelsen, fortalen til forordning 1/2003 punkt 8 som uttrykkelig nevner utnyttende adferd mot økonomiske avhengige foretak, eksistensen av nasjonal lovgivning som regulerer tilsvarende forhold i flere medlemsstater, og behandlingen av bestemmelsen i teori er alle momenter som taler mot den mest restriktive tolkningen av § 7 annet ledd, og for en tolkning som også omfatter regulering av relative markedsrett, og tilfeller hvor en aktør på grunn av sin markedsposisjon er i stand til mer eller mindre ensidig å fastsette sine kunders innkjøpspriser.

Departementets vurdering er derfor at EØS-konkurranseloven § 7 åpner for å regulere adferden til en part med relativ markedsrett som innebærer at denne parten ensidig kan fastsette avtalevilkårene, også når denne adferden fremgår av en avtale.

Forskriftsforslaget gjelder aktører med relativ markedsrett, og 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. Dette tilsier at den sterkere parten vil kunne fastsette avtalevilkår mer eller mindre ensidig, og innebærer etter departementets vurdering at forskriften regulerer en parts ensidige adferd slik denne kommer til uttrykk i avtalen. Departementets vurdering er derfor at forskriftsforslaget er i tråd med EØS-konkurranseloven § 7. Dagligvareaktøren har ikke tilgang til hvilke priser leverandøren/grossisten gir til andre dagligvareaktører ettersom dette er forretningssensitivt, og det er leverandøren/grossisten som er forpliktet til å etterleve forskriften. Forskriften regulerer kun leverandørens/grossistens adferd, og hva denne parten kan tilby inn i en avtale.

7 Grunnloven § 97 – forbudet mot lover og forskrifter med tilbakevirkende kraft

Grunnloven § 97 slår fast at «[i]ngen lov må gis tilbakevirkende kraft.» Formålet bak regelen er å hindre vilkårlige inngrep, og sørge for at den enkelte kan forutsi virkningene

⁴³ Betenkning utarbeidet av professor Ronny Gjendemsjø og Oslo Economics på oppdrag fra NorgesGruppen, 4. juli 2022

⁴⁴ Betenkning utarbeidet av professor Ronny Gjendemsjø på oppdrag fra NorgesGruppen, 4. mai 2023

av egne disposisjoner og handlinger. Grunnloven forbyr lover med tilbakevirkende kraft etter § 97, og forbudet skal tolkes til også å gjelde forskrifter.⁴⁵

Ved vurderingen av forbudet mot tilbakevirkende kraft etter Grunnloven § 97 skilles det mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning, hvor egentlig tilbakevirkning knytter byrder til tidligere handlinger eller begivenheter.⁴⁶ Uegentlig tilbakevirkning dreier seg på den andre siden om fremtidig regulering i allerede etablerte posisjoner.⁴⁷ Rettspraksis viser at det kan være en glidende overgang mellom de ulike typene tilbakevirkning, avhengig av karakteren på de aktuelle inngrepene en lov åpner for, og handlingen eller rettsposisjonen det aktuelle inngrepet retter seg mot. Det innebærer at normen for en eventuell domstolsprøving av tilbakevirkningen i et gitt tilfelle vil variere, avhengig av hva slags type tilbakevirkning det er tale om.⁴⁸

For den typen egentlig tilbakevirkning som det ikke gjelder et absolutt forbud mot, stiller rettspraksis opp som et vilkår at inngrepet må være nødvendiggjort av «sterke samfunnsmessige hensyn»,⁴⁹ mens den uegentlige tilbakevirkning typisk må aksepteres dersom den ikke er «klart urimelig eller urettferdig». Etter en gjennomgang av aktuell praksis oppsummerer Høyesterett utgangspunktet slik i HR-2016-389-A premiss 76–77:

«[K]jernes spørsmålet 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 sistnevnte tilfellene har lovgiveren et betydelig spillerom, se avsnitt 94 i strukturvotedommen. Det er en glidende overgang mellom disse ytterpunktene. I rederiskattedommen⁵⁰ omtales dette som «overgangsformer», mens det i strukturvotedommen fremheves at «Borthen-normen»⁵¹ 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 [Rt. 2013 s. 1345]. 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

⁴⁵ Benedikte Moltumyr Høgberg, *Statsrett. Kort forklart*, 3. utgave, Universitetsforlaget, 2020 s. 148, [Juridika](#) (kopiert 28. april 2023).

⁴⁶ Se blant annet Rt. 2013, side 1345, premiss 82.

⁴⁷ Ibid, side 1345, premiss 82.

⁴⁸ Se Rt. 2013, side 1345, premiss 95.

⁴⁹ Se Rt. 2006, side 293, premiss 72.

⁵⁰ Se Rt. 2010, side 143.

⁵¹ Se Rt. 1996, side 1415.

særlig hardt, jf. Borthen-dommen og strukturkvotedommen. De samfunnsmessige hensynene må holdes opp mot dette.»

I Rt. 2013 s. 1345 premiss 99 legger Høyesteretts flertall til grunn at «[h]vordan inngrepet rammer den enkelte [kommer] inn ved den konkrete forholdsmessighetsvurderingen, som naturlig inngår i avgjørelsen av om inngrepet er særlig urimelig eller urettferdig.» Dette følges opp i HR-2016-389-A, hvor Høyesterett understreker at «Borthen-normen» er relativ, fleksibel og skjønnsmessig, og at det ved anvendelsen av den skal foretas en «konkret forholdsmessighetsvurdering».⁵²

For at et inngrep eller en lov skal anses for å være i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 er det imidlertid ikke nok at det er tale om tilbakevirkning som får betydning for den tilbakevirkningen rammer, det må det også være tale om et inngrep i en rettighet som nyter et tilstrekkelig vern etter bestemmelsen. Dette kan typisk være i form av at den aktuelle rettigheten gir opphav til en berettiget forventning om hvordan en etablert posisjon skal kunne forvaltes i fremtiden.⁵³

Et forskrift som utelukkende regulerer nye avtaler, vil ikke være problematisk sett opp mot Grunnloven § 97. Derimot kan et forbud som medfører nye plikter i en eksisterende avtale mellom leverandør og dagligvareaktør potensielt innebære uegentlig tilbakevirkning.

For uegentlig tilbakevirkning er hovedregelen at lovgiveren har et betydelig spillerom, og en uegentlig tilbakevirkning må som hovedregel aksepteres dersom den ikke er «klart urimelig eller urettferdig». Det har vært betydelig politisk oppmerksomhet rundt dagligvaresektoren, og det har blitt varslet tiltak over en lengre periode. Forskrift om usaklig prisdiskriminering ble sendt på høring oktober 2022, som kan tale for at foretakene kunne forvente reguleringer på området.

Tiltaket gjelder kun adferd som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen. Det skal ifølge Høyesterett foretas en konkret forholdsmessighetsvurdering. Departementet viser til vurderingen av virkninger av en mulig forskrift for partene i kapittel 5.4. Inngrepet rammer en avgrenset gruppe ved å gi plikter til leverandører og grossister i verdikjeden for mat og dagligvarer. Forskriften regulerer adferd som er forbudt for dominerende foretak etter konkurranseloven § 11 annet ledd bokstav c, og utvider virkeområdet til aktører med relativ markedsrett sammenlignet med sine handelspartnere. Forskriften gir ekstra byrder til den sterke parten i kontraktsforholdet. Forskriften kan innebære behov for endringer i pågående kontraktsforhold og kan medføre ekstraarbeid og ekstra kostnader knyttet til å utarbeide nye avtaler. Gitt den høye terskelen for at en lov eller forskrift som anses som uegentlig tilbakevirkning er i strid med Grunnloven § 97, er departementets vurdering at det justerte forskriftsforslaget ikke er i strid med Grunnloven § 97.

⁵² Hr-2016-389-A premiss 87.

⁵³ Se blant annet Rt. 1996, side 1415-1424 og Vernet av økonomiske og rettigheter mot regulering under Grl. §§ 97 og 105 og EMK P1-1 (Alvik), TfR nr. 2-3 (2021), side 10.

8 Forslag om markedsetterforskningsverktøyet

8.1 Høring av forslag om markedsetterforskning

I høringsnotatet av oktober 2022 stilte departementet spørsmål om konkurransutfordringene en eventuell forskrift om prisdiskriminering i dagligvarebransjen var ment å avhjelpe kunne håndteres ved hjelp av et markedsetterforskningsverktøy.⁵⁴ Høringsinstansene som uttalte seg om spørsmålet var delte i synet på hvordan det skisserte markedsetterforskningsverktøyet ville fungere. Flere instanser var positive til å utrede regler som var mer fleksible og markedsnøytrale enn en forskrift. Andre instanser mente derimot at det skisserte forslaget ikke vil innebære en vesentlig endring i Konkurransetilsynets muligheter for å gripe inn mot forhold som begrenser konkurransen sammenlignet med de virkemidlene tilsynet har i dag. Flere høringsinstanser pekte på viktigheten av å ha på plass rettsikkerhetsgarantier som kan balansere Konkurransetilsynets vedtaksmyndighet.

Departementet sendte 31. mars 2023 et forslag til markedsetterforskningsverktøy på høring. Forslaget gikk ut på at Konkurransetilsynet 1) kan igangsette en markedsetterforskning dersom «det er forhold som tilsier at konkurransen er begrenset eller står i fare for å bli begrenset»,⁵⁵ og 2) på bakgrunn av funnene i markedsetterforskningen «pålegge avhjelpende tiltak dersom det foreligger forhold som vesentlig begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål. Vedtaket kan omfatte ethvert adferdsmessig eller strukturelt tiltak som er nødvendig for å eliminere eller redusere begrensningen av konkurransen. Strukturelle tiltak kan likevel bare pålegges dersom det ikke finnes like effektive adferdsregulerende tiltak, eller dersom et adferdsregulerende tiltak vil være mer byrdefullt for foretaket.»⁵⁶ Et adferdsmessig tiltak skal legge til rette for konkurranse eller hindre ytterligere begrensning av konkurransen. Slike tiltak kan gå ut på å gi pålegg om å gi tilgang til fasiliteter eller annen nødvendig infrastruktur, pålegg om å dele en viss type informasjon, fastsette leveringsforpliktelser eller forby koblingssalg. Slike tiltak kan rettes mot én eller flere aktører i et marked.

8.2 Markedsetterforskningsverktøyet betydning for en forskrift

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

⁵⁴ Markedsetterforskningsverktøyet ble beskrevet som «[en]hjemmel til å gjennomføre markedsetterforskning og pålegge avhjelpende tiltak, dersom man avdekker konkurranseskadelige forhold, uten at det er et krav om brudd på forbudsbestemmelsene. [...]Bakgrunnen [...] er at tradisjonelle håndhevingsverktøy ikke alltid vil være tilstrekkelig for å kunne gripe inn mot konkurransemessige utfordringer knyttet til strukturelle markedsforhold.»

⁵⁵ [Høringsnotat markedsetterforskning forslag til endring av konkurranseloven](#), ny § 41 første ledd.

⁵⁶ [Høringsnotat markedsetterforskning forslag til endring av konkurranseloven](#), ny § 42 første ledd.

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. Flere av høringsinstansene som uttalte seg om det skisserte forslaget til et markedsetterforskningsverktøy mente at et slikt verktøy kunne fungere bedre enn en statisk forskriftshjemmel. Etter deres syn ville verktøyet bedre kunne treffe tiltak som løser de komplekse konkurranseutfordringene i dagligvarebransjen. Samtidig ville et slikt verktøy med mindre sannsynlighet føre til utilsiktede konsekvenser.

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.

9 Virkning for omfanget av dagligvarekjedenes egne merkevarer og andre vertikale bindinger

På oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet utreder Samfunnsøkonomisk Analyse AS (SØA) virkningene av dagligvarekjedenes egne merkevarer (EMV) og andre vertikale bindinger på konkurransen i verdikjeden for mat og dagligvarer. 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.

I august 2023 leverte SØA en første delrapport om analyse av hvilke virkninger EMV og andre vertikale bindinger kan ha for konkurranse, pris og utvalg i dagligvarebransjen.⁵⁸ Delrapporten er en generell og overordnet fagøkonomisk analyse, og basert på anerkjent fagøkonomisk litteratur og rettspraksis.

I første delrapport viser SØA til at et forbud mot usaklig prisdiskriminering vil kunne påvirke omfanget av EMV og andre vertikale bindinger på flere ulike måter.

For en dagligvarekjede kan EMV og andre vertikale bindinger fungere som et substitutt til produktene produsert av uavhengige merkevareleverandører. Gjennom å produsere EMV

⁵⁷ At et marked «tipper», innebærer typisk at én eller flere aktørers fordel i et marked forsterker og forplanter seg på en slik måte at disse aktørene etter hvert sitter alene igjen i markedet. Disse aktørene vil som regel ha betydelig markedsrett.

⁵⁸ [Rapport \(regjeringen.no\)](#)

vil en dagligvarekjede også kunne få økt kjennskap til forholdene i et leverandørmarked. Begge deler kan bidra til at dagligvarekjeden får økt forhandlingsmakt overfor de uavhengige merkevareleverandørene. Et forbud mot usaklig prisdiskriminering vil kunne svekke dagligvarekjedenes insentiver til å forhandle seg frem til lavere innkjøpspriser fra uavhengige merkevareleverandører, og dermed også svekke deres insentiv til å utvikle EMV for å styrke sin forhandlingsposisjon. SØA vurderer at effekten av EMV på en dagligvarekjedes forhandlingsmakt vil kunne variere avhengig av forholdene i de ulike leverandørmarkedene. Effekten av et forbud mot usaklig prisdiskriminering på omfanget av EMV og vertikale bindinger vil dermed også variere avhengig av hvilket produktmarked det er snakk om.

På den andre siden vil et forbud mot usaklig prisdiskriminering gi dagligvarekjedene svakere insentiver til å fremme leverandøreide merkevarer, da leverandørene i mindre grad vil kunne belønne dagligvarekjedene for dette gjennom lavere innkjøpspriser. Dette vil kunne føre til lavere omsetning av leverandøreide merkevarer, til fordel for EMV. Videre så vil et forbud kunne føre til reduserte forskjeller i innkjøpspriser, noe som vil kunne øke betydningen av EMV som en konkurranseparameter.

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.

SØA viser til at vertikal integrasjon og EMV kan ha både positive og negative virkninger. I første delrapport konkluderer de med at det ikke er mulig å avgjøre om de positive eller negative virkningene er mest betydningsfulle på bakgrunn av teori alene.

I september leverte SØA en andre delrapport om virkninger av EMV og vertikal integrasjon på konkurransen i dagligvaremarkedet.⁵⁹ Virkningene av en eventuell forskriftsregulering av prisdiskriminering på omfanget av egne merkevarer og andre former for vertikale bindinger omtales ikke i denne rapporten. Rapporten konkluderer med at EMV og vertikal integrasjon i hovedsak har hatt positive virkninger på konkurransen i dagligvaremarkedet og forbrukernes valgmuligheter. Det fremgår at det likevel kan oppstå uheldige virkninger på lengre sikt, men at sannsynligheten for uheldige virkninger reduseres så lenge det er tilstrekkelig konkurranse mellom handelsaktørene. Rapporten peker derfor på at et sentralt mål bør være å sikre at det ikke blir færre handelsaktører enn i dag.

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.

⁵⁹[r27-2023-delrapport-2-analyse-av-virkninger-av-emv-og-vertikal-integrasjon-pa-konkurranse.pdf \(regjeringen.no\)](https://www.regjeringen.no)

10 Økonomiske og administrative konsekvenser av forslaget

Samfunnsøkonomiske virkninger

Det kan ikke utelukkes at forskjeller i innkjøpspriser, under visse betingelser, kan begrense konkurransen i dagligvaremarkedet, særlig på lang sikt. Dersom en dagligvarekjede systematisk får bedre innkjøpsbetingelser fra flere leverandører og grossister (aggregerte virkninger) vil dette kunne ha negative virkninger på konkurransen, siden innkjøpspriser har stor betydning for lønnsomheten til dagligvarekjedene. Samtidig er det også slik at prisdiskriminering i andre tilfeller kan være positivt for konkurransen.

En forskrift som gir Konkurransetilsynet større muligheter til å gripe inn mot konkurranseskadelig prisdiskriminering enn dagens regelverk kan føre til bedre konkurranse i dagligvaremarkedet. Dette vil være positivt for forbrukerne, samt for effektiv ressursbruk og verdiskaping i dagligvarebransjen.

Forskriften som nå foreslås vil i noen grad kunne påvirke dagligvarekjedenes insentiver til å forhandle frem bedre innkjøpsbetingelser fra leverandørene og grossistene. Dette fordi det er mulig at andre dagligvarekjeder som de aktuelle leverandørene og grossistene har relativ markedsakt overfor, også vil oppnå liknende vilkår. Leverandørene og grossistene vil også ha noe lavere insentiver til å gi én enkelt aktør rabatter, fordi den også vil kunne måtte gi de samme rabattene til andre aktører som den aktuelle leverandøren eller grossisten har relativ markedsakt overfor. En slik inngripen i markedsaktørenes forhandlings- og kontraktsfrihet vil kunne påvirke aktørenes mulighet til å forhandle fram effektive kontrakter. Dette igjen kan få konsekvenser for både innovasjon og verdiskaping, samt hva forbrukerne møter av pris og utvalg i dagligvarebutikkene.

Økonomiske og administrative konsekvenser for det offentlige

En forskrift om prisdiskriminering i verdikjeden for mat vil kunne innebære at Konkurransetilsynet må bruke mer ressurser på håndheving, samt på å forsvare eventuelle vedtak gjennom påfølgende rettsprosesser. Dette vil kunne føre til at Konkurransetilsynet får mindre ressurser til å håndheve konkurranseloven i andre markeder, med de konsekvenser det kan ha for konkurranse og effektiv ressursbruk, samt mindre ressurser til å gjennomføre andre prioriterte oppgaver.

Gitt at den foreslåtte forskriften fører til at Konkurransetilsynets bruk av sanksjoner øker, vil reguleringen kunne medføre behov for økt ressursbruk i Konkurransklagenemnda og i domstolene. En forskrift om prisdiskriminering kan bidra til å avskrekke aktørene i dagligvaremarkedet fra å opptre på en måte som kan rammes av den nye forskriften. Dette kan føre til at økningen i antall saker om prisdiskriminering begrenses.

Økonomiske og administrative konsekvenser for næringslivet

Dersom forskriften introduserer nye vurderingsmomenter som ikke tidligere har blitt benyttet i saker om prisdiskriminering vil det kunne bidra til å skape usikkerhet blant næringsaktørene rundt hvilke former for prisdiskriminering som er tillatt. Slik usikkerhet

vil kunne øke risikoen for at aktørene avskrekkes fra å gjennomføre konkurransefremmende prisdiskriminering, Se også punkt om samfunnsøkonomiske virkninger over.

11 Forskriftsutkast

Forskrift om forbud mot konkurranseskadelig prisdiskriminering i verdikjeden for mat og dagligvarer

§ 1 Virkeområde

Denne forskriften gjelder i verdikjeden for mat og dagligvarer. Forskriften gjelder på Svalbard, jf. forskrift 17. oktober 2008 nr. 1126 § 1.

§ 2 Definisjoner

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.

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

Likeverdige ytelser skal forstås som sammenliknbare ytelser, blant annet med hensyn til kvalitet og kvantitet.

§ 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.

§ 4 Ikrafttredelse

Forskriften trer i kraft [dato].