

Nærings- og fiskeridepartementet

Via elektronisk høringsportal

Vår dato: 16. desember 2022

Deres dato: 25. oktober 2022

Vår referanse: LED/PHB/GS/-

Deres referanse: 22/7601

## **Høring om forbud mot usaklige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer.**

NHO Mat og Drikke viser til Nærings- og fiskeridepartementets høringsnotat datert 25. oktober 2022 om forbud mot usaklige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer, med høring av to ulike forskriftsalternativer.

NHO Mat og Drikkes høringsuttalelse følger med dette. Advokatene Kristin Hjelmaas Valla, Gjermund Mathisen og Maria Esbensen i Kvale Advokatfirma DA har bistått med de rettslige vurderingene som ligger til grunn for høringsuttalelsen. To notater utarbeidet av Kvale vedrørende h.h.v. utvalgte rettslige spørsmål og forholdet til EØS-reglene, følger i sin helhet vedlagt denne høringsuttalelsen.

Konkurransesituasjonen i det norske dagligvaremarkedet er utfordrende. NHO Mat og Drikke har derfor i ulike sammenhenger, fremmet en rekke forslag som kan bidra til bedre konkurranse. Vår vurdering av de to forskriftsalternativene som nå er sendt på høring, er imidlertid at –

- i) grunnlaget for å begrense forhandlingsfriheten mellom næringsaktørene i dagligvaresektoren, slik det legges opp til i de skisserte reguleringene, ikke er dokumentert;
- ii) konsekvensene av reguleringene høyst sannsynlig vil være svakere konkurranse og uopprettelig skade i markedet i strid med Stortingets uttrykte forutsetninger; og at
- iii) det rettslige grunnlaget for forskriftene neppe er til stede.

NHO Mat og Drikke mener derfor at ingen av forskriftsalternativene i den foreliggende høringen bør innføres, men støtter at et eventuelt markedsetterforskningsverktøy i konkurranseloven utredes videre. For øvrig vises det til de forslagene til tiltak for å styrke konkurransesituasjonen i dagligvaresektoren som NHO Mat og Drikke tidligere har fremmet overfor departementet.

Synspunktene utdypes nedenfor.

### **NHO Mat og Drikkes hovedsynspunkter.**

Stortinget har fattet flere vedtak som skal bidra til bedre konkurranse i dagligvaremarkedet til beste for forbrukerne. Hvordan tiltak innrettes og utformes er avgjørende for at disse skal ha de ønskede effektene. For å unngå utilsiktede negative konsekvenser, bl.a. som følge av innebygde målkonflikter mellom ulike tiltak, har det også betydning i hvilken rekkefølge disse gjennomføres. Dette må gjøres på en helhetlig og systematisk måte. NHO Mat og Drikke mener at det er uforsvarlig å følge opp enkelttiltak sekvensielt og uten nødvendig samtidighet i vurderingen av hvilke konsekvenser disse vil ha for andre målsetninger og initiativer.

Stortinget har slått fast at alle konkurranseforbedrende tiltak som kan underbygges faglig, skal vurderes. Det foreligger imidlertid *ingen uavhengig faglig anbefaling* om at en regulering av innkjøpsbetingelsene i dagligvaregrupperingens innkjøpsbetingelser bør innføres.

De to forskriftsalternativene som er sendt på høring vil med stor sannsynlighet tvert imot føre til høyere priser til forbrukerne, gi sterke insentiver til vekst i dagligvaregrupperingens egne merker (EMV) og ha uopprettelige konsekvenser i dagligvaremarkedet. NHO Mat og Drikke mener at de bedriftsøkonomiske og samfunnsøkonomiske kostnadene og konsekvensene av de skisserte reguleringene overstiger den eventuelle nytten de vil kunne gi.

NHO Mat og Drikke mener videre at grunnlaget for å innføre en forskrift med hjemmel i konkurranseloven § 14 neppe er til stede, og at de to forskriftsalternativene heller ikke er forenelige med EØS-konkurranseloven § 7 og Norges EØS-rettslige forpliktelser.

I høringsnotatet beskrives også svært overordnet, muligheten for å gi Konkurransetilsynet et nytt markedsetterforskningsverktøy. NHO Mat og Drikke er i utgangspunktet positiv til at et slikt virkemiddel vurderes. Et markedsetterforskningsverktøy fremstår, i motsetning til de skisserte forskriftsutkastene, bl.a. som et fleksibelt virkemiddel som ikke nødvendigvis vil gi de utilsiktede konsekvensene som en forskriftsregulering vil innebære.

NHO Mat og Drikke er ikke kjent med at et slikt konkurransefremmende virkemiddel har vært benyttet i Norge tidligere. Det er følgelig ingen erfaring med dette fra norsk rett. NHO Mat og Drikke mener derfor at det ikke er mulig å ha noen oppfatning av om et slikt virkemiddel bør tas i bruk før forslaget er konkretisert og har vært gjenstand for de grundige forberedelsene som en endring av konkurranseloven og innføringen av et slikt virkemiddel forutsetter. Dette kommenteres følgelig ikke nærmere i denne høringsuttalelsen.

## **Innhold i høringsuttalelsen**

Høringsuttalelsen er delt inn slik:

1. Forståelsen av det norske dagligvaremarkedet.
2. Tiltak som kan gi bedre konkurransen i dagligvaremarkedet.
3. Grunnlaget for å regulere innkjøpspriser i verdikjeden for mat og dagligvarer.
4. Forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14.
5. Forholdet til EØS-avtalen.
6. Kommentarer til forskriftsutkastene.

Spørsmålene i departementets høringsnotat besvares løpende gjennom denne uttalelsen.

### **1. Forståelsen av det norske dagligvaremarkedet.**

Konsentrasjonen på detaljistledet i Norge i form av de tre dagligvaregrupperingene, er den høyeste i Norden<sup>1</sup>. De tre dagligvaregrupperingene har på sin side store valgmuligheter mellom ulike produsenter i inn- og utland, også kjent som utsidealternativer. På leverandørsiden er det, selv om Norge er et lite marked med et begrenset rom for produsenter innenfor hver varegruppe, en rekke internasjonale aktører og en hale av mindre utfordrerbedrifter bak de store produsentene. Dette påvirker produktutvikling og markedspriser innenfor en rekke kategorier.

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

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

Stortingets næringskomité har også understreket at det er «en utfordring at det i praksis kun er tre aktører som forhandler pris og utvalg for norske forbrukere», og fastslo i innstillingen<sup>2</sup> til Stortinget om Meld. St. 27 (2019-2020) *Daglegvare og konkurranse – kampen om kundane* bl.a. følgende:

*«Komiteen vil understreke at en sentral problemstilling i verdikjeden for mat er at mye makt er samlet på hendene til de tre kjedene, og at denne makten er økende.»*

Stortinget har bl.a. med dette utgangspunktet, fattet en rekke vedtak som samlet sett skal bidra til bedre konkurranse i dagligvaresektoren til beste for forbrukerne.

## 2. Tiltak som kan gi bedre konkurranse i dagligvaremarkedet.

### 2.1. En helhetlig og systematisk oppfølging av Stortingets vedtak om konkurransefremmende tiltak er avgjørende for å lykkes.

I forbindelse med behandlingen av tre representantforslag 31. mai 2022, understreket Stortingets næringskomité enstemmig i Innst. 322 S (2021-2022)<sup>3</sup> bl.a. følgende:

*«Komiteen deler [...] generelle bekymring[en] for at forhold som vertikal integrasjon, innkjøpsbetingelser, prissamarbeid, EMV, tilgang på eiendom, barrierer for etablering med mer kan påvirke konkurransen.»*

Vedtaket illustrerer at Stortinget legger til grunn en omfattende analyse av forhold som har betydning for konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet, herunder etableringshindringer. Diskusjonene om en rekke av disse problemstillingene har pågått i flere år. Oslo Economics AS og Oeconomica AS påpekte i rapporten *Etableringshindringer i dagligvaresektoren*, som ble utarbeidet på oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet allerede i 2017<sup>4</sup>, at det er vanskelig se for seg at nye dagligvarekjeder vil lykkes uten egne grossist- og distribusjonstjenester.

I Meld. St. 27 (2019-2020) anbefalte regjeringen (Solberg) videre at det skulle undersøkes om det en reell tilgang på grossisttjenester for nye aktører, og at behovet for en regulering av tilgang på grossisttjenester og hvordan en slik regulering i så fall kan utformes, skulle vurderes. Stortinget vedtok også 31. mai 2022 å be regjeringen –

*«... utrede tiltak for å sikre konkurranse og mer åpenhet innenfor grossist- og distributørleddet i dagligvarehandelen, herunder tilsyn med priskalkylene for distribusjonstjenester.»*

Regjeringen viser i statsbudsjettet for 2023<sup>5</sup> til at den «den vil følge opp vedtaket og komme tilbake til Stortinget på egnet måte». Det er imidlertid ikke kjent hvordan eller etter hvilken fremdriftsplan, vedtaket tenkes fulgt opp.

En innebygd risiko ved alle regulatoriske tiltak i et marked er at reguleringene kan føre til utilsiktede konsekvenser, eksempelvis ved at det gjøres uopprettelig skade i markedet eller at enkelte markedsaktører begunstiges på bekostning av andre uten at det fører til økt forbrukervelferd. Vurderingen av så omfattende regulatoriske tiltak som det nå legges opp til for å sikre bedre konkurranse dagligvaresektoren, forutsetter i stor grad at tiltakene sees i sammenheng for å unngå innebygde målkonflikter mellom disse.

Denne høringen er begrenset til å drøfte ett sterkt inngripende forslag isolert fra andre tiltak, og uavhengig av de betydelige negative konsekvensene den foreslåtte reguleringen vil ha på andre områder Stortinget har fremhevet som viktig for å sikre økt konkurranse i dagligvaresektoren. Dette er en klar svakhet.

## 2.2 De skisserte forskriftene vil undergrave Stortingets vedtak på en rekke områder dersom de innføres.

Gjennom Stortingets behandling av Meld. St. 27 og de tre representantforslagene 31. mai 2022, ble det varslet og fattet vedtak om en rekke ulike initiativer som skal fremme konkurransen i dagligvaremarkedet til beste for forbrukerne, og som er direkte relevante for den foreliggende høringen.

Stortinget har bl.a. sluttet seg til eller fattet vedtak om at –

- regjeringen skal «sikre at Konkurransetilsynet har tettere tilsyn med vertikal integrasjon og vertikale bindinger som kan skade konkurransen i dagligvarebransjen»;
- regjeringen skal «klargjøre overfor Konkurransetilsynet at tilsynet må være spesielt oppmerksomme på vertikal integrasjon og konsentrasjon av kjedemakt»;
- at [dagligvaregrupperingenes] EMV ikke må «få en så dominerende stilling at de presser ut andre aktører og hindrer innovasjon»;
- regjeringen skal «utrede og fremme sak til Stortinget [...] om virkningene som vertikal integrasjon og EMV har på konkurransesituasjonen, prisene og utvalget», bl.a. «en begrunnelsesplikt ved forskjeller i påslag mellom EMV og uavhengige merkevarer og en hjemmel for Konkurransetilsynet eller Dagligvaretilsynet for å føre tilsyn med bruken av EMV i dagligvaremarkedet.»
- at regjeringen skal «utarbeide et regelverk som pålegger kjedene en felles merkeordning for EMV med kjedenavn, produsent og produktets opprinnelsesland»;
- at regjeringen skal «komme tilbake til Stortinget med en egen sak med forslag om hvordan man i dagligvarebransjen kan tilrettelegge for at rabatter som oppnås i forhandlingene mellom leverandører og kjeder, i større grad følger varen.»

Til tross for Stortingets mange vedtak vedrørende vertikal integrasjon og EMV, og selv om departementet ved flere anledninger har varslet at en utredning om EMV skal kunngjøres som et offentlig anbud, har dette ikke skjedd ennå. Den innsikten denne utredningen vil kunne gi foreligger dermed hverken under høringen av eventuelle reguleringer av innkjøpsbetingelsene eller når en beslutning om dette skal treffes. Når en slik regulering med stor sannsynlighet både vil gi dagligvaregrupperingene klare insentiver til å forsterke den vertikale integrasjonen og til å øke investeringene i EMV, er dette uheldig.

## 3. En eventuell regulering av innkjøpspriser i verdikjeden for mat og dagligvarer?

### 3.1 Grunnlaget for en regulering.

Produsenter som ønsker et størst mulig mangfold av kunder, er heller ikke tjent med store forskjeller i kundenes innkjøpsbetingelser. Konkurranseloven begrenser i dag aktørers mulighet til prisdiskriminering som svekker konkurransen. Det foreligger likevel ikke et forbud mot forskjeller i priser, forutsatt at disse er objektivt begrunnet og ikke skader konkurransen.

Prisforskjeller over en viss størrelse er i seg selv ikke ulovlig, bl.a. fordi flere forhold enn størrelsen på forskjellene avgjør om disse er egnet til å begrense konkurransen. De tre dagligvaregrupperingene har også ulike strategier og forretningsmodeller. NorgesGruppen ASA og Coop SA har eksempelvis flere enkeltkjeder i sin portefølje. Dette påvirker dagligvaregrupperingenes samlede konkurransekraft, og kan få betydning for hvordan disse opptrer i markedet, for hvilke forhandlingsstrategier som velges og ikke minst også for utformingen av innkjøpsbetingelsene.

Disse spørsmålene ble belyst da Konkurransetilsynet i 2019 utarbeidet en metode for sammenlikning av innkjøpsprisene i dagligvaresektoren. NHO Mat og Drikkes høringsuttalelse til tilsynet om metodevalgene datert 2. april 2019 følger vedlagt.

Utgangspunktet for høringen er innstillingen fra Stortingets næringskomité datert 20. mai i år. I innstillingen fremholdt komiteen enstemmig «alle forbedrende tiltak som kan underbygges faglig, må vurderes» (vår utheving).

NHO Mat og Drikke kjenner ikke til at det foreligger noen uavhengig faglig anbefaling om å innføre reguleringer av prisdannelsen i dagligvaresektoren. I høringsnotatet begrenser departementet seg til å utelukkende drøfte og vurdere prisforskjeller basert på i all hovedsak, teoretiske og hypotetiske forutsetninger om mulig konkurranseskade under visse forutsetninger. Det er påfallende at inngrepene regulatoriske tiltak med vidtrekkende konsekvenser vurderes på et så mangelfullt grunnlag.

Det er heller ikke slik at innkjøpsbetingelsene i dagligvaresektoren ikke er vurdert på et faglig uavhengig grunnlag. Regjeringen (Solberg) oppnevnte 17. oktober 2019 en arbeidsgruppe for å gi råd om hvorvidt det skal innføres restriksjoner på hvor store forskjeller det kan være i dagligvaregrupperingenes innkjøpspriser.

Gruppen konkluderte 17. januar 2020 med at det ikke er –

*«fremlagt en tilstrekkelig overbevisende faglig basert dokumentasjon på at det er særskilte strukturelle forhold som tilsier at det bør innføres et forbud mot prisdiskriminering på leverandørnivå i dagligvaresektoren. Det er derfor vår klare anbefaling at det ikke innføres et forbud mot prisdiskriminering i sektoren.»<sup>6</sup>*

Gruppen anbefalte istedenfor at konkurransemessige utfordringer håndteres innenfor den generelle konkurranselovgevingen, og understreket også det i enhver bransje vil være –

*«aktører som ser seg tjent med spesielle typer reguleringer. Et system der det er enkelt å få gjennomslag for særordninger, og der det ikke kreves solid dokumentasjon for at særordninger skal innføres, vil neppe være heldig. Det kan oppmuntre enkeltaktører til uproduktiv innsats og lobbyvirksomhet som vil gagne den enkelte aktøren, og kunne ut i et lappeteppes av ineffektiv regulering.»<sup>7</sup>*

Konkurransetilsynet er det eneste myndighetsorganet som har et lovpålagt ansvar for å føre tilsyn med konkurransen i alle markeder og som opptrer med full uavhengighet til kommersielle næringsinteresser. Tilsynet har hjemmel til nødvendig innsyn og dermed også mulighet til å kunne danne seg et mest mulig fullstendig bilde av, ulikheter i dagligvaregrupperingenes innkjøpsbetingelser og hvordan dette påvirker konkurransesituasjonen i alle markeder, inkludert dagligvaremarkedet.

Konkurransetilsynet har slik departementet viser til i høringsnotatet, kartlagt innkjøpsprisene i dagligvaremarkedet siden 2018. NHO Mat og Drikke er ikke kjent med at disse kartleggingene har resultert i en anbefaling om en sektorspesifikk regulering av innkjøpsbetingelsene i dagligvaresektoren. Tilsynet har imidlertid utarbeidet en *Veileder om prisdiskriminering*, som etter en offentlig høring av et første utkast, ble publisert 6. juli 2022.

NHO Mat og Drikke har videre oppfattet at Konkurransetilsynets hovedanbefaling er å igangsette en vurdering av hvordan konkurranseloven kan justeres, slik at tilsynet får hjemmel til å pålegge konkurransefremmende tiltak dersom det avdekkes atferd eller omstendigheter som ikke effektivt kan håndteres gjennom dagens lovgivning.

### 3.2 Tilnærmingen i forslaget.

NHO Mat og Drikke mener som det også fremgår ovenfor, at de foreslåtte forskriftsreguleringene høyst sannsynlig vil ha en rekke negative konsekvenser som dels også er i direkte strid med vedtak Stortinget har fattet for å bedre konkurransen i dagligvaremarkedet.

Det underliggende premisset i departementets høringsnotat synes å være at dagligvaregrupperingene er avhengige av de dominerende eller store leverandørene/produsentene. NHO Mat og Drikke mener at dette er et uriktig premiss. Produsentene er tvert imot, helt avhengig av dagligvaregrupperingene for å kunne tilby og selge sine produkter til forbrukerne. Det forholdsvis store antallet produsenter på leverandørleddet gjør at de tre dagligvaregrupperingene alltid har flere utsidealternativer tilgjengelig. Dette innebærer igjen at disse alltid kan velge helt bort eller redusere sine kjøp, også fra de største produsentene.

NHO Mat og Drikkes vurdering er derfor at dagligvaregrupperingene i størst grad setter innkjøpsbetingelsene i markedet, og at disse som følge av konkurransesituasjonen på leverandørleddet kan velge mellom flere alternative leverandører og dermed har opptil flere utsidealternativer innenfor de fleste produktkategorier.

Departementet bruker for øvrig begrepet «leverandøravtaler» i forskriftsutkastet. NHO Mat og Drikke oppfatter at det er dagligvaregrupperingenes standardavtaler som benyttes mellom produsentene og de tre grupperingene, og mener det fremstår misvisende å omtale dette som «leverandøravtaler». Begrepsvalget bidrar til å tilsløre styrkeforholdet mellom samtlige av de tre dagligvaregrupperinger og produsentene.

Departementets forslag innebærer for alle praktiske formål, at ytterligere markedsrett overføres til dagligvaregrupperingene. Samtidig er drøftingen av dagligvaregrupperingenes markedsrett mangelfull i departementets høringsnotat, og Stortingets vedtak fra behandlingen av Meld. St. 27<sup>8</sup> om at også dagligvaregrupperingene har ansvar for å unngå at usaklige forskjeller i innkjøpsbetingelser ikke skal skade konkurransen, er ikke hensyntatt i de to utkastene til forskrift. Ansvaret legges istedenfor utelukkende og uavhengig av dagligvaregrupperingenes allerede betydelige markedsrett, på produsentene.

Det er betegnende at departementet ikke finner det mulig å ansvarliggjøre dagligvaregrupperingene i forskriften siden disse ikke kan få kjennskap til konkurrentenes innkjøpsbetingelser, mens produsentene gis en form for kollektivt ansvar til tross for heller ikke disse etter loven kan få kjennskap til betingelsene konkurrentene gir dagligvaregrupperingene.

### 3.3 Sannsynlige konsekvenser av de foreslåtte forskriftsreguleringer

NHO Mat og Drikke mener de foreslåtte reguleringene med høy sannsynlighet, vil forsterke søyledannelsen i det norske dagligvaremarkedet, og føre til –

- høyere priser;
- vekst i dagligvaregrupperingenes egne merker (EMV);
- flere eksklusivitetsavtaler;
- økt import;
- forsterket vertikal integrasjon; og
- mindre innovasjon i mat- og drikkenæringen.

Disse konsekvensene står i skarp kontrast til Stortingets mål om å øke konkurransen i dagligvaremarkedet til beste for forbrukerne, og utdypes nedenfor.

#### *Høyere priser.*

I høringsnotatet peker departementet selv på at en regulering av innkjøpsprisene vil kunne påvirke både priser, utvalg og innovasjon i sektoren:

*«En regulering vil imidlertid påvirke dagligvarekjedenes insentiver til å forhandle hardt med leverandørene, siden det da er sannsynlig at også konkurrentene vil oppnå likende vilkår. Leverandørene vil heller ikke ha insentiver til å gi én enkelt kjede rabatter, fordi den også vil kunne måtte gi de samme rabattene til alle kjedene. En slik inngripen i markedsaktørens forhandlings- og kontraktsfrihet vil påvirke [...] mulighetene til aktørene å forhandle frem effektive kontrakter. Dette igjen kan få konsekvenser både for innovasjon og verdiskaping, samt hva forbrukerne møter av pris og utvalg i dagligvarebutikkene.»*

Arbeidsgruppen regjeringen (Solberg) oppnevnte og som avga innstilling 17. januar 2020, jf. punkt 2.1 ovenfor, uttalte også følgende:

*«Vår vurdering er at argumentene for at et forbud mot prisdiskriminering vil lede til høyere priser, er sterkere enn argumentene for at det vil lede til lavere priser.»*

Gruppen understreket riktignok at denne vurderingen bygget på et faglig skjønn, og ikke på grundige empiriske analyser. Heller ikke departementets notat bygger imidlertid og som nevnt ovenfor, på empiriske analyser, men på en antagelse om at prisforskjeller potensielt kan føre til konkurranseskade.

Usikkerhet om forståelsen av en regulering vil, slik departementet peker på, også kunne resultere i at aktørene avskrekkes fra å gjennomføre saklig og konkurransefremmende prisdiskriminering, spesielt dersom sanksjonen er et overtredelsesgebyr. Risikoen for omdømmetap knyttet til etterlevelse av en forskrift vil også kunne påvirke prisdannelsen.

Utviklingen i prisene på mat og dagligvarer har svært stor betydning for forbrukerne, og har gjennomgående vært et sentralt tema i debatten om konkurransesituasjonen i dagligvaresektoren. I lys av ovenstående er det påfallende at departementets høringsnotat ikke legger til grunn en mer grundig og empirisk basert vurdering av hvilke konsekvenser en regulering vil kunne ha prisutviklingen i markedet

#### *Vekst i EMV, eksklusivitetsavtaler og vertikal integrasjon.*

Et fellestrekk mellom EMV eller en eksklusivitetsavtale er at produktene kun tilbys i én av dagligvaregrupperingenes butikker. Dermed vil heller ingen problemstillinger knyttet til mulige ulikheter i innkjøpspriser kunne oppstå.

En regulering av prisdannelsen i markedet vil uunngåelig føre til at EMV og eksklusivitetsavtaler blir viktigere for dagligvaregrupperingene, siden disse i høyere grad og med større forutsigbarhet har kontroll over prisene på egne merker og produkter som kun selges i egne butikker enn over produkter som selges til flere dagligvaregrupperinger. Den foreslåtte reguleringen vil kun omfatte salg av produsentenes merkevarer til dagligvaregrupperingene. Dermed vil reguleringen med stor sannsynlighet, legge til rette for en økning i både EMV og eksklusivitetsavtaler. Videre vil reguleringen forsterke dagligvaregrupperingenes insentiv til ytterligere vertikal integrasjon mot produksjonsleddet i verdikjeden.

Denne utviklingen i retning av økt søyledannelse i dagligvaremarkedet, der færre identiske produkter finnes i alle dagligvaregrupperingenes sortiment, vil også gjøre det vanskelig å sammenligne både priser og kvaliteten på produktene mellom dagligvaregrupperingenes butikker. Dette vil åpenbart være uheldig ut fra et forbrukerperspektiv.

Stortinget har som pekt på ovenfor, vedtatt at tilsynsmyndighetene –

- i) må rette oppmerksomheten mot økt vertikal integrasjon og konsentrasjon av kjedemakt; og
- ii) påse at EMV ikke må få en så dominerende stilling at de presser ut andre aktører og hindrer innovasjon.

Også i lys av disse vedtakene er det kritikkverdig at departementet ikke beskriver hvordan de foreslåtte forskriftsalternativene nettopp vil gi kraftige insentiver til å forsterke den utviklingen Stortinget ønsker å begrense, og at departementet heller ikke legger opp til å vurdere disse spørsmålene i sammenheng.

#### *Import.*

De skisserte reguleringene vil gi dagligvaregrupperingene sterke insentiver til å øke EMV-andelene og eksklusivitetsavtalene. Dette vil bl.a. føre til redusert skalafordeler og økte kostnader per produsert enhet for norske produsenter, som i dag betjener et relativt begrenset hjemmemarked. Forskriftsforslaget vil dermed kunne føre til en mindre konkurransedyktig norsk matindustri i forhold til import.

#### *Mindre innovasjon i mat- og drikkenæringen.*

Når økt EMV-andel og flere eksklusivitetsavtaler er en svært sannsynlig effekt av de foreslåtte reguleringene, vil en åpenbar konsekvens; slik også Stortinget har pekt på, være at innovasjonen i mat- og drikkenæringen begrenses. Det er bl.a. vanskelig å se for seg at dagligvaregrupperingene, med hundrevis av ulike produkter innenfor et stort antall kategorier, vil kunne ha samme oppmerksomhet om innovasjon og produktutvikling som det mer spesialiserte mat- og drikkeprodusenter har.

I høringsnotatet peker departementet videre på at begge forskriftsalternativene, om enn i ulik grad, vil innebære kostnadsøkninger for næringslivet. NHO Mat og Drikke er enig med departementet i at alternativ 1 trolig innebærer høyere etterlevelseskostnader enn alternativ 2. Uavhengig av dette, vil kostnadsøkningene måtte dekkes inn ved at bedriftene må flytte ressurser fra andre deler av virksomheten til funksjoner som skal sikre etterlevelse av et rettslig uklart og lite forutsigbart regelverk med antatt høye kostnader. Dette vil kunne ramme innovasjonskapasiteten i næringen.

#### 4. Forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14.

NHO Mat og Drikke viser innledningsvis til det vedlagte notatet *Forskrift om forbud mot prisdiskriminering. Rettslige vurderinger av forskriftshjemmelen i § 14 i konkurranseloven*, som Kvale har utarbeidet på vårt oppdrag. I notatet vurderer Kvale både om konkurranseloven § 14 gir tilstrekkelig hjemmel til de foreslåtte forskriftsalternativene, og enkelte problemstillinger knyttet til aggregerte virkninger i forskriftsalternativ 2. *Oppsummeringsvis* anfører Kvale følgende:

*«Etter [Kvales] vurdering er det tvilsomt om konkurranseloven § 14 gir hjemmel til en forskrift som foreslått. Det skyldes bl.a. følgende forhold:*

- *Lovens forarbeider forutsetter at det foreligger en pågående praksis som er egnet til å begrense konkurransen og som det er nødvendig å regulere. Etter det vi er kjent med, er det ikke påvist at det foreligger en praksis med usaklig prisdiskriminering i dagligvaremarkedet.*
- *Konkurransbegrensningskriteriet synes ikke oppfylt. Dette fremstår klart for Alternativ 1, men også for Alternativ 2 er det tvilsomt om det er oppfylt.*
- *De foreslåtte forskriftsalternativene fremstår verken som nødvendige eller forholdsmessige.*

*Alternativ 2 og forslaget om at det kan tas hensyn til aggregerte virkninger fremstår svært problematisk fra et rettsikkerhetshensyn og reiser en rekke praktiske utfordringer som ikke er utredet, herunder:*

- *Dersom det skal kunne legges vekt på aggregerte virkninger vil det være umulig for en leverandør å ta stilling til om vedkommende bryter forbudet ettersom det beror på innkjøpspriser i andre leverandørers avtaler med kjedene som leverandøren ikke har kunnskap om, og heller ikke kan få kunnskap om uten å bryte konkurranseloven § 10*
- *Ordningen vil potensielt gi flere private tvister / mer privat håndheving. Det er uklart hvordan gjennomføringen av bevisfremlegg skal gjøres i en sivil sak om håndheving av en forskrift etter Alternativ 2 med aggregerte virkninger. Dette må etter vår vurdering utredes nærmere.*
- *I henhold til forskriftsforslagene skal innkjøpsbetingelser i strid med det foreslåtte forbudet ikke ha rettsvirkninger, jf. § 4 annet ledd. Det er uklart hvordan denne bestemmelsen skal få anvendelse når det gjelder eventuell konkurranseskade som følge av aggregerte virkninger. Skal en kjede kunne anføre at de mener betingelsene i deres avtale med leverandøren er i strid med forbudet og derfor ikke gyldige? Hvilke vilkår skal i så fall gjelde? Dette er ikke drøftet i høringsnotatet, og må vurderes nærmere av hensyn til partenes forutberegnelighet.*
- *Det vil være praktiske utfordringer knyttet til tilsynets håndheving av en slik forskrift dersom det skal kunne legges vekt på aggregerte virkninger. En part vil kanskje ikke kunne få fullt innsyn siden andres priser vil være konkurransesensitiv informasjon, og man vil da bli fratatt retten til kontradiksjon.*
- *Videre er det utfordrende å se hva et vedtak fra tilsynet eventuelt skulle gå ut på dersom det skal kunne legges vekt på aggregerte virkninger.*

NHO Mat og Drikke stiller seg bak disse vurderingene, som utdypes i vedlagte notat, og har for øvrig følgende vurderinger:



#### 4.1 Forskriftsalternativ 1: Forbud mot usaklig prisdiskriminering.

Departementet drøfter kapitlene fire og fem i høringsnotatet begrepet prisdiskriminering og forutsetningene for å anvende forskriftshjemmelen i konkurranse-loven § 14 for å regulere usaklig prisdiskriminering i dagligvaremarkedet. Drøftingene og vurderingene baserer seg i all hovedsak på teoretiske og hypotetiske forutsetninger om *potensiell* konkurransekade under visse forutsetninger, men disse knyttes ikke opp mot konkret konkurransekadelig atferd i dagligvaresektoren. Som en del av grunnlaget for drøftingene viser departementet til Konkurransetilsynets kartlegging av dagligvaregrupperingenes innkjøpsbetingelser i dagligvaremarkedet i 2019. Konkurransetilsynets karlegginger av innkjøpsbetingelser har så vidt NHO Mat og Drikke kjenner til, ikke avdekket konkurransekadelig atferd eller brudd på konkurranse-loven. Departementet gjør i høringsnotatet ingen vurdering av hvorvidt det pågår usaklig prisdiskriminering i dagligvaremarkedet.

NHO Mat og Drikkes forståelse av konkurranse-loven og forarbeidene, er at forskriftshjemmelen i konkurranse-lovens § 14 skal brukes i tilfeller der det foreligger en pågående praksis som er egnet til å begrense konkurransen i et marked.<sup>9</sup> Departementet peker selv på dette i punkt 5.2.3 i høringsnotatet:

*«Oppsummert viser drøftingen over at prisdiskriminering, under visse betingelser og særlig på lengre sikt, kan begrense konkurransen i dagligvaremarkedet, og dermed være uheldig for forbrukerne. Hvorvidt dette er tilfelle, beror på en konkret vurdering av markedsforholdene. Prisdiskriminering kan også begrense konkurransen mellom leverandørene.»*

Det skal med andre ord være høy terskel for å benytte forskriftshjemmelen til å gjøre inngrep i markedet, og en konkret vurdering av markedsforholdene er av grunnleggende betydning for å vurdere om inngrepet adresserer konkurransekadelig atferd. Departementet påpeker dette, og sier i kapittel 5.3.5 bl.a. at:

*«Et forbud mot usaklig prisdiskriminering medfører at aktørene ikke lenger står fritt til å avtale priser og er i seg selv et omfattende 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. Å redusere muligheten for prisdiskriminering, vil for eksempel kunne fjerne insentivene de store kjedene har til å presse leverandører på pris. Leverandørene vil også ha mindre insentiver til å gi rabatter, fordi de i så fall må gi den samme rabatten til alle sine kunder. Et generelt forbud mot usaklig prisdiskriminering innebærer også en risiko for at prisdiskriminering som ikke begrenser konkurransen eller som er positiv for konkurransen også rammes, og at lite effektive aktører beskyttes. Dette vil kunne føre til økte priser for forbrukerne. Et forbud som innebærer at bedriftene tilpasser seg markedet mindre effektivt, vil også kunne få negative konsekvenser for den samlede verdiskapningen i norsk økonomi.»*

NHO Mat og Drikke støtter denne vurderingen og vil bemerke at forskriftsalternativ 1 sannsynligvis vil svekke konkurransen i dagligvaremarkedet og derigjennom beskytte mindre effektive aktører.

Under oppsummeringen i kapittel 5.4 uttaler departementet også at det er tvilsomt om vilkårene for en forskrift som forbyr aktører med vesentlig markeds-makt å prisdiskriminere uten saklig grunn i medhold av § 14 oppfylles. Departementets vurdering er klar på at eventuelt forbud neppe vil være nødvendig og forholdsmessig. Departementet sider dette slik i punkt 5.4:

*«Som vist over i punkt 5.2 flg., er det etter departementets syn tvil om hvorvidt en forskrift som forbyr aktører med vesentlig markeds-makt å prisdiskriminere uten saklig grunn, slik Stortinget har skissert, vil oppfylle vilkårene i konkurranse-loven § 14. For det første er det spørsmål om slik prisdiskriminering har konkurransebegrensende virkninger i strid med lovens formål. Det kan dermed være vanskelig å forby slik adferd uten å stille krav om konkurransebegrensende virkninger, jf. også diskusjonen nedenfor i punkt 6 flg. om handlingsrommet i EØS-avtalen. For det andre, er det spørsmål om en forskrift om prisdiskriminering vil ha den ønskede og forventede effekten, slik at det kan stilles spørsmål om den er nødvendig og forholdsmessig.»*

NHO Mat og Drikke deler departementets synspunkter og baserer dette på Konkurransetilsynets kartlegginger av innkjøpsbetingelser og markedsforhold over tid, konklusjonen fra regjeringen Solbergs uavhengige utredning om prisdiskriminering i dagligvarebransjen og departementets vurderinger av konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet, slik denne gjengis i høringsnotatet.

#### 4.2 Forskriftsalternativ 2: forbud mot konkurransebegrensende prisdiskriminering

Forskriftsalternativ 2 reiser de samme problemstillingene knyttet til om inngrepet er nødvendig og forholdsmessig som drøftet ovenfor, og vurderingene av forskriftsalternativ 1 gjør seg også gjeldende i vurderingen av alternativ 2.

I likhet med forskriftsalternativ 1 er vurderingene i høringsnotatet av alternativ 2 basert på teoretiske og hypotetiske forutsetninger som ikke er knyttet opp mot konkrete eksempler på konkurranseskadelig atferd. Det er dermed et åpent spørsmål om innføring av forskriftsalternativ 2 gjør mer skade enn nytte på konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet. NHO Mat og Drikkes vurdering er at alternativ 2 hverken er nødvendig eller forholdsmessig i relasjon til kravene i konkurranseloven, eller at det er basert på empiri fra konkurranseskadelig atferd i markedet.

Forskriftsalternativ 2 inneholder i tillegg et vilkår om såkalte *aggregerte* virkninger for å kunne gjøre en vurdering av om det foregår konkurransebegrensende prisdiskriminering. Slik NHO Mat og Drikke forstår aggregerte virkninger i denne sammenhengen, er det ment å være summen av en dagligvaregrupperings innkjøpsbetingelser knyttet til flere enn ett produkt, og fra flere enn én produsent.

NHO Mat og Drikke mener forslaget om å basere en forskrift på aggregerte virkninger er meget problematisk. Etterlevelse av aggregerte virkninger forutsetter at produsenter som selger varer til de tre dagligvaregrupperingene, kjenner til sine konkurrenters kostander og priser. Det er viktig å understreke at matprodusentene og leverandørene til de tre dagligvaregrupperingene ikke har slike forutsetninger for å kjenne til sine konkurrenters konkurransesituasjon.

Slik NHO Mat og Drikke forstår beskrivelsen av aggregerte virkninger blir dette også problematisk i relasjon til konkurranselovens bestemmelser som ulovlig prissamarbeid. Utover de prinsipielle forholdene knyttet til nødvendighet og forholdsmessighet reiser forskriftsalternativ 2 dermed ytterligere prinsipielle spørsmål knyttet til etterlevelse, håndheving og privat håndheving som vi mener utelukkende vil bidra til rettslig usikkerhet.

## 5. Forholdet til EØS-avtalen.

NHO Mat og Drikke viser innledningsvis til det vedlagte notatet *Forskrift om forbud mot prisdiskriminering. Forholdet til EØS-reglene*, som Kvale har utarbeidet på vårt oppdrag. I notatet foretar Kvale en rettslige vurderinger av om Nærings- og fiskeridepartementets to alternative forslag til forskriftsregulering er forenlig med EØS-avtalen, EØS-konkurranseloven § 7 og de rettslige forpliktelsene som følger av disse.

Oppsummeringsvis anfører Kvale følgende:

*«Etter [Kvales] vurdering vil Alternativ 1 ikke la seg forene med EØS-konkurranseloven § 7 og Norges EØS-rettslige forpliktelser fordi den foreslåtte forskriften ikke regulerer foretaks "ensidige atferd", men avtaler mellom foretak, inkludert avtaler som kan være tillatt etter EØS-avtalen artikkel 53. [...]*

*Alternativ 2 er også problematisk. Med den utformingen forbudet har fått i forskriftsutkastet sikrer heller ikke dette alternativet at EØS-konkurranseloven § 7 og Norges EØS-rettslige forpliktelser overholdes. På samme måte som Alternativ 1 regulerer Alternativ 2 avtaler mellom foretak, inkludert avtaler som kan være tillatt etter EØS-avtalen artikkel 53, snarere enn foretaks "ensidige atferd". [...]*

*Videre er det EØS-rettslige grunnlaget som en forskrift må bygge på for å være forenlig med EØS-reglene, i beste fall usikkert. En forutsetning for at en slik forskrift skal være forenlig med EØS-reglene, er en tolkning av disse som står i et anstrengt forhold til ordlyden og rettspraksis fra EU-domstolen. [...]*

NHO Mat og Drikke stiller seg bak disse vurderingene, som utdypes i vedlagte notat, og har for øvrig følgende vurderinger:

EØS-avtalen er som kjent, en folkerettslig traktat som setter rammer for den nasjonale lovgivningen. EØS-konkurranseloven regulerer bl.a. forholdet mellom EØS-avtalen og konkurranse- og EFTAs overvåkningsorgans rolle i konkurransesaker, og er slik sett et rammeverk som setter de ytre rammer for nasjonal konkurranse- og lovgivning i forhold til EØS-avtalen. EØS-konkurranseloven § 7 innebærer at Norge ikke kan ha strengere regulering av avtaler mellom foretak enn det som følger av EØS-artikkel 53.

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

#### 5.1 *Forskriftsalternativ 1: Forbud mot usaklig prisdiskriminering og forholdet til EØS-avtalen*

NHO Mat og Drikke mener at forskriftsalternativ 1 ikke er forenlig med Norges EØS-rettslige forpliktelser. Dette synspunktet er basert på at alternativ 1 legger opp til å regulere avtaler mellom foretak som inngås etter forhandlinger. Departementet synes å reise tvil om dette i din drøftelse av forholdet til EØS-avtalen i kapittel seks i høringsnotatet. NHO Mat og Drikkes synspunkt er at avtalene mellom de tre dagligvaregrupperingene og mat- og drikkeprodusentene inngås etter reelle, men frivillige forhandlinger. Det er dermed ikke grunnlag for å hevde at avtaleinngåelse inngås etter ensidig atferd. Dette er nærmere utypet og beskrevet i vedlagte notat fra Kvale.

#### 5.2 *Forskriftsalternativ 2: Forbud mot konkurransebegrensende prisdiskriminering og forholdet til EØS-avtalen*

Forskriftsalternativ 2 reiser de samme problemstillingene i forhold til Norges EØS-rettslige forpliktelser som beskrevet ovenfor i punkt 4 og 4.1. Alternativ 2 regulerer avtaler fremforhandlet mellom parter i markedet. Forskriftsalternativ 2 har et krav om at konkurransemyndighetene må påvise en mulig konkurranseskade i konkrete saker hvor dette forskriftsalternativet eventuelt kommer til anvendelse. Dette alternativet regulerer likevel avtaler som inngås frivillig mellom partene i markedet etter forhandlinger, og ikke ensidige handlinger som er et krav i EØS-retten. Dette er nærmere utypet og beskrevet i vedlagte notat fra Kvale.

### 6. **Kommentarer til forskriftsutkastene.**

NHO Mat og Drikkes mener at ingen av de to foreslåtte forskriftsalternativene oppfyller vilkårene som nødvendige og forholdsmessige for å anvende til forskriftshjemmelen i § 14. Dette er begrunnet og utypet ovenfor.

NHO Mat og Drikke mener uavhengig av dette at utkastene til forskriftstekster er basert på uklare definisjoner og avgrensinger som gjør omfanget uklart. Kommentarene nedenfor gjelder både alternativ 1 og alternativ 2.

### 6.1 *Mangelfulle definisjoner og avgrensninger i forskriftutkastene.*

Under § 1 *Forskriftens anvendelsesområde* er det uklart hva som menes med «verdikjeden for mat og dagligvarer». Det må avklares om dette gjelder for alle aktører som omsetter dagligvarer, inkludert storkjøkken, kiosker og bensinstasjoner (KBS) og såkalte «dollar stores» som bl.a. Europris AS m.fl. som har dagligvarer som en viktig del av sortimentet. Innenfor KBS-segmentet er for eksempel NorgesGruppen og Reitan Retail AS dominerende aktører, både gjennom direkte eierskap og gjennom grossist- og distribusjonsavtaler. Tilsvarende har NorgesGruppens og Reitan Retail's dominans i KBS-markedet stor betydning for maktkonsentrasjonen på detaljistleddet i dagligvaresektoren.

Under § 2 *Definisjoner* er det uklart om forskriftstekstene tar høyde for maktkonsentrasjonen i dagligvaremarkedet. De tre største foretakene i markedet er de tre dagligvaregrupperingene NorgesGruppen, Coop og Reitan Retail, som kontrollerer nærmere 97 prosent av detaljistleddet. I tillegg kontrollerer disse nærmere 100 prosent av grossist- og distribusjonstjenestene i dagligvaremarkedet. Sistnevnte kommer til syne ved at de to selvstendige dagligvareaktørene Bunnpris AS og Oda Norway AS er avhengig av et grossistsamarbeid med h.h.v. NorgesGruppen og Reitan Retail. Bunnpris er i tillegg avhengig av NorgesGruppens distribusjonstjenester.

De tre dagligvaregrupperingens maktkonsentrasjon i verdikjeden for mat- og dagligvarer, både samlet og hver for seg, har vesentlig større betydning enn konsentrasjon på leverandørleddet. Gjennom sin innkjøpsstyrke setter dagligvaregrupperingene betingelsene for produksjon og verdiskapingen på leverandørleddet. Dagligvaregrupperingenes innkjøpsstyrke og dominerende posisjon, og dermed evne til å sette innkjøpsbetingelser må reflekteres i forskriftsteksten.

Dagligvaregrupperingens dominerende posisjon og innkjøpsstyrke gjør at ulikhetene mellom dem får stor betydning. De tre grupperingene har ulike strategier og forretningsmodeller som påvirker kommersielle valg og investeringsbeslutninger. Dette har igjen har betydning for grupperingens kostnads- og priskalkyler. De tre grupperingene har i tillegg hver sin type standardkontrakter som leverandørene må forholde seg til om de ønsker å komme inn i sortimentet i alle tre grupperingene. Ulikheter i grupperingens standardkontrakter har videre betydning for prissettingen på leverandørens produkter når de går inn i dagligvaregrupperingens grossist- og distribusjonssystemer. Dette er forhold som har stor betydning for dagligvaregrupperingens innkjøpspriser, som må reflekteres i en forskriftstekst hvis den skal gi et minimum av rettslig sikkerhet.

Et selvstendig punkt under § 2 *Definisjoner* er forskriftstekstenes begrepsbruk. Begrepene *vesentlig markedsrett* og *relativ markedsrett* er lite kjent, om ikke helt ukjent, i norsk konkurranselovgivning. Det er videre på bakgrunn av de begrensede utredningene av de foreslåtte terskelverdiene i høringsnotatet, ikke mulige å vurdere om terskelverdiene reflekterer reelle forhold i markedet. Som pekt på innledningsvis er det betydelig internasjonal konkurranse i det norske markedet. Utredning av terskelverdier for *vesentlig markedsrett* og *relativ markedsrett* må nødvendigvis ta innover seg den helhetlige konkurranse- og markedssituasjonen. NHO Mat og Drikke mener disse begrepene ikke kan brukes dersom forskriften er ment å gi rettslig sikkerhet og forutberegnelighet.

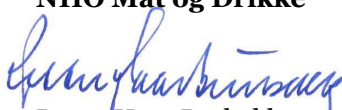
### 6.2 *Mangelfulle vurdering av de økonomiske og administrative konsekvensene av forskriftutkastene for næringslivet.*

I høringsnotatet er det en kortfattet gjennomgang av de samfunnsøkonomiske virkningene samt økonomiske og administrative konsekvenser for h.h.v. det offentlige og for næringslivet av de skisserte reguleringene.

NHO Mat og Drikke finner slik det fremgår ovenfor, at departementets vurdering av de økonomiske og administrative konsekvensene for næringslivet er mangelfull. Dette gjelder både den skisserte reguleringen i seg selv, men ikke minst når reguleringen sees i sammenheng med Stortingets målsetninger for og ulike vedtak om, konkurransesituasjonen i dagligvaresektoren.

NHO Mat og Drikke mener oppsummeringsvis at den skisserte reguleringen høyst sannsynlig vil ha negative konsekvenser for prisene forbrukerne møter i dagligvarehandelen, og at reguleringen vil resultere i uopprettelige strukturelle endringer i verdikjeden for mat og drikke.

Med vennlig hilsen  
**NHO Mat og Drikke**



Petter Haas Brubakk  
Administrerende direktør

Vedlegg:

1. Notat fra Kvale Advokatfirma DA datert 29. november 2022. *Forskrift om forbud mot prisdiskriminering: Utvalgte rettslige spørsmål.*
2. Notat fra Kvale Advokatfirma DA datert 29. november 2022. *Forskrift om forbud mot prisdiskriminering: Forholdet til EØS-reglene.*
3. Brev fra NHO Mat og Drikke til Konkurransetilsynet datert 2. april 2019 *Metode for sammenlikning av innkjøpspriser til dagligvarekjedene.*

---

<sup>1</sup> Oslo Economics og Oeconomica DA. *Etableringshindringer i dagligvaresektoren*. 2017.

<sup>2</sup> Innst. 185 S (2020–2021) Innstilling fra Stortingets næringskomité om Meld. St. 27 (2019-2029) *Daglegvare og konkurranse – kampen om kundane*.

<sup>3</sup> Innst. 322 S (2021-2022) Innstilling fra Stortingets næringskomité om representantforslag [...] om å begrense maktkonsentrasjonen i norsk dagligvare.

<sup>4</sup> Oslo Economics og Oeconomica DA. 2017.

<sup>5</sup> Prop. 1 S (2022-2023) *Statsbudsjettet 2023*. Nærings- og fiskeridepartementets budsjettproposisjon. Side 45.

<sup>6</sup> Rapport datert 17. januar 2020 fra regjeringsoppnevnt arbeidsgruppe for å gi råd om hvorvidt det skal innføres restriksjoner på hvor store forskjeller det kan være i dagligvarekjedenes innkjøpspriser.

<sup>7</sup> Rapport datert 17. januar 2020 fra regjeringsoppnevnt arbeidsgruppe.

<sup>8</sup> Innst. 185 S.

<sup>9</sup> Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) *Om lov om konkurranse [...] EØS-avtalens konkurranseregler m.v. (EØS-konkurranseloven)* og NOU 2012:7 *Mer effektiv konkurranselov punkt 11.2.*

# KVALE

## NOTAT

Til: NHO Mat og Drikke  
Fra: Kvale Advokatfirma DA v/Maria Esbensen og Kristin Hjelmaas Valla  
Ansvarlig advokat: Kristin Hjelmaas Valla  
Dato: 29. november 2022  
Vedrørende: **Forskrift om forbud mot prisdiskriminering: Utvalgte rettslige spørsmål**

## Innhold

1	INNLEDNING OG MANDAT .....	1
2	OPPSUMMERING .....	2
3	KONKURRANSELOVEN § 14 HJEMLER NEPPE EN FORSKRIFT MED ET SLIKT INNHOLD SOM FORESLÅTT I HØRINGSNOTATET .....	3
3.1	Innledning og oppsummering.....	3
3.2	Forskriften må være nødvendig for å regulere en <i>pågående praksis</i> som er <i>egnet til å begrense konkurransen</i> – det er ikke vurdert om en slik praksis faktisk foreligger .....	3
3.3	Prisdifferensiering og ulike innkjøpsbetingelser er ikke <i>på generelt grunnlag</i> "egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål" .....	5
3.4	De foreslåtte forskriftene er ikke "nødvendig[e] for å fremme konkurransen i markedet" og oppfyller heller ikke kravet til forholdsmessighet .....	7
3.4.1	Departementets ønske om, og begrunnelse for, endring er ikke tilstrekkelig for å begrunne at vilkåret om nødvendighet etter § 14 er oppfylt.....	7
3.4.2	De foreslåtte forskriftsalternativene er ikke forholdsmessige og derfor heller ikke nødvendige for å fremme konkurransen.....	9
4	ALTERNATIV 2 OG VILKÅRET OM AGGREGERTE VIRKNINGER ER PROBLEMATISK....	10
4.1	Alternativ 2 reiser praktiske problemstillinger som må utredes og avklares.....	10
4.2	Problemer knyttet til privat håndheving av Alternativ 2 .....	11
4.3	Problemer knyttet til Konkurransetilsynets håndheving av Alternativ 2 .....	11

## 1 INNLEDNING OG MANDAT

Nærings- og fiskeridepartementet ("departementet") har sendt på høring spørsmål om hvorvidt det skal innføres en forskrift i medhold av konkurranseloven § 14 som forbyr usaklige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer ("høringsnotatet"). Kvale Advokatfirma DA har fått i oppdrag av NHO Mat og Drikke å kommentere på ulike aspekter ved høringsnotatet. I notatet her drøfter vi (i) om konkurranseloven § 14 gir tilstrekkelig hjemmel til den foreslåtte forskriften, og (ii) problemstillinger knyttet til aggregerte virkninger i forskriftsalternativ 2.<sup>1</sup>

Det er foreslått to alternative forskrifter. "Alternativ 1" forbyr leverandører med vesentlig markedsrett å prisdifferensiere ved likeverdige ytelser dersom det ikke foreligger saklig grunn. "Alternativ 2" oppstiller i tillegg et vilkår om at forskjellene i innkjøpsbetingelser begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen. Etter Alternativ 2 skal man også kunne vektlegge aggregerte

<sup>1</sup> Forholdet til EØS-reglene er behandlet i et separat notat til NHO Mat og Drikke.

virksomheter av prisdiskriminering i vurderingen av om innkjøpsbetingelsene er egnet til å begrense konkurransen.

Når det gjelder hjemmelsgrunnlaget i konkurranseloven § 14, drøfter departementet i høringsnotatet om prisdiskriminering generelt er egnet til å skade konkurransen, og om den foreslåtte forskriften er nødvendig og forholdsmessig. Generelt synes konklusjonene i høringsnotatet å være at det er usikkert om disse vilkårene er oppfylt. Vi deler denne usikkerheten og utdyper dette nærmere i punkt 3 nedenfor. I punkt 4 gir vi en oversikt over enkelte praktiske problemstillinger knyttet til Alternativ 2, som vi mener bør vurderes nærmere før et slikt alternativ eventuelt blir innført.

## 2 OPPSUMMERING

Etter vår vurdering er det tvilsomt om konkurranseloven § 14 gir hjemmel til en forskrift som foreslått. Det skyldes bl.a. følgende forhold:

- Lovens forarbeider forutsetter at det foreligger en pågående praksis som er egnet til å begrense konkurransen og som det er nødvendig å regulere. Etter det vi er kjent med, er det ikke påvist at det foreligger en praksis med usaklig prisdiskriminering i dagligvaremarkedet.
- Konkurransbegrensningskriteriet synes ikke oppfylt. Dette fremstår klart for Alternativ 1, men også for Alternativ 2 er det tvilsomt om det er oppfylt.
- De foreslåtte forskriftsalternativene fremstår verken som nødvendige eller forholdsmessige.

Alternativ 2 og forslaget om at det kan tas hensyn til aggregerte virkninger fremstår svært problematisk fra et rettsikkerhetshensyn og reiser en rekke praktiske utfordringer som ikke er utredet, herunder:

- Dersom det skal kunne legges vekt på aggregerte virkninger vil det være umulig for en leverandør å ta stilling til om vedkommende bryter forbudet ettersom det beror på innkjøpspriser i andre leverandørers avtaler med kjedene som leverandøren ikke har kunnskap om, og heller ikke kan få kunnskap om uten å bryte konkurranseloven § 10
- Ordningen vil potensielt gi flere private tvister / mer privat håndheving. Det er uklart hvordan gjennomføringen av bevisfremlegg skal gjøres i en sivil sak om håndheving av en forskrift etter Alternativ 2 med aggregerte virkninger. Dette må etter vår vurdering utredes nærmere.
- I henhold til forskriftsforslagene skal innkjøpsbetingelser i strid med det foreslåtte forbudet ikke ha rettsvirkninger, jf. § 4 annet ledd. Det er uklart hvordan denne bestemmelsen skal få anvendelse når det gjelder eventuell konkurranseskade som følge av aggregerte virkninger. Skal en kjede kunne anføre at de mener betingelsene i deres avtale med leverandøren er i strid med forbudet og derfor ikke gyldige? Hvilke vilkår skal i så fall gjelde? Dette er ikke drøftet i høringsnotatet, og må vurderes nærmere av hensyn til partenes forutberegnelighet.
- Det vil være praktiske utfordringer knyttet til tilsynets håndheving av en slik forskrift dersom det skal kunne legges vekt på aggregerte virkninger. En part vil kanskje ikke kunne få fullt innsyn siden andres priser vil være konkurransesensitiv informasjon, og man vil da bli fratatt retten til kontradiksjon.
- Videre er det utfordrende å se hva et vedtak fra tilsynet eventuelt skulle gå ut på dersom det skal kunne legges vekt på aggregerte virkninger.

### 3 KONKURRANSELOVEN § 14 HJEMLER NEPPE EN FORSKRIFT MED ET SLIKT INNHOLD SOM FORESLÅTT I HØRINGSNOTATET

#### 3.1 Innledning og oppsummering

Forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14 lyder:

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

Spørsmålene som må vurderes og besvares bekreftende, er (i) om en eller begge forskriftsalternativer kan ansees å være "nødvendig for å fremme konkurranse" i dagligvaremarkedet, og (ii) om praksisen det gripes inn mot "begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål".

Vi mener disse vilkårene ikke er oppfylt. Dette kan i hovedsak begrunnes i følgende tre forhold (som vil bli utdypet i det videre):

- For det første forutsetter lovens forarbeider at det foreligger en *pågående* praksis som er egnet til å begrense konkurransen og som det er nødvendig å regulere.<sup>2</sup> Etter det vi er kjent med, er det *ikke* påvist at det foreligger en praksis med *usaklig* prisdiskriminering i dagligvaremarkedet, endog mindre at det foreligger en slik praksis i en slik utstrekning at det er nødvendig å regulere dette særskilt. Dette utdypes i punkt 3.2 nedenfor.
- For det andre fremstår det som tvilsomt at konkurransebegrensningskriteriet i § 14 er oppfylt. Dette utdypes i avsnitt 3.3.
- For det tredje synes heller ikke kravet om at forskriften må være "nødvendig for å fremme konkurransen" å være oppfylt. De foreslåtte forskriftsalternativene fremstår verken nødvendige eller forholdsmessige. Dette utdypes nærmere i avsnitt 3.4.

#### 3.2 Forskriften må være nødvendig for å regulere en *pågående praksis* som er egnet til å begrense konkurransen – det er ikke vurdert om en slik praksis faktisk foreligger

Som nevnt i høringsnotatet, er det klart forutsatt i forarbeidene at § 14 er ment brukt i markeder "der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende" uten at forbudene i § 10 og 11 kommer til anvendelse, eller der det er vanskelig å bevise at forbudene brytes. Forarbeidene nevner spesifikt at dette kan gjelde salgsvilkår som hindrer nye aktører i å komme inn på markedet, eller lojalitetsordninger som hindrer kundene i å bytte mellom ulike leverandører. Videre forutsetter forarbeidene at bestemmelsen kan brukes i markeder der et foretak overtrer § 11 og flere andre foretak benytter samme konkurransebegrensende forretningsmetoder uten å rammes av § 11 fordi de ikke har en dominerende posisjon i markedet.<sup>3</sup>

Det fremgår følgelig av lovforarbeidene at § 14 er ment brukt for å gripe inn "der det har utviklet seg en praksis" som er egnet til å begrense konkurransen. Etter forarbeidene er det ikke tilstrekkelig at en type praksis teoretisk og generelt vil kunne begrense konkurransen i fremtiden. Paragraf 14 gir ikke hjemmel for en slags forebyggende forskrift. Etter vår vurdering kreves det at en forskrift er nødvendig for å løse en *underliggende og eksisterende praksis* som er egnet til å begrense konkurransen.

<sup>2</sup> Se [Ot.prp.nr. 6 \(2003-2004\)](#) og [NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov punkt 11.2.](#)

<sup>3</sup> Se [Ot.prp.nr. 6 \(2003-2004\) side 228](#) og punkt 6.6.8.



Det har lenge vært hevdet, og det fremgår også gjennom Konkurransetilsynets undersøkelser av innkjøpspriser i dagligvaremarkedet i 2019 og 2020,<sup>4</sup> at NorgesGruppen ofte oppnår lavere innkjøpspriser fra leverandørene enn de to andre ledende dagligvarekjedene. At det foreligger visse forskjeller i innkjøpsbetingelser kan muligens karakteriseres som en form for eksisterende praksis. Basert på tilsynets praksis er imidlertid ikke bildet helt entydig. Vi viser bl.a. til tilsynets andre rapport om forskjeller i innkjøpsbetingelser fra oktober 2020 der tilsynet bl.a. uttaler følgende:<sup>5</sup>

*Kartleggingen av prisforskjeller i årene 2018 og 2019 bekrefter i stor grad hovedresultatene fra 2017-beregningene. Samlet sett er forskjellene på om lag det samme nivået alle årene, men for enkelte leverandører er det relativt stor variasjon fra år til år. Uavhengig av fremgangsmåte, reduseres forskjellene for noen leverandører, mens de økes for andre. Jevnt over er det samlet sett ikke store endringer i forskjellene i innkjøpsbetingelser mellom Norgesgruppen og de andre dagligvarekjedene når vi sammenligner 2018 og 2019 med 2017. Det avdekkes ingen klare sammenhenger mellom karakteristika ved leverandørene og om forskjellene har økt eller blitt redusert, og det er ikke alltid slik at alle leverandørene endrer forskjellene i innkjøpsbetingelser på samme måte fra 2017 til 2018, som fra 2018 til 2019. Det er få, om noen, tydelige trender i hvordan forskjellene i innkjøpsbetingelser utvikler seg annet enn at forskjellene i innkjøpsbetingelser totalt sett, for de 16 kartlagte leverandørene, er et relativt stabilt. (Våre understrekninger)*

Funnet fra Konkurransetilsynet, med variasjoner fra år til år for den enkelte leverandør og ingen klare sammenhenger mellom karakteristika ved leverandørene og om forskjellene har økt eller blitt redusert, indikerer at innkjøpsbetingelsene er resultat av forhandlinger, og er ikke en indikasjon på en praksis med usaklig prisdifferensiering. Det er følgelig ikke tegn til at en eventuell praksis der NorgesGruppen oppnår bedre betingelser, utgjør en slik praksis som de foreslåtte forskriftshjemlene er ment å regulere. Det forskriften er ment å regulere, er en praksis med *usaklig* prisdiskriminering, og ikke prisdifferensiering som sådan (dvs. uavhengig av om den er saklig begrunnet eller ikke).

Når det gjelder årsaker til prisforskjeller, er det så vidt vi vet ingen undersøkelser som sier at forskjeller skyldes *usaklig* forskjellsbehandling. Snarere kan Konkurransetilsynets funn, som gjengitt ovenfor, tilsi at prisforskjeller er begrunnet i alminnelig konkurranse og forhandling.

Vi viser i denne sammenheng også til Dagligvaretilsynets *Undersøkelse om samarbeidsklime i dagligvaremarkedet* fra 2022.<sup>6</sup> Det følger av denne at NorgesGruppen generelt sett ansees som en bedre forhandlingsmotpart enn de to andre kjedene, og at NorgesGruppen scorer høyere enn de andre kjedene på de fleste kategorier, herunder redelighet, forutberegnelighet og lojalitet, samt hvorvidt kjeden oppfylder leverandørens forventninger i etterkant av inngått avtale. Dette er relevante og saklige forhold som påvirker forhandlingsklime og risikoberegninger, og som indikerer at det neppe foreligger en omfattende praksis med *usaklig* prisdifferensiering.

For at vilkårene i forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14 skal være oppfylt, må man kunne vise at det foreligger en eksisterende praksis med *usaklig* prisdiskriminering. En slik vurdering og konklusjon foreligger ikke.

---

<sup>4</sup> Konkurransetilsynet har gjennomført flere undersøkelser av innkjøpsprisene i dagligvaremarkedet, fra 2018 og frem til 2020. Se bl.a. [Rapport 2019 – Kartlegging av innkjøpsbetingelser i norsk dagligvaresektor](#) og [Rapport 2020 – Kartlegging av innkjøpsbetingelser i norsk dagligvaresektor: undersøkelser av betingelser for 2018 og 2019](#).

<sup>5</sup> Konkurransetilsynets "Kartlegging av innkjøpsbetingelser i norsk dagligvaresektor", [rapport fra oktober 2020](#).

<sup>6</sup> Dagligvaretilsynet presenterte undersøkelsen på Dagligvareleverandørenes høstmøte 20. oktober 2022: <https://static1.squarespace.com/static/5fd73298fdb39c21462627c9/t/635106f0b5b64707d03bc490/1666254578076/Unders%C3%B8kelse+om+samarbeidsklime+2022.pdf>

Konkurransetilsynet har tatt til orde for at det er viktig å kartlegge årsaker til forskjeller, nettopp for å avdekke om eventuelle forskjeller har saklige grunner eller ikke.<sup>7</sup> Tilsynet er også i gang med å kartlegge dette.<sup>8</sup> Det naturlige vil da være å avvente funnene fra disse undersøkelsene.

Det synes således ikke å foreligge undersøkelser som konkluderer med at det i dag foreligger noen praksis med *usaklig* prisdiskriminering i dagligvaremarkedet. Ei heller er vi kjent med undersøkelser som konkluderer med at en slik praksis er *årsaken* til svak konkurranse i dagligvaremarkedet i dag.

Det er da vanskelig å konkludere med at dagens praksis er egnet til å være konkurransebegrensende slik konkurranseloven § 14 krever.

Mangelen på kjente årsaker til mulige prisforskjeller skinner også gjennom i høringsnotatet, særlig ved gjennomgangen i punkt 5.2 av mulige virkninger på konkurransen som følge av prisdiskriminering, samt drøftelsene i punkt 5.3 av nødvendigheten av en regulering. I punkt 5.2.2.2 om langsiktige virkninger på konkurransen beskrives gjennomgående *potensielle* kortvarige og langvarige, eller aggregerte, virkninger på konkurransen fremover i tid. Det er ingen beskrivelser av at slike virkninger *har* materialisert seg, eller at forholdene ligger til rette for at de *kan* materialisere seg.

For at konkurranseloven § 14 skal hjemle de foreslåtte alternative forbudene må det følgelig vurderes og konkluderes spesifikt på om eksisterende forskjeller i innkjøpsbetingelser skyldes en *usaklig* og ubegrunnet diskriminering og, hvis det er tilfellet, om denne diskrimineringen generelt kan sies å være "egnet" til å begrense konkurransen. Dersom svaret på en slik vurdering er nei, vil vilkårene for en forskrift etter § 14 neppe være oppfylt.

Vi viser i denne sammenheng også til uttalelsen i Dagligvaremeldingen hvor departementet uttrykker følgende:<sup>9</sup>

*Årsaker til at det oppstår skilnader i innkjøpspriser kan ha noko å seie for korleis konkurransen og forbrukarane blir påverka av skilnadene, og korleis eit forbod mot å gje ulike innkjøpspriser vil påverke forbrukarvelferda. Det er difor viktig å finne årsaker til desse skilnadene før ein vurderer eit eventuelt forbod. (Vår understrekning.)*

### **3.3 Prisdifferensiering og ulike innkjøpsbetingelser er ikke på generelt grunnlag "egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål"**

I høringsnotatets punkt 5.2, hvor egnethetsvilkåret vurderes påpekes innledningsvis at prisdiskriminering kan ha både positive og negative virkninger for konkurransen. Høringsnotatet drøfter deretter kortsiktige og langsiktige virkninger samt aggregerte virkninger på konkurransen mellom dagligvarekjeder. I tillegg pekes det på mulige langsiktige virkninger i konkurransen mellom leverandører. Det konkluderes med at prisdiskriminering, "under visse betingelser og særlig på lengre sikt", kan begrense konkurransen i dagligvaremarkedet og dermed være uheldig for forbrukere. Som det korrekt påpekes av departementet i oppsummeringen til punkt 5.2, vil det bero på en "konkret vurdering av markedsforholdene" om prisdifferensiering vil ha positive eller negative virkninger.

At prisdifferensiering og ulike innkjøpsbetingelser kan være positive for konkurransen og derigjennom bidrar til effektiv bruk av samfunnets ressurser i tråd med konkurranseloven § 1,

<sup>7</sup> Se blant annet internt notat til departementet, datert 19. mai 2022, vedrørende behov for nye virkemidler for å bedre konkurransen i dagligvaremarkedet. Konkurransetilsynet gir uttrykk for at kartlegging av årsaken til forskjeller er sentralt blant annet for å fastsette hvorvidt en atferd er / kan være konkurransebegrensende.

<sup>8</sup> [Konkurransetilsynet påla i september 2021, åtte leverandører å gi begrunnelse for eventuelle forskjeller i prisene de tilbyr dagligvarekjedene.](#)

<sup>9</sup> [Meld. St. 27 \(2019-2020\)](#) punkt 5.2.4.

fremgår bl.a. av Konkurransetilsynets nylige veileder om temaet.<sup>10</sup> Dette tilsier i seg selv at egnethetsvilkåret ikke kan være oppfylt

En konklusjonen om at prisdiskriminering generelt er negativt for konkurransen i dagligvaremarkedet forutsetter samtidig at differensierte innkjøpsbetingelser ikke er egnet til å fremme konkurransen i dagligvaremarkedet. Det siste er det heller ikke grunnlag for å hevde. Snarere fremstår det som klart at prisdifferensiering kan være konkurransefremmende, herunder i dagligvaremarkedet. Da er det vanskelig å komme til en konklusjon at prisdiskriminering på generelt grunnlag er negativt for konkurransen i dette markedet.

Vi viser også til at konkurranselovens § 1 sier at lovens formål er "å fremme konkurranse for derigjennom bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser". Videre skal det ved anvendelsen av konkurranseloven "tas særlig hensyn til forbrukernes interesser". Det følger av blant annet NOU 2012: 7 at man her skal ta utgangspunkt i en konsumentvelferdsstandard.

Det klare utgangspunktet er at forhandlinger mellom leverandører og kjeder om innkjøpspriser er til gunst for forbruker. Man er også avhengig av slike forhandlinger for å fremme sunne konkurranseforhold på både leverandør- og kjedeledet.

Generelt sett er prisdifferensiering og ulike innkjøpsbetingelser lovlig i dag, og det er også samfunnsøkonomisk gunstig. Normalt kommer forbrukeren bedre ut dersom kjedene konkurrerer for å få best mulig innkjøpsbetingelser. En praksis hvor forholdet mellom leverandører og kjeder er preget av forhandling, er følgelig i tråd med en konsumentvelferdsstandard etter lovens § 1.

I vurderingen av om vilkåret for å vedta en forskrift er oppfylt, må man derfor også ta hensyn til de positive virkningene som muligheter for prisdifferensiering kan ha på konkurransen.

Når det gjelder forskriftsalternativ 1, uttrykker departementet selv en usikkerhet knyttet til om vilkårene i konkurranseloven § 14 vil være oppfylt. Vi mener denne usikkerheten er riktig og berettiget. Konkurranseloven § 14 krever som nevnt at praksisen som forbyr, må være egnet til å begrense konkurransen. Alternativ 1 forbyr på generelt grunnlag all usaklig prisdifferensiering uavhengig av om differensieringen har negative eller positive virkninger på konkurransen, eller er nøytral. Etter vår oppfatning favner dette for vidt, og Alternativ 1 kan derfor ikke forankres i forskriftshjemmelen. Et slikt forbud lar seg ikke forene med formålet med § 14 som er å fremme konkurransen ved å gi hjemmel for å forby *konkurranseskadelig* atferd.

Loven krever som nevnt at praksis som skal reguleres gjennom forskrift med hjemmel i § 14, må være egnet til å begrense konkurransen. Som det fremgår ovenfor, er det ikke grunnlag for å konkludere på generelt grunnlag at det foreligger en prisdifferensiering i det norske markedet som er egnet til å påvirke konkurransen negativt.

At det må foretas en konkret vurdering for å ta stilling til om prisdifferensiering vil ha positive eller negative virkninger, tilsier dessuten at man bør være varsom med å vedta et generelt forbud, men heller falle ned på gjeldende forbud i konkurranseloven som krever en konkret vurdering. Alternativt at loven endres slik at Konkurransetilsynet får kompetanse til å vedta konkurransefremmende tiltak gjennom såkalte markedsetterforskningsverktøy som høringsnotatet forespeiler at det vil komme et eget høringsnotat om.

---

<sup>10</sup> Se [Konkurransetilsynets veileder om prisdiskriminering](#) punkt 4.3.2. Det vises også til internt notat til departementet, datert 19. mai 2022, vedrørende behov for nye virkemidler for å bedre konkurransen i dagligvaremarkedet. Konkurransetilsynet har flere steder fremholdt at prisdifferensiering kan ha konkurransefremmende effekter.

### **3.4 De foreslåtte forskriftene er ikke "nødvendig[e] for å fremme konkurransen i markedet" og oppfyller heller ikke kravet til forholdsmessighet**

#### **3.4.1 Departementets ønske om, og begrunnelse for, endring er ikke tilstrekkelig for å begrunne at vilkåret om nødvendighet etter § 14 er oppfylt**

##### **3.4.1.1 Innledende om vilkåret og departementets konklusjon**

For å anvende konkurranseloven § 14, må den foreslåtte forskriften være "nødvendig" for å regulere den aktuelle atferden og for å "fremme konkurransen i markedene".

De foreslåtte forskriftene må følgelig være egnet til å bedre konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet, og denne bedringen må vanskelig kunne oppnås gjennom eksisterende lovgivning eller mindre inngripende tiltak.

Departementet konkluderer med at det er usikkert om en forskrift som forbyr prisdiskriminering, har den ønskede og forventede effekten. Departementet stiller derfor spørsmål ved om forskriften er nødvendig og forholdsmessig. Vi deler denne usikkerheten og drøfter dette nærmere nedenfor.

##### **3.4.1.2 Det mangler erfaringsgrunnlag som viser behov for en mer effektiv håndheving**

Departementet synes å begrunne behovet for endringer med at nåværende regler ikke gir tilstrekkelig effektiv håndheving. Herunder peker de på utfordringer ved å bevise at aktører har en dominerende stilling.

De foreslåtte alternativene har likhetstrekk med konkurranseloven § 10 første ledd bokstav d om avtaler som består i å "anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser, og derved stille dem ugunstigere i konkurransen". En tilsvarende bestemmelse, rettet mot utilbørlig utnyttelse av markedsmakt, finnes i konkurranseloven § 11 annet ledd bokstav c. Departementet foreslår imidlertid at forbudet skal omfatte en større krets av foretak enn § 11 ved at grensen for når man skal anses å inneha en vesentlig markedsposisjon settes lavere enn kravet om en dominerende stilling.

Utsagnene kan forstås som at det er mangel på effektiv håndheving i dag, og at dette blant annet skyldes at terskelen for når § 11 kan anvendes er for høy. Vi viser bl.a. til at departementet uttaler at en forskrift som ikke stiller krav til dominerende stilling, men i stedet benytter en lavere terskel, vil "kunne gi en mer effektiv håndheving". Det konkretiseres imidlertid ikke hva som er "nødvendig" for å håndheve på en *mer* effektiv måte enn eksisterende lovgivning legger opp til og muliggjør.

Der det eksisterer en praksis som er egnet til å begrense konkurransen, og som i de fleste tilfeller faktisk også begrenser konkurransen, kan konkurransesituasjonen endres til det bedre hvis en forskrift sørger for at en slik konkurransebegrensende praksis endres. Men der det snarere er tale om en *potensiell* og *fremtidig* konkurranseskade, vil en forskrift på det meste være et virkemiddel for å *reducere muligheten* for at skaden materialiserer seg.

Dersom nåværende bestemmelser ikke er tilstrekkelig effektive til å håndheve konkurransereglene på prisdiskriminering, burde det foreligge flere henleggelses saker som følge av en vanskelig bevissituasjon. Det gjør det, etter det vi kjenner til, ikke. Det er bare én kjent etterforsknings sak innen dagligvaresektoren om prisdifferensiering, og Konkurransetilsynets uttalelser i denne saken synes å indikere at tilsynet konkluderte med at det forelå saklig begrunnede prisforskjeller som i utgangspunktet tjener forbrukeren.

Konkurransetilsynet etterforsket i perioden 2019–2021 leverandørene Lilleborg (Orkla) og Mondelez samt NorgesGruppen. Konkurransetilsynets mistanke om overtredelse av konkurransereglene var knyttet til at Norgesgruppen fikk bedre innkjøpsbetingelser fra Orkla og

Mondelez enn det de konkurrerende kjedene fikk.<sup>11</sup> Konkurransetilsynet fant ikke grunnlag for å gå videre med saken og uttalte i den forbindelse at tilsynet hadde "vurdert om det er snakk om ulike vilkår for likeverdige ytelser, om ulikhetene begrenser konkurransen, og om dette i så fall skyldes et konkurransebegrensende samarbeid eller et misbruk av dominerende stilling". Videre uttalte tidligere konkurransedirektør, på generelt grunnlag, i en pressemelding i saken at:

*Prisforskjellene oppstår som resultat av forhandlinger, og tøffe forhandlinger mellom leverandører og kjeder kan gi kjedene lavere innkjøpspriser og dermed mulighet for lavere priser ut til forbrukerne. Det vil i utgangspunktet tjene kundene, selv når det blir store forskjeller mellom kjedene. Derfor er det ikke noe generelt forbud mot ulike innkjøpspriser.*

Uttalelsene tilsier at tilsynet ikke fant grunnlag for å si at prisforskjellene baserte seg på noe annet enn tøffe forhandlinger mellom leverandør og kjeder. Det er vanskelig å tolke uttalelsene fra tilsynet som grunnlag for at det var for vanskelig å bevise om partenes atferd var omfattet av konkurranseloven § 10 eller § 11. Fravær av saker og uttalelser fra konkurransemyndighetene tilsier derfor ikke at det er nødvendig med en særregulering for å få en "mer effektiv håndheving".

Vi stiller også spørsmålstegn ved hvorvidt en redusert terskel for når leverandører omfattes av regelverket, i seg selv gjør at regelverket blir mer effektivt å håndheve.

Forskriften foreslår å definere vesentlig markedsrett som aktører med markedsandel på 40 prosent eller mer, mens dominans først presumeres ved en markedsandel på 50 prosent. Dermed vil terskelen for når det vil være forbudt med prisdifferensiering senkes. Som tidligere nevnt, mener vi det er uklart om konkurranseproblemer i dagligvaresektoren overhodet kan tilskrives en praksis med usaklig forskjellsbehandling. Uansett synes det ikke å være holdepunkter for å si at differensierte innkjøpsbetingelser hovedsakelig skyldes usaklig forskjellsbehandling gjennomført av leverandører med en markedsandel mellom 40 og 50 prosent. Det synes derfor vanskelig å si at det er "nødvendig" å innføre en forskrift for å regulere denne gruppen leverandører særskilt.

### **3.4.1.3 Det er ikke "nødvendig" å gi veiledning gjennom en forskrift**

Høringsnotatet viser til at det under gjeldende regelverk kan være vanskelig å sammenlikne innkjøpsvilkår, fordi partene forhandler langs en rekke parametere. Det uttales at det vil "kunne være vanskelig på en tilstrekkelig robust måte å fastslå hva nettopprisen per produkt er, ettersom flere av disse forhandlingsparametere ikke uten videre lar seg kvantifisere eller sammenligne helt presist". Departementet fremhever at en forskrift kan være nødvendig for å "tydelig definere hva som skal sammenlignes" for å gjøre vurderingen klarere.

Det er positivt at departementet anerkjenner at det kan være vanskelig for aktører å vite hvilke parametere og faktorer som er mer eller mindre relevante når de skal vurdere egen atferd. Det er videre positivt at departementet ønsker å gi tydeligere veiledning og presisering, som aktørene kan dra nytte av. Det er imidlertid ikke nødvendig å gi slike presiseringer gjennom en forskrift. En naturlig måte å gjøre regelverket tydeligere på er normalt gjennom veiledning. I en offentlig veiledning kan man presisere og definere hvilke parametere og faktorer som skal sammenliknes og vurderes. Konkurransetilsynet publiserte nylig ut en veileder om prisdiskriminering (juli 2022).<sup>12</sup> Denne veilederen kan oppdateres og bearbeides slik at den inkluderer flere av de momentene departementet fremhever. Etter vår vurdering, er behovet for veiledning derfor ikke et relevant argument for i nødvendighetsvurderingen.

<sup>11</sup> Se [Konkurransetilsynets pressemelding om henleggelse av saken, datert 16. juni 2021](#).

<sup>12</sup> Se [Konkurransetilsynets pressemelding om ny veileder om prisdiskriminering fra juli 2022](#) og selve [Veilederen](#).

#### **3.4.1.4 En forskrift som foreslått treffer ikke det underliggende problemet om høye etableringsbarrierer**

Det fremgår av høringsnotatet at bakgrunnen for forslaget er høye etableringsbarrierer i dagligvaremarkedet. Det vises bl.a. til rapporten fra Oslo Economics og Oeconomica fra 2017 der stordriftsfordeler i innkjøp ble trukket frem som en viktig etableringshindring. En underliggende tanke synes å være at en utjevning av innkjøpskostnader vil gjøre det enklere for *nye* aktører å etablere seg. Dette nevner departementet spesifikt som en fordel ved å innføre forskriften, jf. også avsnitt 3.4.2 nedenfor.

Dersom bakgrunnen og formålet er å legge til rette for nyetableringer, fremstår forslaget som lite målrettet. Hvis formålet var å avbøte høye etableringshindringer ville det være naturlig å begrense en forskrift til dette, for eksempel ved at et forbud mot usaklig prisdiskriminering gjøres gjeldende kun overfor *nye* aktører, og for en begrenset periode.

Vi har ikke gjort en nærmere vurdering av dette. Poenget er å belyse muligheten for at mer målrettede tiltak kan være bedre egnet, og dermed i større grad "nødvendig" i henhold til § 14 for å avbøte den konkurransesvakheten som er konstatert og som debatten om prisdiskriminering springer ut av. Det synes uansett klart at et generelt forbud, som foreslått, ikke kan begrunnes i behovet for å redusere etableringshindringer i dagligvaremarkedet.

#### **3.4.2 De foreslåtte forskriftsalternativene er ikke forholdsmessige og derfor heller ikke nødvendige for å fremme konkurransen**

Som departementet korrekt påpeker, må en forskrift være forholdsmessig. Forholdsmessighetsvurderingen er også en del av vurderingen av om reguleringen er "nødvendig for å fremme konkurransen", jf. konkurranseloven § 14. Departementet viser til at fordelene med å vedta forskriften må overstige ulempene. Departementet konkluderer med at det er usikkert om vilkåret er oppfylt. Også på dette punktet er vi enige med departementet, og vi mener at ulempene ved å innføre en slik forskrift klart overstiger eventuelle fordeler.

Nedenfor kommenteres noen av fordelene og ulempene departementet selv har vist til, men vi vil også trekke frem enkelte andre momenter vi mener er relevante og bør vektlegges i denne vurderingen.

Ulempene ved å innføre de foreslåtte forskriftsalternativene er betydelige og mange. Departementet nevner en rekke sentrale momenter, blant annet:

- Inngrep i partenes avtalefrihet som er et sentralt prinsipp i norsk rett
- Kostnader for private aktører
- Risiko for at kjeder får mindre insentiver til å presse leverandører på pris
- Risiko for at leverandørene får mindre insentiver til å gi rabatter til kjedene
- Risiko for at forbudet rammer prisdiskriminering som er positiv på konkurransen, og for at mindre effektive aktører beskyttes. Dette vil igjen kunne gi økte priser for forbruker
- Forbud som innebærer at bedrifter tilpasser seg markedet mindre effektivt, vil kunne få negative konsekvenser for den samlede verdiskapningen i norsk økonomi

De fire siste momentene retter seg direkte mot konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet. Det synes å være en ikke uvesentlig risiko for at et forbud, i sum, vil være negativt for konkurransen og lede til høyere priser for forbrukerne. Vi viser i denne sammenheng til erfaringen fra Frankrike, som er nevnt i høringsnotatet, hvor opphevelse av et liknende forbud medførte reduserte priser.

Ressursbruk er også en ikke uvesentlig negativ konsekvens av forskriftsforslaget. Dette gjelder både ressursbruk hos myndigheter og domstolene ved håndhevingen av forskriften og

ressursbruk hos private aktører for å sikre eventuell rapportering og for å følge opp eventuell privat håndhevelse.

Høringsnotatet punkt 10 nevner økt ressursbruk hos Konkurransetilsynet, Konkurransklagenemnda og domstoler, samt i næringslivet. Dette er også påpekt av Konkurransetilsynet i tilsynets interne notat til departementet.<sup>13</sup> Vi mener dette er en vesentlig faktor i vurderingen av om forskriften kan sies å være forholdsmessig. Konsekvensene kan bli uheldige, blant annet fordi:

- Økt ressursbruk hos Konkurransetilsynet kan gå utover håndheving av konkurranseloven i andre markeder og gi mindre ressurser til andre oppgaver.
- Krevende vurderinger, med fokus på konkret faktum, herunder saklighet og verdi av konkrete motytelser istedenfor konkurransevirkninger, vil legge beslag på betydelige ressurser.
- Opplysningsplikt og begrunnelsesplikt for aktører vil medføre betydelig ressursbruk i næringslivet samt hos Konkurransetilsynet.

Også Alternativ 2 vil medføre spesifikke og betydelige ulemper. Alternativ 2 omfatter som nevnt muligheten til å inkludere *aggregerte* virkninger i vurderingen av konkurranseskade. Det vil innebære at forutberegneligheten for leverandørene blir betydelig svekket. En forskrift i tråd med Alternativ 2 gjør det umulig for leverandører å vite hvorvidt deres praksis utgjør et brudd på forskriften. Det vil også medføre store praktiske konsekvenser for privat og offentlig håndheving, jf. punkt 4 nedenfor.

Departementet peker på to mulige fordeler ved et forskriften:

- Forskriften kan bidra til styrket konkurranse, og til at forbrukerne kan komme bedre ut.
- Utjevning av innkjøpskostnader kan bidra til reduserte etableringshindringer og derved også økt konkurranse mellom dagligvarekjeder.

Det knytter seg vesentlig usikkerhet til begge disse momentene. Når det gjelder reduserte etableringshindringer, viser vi til at departementet selv peker på at også andre etableringshindringer i dagligvaremarkedet kan føre til at aktører i praksis ikke vil etablere seg. Det er altså stor usikkerhet knyttet til om forskriften vil få den tilsiktede virkningen. Videre mener vi andre virkemidler/forskrifter kan og bør vurderes for å direkte avbøte etableringshindringer mer direkte. For eksempel kan man tenke seg at en forskrift som i større grad retter seg direkte mot nyetableringer, i større grad vil oppfylle kravene i lovens § 14, jf. også vår kommentar til dette i punkt 3.4.1 ovenfor. Alternativt at det innføres et konkurranseverktøy som det kommer egen høring om.

Basert på mulige ulemper og fordeler er det vanskelig å se hvordan fordelene ved forskriftsalternativene kan være større enn ulempene. Vi mener kravet til forholdsmessighet i en forskrift ikke er oppfylt og dermed at forskriften, slik denne er foreslått, heller ikke oppfyller kravet til nødvendighet etter § 14.

## **4 ALTERNATIV 2 OG VILKÅRET OM AGGREGERTE VIRKNINGER ER PROBLEMATISK**

### **4.1 Alternativ 2 reiser praktiske problemstillinger som må utredes og avklares**

Alternativ 2 inkluderer som nevnt muligheten til å legge vekt på aggregerte virkninger i dagligvaremarkedet i vurderingen av om en innkjøpsbetingelse er konkurransebegrensende.

---

<sup>13</sup> Se blant annet internt notat til departementet, datert 19. mai 2022, vedrørende behov for nye virkemidler for å bedre konkurransen i dagligvaremarkedet, avsnitt 51, med tilsynets kommentarer til en eventuell forskrift for å kunne gripe inn mot konkurranseskadelig prisdiskriminering.

Departementet legger til grunn at det i noen tilfeller kan være vanskelig å treffe konkurranse-skadelig atferd med dagens regelverk ettersom et enkelt produkt kan utgjøre en liten andel av en dagligvarekjedes totale innkjøp. Det gjør at konkurranseskaden relatert til det enkelte produktet normalt blir svært begrenset. Dersom man kan ta utgangspunkt i aggregerte virkninger fra flere aktører, mener departementet at man bedre kan treffe uheldige virkninger i dagligvaremarkedet.

Etter vår vurdering er det store utfordringer knyttet til en slik regel som medfører at dette alternativet ikke kan gjennomføres, og uansett krever en mer omfattende vurdering og utredning.

Nedenfor peker vi på noen av momentene som vi mener må utredes og avklares for å kunne gjennomføre Alternativ 2.

#### **4.2 Problemer knyttet til privat håndheving av Alternativ 2**

Leverandøren vil ikke ha forutsetninger for å vite om vedkommende bryter forskriften dersom aggregerte virkninger skal kunne hensyntas. Dette vil potensielt gi mer uenighet og flere private tvister / mer privat håndheving.

I en sivil tvist gjelder prinsippet om fri bevisførsel. En part har plikt til å sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst, jf. blant annet tvisteloven § 21-4 og § 21-5.

Vi er usikre på hvordan gjennomføringen av bevisfremlegg skal gjøres i en sivil sak om håndheving av en forskrift etter Alternativ 2 med aggregerte virkninger. Dette må etter vår vurdering utredes nærmere. Vi er også usikre på hvordan en slik situasjon står seg med henblikk på konkurranselovens regler om blant annet informasjonsutveksling. Her er hovedregelen at enhver aktør skal fastsette sine egne priser uavhengig av hverandre.

I henhold til forskriftsforslagene skal innkjøpsbetingelser i strid med det foreslåtte forbudet ikke ha rettsvirkninger, jf. § 4 annet ledd. Det er uklart hvordan denne bestemmelsen skal få anvendelse når det gjelder eventuell konkurranseskade som følge av aggregerte virkninger. Skal en kjede kunne anføre at de mener betingelsene i deres avtale med leverandøren er i strid med forbudet og derfor ikke gyldige? Hvilke vilkår skal i så fall gjelde? Dette er ikke drøftet i notatet, men må vurderes nærmere av hensyn til partenes forutberegnelighet.

#### **4.3 Problemer knyttet til Konkurransetilsynets håndheving av Alternativ 2**

En dagligvarekjede kan eventuelt klage en leverandør inn til Konkurransetilsynet. Konkurransetilsynet kan velge å vurdere saken. Konkurransetilsynets første vurdering er om saken er av en slik karakter at tilsynet kan prioritere den. Normalt etterforsker ikke Konkurransetilsynet alle saker som blir meldt inn til dem. Tilsynet har begrenset kapasitet og må prioritere deretter.

Ettersom privat håndheving vanskelig kan gjennomføres, jf. punkt 4.2 ovenfor, er spørsmålet om tilsynet da må ha plikt til å håndheve alle, eller i hvert fall de fleste, slike saker hvis forbudet skal virke etter hensikten. Tilsynet må da prioritere sine ressurser til å etterforske noe nær ethvert spørsmål som oppstår etter forskriften, uavhengig av potensiell konkurranseskade.

Der Konkurransetilsynet finner pris/vilkår er konkurransebegrensende som følge av aggregerte virkninger i markedet, skal tilsynet ifølge høringsnotatet pålegge opphør etter konkurranseloven § 12. Leverandøren må da formentlig tilby en ny pris til kjeden. Det er uklart om Konkurransetilsynet vil måtte godkjenne denne og/eller på annen måte vurdere den nye prisen. Dette må utredes og klarlegges.

Spørsmålet blir bl.a. om Konkurransetilsynet skal ha en veiledningsplikt overfor leverandøren om hvilket prisnivå som vil være akseptabelt etter forskriften, samt hvor konkret Konkurransetilsynet skal være i sin veiledning. Leverandøren selv vil jo fortsatt ikke ha forutsetninger for å vite hvor lavt prisen må settes, og prisen vil potensielt bli satt som følge av ren gjetning. Leverandøren kan ikke regne med at prisen vil være lovlig så lenge de setter lik pris til alle



kjeder/aktører. Poenget er jo at den fastsatte prisen er ulovlig etter en sammenlikning med *andre* leverandørers priser.

Dersom Konkurransetilsynet ikke skal veilede, kan man ende opp med situasjoner hvor leverandøren gang på gang må justere prisen frem til tilsynet godkjenner. Dette fremstår som en lite praktisk løsning.

Konkurransetilsynet må dessuten potensielt sette av store ressurser til å følge opp slike saker, noe som igjen vil medføre økte kostnader for tilsynet. Dette kan i sin tur påvirke Konkurransetilsynets ressursbruk negativt innenfor andre viktige prioriteringsområder.

Dette er problemstillinger og spørsmål som vi mener ikke er belyst i høringsnotatet, og som bør vurderes før Alternativ 2 eventuelt kan gjennomføres. Disse forholdene tilsier etter vår vurdering at konkurransefremmende verktøy bør utredes nærmere som et alternativ til en forskrift.

\* \* \*

# KVALE

## NOTAT

Til: NHO Mat og Drikke  
Fra: Kvale Advokatfirma DA v/Gjermund Mathisen og Kristin Hjelmaas Valla  
Ansvarlig advokat: Kristin Hjelmaas Valla  
Dato: 29. november 2022  
Vedrørende: **Forskrift om forbud mot prisdiskriminering: Forholdet til EØS-reglene**

## Innhold

1	INNLEDNING .....	1
2	KONKLUSJONER – OVERSIKT .....	2
3	ALTERNATIV 1 STRIDER MOT BLA. REGELEN I EØS-KONKURRANSELOVEN § 7 ANNET LEDD FØRSTE PUNKTUM ("KONVERGENSREGELEN").....	3
3.1	Kjernen i alternativ 1: Utgangspunkter og kontekst av betydning for vurderingen.....	3
3.2	Selve kjernen i alternativ 1 strider mot konvergensregelen.....	4
3.3	Et krav om "relativ markedsrett" i stedet for "vesentlig markedsrett" sikrer ikke at konvergensregelen overholdes .....	7
3.4	At forbudet unntar tilfeller der det "foreligger en saklig grunn", sikrer ikke at konvergensregelen overholdes .....	7
3.5	Unntaket til fordel for mindre dagligvareaktører sikrer ikke at konvergensregelen overholdes.....	8
3.6	Unntaket for innkjøpsbetingelser som gir effektivitetsgevinster som kommer forbrukerne til gode, sikrer ikke at konvergensregelen overholdes .....	8
3.7	Oppsummert – unntakene og presiseringene sikrer hverken hver for seg eller samlet at konvergensregelen overholdes .....	8
4	HELLER IKKE ALTERNATIV 2 ER I OVERENSSTEMMELSE MED KONVERGENSREGELEN .....	8
5	SPØRSMÅL OM EN MER ELLER MINDRE "RESTRIKTIV" TOLKNING AV EØS-KONKURRANSELOVEN § 7 ANNET LEDD.....	10
6	FORHOLDET TIL EØS-KONKURRANSELOVEN § 7 FØRSTE LEDD OM SAMTIDIG ANVENDELSE AV EØS-KONKURRANSEREGLENE.....	11

## 1 INNLEDNING

NHO Mat og Drikke har bedt Kvale Advokatfirma DA vurdere hvorvidt det lar seg forene med EØS-konkurranseloven § 7 og de EØS-rettslige forpliktelsene som ligger til grunn for denne, å gi slike forskrifter om prisdiskriminering som Nærings- og Fiskeridepartementet ("departementet") har foreslått i høringsnotat av 25. oktober 2022 ("høringsnotatet").

Høringsnotatet inneholder to alternative forslag til regulering:

- Et forslag til forskrift om forbud mot at leverandører med vesentlig markedsrett prisdiskriminerer uten at det kan begrunnes saklig ("Alternativ 1"); og
- Et forslag til forskrift som forbyr usaklig prisdiskriminering dersom det er egnet til å ha negative virkninger på konkurransen ("Alternativ 2").

Begge alternativer er tenkt hjemlet i konkurranseloven § 14.<sup>1</sup>

Konkurranseloven § 15 fastslår at regler i "forskrifter etter § 14 gjelder med de begrensninger som følger av EØS-konkurranseloven § 7",<sup>2</sup> og som regulerer forholdet mellom norsk konkurranselovgivning og EØS-avtalen artikkel 53 (forbudet mot konkurransebegrensende avtaler) og artikkel 54 (forbudet mot misbruk av dominerende stilling). Etter EØS-konkurranseloven § 7 første ledd må EØS-avtalen artikkel 53/54 anvendes samtidig med norsk konkurranselovgivning så langt EØS-reglene gjelder. Etter § 7 annet ledd kan norsk konkurranselovgivning ikke forby avtaler mellom foretak som er tillatt etter EØS-avtalen artikkel 53, mens foretaks "ensidige atferd" kan reguleres strengere i norsk konkurranselovgivning enn det EØS-avtalen artikkel 54 gjør.

Sentrale deler av reglene i EØS-konkurranseloven § 7 følger allerede av EU-domstolens tolkning av TEUV artikkel 101, som i EØS-avtalen gjenspeiles i artikkel 53. Dermed legger også EØS-avtalen artikkel 53, som del av norsk rett med fortrinn fremfor annen norsk rett (jf. EØS-loven §§ 1 og 2), begrensninger på adgangen til å gi forskrifter etter konkurranseloven § 14. Det samme kan dessuten lojalitetsplikten etter EØS-avtalen artikkel 3 annet ledd gjøre. Også disse reglene vil derfor bli trukket inn i de nærmere vurderingene nedenfor.

Forskriftene som er foreslått i høringsnotatet, må altså være forenlige med disse EØS-reglene. Strider forskriftene mot EØS-reglene, kan ikke norske myndigheter vedta dem og sette dem i kraft. EØS-reglene fungerer på denne måten som harde skranker for hva de foreslåtte forskriftene kan gå ut på.

EØS-konkurransereglene gjelder bare der samhandelen mellom EØS-land kan bli påvirket av foretakenes opptreden. Uten hinder av EØS-reglene kan altså forskriftene gjøres gjeldende for tilfeller *uten slik samhandelspåvirkning*. Men terskelen for hva som anses å kunne ha samhandelspåvirkning er lav. En *potensiell* påvirkning på samhandelen mellom EØS-land er nok. Etter vår vurdering er det derfor vanskelig å forestille seg at tilfellene som tenkes regulert gjennom de foreslåtte forskriftene, går klar.<sup>3</sup> I hvert fall mener vi at anvendelsesområdet ville blitt så snevert, og de problematiske grensetilfellene så mange, at forskriftene ikke vil få sin tilsiktede virkning om man begrenser dem på denne måten.

## 2 KONKLUSJONER – OVERSIKT

Etter vår vurdering vil Alternativ 1 ikke la seg forene med EØS-konkurranseloven § 7 og Norges EØS-rettslige forpliktelser fordi den foreslåtte forskriften ikke regulerer foretaks "ensidige atferd", men *avtaler* mellom foretak, inkludert avtaler som kan være tillatt etter EØS-avtalen artikkel 53. Se nærmere punkt 3 nedenfor.

Alternativ 2 er også problematisk. Med den utformingen forbudet har fått i forskriftsutkastet sikrer heller ikke dette alternativet at EØS-konkurranseloven § 7 og Norges EØS-rettslige forpliktelser overholdes. På samme måte som Alternativ 1 regulerer Alternativ 2 *avtaler* mellom foretak, inkludert avtaler som kan være tillatt etter EØS-avtalen artikkel 53, snarere enn foretaks "ensidige atferd". Se punkt 4 nedenfor.

Videre er det EØS-rettslige grunnlaget som en forskrift må bygge på for å være forenlig med EØS-reglene, i beste fall usikkert. En forutsetning for at en slik forskrift skal være forenlig med EØS-reglene, er en tolkning av disse som står i et anstrengt forhold til ordlyden og rettspraksis fra EU-domstolen. Se nærmere punkt 5 nedenfor.

---

<sup>1</sup> Høringsnotatet s. 4. Vi har levert et annet notat som drøfter hvorvidt § 14 gir tilstrekkelig hjemmel.

<sup>2</sup> Det samme følger av EØS-konkurranseloven § 7 selv – og dessuten av § 10 i forskrift 21. desember 2011 nr. 1518 om gjennomføring av konkurransereglene i EØS-avtalen mv., som gir de tilsvarende bestemmelsene i ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 3 (som igjen tilsvarende forordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 3) virkning som forskrift.

<sup>3</sup> Jf. også Gjendemsjø og Oslo Economics, OE Rapport 2022-55, s. 24.

Begge forskriftsalternativer synes dessuten å være vanskelig anvendelige som grunnlag for inngrep fra Konkurransetilsynets side. Se punkt 3, 4 og 6 nedenfor.

### **3 ALTERNATIV 1 STRIDER MOT BL.A. REGELEN I EØS-KONKURRANSELOVEN § 7 ANNET LEDD FØRSTE PUNKTUM ("KONVERGENSREGELEN")**

#### **3.1 Kjernen i alternativ 1: Utgangspunkter og kontekst av betydning for vurderingen**

Kjernen i Alternativ 1 er forskriftsutkastet § 4:

*Det er forbudt for leverandører med vesentlig [/relativ] markedsrett å kreve ulike innkjøpsbetingelser for likeverdige ytelser dersom det ikke foreligger en saklig grunn. [...]*

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

Den foreslåtte reguleringen må forstås i sin faktiske kontekst før den kan vurderes mot EØS-konkurranseloven § 7.<sup>4</sup> En sentral del av denne konteksten beskriver departementet slik:<sup>5</sup>

*Dagligvarekjedene og leverandørene møtes til årlige forhandlinger, vanligvis på høsten. Da forhandler partene om hva som skal kjøpes inn og til hvilken pris. Innkjøpsprisene blir i stor grad forhandlet sentralt. [...]*

Det er altså klart at innkjøpsbetingelsene settes gjennom forhandlinger. Innkjøpsbetingelsene er en sentral del av avtalene som disse forhandlingene munner ut i.<sup>6</sup>

Alternativ 1 kan etter vår oppfatning vanskelig forstås som et forbud mot at en leverandør "krever" en innkjøpspris som et *forhandlingsutspill*. En naturlig tolkning er at forbudet først slår inn når prisen avtales. Ordlyden på dette punktet i første ledd er uklar, men poenget fremgår av annet ledd om at innkjøpsbetingelser som er forbudt, ikke skal ha noen rettsvirkning.<sup>7</sup> Innkjøpsbetingelsene gjelder ikke før de er avtales.

Skulle man legge til grunn en annen forståelse av forskriftsutkastets § 4 ville heller ikke § 3 alternativt annet ledd gi mening. Etter denne bestemmelsen skal leverandøren dokumentere til Konkurransetilsynet at ulikhetene er saklig begrunnet "innen X dager etter at kontrakt er inngått" (uthevet her). Denne bestemmelsen bygger nettopp på at det er "tidspunktet for kontraktsinngåelse" som er avgjørende.<sup>8</sup> Det er først på det tidspunktet at eventuelle ulikheter manifesterer seg. For en leverandør kan det også være vanskelig å vite sikkert, mens forhandlingene pågår, om en pris vil kunne være diskriminerende – ettersom leverandøren ennå ikke vet hva prisen vil bli i forhandlinger med andre aktører. Leverandørene møter ofte sterke motparter i forhandlingene,<sup>9</sup> og det er normalt om en leverandør må gi etter på flere punkter med ulike motparter sammenliknet med et første forhandlingsutspill.

---

<sup>4</sup> Vurderingene i det følgende er basert på hele forskriftsutkastet i høringsnotatet s. 54–56, og på høringsnotatet i sin helhet. Forskriftsutkastet inneholder en rekke ytterligere bestemmelser som skal inngå i Alternativ 1, blant annet bestemmelser om hva som skal anses som saklig grunn. Vi tar imidlertid utgangspunkt i selve kjernen i Alternativ 1, for så å drøfte betydningen av de relevante unntakene og presiseringene etter tur nedenfor.

<sup>5</sup> Høringsnotatet s. 12.

<sup>6</sup> Se også høringsnotatet s. 27 der departementet legger til grunn at forskriftsutkastet skal regulere innkjøpsbetingelser som kommer til uttrykk gjennom "leverandøravtaler" (uthevet her). Slik vi har oppfattet det, er det *kjedenes* standardavtaler som benyttes mellom leverandører og kjeder. Det fremstår derfor misvisende å omtale dette som "leverandøravtaler".

<sup>7</sup> Merk her også høringsnotatet s. 44 hvor departementet forklarer at dette (regelen i § 4 annet ledd) er "slik systemet også er etter konkurranseloven § 10 annet ledd", som nettopp gjelder avtaler.

<sup>8</sup> Høringsnotatet s. 43.

<sup>9</sup> Høringsnotatet s. 35.

Etter vår vurdering utgjør Alternativ 1 således *i realiteten et forbud mot fremforhandlede avtaler* med et visst innhold. Dette er viktig å ta med inn i vurderingen av forholdet til konvergensregelen som vi kommer til i punkt 3.2 nedenfor.

Slik Alternativ 1 er utformet er det ikke noe krav om at en prisdiskriminering må kunne henføres til misbruk av markedsrett. Særlig dersom terskelen skal være "vesentlig markedsrett", snarere enn "relativ markedsrett", rammes også avtaler som er blitt til etter reelle forhandlinger.<sup>10</sup> Dette står i motsetning til ensidige handlinger som rammes av EØS-avtalen artikkel 54 eller konkurranseloven § 11, og som eksempelvis består i "å påtvinge" (*imposing*) urimelige innkjøpspriser, eller i "å anvende" (*applying*) overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen.

Videre står det også i motsetning til hva som gjelder f.eks. i Tyskland og Finland hvor reglene som refereres i høringsnotatet, er regler om *misbruk* av markedsrett. Der er det da foretaks *utilbørlige utnyttelse* av sin markedsrett som er gjenstand for regulering.<sup>11</sup>

Endelig skal forbudet mot visse avtaler etter Alternativ 1 gjelde selv der avtalene ikke er konkurransebegrensende. Alternativ 1 krever således *ikke* at prisdiskrimineringen må være egnet til å ha negative virkninger på konkurransen. Følgelig vil også prisdiskriminering som nettopp ikke er egnet til å ha slike virkninger, kunne omfattes av forslaget.

### 3.2 Selve kjernen i alternativ 1 strider mot konvergensregelen

Alternativ 1 må vurderes opp mot regelen i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd første punktum ("konvergensregelen") i lys av ovennevnte kontekst. Bestemmelsen fastslår at:

*Anvendelsen av norsk konkurranselovgivning må ikke føre til forbud mot avtaler [...] som ikke begrenser konkurransen som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, eller som er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.*

For det første må Alternativ 1 klart nok anses som "norsk konkurranselovgivning". I alle tilfeller har vi med nasjonal konkurranserett å gjøre der anvendelsen av reglene er avhengig av at en part har en bestemt grad av markedsrett.<sup>12</sup> Det samme følger forutsetningsvis av konkurranseloven § 15. Alternativ 1 er tenkt hjemlet i § 14, og det skal håndheves av Konkurransetilsynet med formålet i konkurranseloven § 1 for øye.<sup>13</sup>

For det andre vil Alternativ 1 nettopp føre til *forbud mot avtaler*, jf. punkt 3.1 ovenfor. Professor Ronny Gjendemsjø og Oslo Economics anser også dette for klart.<sup>14</sup>

*Etter vårt syn er det ikke tvilsomt at den foreslåtte forskriften tar sikte på å regulere avtaler mellom foretak. Gjenstanden for reguleringen er innkjøpsvilkårene. Disse er et resultat av forhandlingene mellom leverandørene og dagligvarekjedene. Forhandlingene fører til enighet mellom foretakene, altså en avtale. Det er også verdt å understreke at om innholdet i avtalen er påvirket av at den ene avtaleparten har en større forhandlingsrett enn den andre parten, så er enigheten partene kommer frem til fortsatt en avtale.*

Riktignok gir EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd *annet* punktum anvisning på at det kan gis mer restriktiv nasjonal konkurranselovgivning som regulerer "foretaks ensidige atferd". Som

<sup>10</sup> Se motsetningsvis høringsnotatet s. 36, og se videre punkt 3.3 nedenfor.

<sup>11</sup> Vi bemerker for ordens skyld at det tidligere *franske* forbudet mot prisdiskriminering, som omtales i høringsnotatet punkt 7.1, tilsynelatende *ikke* utgjorde nasjonal *konkurranselovgivning*, jf. Hagelsteen-rapporten punkt 2.1, særlig s. 19.

<sup>12</sup> Jf. Dorothe Dalheimer m.fl., *EU-Kartellverfahrensverordnung* (Verlag C. H. Beck München 2005) s. 40, Rn. 24 i.f.

<sup>13</sup> Departementet inntar forutsetningsvis samme standpunkt i høringsnotatet s. 30–31.

<sup>14</sup> OE Rapport 2022-55 s. 23.

departementet er inne på,<sup>15</sup> nevner fortalen til forordning 1/2003 i avsnitt 8 *utilbørlig* utnyttelse av økonomisk avhengighet som eksempel på ensidig atferd. Dette tilsier at EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd *annet* punktum etter omstendighetene kan anvendes der avtalevilkår er "ensidig påtvunget" en avtalepart som står i et avtaleforhold til motparten.<sup>16</sup> Imidlertid kan det etter vår oppfatning ikke være tilstrekkelig at "forskjellsbehandlingen er et resultat av ujevn forhandlingsstyrke" slik departementet synes å gi uttrykk for.<sup>17</sup> Ujevn forhandlingsstyrke kan lede til forskjellsbehandling uten at den sterkere parten nødvendigvis har *misbrukt* eller *utilbørlig utnyttet* sin markedsrett og dermed har kunnet påtvinge sine betingelser, herunder innkjøpspriser.

Slik Alternativ 1 er utformet blir det uansett ikke avgjørende. For at unntaket i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd annet punktum skal komme til anvendelse, må forskriften regulere nettopp foretaks *ensidige* atferd. Etter vår vurdering er det ikke tilfelle her. Det er snarere *avtaler* som er gjenstand for regulering i den foreslåtte forskriften, jf. punkt 3.1 ovenfor.

Dermed blir det heller ikke avgjørende, slik departementet drøfter,<sup>18</sup> om det legges til grunn en mer eller mindre "restriktiv" tolkning av reglene i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd. Om forskjellen mellom en mer eller mindre restriktiv tolkning av disse reglene viser vi til de nærmere drøftelsene i punkt 5 nedenfor. Poenget her er at Alternativ 1 etter vår oppfatning ikke naturlig kan forstås på annen måte enn at det regulerer *avtaler*, jf. punkt 3.1 ovenfor. Dermed er det konvergensregelen i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd *første* punktum som kommer til anvendelse, ikke unntaket i annet punktum.

For det tredje omfatter forslaget avtaler som ikke begrenser konkurransen, jf. punkt 3.1 ovenfor. Forslaget innebærer altså at norsk konkurranselovgivning vil "føre til forbud mot avtaler [...] som ikke begrenser konkurransen", i strid med EØS-konkurranseloven § 7. Det er bare *konkurransbegrensede* avtaler som kan forbys gjennom konkurranselovgivningen, og forskriften vil nettopp utgjøre konkurranselovgivning (jf. ovenfor).

Konklusjonen blir dermed at selve kjernen i Alternativ 1 strider mot konvergensregelen. Med andre ord er Alternativ 1 uforenlig med EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd.

Videre vil Alternativ 1 også stride mot EØS-avtalen artikkel 53 som har fortrinn fremfor annen norsk lovgivning etter EØS-loven § 2. Det er fordi konvergensregelen i forordning 1/2003 artikkel 3 (og tilsvarende EØS-konkurranseloven § 7) bygger på EU-domstolens fortolkning av det som nå er TEUV artikkel 101 (tilsvarende EØS-avtalen artikkel 53). Allerede i 1969, i *Walt Wilhelm*-saken, slo EU-domstolen fast at nasjonale myndigheter kan "skride ind mod et kartel under anvendelse af national ret", *men bare for så vidt* "denne anvendelse af national ret ikke kan hæmme den uindskrænkede og ensartede anvendelse af fællesskabsretten og virkningerne af foranstaltningerne til dennes gennemførelse".<sup>19</sup> Dette innebærer at avtaler som er unntatt fra forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 etter bestemmelsene i artikkel 53 nr. 3, ikke kan forbys i nasjonal rett.

I *Giry og Guerlain*-saken uttrykte EU-domstolen det slik at "anvendelse af den nationale konkurrenceret kun kan tillades i det omfang, den ikke skader den ensartede anvendelse i hele

---

<sup>15</sup> Høringsnotatet s. 28.

<sup>16</sup> Høringsnotatet s. 29.

<sup>17</sup> Sml. høringsnotatet s. 30.

<sup>18</sup> Høringsnotatet s. 27–29.

<sup>19</sup> Sak 14/68 *Walt Wilhelm*, EU:C:1969:4, avsnitt 9. EU-domstolen tok det forbehold at en avvikende regel kunne gis i en forordning, men forordning 1/2003 er ikke ment å etablere noen slik avvikende regel, snarere var intensjonen å bygge på EU-domstolens fortolkning av TEUV artikkel 101.

fællesmarkedet af de fællesskabsretlige konkurrenceregler og den fulde virkning af de retsakter, der utstedes i henhold til disse regler".<sup>20</sup>

*Walt Wilhelm og Giry og Guerlain* ga ikke EU-domstolen foranledning til *uttrykkelig* å ta stilling til om det samme gjelder avtaler som omfattes av virkeområdet for TEUV artikkel 101, men som etter en konkret vurdering ikke er konkurransbegrensende, og *derfor* ikke er forbudt. Generaladvokat Tesauro klargjorde imidlertid dette i saken *Bundeskartellamt mot Volkswagen*:<sup>21</sup>

*Det fremgår med fornøden klarhed af de ovennævnte udtalelser fra Domstolen, at aftaler, der er omfattet af en fritagelse, allerede af denne grund ikke er undergivet de nationale myndigheders kontrol i den forstand, at de ikke kan forbyde dem.*

Og videre:<sup>22</sup>

*... såfremt Domstolen måtte komme til det resultat, at den omtvistede adfærd... konkret ikke udgør en trussel for konkurrencen [etter artikkel 101(1)], giver det sig selv, at en sådan bedømmelse vil have den samme virkning som en fritagelse, således at den nationale ret af de grunde, som jeg allerede har anført for så vidt angår de fritagne avtaler, ikke kan have beføjelse til at forbyde den pågældende adfærd.*

Konvergensregelen i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd første punktum dekker fortolkningen som EU-domstolen ga TEUV artikkel 101 i *Walt Wilhem og Giry og Guerlain*, med den fulle rekkevidden generaladvokat Tesauro fremholdt at fortolkningen må ha, i *Bundeskartellamt mot Volkswagen*.<sup>23</sup>

Tilsvarende gjelder i norsk rett på grunnlag av EØS-avtalen artikkel 53, jf. EØS-loven § 2. Det ble også uttrykt i forarbeidene til konkurranseloven og EØS-konkurranseloven:<sup>24</sup>

*Av EØS-loven § 2 følger at i tilfelle konflikt skal EØS-avtalens regler som gjennomført i norsk rett gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Det er følgelig en forutsetning for parallell anvendelse av konkurranseloven at dette ikke hindrer ensartet anvendelse og uinnskrenket virkning av EØS-avtalens konkurranseregler.*

Det samme kan videre hevdes å gjelde med støtte i EØS-avtalen artikkel 3 annet ledd, som krever at norske myndigheter skal "avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av denne avtales mål i fare". Etter rettspraksis innebærer denne regelen bl.a. at statene er "forpliktet til ikke ved national lovgivning at skade den ensartede anvendelse – i hele fællesmarkedet – af fællesskabsreglerne og den fulde virkning af de retsakter, som udstedes i henhold til disse regler, samt til ikke ved lov eller administrativt at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomheder gældende konkurrenceregler".<sup>25</sup>

På denne bakgrunnen er det etter vår vurdering klart at Alternativ 1 i utgangspunktet strider mot konvergensregelen og EØS-avtalen artikkel 53, jf. EØS-loven § 2, og antagelig også mot EØS-avtalen artikkel 3 annet ledd.

<sup>20</sup> Forente saker 253/78 og 1–3/79, *Giry og Guerlain*, EU:C:1980:188, avsnitt 16.

<sup>21</sup> Innstilling i sak C-266/93 *Bundeskartellamt mot Volkswagen*, EU:C:1995:172, avsnitt 49.

<sup>22</sup> Innstilling i sak C-266/93 *Bundeskartellamt mot Volkswagen*, EU:C:1995:172, avsnitt 58. Det var ikke nødvendig for EU-domstolen i sin dom i saken å ta uttrykkelig stilling til det spørsmålet Tesauro besvarte her. Se sak C-266/93 *Bundeskartellamt mot Volkswagen*, EU:C:1995:345, avsnitt 38.

<sup>23</sup> Jf. tilsvarende, uten henvisninger til rettspraksis, Dorothe Dalheimer m.fl., *EU-Kartellverfahrensverordnung* (Verlag C. H. Beck München 2005) s. 39–40, Rn. 20.

<sup>24</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 248 og tilsvarende s. 41, 208 og 228.

<sup>25</sup> Sak 231/83 *Cullet*, EU:C:1985:29, avsnitt 16 med videre henvisninger. Se også sak E-8/00 *LO* [2002] EFTA Ct. Rep. 114, avsnitt 40.

Etter vårt vurdering vil heller ikke de unntakene eller presiseringene som er foreslått, sikre at de EØS-rettslige kravene overholdes. For ordens skyld vurderer vi likevel disse forslagene nærmere i punkt 3.3 til 3.7 nedenfor.

### **3.3 Et krav om "relativ markedsrett" i stedet for "vesentlig markedsrett" sikrer ikke at konvergensregelen overholdes**

Et spørsmål er om Alternativ 1 ville være i overensstemmelse med konvergensregelen hvis det kreves at leverandøren har "relativ markedsrett" i stedet for "vesentlig markedsrett". Departementet synes å være inne på dette, etter inspirasjon fra tysk lovgivning.<sup>26</sup> Relativ markedsrett handler om økonomisk avhengighet. En leverandør har relativ markedsrett i relasjon til en grossist eller en dagligvarekjede dersom denne "er avhengig av leverandørens merkevarer, har få eller bare et bestemt antall alternative leverandører å velge mellom, eller dersom leverandøren står for mer enn en nærmere bestemt andel av en grossist/dagligvarekjedes innkjøp". Argumentet synes å være at:<sup>27</sup>

*Dersom inngangsvilkåret er økonomisk avhengighet, vil det kunne bidra til å sikre at ikke prisforskjeller som har vært gjenstand for reelle forhandlinger forbys. [...]*

Etter vår vurdering kan ikke dette argumentet bære en konklusjon som går ut på at Alternativ 1 er i overensstemmelse med konvergensregelen. Argumentet bygger på en form for presumsjon om at en avtale mellom en leverandør med relativ markedsrett og en grossist/dagligvarekjede ikke kan være resultat av reelle forhandlinger, eller en presumsjon om at leverandøren i en slik relasjon vil misbruke markedsretten. Men så lenge Alternativ 1 ikke krever at noe slikt misbruk skal ha funnet sted, er det stadig avtaler som reguleres. Dermed er det stadig konvergensregelen i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd *første* punktum, om avtaler, som kommer til anvendelse, ikke unntaket i § 7 annet ledd *annet* punktum som gjelder ensidig atferd. Alternativ 1 vil også her ramme avtaler som er et resultat av forhandlinger der leverandøren har vært bevisst på sin markedsrett og har unnlatt å misbruke den. Med andre ord må forslaget holdes opp mot § 7 andre ledd *første* punktum som forbyr strengere regulering enn EØS-avtalen artikkel 53.

Videre vil Alternativ 1 stadig ramme avtaler som ikke er konkurransebegrensende. Et krav om relativ markedsrett i stedet for vesentlig markedsrett endrer ikke på det. Konvergensregelen innebærer som nevnt at slike avtaler ikke kan forbys. Det er bare *konkurransebegrensede* avtaler som kan forbys gjennom konkurranselovgeving.

En slik presisering sikrer dermed ikke at konvergensregelen overholdes.

### **3.4 At forbudet unntar tilfeller der det "foreligger en saklig grunn", sikrer ikke at konvergensregelen overholdes**

Kravet om "en saklig grunn" endrer ikke det faktum at det er avtaler som reguleres. Dermed er det stadig konvergensregelen i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd *første* punktum, om avtaler, som kommer til anvendelse, ikke unntaket i § 7 annet ledd *annet* punktum som gjelder ensidig atferd. Vi drøfter dette nærmere i punkt 3.1 og 3.2 ovenfor, hvor poenget er at Alternativ 1 er gitt en innretning som gjør at det nettopp er *avtaler* mellom aktørene i dagligvarekjeden som forbys, snarere enn et foretaks utilbørlige utnyttelse av sin markedsrett overfor et annet foretak.

Videre omfattes stadig avtaler som ikke er konkurransebegrensende (Alternativ 1). Det synes å være en gjennomgående forutsetning i høringsnotatet at det her ligger en vesentlig forskjell mellom Alternativ 1 og Alternativ 2 (se videre om sistnevnte i punkt 4 nedenfor). Konvergensregelen innebærer som nevnt at det ikke kan oppstilles nasjonale forbud mot avtaler som ikke er

---

<sup>26</sup> Høringsnotatet s. 35-36.

<sup>27</sup> Høringsnotatet s. 36.



konkurransbegrensende. Det er bare *konkurransbegrensede* avtaler som kan forbys gjennom konkurranselovgivning.

Kravet sikrer dermed ikke at konvergensregelen overholdes.

### **3.5 Unntaket til fordel for mindre dagligvareaktører sikrer ikke at konvergensregelen overholdes**

Departementet synes å foreslå en "safe harbour" i forskriftsutkastet § 4 tredje ledd, for gunstige vilkår i avtaler med mindre kunder. Hensikten er formentlig å sikre at konkurransbegrensningskriteriet i EØS-konkurranseloven § 7 ivaretas.

Etter vår vurdering vil imidlertid ikke en slik "safe harbour" være tilstrekkelig. For vurderingen opp mot konvergensregelen er det ikke avgjørende at "lavere innkjøpspriser til en relativt liten aktør neppe vil begrense konkurransen".<sup>28</sup> Det er ikke utelukkende der grossisten eller dagligvarekjeden er relativt liten, at lavere innkjøpspriser kan måtte anses for ikke å være konkurransbegrensende. Dermed sikrer heller ikke dette unntaket at konvergensregelen overholdes.

### **3.6 Unntaket for innkjøpsbetingelser som gir effektivitetsgevinster som kommer forbrukerne til gode, sikrer ikke at konvergensregelen overholdes**

Det alternative unntaket i forskriftsutkastet § 4 fjerde ledd skal unnta avtaler om innkjøpsbetingelser som gir effektivitetsgevinster som kommer forbrukerne til gode. Etter vår vurdering vil ikke et slikt unntak sikre at avtaler som i utgangspunktet ikke er konkurransbegrensende unntas fra forbudets virkeområde. Det tjener bare til å sikre at avtaler som *er* konkurransbegrensende, kan unntas etter samme logikk som i konkurranseloven § 10 tredje ledd.

Dermed sikrer heller ikke dette unntaket at konvergensregelen overholdes.

### **3.7 Oppsummert – unntakene og presiseringene sikrer hverken hver for seg eller samlet at konvergensregelen overholdes**

Som vi har vært inne på, vil ikke unntakene og presiseringene som er drøftet ovenfor, hver for seg sikre at konvergensregelen overholdes. Etter vår vurdering vil heller ikke alle unntakene og presiseringene samlet sett (dvs. dersom de gjennomføres alle sammen), etter vår vurdering ha den virkningen.

Unntakene og presiseringene løser ikke de grunnleggende utfordringene ved at Alternativ 1 nettopp forbyr *avtaler*, inkludert avtaler *som ikke er konkurransbegrensende*. Det sikres ikke at avtaler "som ikke begrenser konkurransen som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, eller som er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3", unntas fra forbudets virkeområde. Dermed tilfredsstilles ikke kravene i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd første punktum.

## **4 HELLER IKKE ALTERNATIV 2 ER I OVERENSSTEMMELSE MED KONVERGENSREGELEN**

I Alternativ 2 består det samme grunnleggende problemet som under Alternativ 1: Det er *avtaler* fremforhandlet mellom foretak som forbys. Alternativ 2 skiller seg ikke fra Alternativ 1 i så henseende. Dermed gjelder konvergensregelen. Unntaket i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd *annet* punktum for foretaks "ensidige atferd" får derfor ikke anvendelse. Vi viser til punkt 3.1 og 3.2 ovenfor for en nærmere redegjørelse.

---

<sup>28</sup> Høringsnotatet s. 45.

Kjernen i Alternativ 2 er forskriftsutkastet § 4:

*Det er forbudt for leverandører med vesentlig [/relativ] markedsrett å kreve ulike innkjøpsbetingelser for likeverdige ytelser dersom det ikke foreligger en saklig grunn [...] og 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. Det kan også legges vekt på aggregerte virkninger av prisdiskriminering for konkurransen i dagligvaremarkedet.*

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

Alternativ 2 skiller seg fra Alternativ 1 i hovedsak ved at det kreves en mulig konkurranseskade. Vi antar intensjonen har vært å unnta avtaler "som ikke begrenser konkurransen som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1".<sup>29</sup>

Det er imidlertid ikke klart fra forskriftsteksten at bestemmelsen må tolkes i samsvar med EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og en eventuell utvikling i rettspraksis fra EU-domstolene i Luxembourg. Allerede her ligger en viss spenning i forhold til konvergensregelen fordi det skaper usikkerhet om hvorvidt Alternativ 2 vil unnta alle avtaler som ikke er konkurransebegrensende i EØS-avtalens forstand.

Et tilleggselement er bestemmelsen i § 4 annet ledd annet punktum om at det kan legges vekt på "aggregerte virkninger" av prisdiskriminering. Departementet skriver at Konkurransetilsynet på dette grunnlaget skal kunne "se på uavhengige leverandøravtaler i sammenheng".<sup>30</sup> Med dette elementet fremstår Alternativ 2 som enda mindre rettet mot ensidig atferd enn Alternativ 1, i hvert fall sett fra den enkelte leverandørens ståsted. Etter Alternativ 2 må jo et foretak vurdere "om egne innkjøpsbetingelser, sett i sammenheng med andre innkjøpsbetingelser i markedet, er egnet til å begrense konkurransen og dermed er ulovlige." Én ting er at foretaket som regel ikke vet, og heller ikke bør vite, hvilke andre innkjøpsbetingelser som finnes i markedet. En annen ting er at foretakets innkjøpsbetingelser i en inngått avtale, senere kan bli ulovlige ved at andre aktører i markedet endrer sine innkjøpsbetingelser.

En ytterligere utfordring med Alternativ 2 er at det heller ikke er presisert at avtaler som er omfattet av gruppeunntak som er innlemmet i EØS-avtalen, skal unntas fra forbudets virkeområde. Dette synes nødvendig for at Alternativ 2 skal være i overensstemmelse med konvergensregelen, ettersom EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd første punktum uttrykkelig krever at avtaler som er omfattet av gruppeunntak, ikke forbys.

Etter Alternativ 1 § 4 fjerde ledd unntas avtaler som gir effektivitetsgevinster som forbrukere sikres en rimelig andel av. Et parallelt unntak er ikke tatt inn i Alternativ 2. En slik regel skal sikre at avtaler som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen art. 53 nr. 3 direkte (avtaler med tilstrekkelige effektivitetsgevinster, men som ikke omfattes av et gruppeunntak), unntas fra forbudsregelen. Konvergensregelen krever uttrykkelig at slike avtaler ikke forbys etter nasjonal konkurranselovgivning. Når dette unntaket ikke er tatt med i Alternativ 2, så medfører også det at konvergensregelen ikke overholdes.

Oppsummert, og basert på ovenstående, vil heller ikke Alternativ 2 sikre oppfyllelse av Norges EØS-rettslige forpliktelser.

---

<sup>29</sup> Se høringsnotatet s. 46.

<sup>30</sup> Høringsnotatet s. 46.

## 5 SPØRSMÅL OM EN MER ELLER MINDRE "RESTRIKTIV" TOLKNING AV EØS-KONKURRANSELOVEN § 7 ANNET LEDD

Departementet drøfter i høringsnotatet punkt 6.2 skillet mellom anvendelsesområdet for konvergensregelen i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd *første* punktum og unntaket for foretaks "ensidige atferd" i *annet* punktum. Dette er en viktig drøftelse for å fastlegge det EØS-rettslige grunnlaget for begge forskriftsalternativer.

Det departementet refererer til som en "restriktiv" tolkning, er en tolkning som innebærer at unntaket kun gjelder for tilfeller av "ren" ensidig atferd, det vil si foretaks atferd som ikke manifesterer seg i en avtale. En *mindre* restriktiv tolkning beskriver departementet som en tolkning som gjør det mulig *også* å regulere "en del tilfeller som oppfyller avtalevilkåret i § 10 / artikkel 53", som ensidig atferd.<sup>31</sup> Som vi fremholder i punkt 3.2 og punkt 4, jf. punkt 3.2 ovenfor, taler mye for at Alternativ 1 og Alternativ 2 strider mot konvergensregelen uavhengig av om EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd gis en mer eller mindre restriktiv fortolkning. Det er fordi både Alternativ 1 og Alternativ 2 naturlig må forstås slik at de regulerer *avtaler*, ikke ensidig atferd som også får uttrykk i avtaler. Drøftelsene i det følgende er dermed subsidiære i den forstand at de gjelder en tenkt forskrift som ikke direkte regulerer avtaler, men snarere *ensidig atferd* som i sin tur manifesterer seg i avtaler. En slik tenkt forskrift er avhengig av at EØS-konkurranseloven kan gis en *mindre* restriktiv fortolkning. En *mer* restriktiv tolkning utelukker forbud mot alt annet enn "ren" ensidig atferd.

Vi bemerker først at en *mer* restriktiv tolkning i betydningen ovenfor utvilsomt utgjør et *sikrere* grunnlag for nasjonal konkurranselovgivning. Dess mindre restriktiv tolkning som må legges til grunn for forskriften, dess høyere er risikoen for at forskriften ikke er EØS-rettslig holdbar.<sup>32</sup>

Men også sett bort fra den *risikoen* som følger med en mindre restriktiv tolkning, har en mer restriktiv tolkning etter vår oppfatning de beste grunner for seg. Som departementet helt riktig fremhever, taler særlig ordlyden i EØS-konkurranseloven § 7 for en slik tolkning.<sup>33</sup>

Videre viser vi til drøftelsene av forholdet til rettspraksis i punkt 3.2 ovenfor. Som vi fremholder der, dekker konvergensregelen fortolkningen som EU-domstolen ga TEUV artikkel 101 i *Walt Wilhelm* og *Giry og Guerlain*, med den fulle rekkevidden generaladvokat Tesauro fremholdt at fortolkningen må ha, i *Bundeskartellamt mot Volkswagen*.<sup>34</sup> En "mindre restriktiv" fortolkning av EØS-konkurranseloven § 7 lar seg vanskelig forene med dette.

Tilsvarende har også fått uttrykk i juridisk litteratur, f.eks. i Dalheimer m.fl., som konkluderer med at avtaler i TEUV artikkel 101s forstand alltid faller under konvergensregelen (§ 7 annet ledd *første* punktum) og ikke under unntaket for ensidig atferd (§ 7 annet ledd *annet* punktum).<sup>35</sup> Professor Ronny Gjendemsjø og Oslo Economics ser det på samme måte:<sup>36</sup>

*Avgrensningen av hva som kan reguleres i EØS-konkurranseloven § 7, går mot ensidig atferd. Dette er ikke det samme som en avgrensning mellom EØS-avtalen artikkel 53 og 54 ... Det innebærer at dersom en skulle mene at avtalen eller avtaletypen man ønsker å regulere innebærer et misbruk av en dominerende stilling... så åpner ikke EØS-kon-*

<sup>31</sup> Høringsnotatet s. 28.

<sup>32</sup> Jf. også Gjendemsjøs utredning for departementet, datert 20.01.2017, s. 3: "dette er en usikker tolkning".

<sup>33</sup> Høringsnotatet s. 28.

<sup>34</sup> Sak 14/68 *Walt Wilhelm*, EU:C:1969:4; forente saker 253/78 og 1-3/79, *Giry og Guerlain*, EU:C:1980:188; og innstilling i sak C-266/93 *Bundeskartellamt mot Volkswagen*, EU:C:1995:172.

<sup>35</sup> Dorothe Dalheimer m.fl., *EU-Kartellverfahrensverordnung* (Verlag C. H. Beck München 2005) s. 39, Rn. 17 (uthevet i original): "Für die Anwendung der Ausnahme in Abs. 2 Satz 2 kommt es auf die **Abgrenzung** zwischen **Vereinbarungen** im Sinne von Satz 1 einerseits und **einseitige Handlungen** im Sinne von Satz 2 andererseits an. Die Beurteilung von Vereinbarung im Sinne von Art. 81 EGV unterliegt **stets** der Konvergenzregel."

<sup>36</sup> OE Rapport 2022-55 s. 23.

*kurranseloven § 7 for en slik regulering dersom gjenstanden for reguleringen er en avtale. Avtaler som begrenser konkurransen kan være i strid med både EØS-avtalen artikkel 53 og 54, slik som for eksempel eksklusivitetsavtaler. Det at atferden også er omfattet av EØS-avtalen artikkel 54 åpner imidlertid ikke for at man kan regulere atferden strengere i nasjonal rett, dersom atferden er en avtale i henhold til EØS-avtalen artikkel 53. Grensen som trekkes opp av EØS-konkurranseloven § 7 andre ledd, er uavhengig av EØS-avtalen artikkel 54.*

For så vidt som konvergensregelen følger allerede av EU-domstolens tolkning av TEUV artikkel 101, kommer man heller ikke utenom en konflikt med Norges EØS-rettslige forpliktelser ved å tolke EØS-konkurranseloven § 7 eller forordning 1/2003 artikkel 3 mindre restriktivt. EØS-avtalen artikkel 53, som gjennomført ved EØS-loven § 1 med fortrinn fremfor annen lovgivning etter § 2, forblir uberørt av EØS-konkurranseloven og forordning 1/2003.

## **6 FORHOLDET TIL EØS-KONKURRANSELOVEN § 7 FØRSTE LEDD OM SAMTIDIG ANVENDELSE AV EØS-KONKURRANSEREGLENE**

Et annet viktig aspekt ved forholdet til EØS-reglene, er kravet til samtidig anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53 i saker om avtaler (eller artikkel 54 der det gjelder ensidig atferd). Når Konkurransetilsynet skal anvende Alternativ 1 eller Alternativ 2, må tilsynet *også* anvende EØS-avtalen artikkel 53 i alle tilfeller som faller inn under anvendelsesområdet for EØS-reglene. Tilsynet må altså *samtidig* sette berørte foretak under etterforskning for mulig brudd på EØS-avtalen artikkel 53. Tilsynet kan *ikke* nøye seg med å anvende *bare* forskriften. Dette følger av EØS-konkurranseloven § 7 første ledd.<sup>37</sup>

Dette vil ha viktige konsekvenser. Foretak som settes under etterforskning, har krav på visse rettssikkerhetsgarantier. Og etter EØS-konkurranseloven § 6 første ledd gjelder konkurranse-loven §§ 12, 22 og 24–32 tilsvarende. I praksis må det bl.a. innebære at saksbehandlingen skal være den samme som i saker etter konkurranse-loven § 10.

Dermed blir begge forskriftsalternativer krevende å anvende som grunnlag for inngrep fra Konkurransetilsynets side. Ikke bare fordi tilsynet må følge de vanlige saksbehandlingsreglene, men fordi det ikke sjelden kan være uklart, i den innledende fasen av en etterforskning, hvorvidt EØS-reglene kommer til anvendelse. For ikke å ta unødige prosessrisiko kan tilsynet derfor måtte begynne en sak også på grunnlag av EØS-reglene i flere tilfeller enn strengt nødvendig.

Konsekvensen er altså at det kan bli vanskelig å oppnå en "mer effektiv håndheving", slik forskriftsutkastene tar sikte på.<sup>38</sup>

\* \* \*

---

<sup>37</sup> Det samme følger også av forskrift 21. desember 2011 nr. 1518 om gjennomføring av konkurransereglene i EØS-avtalen mv. § 10, som gir de tilsvarende bestemmelsene i ODA virkning som forskrift.

<sup>38</sup> Høringsnotatet s. 23, 24, 26 og 46.

## Metode for sammenlikning av innkjøpspriser til dagligvarekjedene

*NHO Mat og Drikke representerer 1.600 bedrifter innenfor mat- og drikkeproduksjon, skogbruk og tjenesteyting. Produksjon og bearbeiding av matvarer er Norges største industrinæring målt i omsetning, verdiskaping og antall sysselsatte. Bedriftene sysselsetter om lag 40.000 personer. Våre medlemsbedrifter er en viktig del av et variert næringsliv og en vesentlig bidragsyter til velferdssamfunnet. Mat- og drikkeindustrien er jordbrukets største kunde.*

### 1. Bakgrunn

NHO Mat og Drikkes utgangspunkt er at det skal være virksom konkurranse i hele verdikjeden for mat og drikke. Samtidig er det norske dagligvaremarkedet preget av tre markante særtrekk: Høy konsentrasjon i dagligvareledet, de tre dagligvarekjedenes vertikale integrasjon inn i produksjons- og foredlingsleddet og fraværet av uavhengige grossister. Hovedproblemstillingen med svekket konkurranse og etableringshindre i dagligvaremarkedet er således dagligvarekjedens sterke kobling mellom grossist-, distribusjons- og detaljistleddene sammen med kjedenes vertikale integrasjon bakover i produksjonsleddet, innkjøpsmakt og lojalitetsprogrammer for forbrukerne som gir dem en dominerende strategisk posisjon i verdikjeden for mat og drikke.

Metoden som skal utrede og sammenlikne dagligvarekjedenes innkjøpsbetingelser må derfor ha som utgangspunkt at innkjøpsstyrken til dagligvarekjedene i hovedsak legger betingelsene for leverandørens handlingsrom. En sammenlikning av innkjøpspriser til dagligvarekjedene vil følgelig være ufullstendig om ikke de tre dagligvarekjedenes innkjøpsbetingelser på det samlede volumet de kjøper fra leverandørene kartlegges.

Når det gjelder selve metodenotatet er det uheldig at dette allerede er tatt i bruk, før aktørene i markedet har hatt anledning til å gi sine kommentarer til både generell tilnærming, metode og utvalg. NHO Mat og Drikke forutsetter at vurderinger av allerede innhentet informasjon revideres og oppdateres i tråd med innspillene som kommer i denne høringsrunden.

### 2. Uriktig begrepsbruk.

Konkurransetilsynet sier i avsnitt 2.3 *Valg av leverandør* at de «ikke har funnet det nødvendig å foreta en konkret vurdering av om de i konkurranserettslig forstand innehar en dominerende markedsposisjon». NHO Mat og Drikkes utgangspunkt er at det ikke er nødvendig å foreta en vurdering av om en leverandør er dominerende for å foreta en prissammenlikning. Med utgangspunkt i teksten fra Nærings- og fiskeridepartementet kan det imidlertid se ut som om det forutsettes at alle store leverandører er dominerende aktører i konkurranserettslig forstand. Dette er i så fall en unyansert begrepsbruk som gir et uriktig inntrykk av situasjonen. Dette er uheldig og må justeres i metodenotatet. Spørsmålet om dominerende aktører i verdikjeden for mat- og drikke er et tema som regelmessig blir trukket frem i den offentlige debatten. Slike debatter er ofte aggregerte og unyanserte. Det er derfor svært viktig med en riktig og helt presis begrepsbruk i faglige metoder, utredninger og vurderinger knyttet til dette spørsmålet.

Hvorvidt en stor aktør er dominerende i konkurranserettslig forstand er i tillegg en omfattende juridisk og økonomisk vurdering. Det er bl.a. viktig å skille mellom enkelte leverandørers andeler i enkeltsegmenter, fra betydningen av dagligvarekjedenes samlede innkjøpsstyrke, herunder muligheten til å bestemme de ulike produktenes plass og fokus i butikkene.

I Konkurransetilsynets temaark om misbruk av dominerende stilling, heter det bl.a.: «*En dominerende stilling innebærer at et foretak har en økonomisk styrke som gjør det i stand til å forhindre effektiv konkurranse i et marked ved at det i betydelig grad kan opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder og i siste instans forbrukere*». Det er viktig å understreke at leverandørene ikke kan opptre uavhengig av kunder de er avhengige av å få leveranser til. Det forsterkes av at de samme kundene i utgangspunktet styrer plassen leverandøren får i butikkene, og har en finansiell styrke som er vesentlig større enn leverandørene.

### **3. Metoden må sammenlikne alle relevante produkter og priser.**

Konkurransetilsynets metode innebærer at produkter som ikke selges i alle tre dagligvarekjedene holdes utenfor. Det gjelder både kjedens egne merkevarer (EMV), kjedespesifikke produkter og produkter som ikke føres av alle kjeder. Som Konkurransetilsynet selv påpeker, innebærer den valgte avgrensningen at det ikke er behov for å finne løsninger for å ivareta ulikheter mellom produktene. Samtidig er det av vesentlig betydning at de tre paraplykjedene og de enkelte butikkjedene innenfor paraplyene bevisst har ulik profilering og bestreber seg på å differensiere seg på spesifikke produkter.

For mange leverandører vil dermed Konkurransetilsynets avgrensning innebære at store volumer holdes utenfor sammenligningen. Hvis det er systematiske forskjeller i betingelsene mellom produkter som selges til alle dagligvarekjedene og alle andre produkter en leverandør selger, så vil skjevheten også avspeiles i prissammenligningen. I så fall er det betydelig risiko for at det som ser ut som en prisforskjell fra en leverandør til dagligvarekjedene, ikke lengre er en prisforskjell hvis alle produkter inngår i vurderingen.

Det er i tillegg viktig å merke seg at det er større sannsynlighet for at små- og mellomstore leverandører er mer tilbøyelige til å bli presset til å differensiere sine salgspriser til dagligvarekjedene enn større leverandører. Små og mellomstore leverandører er mer utsatt for dagligvarekjedenes innkjøpsstyrke og finansielle styrke, og vil i ikke i samme grad kunne kreve motytelser som produkteksponering og plassering i de fysiske butikkene. Dette understreker behovet for at Konkurransetilsynets metode må fange opp alle relevante produkter fra leverandørene til dagligvarekjedene, uavhengig av leverandørens størrelse. Det vil ellers være betydelig risiko for at prissammenlikningen ikke gir et riktig bilde.

Dette kan eksemplifiseres ved at metodenotatet ikke skiller mellom dagligvarekjedenes hovedleveranser og sekundærleveranser fra leverandørene. Dette er sentrale punkter fordi dagligvarekjedene bestiller ulike produkter fra ulike leverandører, som igjen både prises og profileres ulikt i de ulike kjedene og i enkeltbutikker. Dette fører til en risiko for at Konkurransetilsynets metode ikke gir reell innsikt produktenes rolle på detaljistledet.

I forlengelsen av punktene ovenfor vil det etter NHO Mat og Drikkes syn ikke være mulig å få til et riktig prisbilde så lenge datainnhenting er basert opplysninger fra leverandørene. Dagligvarenes innkjøpsstyrke og konkurransen på detaljledet har vesentlig større betydning for både innkjøpspriser, produktplasseringer, og om rabatter kommer forbrukerne til gode. Det er nødvendig å kvalitetssikre tallene ved å hente inn motsvarende tall fra dagligvarekjedene og sammenstille disse. På den måten kan en unngå diskusjoner om datagrunnlaget i etterkant, og man vil også kunne følge de ulike rabattene gjennom verdikjeden og se om, og i hvilken grad, disse videreføres til de enkelte butikker.

Metodenotatet er i tillegg unøyaktig med hva som menes med den *gjennomsnittlige grunnprisen* og hvordan dette skal beregnes. I utgangspunktet kan den samme varen ha tre ulike grunnpriser i løpet av et kalenderår: 1. januar til 31. januar, 1. februar til 30. juni, og fra 1. juli til 31. desember. Metodenotatet må derfor avklare hvilken definisjon av grunnpris som skal legges til grunn, hvordan denne beregnes og hvordan den skal vektas i forhold til hvilket volum som har blitt solgt. Metodenotatet må videre avklare om også rabatter og andre ytelses vektas i forhold til den innslagsdatoen som velges som utgangspunkt. Dette er

forhold som må presiseres slik at metoden gjør riktige sammenlikninger, på felles grunnlag av relevante produkter (se avsnitt 2 ovenfor).

#### 4. **Nettopris og variabel pris.**

Konkurransetilsynets metodenotat ser på forskjellen i variable og faste rabatter som utgangspunkt for å lage såkalte prismål. Det er satt opp tre prismål: nettopris og variabel pris 1 og variabel pris 2.

Som Konkurransetilsynet er kjent med blir det fremforhandlet rabatter mellom leverandørene og dagligvarekjedene. Fra leverandørens side er rabattene i størst mulig grad knyttet til motytelser som bidrar til økt salg, eksempelvis produkteksponering, produktenes plassering i de fysiske butikkene, og mulighet for nylanseringer. Det viktigste for leverandøren er nettopris og volum, mens kombinasjonen av faste og variable rabatter er i seg selv ikke viktig for en leverandør.

NHO Mat og Drikkes utgangspunkt er at de variable prismålene vil ha mye større relevans når det er konkurransen mellom dagligvarekjedene som skal vurderes, enten det er forbrukerpriser eller etableringsmuligheter som er tema. Som Konkurransetilsynet indikerer vil forbrukerprisene nok bli lavest hvis rabattene i hovedsak er variable. Samtidig synes det klart at det først og fremst er konkurransen mellom de tre dominerende dagligvarekjedene som påvirker den endelige sluttprisen på produktene til forbruker.

NHO Mat og Drikke har forståelse for at mindre eller nye aktører i Norge i stor grad er avhengig av å kjøpe distribusjon fra de tre etablerte dagligvarekjedene. En ny aktør som er avhengig av å handle med en av de tre etablerte dagligvarekjedene vil nok få tilgang til de variable rabattene, men trolig ikke til de faste. Dette er en åpenbar konkurranseulemp og etableringshindring for nye aktører på detaljleddet. Nye aktører har ingen faste rabatter, slik de etablerte dagligvarekjedene har, og vil vanskelig få dem videreført selv om de kjøper både grossist- og distribusjonstjenester fra de tre etablerte dagligvarekjedene. Samtidig er det klart at særlig de digitale dagligvarebutikkene ikke har samme mulighet til å tilby motytelser i form av eksponering og plassering i de fysiske butikkene. De påfølgende innkjøps- og utsalgsprisene i hos de nye aktørene blir dermed i stor grad diktert av konkurransesituasjonene på detaljleddet, og dette er et viktig spørsmål om etableringshindre som ikke adresseres i Konkurransetilsynets metodenotat.

Med vennlig hilsen  
**NHO Mat og Drikke**



Terje Sletnes  
Direktør næringspolitikk

Gerhard Salicath  
Fagsjef