



Internt notat

Unntatt offentlighet
offl § 13, fvl § 13.1.2

jfr Sak/doknr:
Dato: 19/05/22

Til: Nærings- og fiskeridepartementet

Fra: Konkurransetilsynet

Behov for nye virkemidler for å bedre konkurransen i dagligvaremarkedet

Innhold

SAMMENDRAG OG ANBEFALING	2
INNLEDNING	4
UTFORDRINGER I DET NORSKE DAGLIGVAREMARKEDET	5
Konsentrasjonen er høy	5
Etableringshindringene er betydelige	5
<i>Innledning</i>	<i>5</i>
<i>Forskjeller i innkjøpspriser og prisdiskriminering</i>	<i>5</i>
<i>Innledning</i>	<i>5</i>
<i>Inngrep på leverandørleddet</i>	<i>5</i>
<i>Inngrep på grossist- og detaljistleddet</i>	<i>6</i>
<i>Mangel på tilgang til lokaler</i>	<i>6</i>
FORSLAG TIL NYE VIRKEMIDLER	7
Innledning	7
ALTERNATIV 1: FORSKRIFT FOR Å KUNNE GRIPE INN MOT KONKURRANSESKADELIG PRISDISKRIMINERING	7
ALTERNATIV 2: FORSKRIFT FOR Å KUNNE GRIPE INN MOT DAGLIGVAREKJEDENES BRUK AV SERVITUTTER	9
ALTERNATIV 3: LOVENDRING OG FORSKRIFT FOR Å GI KONKURRANSETILSYNET HJEMMEL TIL Å BENYTTE ET KONKURRANSEFREMMENDE VERKTØY ("MARKEDSUNDERSØKELSE")	9
VEDLEGG 1: VIRKEMIDLER I UTVALGTE EUROPEISKE LAND	11

SAMMENDRAG OG ANBEFALING

- (1) Nærings- og fiskeridepartementet (NFD) har bedt Konkurransetilsynet om å vurdere behovet for nye virkemidler i arbeidet med dagligvaremarkedet.
- (2) Dette markedet er kjennetegnet ved høy konsentrasjon og betydelige etableringshindringer. **Det er likevel Konkurransetilsynets oppfatning at konkurranselovens forbudsbestemmelser sammenholdt med en streng fusjonskontroll i all hovedsak vil være tilstrekkelig for å regulere konkurranseskadelig atferd i Norge.** I den senere tid har imidlertid en rekke europeiske konkurransemyndigheter tatt initiativ for å innføre ytterligere virkemidler ut over de som tradisjonelt benyttes for å beskytte konkurransen. Hovedårsaken til dette er den økte digitaliseringen av økonomien, og fra flere hold er det påpekt at dagens lovgivning kan være utilstrekkelig i alle sektorer. Ny lovgivning er derfor foreslått for å håndtere konkurransemessige utfordringer som ikke fullt ut kan behandles innenfor dagens regelverk.
- (3) **Blant annet med bakgrunn i utviklingen i Europa har Konkurransetilsynet intensivt arbeidet med å kartlegge utfordringer i dagligvaremarkedet, samt å vurdere nye virkemidler som kan tas i bruk for å adressere dem.**
- (4) Konkurransetilsynet har i dette arbeidet identifisert avtaler, atferd og omstendigheter som kan svekke konkurransen i dagligvaremarkedet, **uten at forbudsbestemmelsene i konkurranseloven nødvendigvis fullt ut gir hjemmel for å håndtere dem.** Disse utfordringene er særlig knyttet til følgende forhold:
 - a. Hvordan **forskjeller i innkjøpspriser** kan begrense konkurransen i dagligvaremarkedet, for eksempel fordi forskjellene kan svekke mulighetene for nyetablering i markedet.
 - b. Hvordan dagligvarekjedenes bruk av **servitutter i eiendomsmarkedet** kan gjøre det vanskeligere for nye eller etablerte konkurrenter å tilegne seg lokaler for butikkdrift.
- (5) Konkurransetilsynet har gjort innledende vurderinger av mulige virkemidler for å adressere disse utfordringene. Det er **tilsynets hovedanbefaling å starte arbeidet med å vurdere hvordan konkurranseloven bør 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.**
- (6) **En slik hjemmel omtales i det følgende samlet sett som et "konkurransefremmende verktøy" (KV), også kalt "markedsundersøkelse" på fagspråket.** Både islandske og britiske konkurransemyndigheter har innført et slikt verktøy i sin lovgivning, og lignende lovverk er foreslått i Danmark og Sverige.
- (7) For å innføre tilsvarende lovgivning som på Island og i Storbritannia vil det være nødvendig å justere dagens konkurranselovgivning.
- (8) **Det er flere grunner til at slike regelverksendringer kan være egnet for å redusere de nevnte utfordringene:**
 - a. Et konkurransefremmende verktøy åpner for at tilsynet kan ha en **mer helhetlig tilnærming** til de utfordringene i dagligvaremarkedet som ikke kan håndteres innenfor gjeldende lovgivning. Dette vil gjøre det mulig å utforme presise og treffsikre tiltak rettet mot spesifikk atferd eller markedsaktører.
 - b. Et slikt verktøy vil være **mer fleksibelt enn eventuelle forskrifter** som hver for seg skal løse ulike utfordringer i markedet, blant annet fordi tilsynet raskt kan iverksette dem etter å ha tatt i betraktning alle aktuelle markedsforhold.
 - c. Virkemiddelet vil også være godt egnet til å adressere **nye typer utfordringer** som oppstår i dagligvaremarkedet i fremtiden, for eksempel som en konsekvens av den digitale utviklingen.

- d. Virkemiddelet vil være **nyttig i andre markeder** hvor strukturelle markedsforhold eller andre omstendigheter tilsier at det eksisterer konkurranseproblemer som ikke er regulert av dagens lovverk.
- (9) **Innføringen av et slikt mer fleksibelt verktøy må utredes videre med tanke på markedsaktørenes krav på rettssikkerhet og forutberegnelighet mv.** Verktøyet bør defineres på en slik måte at det er forholdsmessighet mellom de inngrep som gjøres og inngrepets formål.
- (10) **Som alternativ til det foreslåtte konkurransefremmende verktøyet anbefaler tilsynet utredning av sektorspesifikk forskriftsregulering med hjemmel i konkurranselovens § 14** for å håndtere utfordringer knyttet til prisdiskriminering og bruken av servitutter.
- (11) En eventuell forskrift rettet mot forskjeller i innkjøpsbetingelser bør først og fremst legge til rette for at tilsynet kan gjøre **hensiktsmessige vurderinger av de konkurransebegrensende virkningene av slik atferd.** Det vil kunne være utfordrende å utforme en forskrift som er treffsikker og effektiv, særlig fordi den må omfatte samtlige leverandører i markedet.
- (12) Eventuelle nye forskrifter må utredes opp mot EØS-avtalens bestemmelser.
- (13) Mer fleksible håndhevingsverktøy vil kunne føre til økte forventninger til tilsynet og kreve ytterligere ressurser. I forkant av regelendringer vil det være nødvendig å vurdere **hva de vil kreve av tilsynets kapasitet, og om det vil være behov for ytterligere ressurser.**
- (14) Utover de nevnte tiltakene, foreslår tilsynet en utredning for å vurdere en eventuell justering av importvernet som i minst mulig grad har betydning for landbrukspolitiske mål.

Innledning

- (15) Konkurransetilsynet har de siste 15 årene prioritert håndheving av konkurranse-loven i dagligvaremarkedet, og har gjennom hele perioden vært blant de mest aktive myndighetsutøverne i Europa på feltet. Tilsynet var for eksempel først ute med å varsle inngrep mot et innkjøpssamarbeid i dagligvaremarkedet, og har også vært fremtidsrettet i sin bruk av sanksjonsapparatet.¹
- (16) I 2019 fikk Konkurransetilsynet økte ressurser til håndheving av konkurranse-loven i dagligvaremarkedet²
- (17) Dagligvaremarkedet har klare utfordringer. I Stortingsmeldingen fra 2020 ble det for eksempel vist til at Norge har høyere priser og mindre vareutvalg i dagligvarehandelen enn andre nordiske land.³ Meldingen ble fulgt opp ved Stortingets vedtak 4. februar 2021.
- (18) I forlengelsen av dette har Nærings- og fiskeridepartementet (NFD) bedt Konkurransetilsynet om å vurdere behovet for nye virkemidler i arbeidet med dagligvaremarkedet.⁴
- (19) Det er tilsynets oppfatning at konkurranse-lovens forbudsbestemmelser sammenholdt med en streng fusjonskontroll i all hovedsak er tilstrekkelig for å gripe inn mot konkurranse-skadelig atferd i Norge. Tilsynet ser likevel at å løse enkelte utfordringer i markedet kan kreve andre virkemidler enn konkurranse-loven.
- (20) Den senere tid har en rekke europeiske konkurransemyndigheter, herunder svenske og danske, tatt initiativ for å innføre nye virkemidler for å beskytte konkurransen. Hovedårsaken til dette er økt digitalisering av økonomien, men fra flere hold er det påpekt at dagens lovgivning kan være utilstrekkelig i alle sektorer.⁵
- (21) Overordnet har europeiske konkurransemyndigheter foreslått nye virkemidler gjennom justeringer i lovverket, på bakgrunn av tre ulike utfordringer:
- a) Konkurransen i et marked kan være begrenset uten at dette kan knyttes til markedsaktørens adferd. Årsakene kan ligge i generelle markedsforhold, som stordrifts- og/eller skalafordele, nettverkseffekter, byttekostnader eller asymmetrisk informasjon.
 - b) Den aktuelle adferden rammes ikke av konkurranse-lovgivningen. Eksempler på dette kan være stilltiende samarbeid eller utfordringer knyttet til minoritetseierskap.
 - c) Regelverket kan ikke håndheves på en effektiv måte. For eksempel fordi det er nødvendig å opprette saker mot et stort antall aktører for å stanse den konkurransebegrensende adferden, noe som vil kreve uforholdsmessig mye ressurser fra tilsynets side.
- (22) Det er tilsynets vurdering at enkelte av de generelle utfordringene skissert over også kan gjøre seg gjeldende i det norske dagligvaremarkedet. Først redegjøres kort for konkurransemessige bekymringer i dagligvaremarkedet, særlig utfordringer som er

¹ Tilsynet har blant annet benyttet seg av muligheten til å utstede midlertidig vedtak for å hindre varig og uopprettelig skade på konkurransen i dagligvaremarkedet. Dette er tiltak som også DG COMP i økende grad har tatt i bruk de siste årene. Dessuten har både DG COMP og franske konkurransemyndigheter i årene etter tilsynets varsel om inngrep mot innkjøpssamarbeidet mellom Norgesgruppen og Ica opprettet lignende saker og fattet vedtak i disse.

² Konkurransetilsynet tok initiativ til en slik satsning i 2015, og foreslo i den forbindelse å opprette en spesialenhet for dagligvare etter modell fra DG COMP.

³ Stortingsmeldingen er tilgjengelig [her](#).

⁴ Jf. møte mellom næringsministeren og Konkurransetilsynet 10. mars 2022 og oppfølgende e-post 3. mai 2022.

⁵ Se for eksempel rapporten "*Intervention triggers and underlying theories of harm – Expert Advice for the Impact Assessment of a New Competition Tool*", av professor Massimo Motta (tidligere sjeføkonom i DG COMP) og professor Martin Peitz, 2020.

vanskelig å håndtere innenfor dagens lovgivning. Deretter skisserer nye mulige virkemidler mot slike utfordringer.

Utfordringer i det norske dagligvaremarkedet

Konsentrasjonen er høy

- (23) Det norske dagligvaremarkedet er konsentrert. På nasjonalt nivå er Norgesgruppen den største dagligvarekjeden med en markedsandel på om lag 44 prosent.⁶ Deretter følger Coop og Rema med henholdsvis om lag 29 og 23 prosent. Bunnpris er den minste kjeden med knappe 4 prosent markedsandel. Konsentrasjonen har økt over tid. I lokale markeder kan konsentrasjonen være større enn i de nasjonale markedsandelene.
- (24) Høy konsentrasjon i markedet er en indikasjon på at konkurransen mellom dagligvarekjedene er begrenset.

Etableringshindringene er betydelige

Innledning

- (25) Den høye konsentrasjonen i markedet er særlig bekymringsfull på grunn av de betydelige etableringshindringene en kjede som ønsker å etablere seg i Norge står overfor. Tidligere utredninger og vurderinger har vist til tre sentrale årsaker:⁷ (i) stordriftsfordeler i innkjøp, (ii) mangel på tilgang til egnede lokaler, og (iii) virkemidler i landbrukspolitikken og sentrale elementer i landbruksmodellen.

Forskjeller i innkjøpspriser og prisdiskriminering

Innledning

- (26) Konkurransetilsynets kartlegging av innkjøpspriser viser at det kan være betydelige forskjeller i dagligvarekjedenes innkjøpspriser fra enkelte leverandører. Det er grunn til å tro at en nyetablert kjede med vesentlig lavere markedsandel enn de etablerte kjedene vil ha høyere innkjøpskostnader enn konkurrentene.
- (27) Konkurransetilsynets kompetanse til å gripe inn mot konkurranseskadelig prisdiskriminering følger i utgangspunktet av konkurranselovens §§ 10 og 11.

Inngrep på leverandørleddet

- (28) Inngrep mot leverandører som opererer med ulike vilkår overfor sine kunder vil normalt vurderes under bestemmelsen i konkurranselovens § 11c.⁸ Det er en forutsetning for anvendelse av bestemmelsen at leverandører anses som dominerende. Dersom dette vilkåret er oppfylt kan det være et misbruk "*å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen.*" Det er i denne sammenheng viktig å understreke at konkurranseloven kan komme til anvendelse dersom prisdiskrimineringen er skadelig for konkurransen *mellom aktørene i markedet*, men også dersom slik atferd skader konkurransen gjennom å *hindre potensielle konkurrenter* fra å etablere seg i markedet.⁹
- (29) For å fastslå ulovlig prisdiskriminering må to vilkår være oppfylt: (i) Den dominerende aktør må ha anvendt "*ulike vilkår for likeverdige ytelser*", og (ii) foretakene som rammes av prisdiskriminering må stilles "*ugunstigere i konkurransen*". Sistnevnte vilkår betyr

⁶ Jf, tall fra Nielsen. Markedsandelene inkluderer franchisedrevne butikker.

⁷ Se for eksempel rapporten utarbeidet for NFD, tilgjengelig [her](#).

⁸ Prisdiskriminering som misbruk av dominerende stilling er nærmere beskrevet i Konkurransetilsynets utkast til veileder, tilgjengelig [her](#). Her beskrives også de ulike skadehypotesene for når prisdiskriminering kan være konkurranseskadelig nærmere.

⁹ Se for eksempel sak E-6/17 Fjarskipti, § 63 hvor det fremgår at konkurransemyndighetene skal vurdere "*potential exclusionary effect on hypothetical [...] competitors rather than assess whether actual, individual competitors have in fact been excluded*".

at tilsynet må kunne vise at atferden er egnet til å begrense konkurransen i dagligvaremarkedet.

- (30) For å vurdere hvorvidt det andre vilkåret er oppfylt lister rettspraksis opp flere relevante momenter. Det vil blant annet kunne være sentralt å vurdere om prisforskjellen er egnet til å ha en effekt på dagligvarekjedenes *kostnader* eller profitt. Varekostnadene utgjør en vesentlig andel av dagligvarekjedenes totale kostnader.¹⁰ Isolert sett tilsier dette at selv mindre ulikheter i innkjøpspriser kan medføre store konkurranseulempes.
- (31) En vurdering av om prisdiskriminering utgjør et misbruk av dominerende stilling vil imidlertid rette seg mot leverandører som *hver for seg* kan utgjøre en relativt liten andel av den totale omsetningen til en dagligvarekjede. Dette innebærer at prisdiskriminering fra *en* leverandør totalt sett ofte vil ha relativt liten effekt på de totale kostandene til kjeden.
- (32) Dette kan illustreres ved hjelp av følgende eksempel: Anta at en leverandør har monopol på salg av tannbørster til norske dagligvarekjeder, og at en av kjedene får 60 prosent lavere innkjøpspriser enn de andre kjedene. Prisforskjellen kan ikke forklares ved ulikheter i kostnader ved å levere til de ulike kjedene eller av motytelser. Det kan derfor være grunn til å tro at det første vilkåret i § 11c er oppfylt. Dagligvarekjedene konkurrer imidlertid om å tiltrekke seg kunder som skal kjøpe en hel handlekurv. Konkurransemyndighetene definerer derfor dagligvaremarkedet med utgangspunkt i en slik handlekurv, hvor alle produktene til kjedene inngår.
- (33) En forbrukers kjøp av tannbørster vil utgjøre en liten andel av handlekurven. Dette innebærer også at innkjøp av tannbørster utgjør en relativt liten andel av dagligvarekjedenes totale innkjøpskostnader. Siden prisdiskriminering i denne varegruppen vil påvirke en liten andel av dagligvarekjedenes totale kostnader, vil det kunne være vanskelig å påvise at slik atferd fører til konkurransebegrensende virkninger i dagligvaremarkedet. Dette kan videre gjelde for en rekke enkeltprodukter og/eller enkeltleverandører, som hver for seg utgjør en liten andel av kjedens innkjøp.
- (34) Dette tilsier at det kan være nødvendig å vurdere de *samlede virkningene* av prisdiskriminering på alle produktene som inngår i handlekurven for å kunne avgjøre om atferden har konkurranseskadelige virkninger. Som eksempelet over illustrerer, vil dette være vanskelig innenfor dagens lovverk fordi man ved bruk av § 11c vurderer virkningen av dominerende leverandørers prissetting isolert sett.

Inngrep på grossist- og detaljistleddet

- (35) Dersom de rettslige vilkårene er oppfylt kan det også være mulig å adressere vedtak mot konkurranseskadelig prisdiskriminering mot aktører som er aktive på grossist- og detaljistleddet. Det er imidlertid flere utfordringer med dette. For det første indikerer dagligvarekjedenes markedsandeler på detaljistleddet at ingen av dem har en dominerende stilling i konkurranselovens forstand, heller ikke i innkjøpsmarkedene. Konkurranselovens § 11 kommer i så fall ikke til anvendelse. For det andre vil de øvrige utfordringene beskrevet over også kunne gjør seg gjeldende. Ved vurdering av hver enkelt leverandøravtale under § 10 vil det for eksempel kunne være utfordrende å fullt ut ta hensyn til de *samlede virkningene* av prisdiskriminering på alle produktene i handlekurven.

Mangel på tilgang til lokaler

- (36) Konkurransetilsynet har i flere anledninger pekt på egnede butikklokaler som en sentral faktor for nyetablering i dagligvaremarkedet. Høy etterspørsel fra de etablerte aktørene etter egnede lokaler og butikktomter, samt et begrenset tilbud, kan gjøre det vanskelig for en ny dagligvarekjede å etablere butikker, og dermed blir det vanskelig for kjeden å

¹⁰ Tilsynet har tidligere vist til at varekostnaden (innkjøpskostnaden) utgjør om lag 80 prosent av de variable kostnadene til en dagligvarebutikk.

vokse raskt til et volum som gir konkurransedyktige innkjøpsbetingelser. Videre foreligger det etableringsbarrierer knyttet til det å etablere nye butikklokaler.¹¹

- (37) Konkurransetilsynet avdekket i 2021 at de store dagligvarekjedene i relativt stort omfang hefter negative servitutter på fast eiendom. En negativ servitutt gir rettighetshaver rett til å forby en bestemt bruk av en annens eiendom. Servituttenes ordlyd tilsier at andre dagligvareaktører er forhindret fra å etablere dagligvaredrift på den aktuelle eiendommen.¹²
- (38) Det er tilsynets oppfatning at bruken av servitutter kan utgjøre en etableringshindring for nye aktører som ønsker å etablere seg i dagligvaremarkedet. Praksisen kan også begrense konkurransen mellom de eksisterende aktørene, fordi den kan gjøre det vanskeligere for kjedene å etablere seg i nye markeder.
- (39) Det er tilsynets foreløpige vurdering at § 10 ikke er tilstrekkelig for å håndtere utfordringen knyttet til servitutter. Årsaken til dette er at servituttene berører svært mange lokale markeder. Ved å ta i bruk § 10 vil det derfor kunne bli nødvendig å åpne et stort antall enkeltsaker, noe som vil være svært ressurskrevende.

Forslag til nye virkemidler

Innledning

- (40) Basert på beskrivelsene over kan de overordnede utfordringene i det norske dagligvaremarkedet oppsummeres som følger:
 - a. Markedet er konsentrert, noe som indikerer at konkurransen mellom dagligvarekjedene er begrenset.
 - b. Forskjeller i innkjøpspriser kan føre til økte etableringshindringer.
 - c. Mangel på egnede butikklokaler gjør nyetablering vanskeligere.
 - d. Landbrukspolitiske reguleringer og importvern påvirker omfanget av etableringshindringer.¹³
- (41) Effektiv fusjonskontroll og håndheving av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven bidrar til å redusere utfordringene. Som beskrevet over er det situasjoner hvor dagens konkurranselovgivning ikke *fullt ut* er tilstrekkelig for å fjerne konkurransehindringer. Nedenfor redegjøres nærmere for virkemidler som kan styrke dagens lovgivning.
- (42) En eventuell innføring av et eller flere av virkemidlene må ikke være til hinder for effektiv håndhevelse av eksisterende lovgivning. Dette betyr at en innføring av et eller flere nye virkemidler vil kreve en økning i overføringene til Konkurransetilsynet.
- (43) Det understrekes at Konkurransetilsynets vurderinger av mulige virkemidler er foreløpige. I vurderingene under peker på tilsynet på fordeler og ulemper ved de ulike forslagene. Fremstillingen av forslagene trenger mer gjennomgang før en eventuell høringsrunde.

Alternativ 1: Forskrift for å kunne gripe inn mot konkurranseskadelig prisdiskriminering

- (44) Som det fremgår av over kan det være utfordrende å benytte konkurranseloven § 11 for å stanse konkurranseskadelig prisdiskriminering. En årsak er at dagens lovgivning ikke nødvendigvis gir anledning til å foreta en hensiktsmessig analyse av hvordan prisdiskriminering påvirker dagligvarekjedenes eller potensielle konkurrenters *totale kostnader*.

¹¹ Konkurransetilsynets høringsvar til "*Rapport etableringshindringer i dagligvaresektoren*" 2018 s. 4-5.

¹² Dagligvarekjedenes servitutter er nærmere beskrevet i notat oversendt NFD 4. april 2022.

¹³ I den forbindelse vises til tilsynets tidligere forslag til målrettede tiltak i landbrukssektoren oversendt til NFD i forbindelse med Dagligvaremeldingen.

- (45) En mulig måte å adressere dette på er å utforme en forskrift. Konkurranseloven § 14 gir hjemmel til dette "*dersom det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene*". Forskriften må være rettet mot "*vilkår, avtaler og handlinger*" som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen.
- (46) Hva gjelder vilkåret om at forskriften må fremme konkurransen fremgår det av forarbeidene til konkurranseloven at innføringen av forskrift kan være aktuell dersom "*det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende uten at forbudene i §§ 10 og 11 kommer til anvendelse, eller det er vanskelig å bevise at forbudene brytes. [...]. Bestemmelsen kan også anvendes i markeder der et foretak, for eksempel et dominerende foretak, bryter § 11 og flere andre foretak nytte samme konkurransebegrensende forretningsmetoder uten av rammes av forbudene, fordi de ikke har en dominerende posisjon i markedet*".¹⁴
- (47) Når det gjelder forskjeller i innkjøpspriser kan det argumenteres for at "*det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende uten at § 11 kommer til anvendelse*". Slik tilsynet forstår forarbeidene åpnes det også for at man med hjemmel i en slik forskrift kan vurdere de aggregerte virkningene av prisdiskriminering fra mange leverandører.
- (48) Vilklårene for å innføre en forskrift hjemlet i § 14 kan derfor anses å være oppfylt.
- (49) Det kan imidlertid oppstå flere utfordringer knyttet både til utformingen og håndhevingen av forskriften. En forskrift vil være rettet mot samtlige aktører som opererer i markedet, og det kan derfor være krevende å utforme en forskrift som er treffsikker og effektiv.
- (50) En mulig tilnærming for å sikre at tilsynet kan analysere konkurranseskadelig prisdiskriminering på en hensiktsmessig måte kan være at det i forskriften fastsettes en presumsjon for at dagligvarekjeder har en dominerende posisjon dersom markedsandelen overstiger 40 prosent. Lignende bestemmelser er innført i Finland og Tyskland.
- (51) Det er imidlertid åpenbare svakheter ved en slik tilnærming. En grense på 40 prosent kan gi dagligvarekjedene insentiv til å konkurrere mindre hardt for å unngå å bli definert som en dominerende aktør. I tillegg er leverandørleddet også svært konsentrert, og dagligvarekjedene møter sterke motparter i forhandlingene. Endelig vil brudd på forskriften måtte sanksjoneres dersom forskriften skal ha noen effekt. Dette vil fort innebære at Konkurransetilsynet må bruke betydelige ressurser på å håndheve forskriften, samt å forsvare eventuelle vedtak gjennom påfølgende rettsprosesser. Dette innebærer igjen at det vil kunne være begrenset i hvilken grad forskriften faktisk vil kunne komme til anvendelse.
- (52) En generell utfordring med en snever forskriftshjemmel rettet mot prisdiskriminering er at øvrige etableringshindringer kan føre til at aktører i praksis ikke etablerer seg, selv om hindringene blir noe lavere gjennom inngrepet mot prisdiskriminering. Man kan derfor risikere å havne i en situasjon hvor prisene til forbrukerne går opp, uten at nye aktører etablerer seg i markedet.
- (53) En eventuell forskrift vil også kunne møte på utfordringer knyttet til EØS-avtalens bestemmelser. Disse må utredes nærmere dersom man ser videre på dette alternativet.
- (54) Før en eventuell forskrift innføres bør det imidlertid foretas en bred evaluering av dens egnet til å bedre konkurransen i dagligvaremarkedet.

¹⁴ Ot. Prop. nr. 6 (2003-2004) s. 73.

Alternativ 2: Forskrift for å kunne gripe inn mot dagligvarekjedenes bruk av servitutter

- (55) Dette alternativet retter seg mot mangel på tilgang til lokaler som en etableringshindring, jf. avsnitt (40) over.
- (56) Konkurransetilsynet har vurdert muligheten for å innføre en forskrift for å for å kunne gripe inn mot negative servitutter i dagligvaremarkedet, jf. notat oversendt NFD 4. april 2022. I etterkant av dette ble det nedsatt en arbeidsgruppe bestående av saksbehandlere fra både NFD og tilsynet. Planen er å sende utkast til en slik forskrift på høring før sommeren, og det vises til det pågående arbeidet i arbeidsgruppen.

Alternativ 3: Lovendring og forskrift for å gi Konkurransetilsynet hjemmel til å benytte et konkurransefremmende verktøy ("markedsundersøkelse")

- (57) Med unntak av utfordringer knyttet til importvernet eller tilhørende reguleringer, vil dette alternativet kunne benyttes for å iverksette tiltak som kan avhjelpe samtlige av utfordringene som er nevnt i avsnitt over.
- (58) En rekke europeiske konkurransemyndigheter har de siste årene innført eller vurderer å innføre lovendringer som gir myndighetene hjemmel til å gjennomføre markedsundersøkelser og pålegge avhjelpende tiltak dersom undersøkelsene avdekker konkurranseskadelige forhold som ikke rammes av gjeldende konkurranselovgivning. Konkurransetilsynene i Storbritannia og på Island har allerede slike hjemler. Sverige og Danmark vurderer å innføre slik lovgivning, mens EU-Kommisjonen etter en høringsrunde bestemte seg for å fortsette lovgivningsprosessen med ex-ante regulering gjennom DMA. En nærmere beskrivelse av prosessene og innholdet i lovgivningen i flere europeiske land følger i **Vedlegg 1** til dette notatet.
- (59) Som nevnt over er bakgrunnen for innføringen av denne type lovgivning en erkjennelse av at eksisterende håndhevingsverktøy ikke alltid er tilstrekkelig for å kunne gjøre noe med strukturelle markedsforhold og atferd som virker konkurransebegrensende.
- (60) For å få en forståelse av hvordan et konkurransefremmende verktøy kan innføres i norsk lov kan det være hensiktsmessig å se hen til hvordan dette er gjort i andre land. På Island og i Storbritannia består prosessen med å gjennomføre markedsundersøkelser og pålegge avhjelpende tiltak i praksis av tre steg. Steg 1 er å hente inn informasjon, steg 2 består i å benytte denne informasjonen for å vurdere om det foreligger markedsforhold eller atferd som er egnet til å begrense konkurransen, mens steg 3 innebærer å utforme konkurransefremmende tiltak.
- (61) Den norske konkurranseloven inneholder allerede elementer som gjør det mulig å gjennomføre disse stegene. Konkurranseloven § 24 gir hjemmel til å innhente den informasjonen tilsynet trenger for å gjennomføre sine gjøremål etter loven. Dersom det gjøres justeringer i loven som gir tilsynet hjemmel til å innføre konkrete tiltak i et marked (steg 3), har tilsynet altså allerede hjemmel til å innhente den informasjonen som er nødvendig for å gjennomføre den forutgående markedsundersøkelsen (steg 2).
- (62) Det er flere grunner til forvente at det foreslåtte konkurransefremmende virkemiddelet, ofte referert til som "markedsundersøkelse", vil være mer effektivt mot utfordringene i dagligvaremarkedet enn hva forskriftene skissert over vil være.
- (63) Det vil være et mer fleksibelt verktøy, som kan rette seg direkte mot konkrete forhold knyttet til markedets struktur eller problematisk atferd. Eksempelvis kan et slikt verktøy legge til rette for analyser av aggregerte virkninger av prisdiskriminering og ta hensyn til alle relevante forhold i denne sammenheng. Ved bruk av verktøyet vil det heller ikke være nødvendig å fastslå at bestemte vilkår i loven er oppfylt, noe som vil gjøre tilsynets saksbehandling mer effektiv og målrettet. Det vil også være enklere å ta høyde for at konkurransebegrensende virkninger kan gjøre seg gjeldende langt frem i tid.

- (64) Ved bruk av markedsundersøkelse vil tilsynet kunne foreta mer helhetlige vurderinger og dermed få grunnlag for mer skreddersydde tiltak. Tilsynet mener videre at denne typen verktøy er mer fremtidsrettet enn forskrifter basert på status quo.
- (65) En slik tilnærming er aktuell i alle markeder hvor det oppstår konkurranseproblemer. Konkurransetilsynet har allerede identifisert flere markeder ut over dagligvaremarkedet hvor et slikt verktøy kan være nyttig for å håndtere konkurransemessige utfordringer, eksempelvis raske endringer i markeder som følge av økt digitalisering, herunder dagligvaremarkedet. Slik kan verktøyet også være egnet til å hindre at markeder utvikler seg i konkurranseskadelig retning.
- (66) Innføringen av markedsundersøkelse som et nytt og mer fleksibelt verktøy må ha klar hjemmel i lov/forskrift og ivareta markedsaktørenes krav på rettssikkerhet, forutberegnelighet mv. Verktøyet må derfor utformes på en slik måte at det er forholdsmessighet mellom de inngrep som gjøres og inngrepets formål.
- (67) En innføring av et slikt verktøy vil sannsynligvis kreve at tilsynet bruker mer ressurser på håndheving i dagligvaremarkedet og bør derfor innebære økte overføringer til tilsynet. Videre vil offentligheten kunne ha forventninger til at tilsynet skal iverksette undersøkelser for å adressere en rekke utfordringer. Slike undersøkelser vil imidlertid være ressurskrevende og det vil derfor være viktig å forventningsstyre i hvilket omfang tilsynet vil kunne ta verktøyet i bruk.
- (68) Konkurransetilsynet har for øvrig registrert at opposisjonen på Stortinget 13. mai 2022 presenterte flere forslag for å adressere utfordringer i dagligvaremarkedet, herunder prisdiskriminering. Forslaget innebærer "*å senke terskelen for når aktører i dagligvaremarkedet anses som dominerende*". Videre å "*utrede ytterligere konkurransefremmende tiltak og fremme forslag som kan hindre dominerende markedsaktører i dagligvarebransjen i å misbruke sin markedsrett til å svekke konkurransen og stå i veien for nye innovative aktører*." Opposisjonen vil også å sende på høring forslag til en midlertidig forskrift etter konkurranseloven § 14 som skal adressere prisdiskriminering. Konkret går forslaget ut på at en leverandør med vesentlig markedsrett som tilbyr dagligvarekjeder og grossister ulike innkjøpsbetingelser skal kunne begrunne ulikheten saklig. Der saklig grunn ikke foreligger skal forskjellen i innkjøpsbetingelser være å anse som konkurranseskadelig. Forskriften skal også definere hva som menes med "*vesentlig markedsrett*", "*en varekategori*" og "*ulike innkjøpsbetingelser*".
- (69) Sammenlignet med opposisjonens forslag er det tilsynets foreløpige oppfatning at forslagene presentert i dette notatet, særlig forslaget til innføring av et nytt konkurransefremmende verktøy, vil være bedre egnet til å adressere utfordringene i dagligvaremarkedet, herunder prisdiskriminering.
- (70) Tilsynet vil særlig peke på at forslaget ikke løser utfordringen med kravet om at prisdiskrimineringen må føre til en begrensning av konkurransen i dagligvaremarkedet, ikke bare for de/de aktuelle produktene prisdiskrimineringen omfatter. Etter tilsynets oppfatning er det denne konkurransebegrensningsvurderingen det først og fremst kan være utfordrende å håndtere under dagens lovgivning.
- (71) Opposisjonens forslag gjelder primært det andre vilkåret som må være oppfylt, nemlig om leverandøren fastsetter "*ulike vilkår for likeverdige ytelser*." Ved å begrense vurderingen til dette vilkåret står man imidlertid i fare for å forby prisdiskriminering som faktisk kan komme forbrukerne til gode.
- (72) Årsaken til dette er at også forskjeller i innkjøpspriser som ikke kan forklares gjennom ulikheter i kostnader eller motytelser kan være fordelaktig for forbrukerne. For å klargjøre hvorvidt innkjøpspriser som ikke kan forklares med slike forhold faktisk er konkurransebegrensende, vil det blant annet være sentralt å kartlegge nærmere hva som er årsaken til forskjellene. For eksempel vil prisforskjeller som kan forklares ved at en kjede får høyere kostnader som en direkte konsekvens av at en annen kjede får lavere kostnader være konkurranseskadelig. Dersom prisforskjellene derimot kan forklares ved

at en kjede er flinkere til å forhandle, slik at den andre kjedens innkjøpskostnader ville vært de samme uavhengig av den andre kjedens forhandlingsresultat, kan dette skjerpe konkurransen.

- (73) Med det konkurransefremmende verktøyet som tilsynet har foreslått innført, vil tilsynet kunne ta informerte valg og utforme treffsikre tiltak for å adressere eventuelle utfordringer man identifiserer. Tilsynet finner det lite hensiktsmessig å utforme særskilte bestemmelser for hvordan disse vurderingen gjøres, gjennom for eksempel å definere på forhånd hva som utgjør en varekategori eller ulike innkjøpsbetingelser slik opposisjonens forslag synes å legge til grunn. I denne sammenheng vises det også til at tilsynet er i besittelse av omfattende informasjon om hvordan forhandlingene foregår, og har etablert et eget prosjekt som undersøker årsaker til forskjeller i innkjøpspriser nærmere. Ved implementering av alternativ 3 vil tilsynet derfor ha et godt utgangspunkt for å innføre treffsikre tiltak for å stanse konkurransebegrensende virkninger av forskjeller i innkjøpspriser.
- (74) Dessuten vil en implementering av et slik verktøy gjøre det unødvendig å innføre en spesifikk forskrift som senker terskelen for når aktører i dagligvaremarkedet er å anse som dominerende. Fordi dette vil være et fleksibelt verktøy, står tilsynet fritt til å vurdere markedsrett på ulike ledd i verdikjeden og pålegge konkurransefremmende tiltak uten å måtte ta stilling til om aktører innehar en dominerende stilling i konkurranselovens forstand.
- (75) Tilsynet viser i denne sammenheng også til øvrige faremomenter knyttet til å senketerskelen for dominans, se over.
- (76) Endelig vil en nærmere vurdering av å innføre KV svare på opposisjonens ønske om å utrede ytterligere konkurransefremmende tiltak ved å åpne for en helhetlig tilnærming til utfordringene i dagligvaremarkedet. I tråd med formålsparagrafen i konkurranseloven vil tilsynet i denne sammenheng legge vekt på økt konkurranse til fordel for forbrukerne i samsvar med forslaget som ble fremlagt 12. mai 2022.
- (77) Oppsummert er det tilsynets oppfatning at hensynene bak forslagene 12. mai 2022 vil være best ivarett ved innføring av KV. Dette alternativet har også en rekke øvrige fordelaktige sider som ikke direkte adresseres i forslaget lagt frem 12. mai 2022.

VEDLEGG 1: VIRKEMIDLER I UTVALGTE EUROPEISKE LAND

1 Markedsundersøkelser og avhjelpende tiltak

Innledning

- (78) Dette vedlegget gir en kort redegjørelse for lovgivning som gir konkurransemyndighetene hjemmel til å iverksette markedsundersøkelser og pålegge avhjelpende tiltak dersom dette ansees som nødvendig for å ivareta konkurransen i et marked. Storbritannia og Island har lovgivning som åpner for dette, mens man i Danmark og Sverige vurderer å innføre tilsvarende lovverk. EU har også vurdert om denne typen tilnærming kan være hensiktsmessig.

Storbritannia

- (79) Den britiske konkurransemyndigheten har siden 2002 hatt kompetanse til å gjennomføre såkalte 'markedsundersøkelser' ('market investigation'). En markedsundersøkelse er en analyse som tar sikte på å undersøke om det er egenskaper ved markedet som har en skadelig virkning på konkurransen ('Adverse Effect on Competition' – AEC).
- (80) Et slikt horisontalt redskap kan benyttes i alle markeder. Redskapet komplementerer adferdsbestemmelsene i den britiske konkurranselovgivningen relatert til konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling. Det muliggjør

en helhetlig tilnærming til å analysere konkurransebegrensende forhold i et marked, heller enn å fokusere på enkeltsektors adferd. Ved hjelp av redskapet kan CMA analysere konkurransen i et gitt marked, identifisere årsaker til at den eventuelt ikke fungerer godt, og implementere tiltak som avhjelper problemet. CMA har således vidtrekkende kompetanse til å pålegge adferdsmessige tiltak og å innføre strukturelle tiltak, for eksempel pålegge selskap å selge deler av virksomheten dersom det er påkrevd for å styrke konkurransen.

- (81) Siden verktøyet ble innført har britiske konkurransemyndigheter gjennomført 19 markedsundersøkelser. To av disse er relatert til stilltende samarbeid.
- (82) En markedsundersøkelse ledes av en gruppe som utvelges fra CMAs medlemspanel, og består av deltagere som er uavhengig av CMA og med variert og relevant kompetanse. Prosess og gjennomføring av en markedsundersøkelse er nærmere beskrevet i egne retningslinjer. Av disse fremgår det blant annet at CMA må forholde seg til lovpålagte tidsfrister hva gjelder varigheten av en markedsundersøkelse, og at vedtak på grunnlag av en markedsundersøkelse kan påklages til Competition Appeal Tribunal.

Island

- (83) Den islandske konkurranselovens Artikkel 16 fikk i 2011 et tillegg (Artikkel 16 (1)(c)) som innebærer at konkurransetilsynet (Samkeppniseftirlitið) kan gripe inn mot 'omstendigheter eller adferd som hindrer, begrenser eller påvirker konkurransen til skade for den offentlige interesse.' Dette innebærer at islandske konkurransemyndigheter kan håndtere konkurranseutfordringer som har sitt opphav i strukturelle forhold på samme måte som britiske konkurransemyndigheter (CMA).
- (84) 'Omstendigheter' er nærmere presisert som blant annet faktorer som er knyttet til egenskaper ved det berørte marked. Dette inkluderer organisering eller utvikling av selskaper som opererer i det aktuelle markedet. 'Adferd' betyr alle former for adferd, inkludert manglende handling ('failure to act'), og som er skadelig for konkurransen uten at det er i strid med lovens forbudsbestemmelser.
- (85) Etter Artikkel 16 (2) kan Samkeppniseftirlitið gripe inn gjennom ethvert tiltak som er nødvendig for å fremme konkurranse, eller sette en stopper for overtredelsen eller respondere på handlinger hos offentlige enheter som kan påvirke konkurransen negativt. Det er videre et krav om proporsjonalitet, dvs. at tiltakene som er rettet inn mot å korrigere adferd eller struktur skal være forholdsmessig til overtredelsen, eller angjeldende struktur eller adferd.
- (86) Som grunnlag for inngrep må det gjennomføres en markedsundersøkelse. Det er fastsatt nærmere regler for gjennomføring av markedsundersøkelser (nr. 490/2013), herunder hva de omfatter, målsetting, transparens, krav til gjennomføring og møter med partene, samt vedtakskompetanse og rettslig prøving.
- (87) Redskapet er på samme måte som i Storbritannia generelt, og ikke knyttet til bestemte markeder. Dette innebærer at Samkeppniseftirlitið kan innta legge et bredere perspektiv på markeder enn det tradisjonell håndheving og håndheving av forbudsbestemmelsene muliggjør. Det innebærer at konkurranseutfordringer i et gitt marked kan adresseres selv om markedsaktørene ikke nødvendigvis opptrer på en konkurransebegrensende måte. Basert på markedsundersøkelsen har Samkeppniseftirlitið kompetanse til å beslutte avhjelpende vilkår både i form av adferds- og strukturelle tiltak.
- (88) Så langt har islandske konkurransemyndigheter gjennomført én markedsundersøkelse. Denne ble initiert på grunnlag av den nye lovhjemmelen som var rettet mot import, grossist, lagring, distribusjon av drivstoff. De foreløpige analysene viste at det var gode grunner til å tro at drivstoffsektorene hadde etablert et stilltende samarbeid ('tacit collusion') i detaljmarkedet for drivstoff til kjøretøy. På grunnlag av analysen ble det antydnet at tiltak som kunne vurderes for å bedre markedets virkemåte var å sikre tredjeparts-tilgang til grossistmarkedet og lagring samt sikre uavhengighet hos de etablerte selskapene. Videre ble det også anbefalt å fokusere på rammeverket, blant

annet for å sikre at ikke konkurransen ble vridd gjennom begrensinger i arealdisponering.

- (89) Etter implementering av avhjelpende tiltak i to fusjonssaker og etablering av en nykommer (Costco), ble det besluttet at de foreløpige funnene ikke kunne benyttes som grunnlag for en intervensjon etter tilleggene i Artikkel 16. Bakgrunnen for dette var at markedsforholdene hadde endret seg.
- (90) Islandske konkurransemyndigheter har fremhevet at verktøyet er nyttig fordi det tillater et helhetlig perspektiv på markedet. Samtidig kan man adressere konkurranseproblemer som ikke (nødvendigvis) er knyttet til brudd på forbudsbestemmelsene. Det gir også mulighet for en omfattende dialog med partene, og har avskrekkende virkninger på adferd som ikke i seg selv er forbudt. På den annen side kan imidlertid redskapet være tids- og ressurskrevende. Tidsperspektivet tilsier at markedsutvikling i det aktuelle markedet i løpet av undersøkelsen gjennomføres må hensyntas, og det kan påvirke relevansen av aktuelle tiltak.

Danmark

- (91) Den danske regjeringen fremmet forslag til å innføre regulering med fokus på digitale plattformer i august 2021. Markedsundersøkelsesverktøyet som er foreslått innført i denne forbindelse ligner på markedsundersøkelsesverktøy i Storbritannia og på Island. Et slikt verktøy vil gi danske konkurransemyndigheter mulighet til å gripe inn i markeder hvor det er identifisert konkurranseproblemer, men hvor det ikke er begått en overtredelse av konkurransereglene.
- (92) Problemstillinger som er til vurdering er hvorvidt markedsundersøkelsesverktøyet kun skal gjelde digitale markeder, eller om det skal ha virkning i alle markeder. Det vurderes videre hvordan nødvendig gjennomsiktighet og forutsigbarhet skal sikres, hvordan andre sektorregulatorer skal involveres og hvordan modellen skal designes. I tilknytning til sistnevnte vurderes juridiske vurderingskriterier, tidsfrister og beslutningsmyndighet.

Sverige

- (93) Konkurrensvetket publiserte en rapport om konkurransen i digitale plattformmarkeder i Sverige i februar 2021. I denne forbindelse foreslo Konkurrensvetket tiltak for å bedre konkurransen. Et tilsvarende tiltak er også foreslått i en rapport om byggevaremarkedene fra samme år.
- (94) Rapporten peker på fire begrensninger i konkurransereglene. For det første vises det til at konkurransereglene åpner for etterforskning av adferd, men ikke konkurransebegrensende markedsstrukturer. For det andre skjer etterforskning av konkurranseskadelig adferd ex post, noe som innebærer at det kan ta tid før konkurranseskadelig adferd opphører. For det tredje åpner konkurransereglene i liten grad for at man kan pålegge framoverskuende tiltak eller diktere i detalj hvordan et foretak skal oppføre med en bestemt adferd. For det fjerde er det ikke alltid mulig å gripe inn mot alle aktørene i et marked, selv om det ville vært positivt om de samme reglene gjaldt for alle.
- (95) Med bakgrunn i dette har Konkurrensvetket har foreslått å begynne prosessen med å vurdere tilleggsregulering til konkurransereglene. Et av forslagene er å innføre markedsundersøkelsesverktøy, etter mal fra Storbritannia og Island. Konkurrensvetket viser til at et slikt verktøy er fleksibelt, og kan ta høyde for at markedsforholdene vil være forskjellige i ulike plattformmarkeder. På denne måten vil det kunne adressere utfordringene beskrevet i forrige avsnitt.
- (96) I rapporten vurderes det også om DMA er tilstrekkelig, eller om det er nødvendig med ytterligere regulering. Konkurrensvetket viser til at det ikke er sikkert DMA fanger opp portvoktere som kun har virksomhet i ett land, og at strukturelle konkurranseproblemer kan oppstå i andre markeder enn de som er preget av en stor plattform. Konkurrensvetket foreslår imidlertid ikke å innføre et ex ante-regelverk som et supplement til DMA i Sverige.

EU

- (97) EU-Kommisjonen hadde i 2020 en intensjon om å innføre et markedsundersøkelsesverktøy (NCT) for å adressere utfordringer knyttet til algoritmebruk og fremveksten av digitale plattformer. Etter en høringsrunde bestemte EU-Kommisjonen seg for å fortsette lovgivning-prosessen med ex-ante regulering gjennom DMA.
- (98) I forbindelse med at et markedsundersøkelsesverktøy ble vurdert fikk EU-Kommisjonen utarbeidet flere ekspertrapporter. En av disse vurderer behovet for et slikt verktøyet sett fra et økonomisk perspektiv. Rapporten adresserer økt bruk av algoritmer og faren for stilltiende samarbeid eksplisitt: "*The EC's Impact Assessment speaks generally about the challenges facing competition policy due to increased digitalization and specifically about how algorithm-based technological solutions may facilitate coordinated strategies between firms even in relatively unconcentrated markets. There is recent academic evidence suggesting that such "algorithmic (tacit) collusion" is possible, and that its price effects can be consequential. As such, it is important that competition authorities have tools to address the consequence of higher prices from such innovations if they were to arise. Given our understanding of existing EU competition law, we do not see how this would be possible with its current toolkit. As a natural extension of harms arising from tacit collusion more generally (concern IV.A above), however, it could be handled by a New Competition Tool along the lines we recommend above.*"
- (99) I sin anbefaling til EU-Kommisjonen uttaler denne ekspert-gruppen at de ser "*a strong case for the introduction of a New Competition Tool to address factors like [tacit collusion] that prevent effective competition in markets*".
- (100) En egen ekspertgruppe ble også utnevnt av EU-Kommisjonen for å vurdere prosessuelle og juridiske sider ved å innføre markedsundersøkelser som et verktøy for å håndtere utfordringene beskrevet i dette notatet. Her vises det blant annet til viktigheten av å skille mellom når tradisjonell konkurranselovgivning er egnet og situasjoner hvor markedsundersøkelser er på sin plass. Det uttales i den forbindelse at "*the NCT should be reserved to settings where the evidence available at the time of the opening of the proceedings suggests that the competition problem, instead of resulting primarily from market conduct, is rooted in the features of the market, such that – even where an element of conduct is present – Article 7 Reg. 1/2003 remedies will not suffice to effectively restore or protect undistorted competition.*"