

Oda Norway og Reitan Retail

Forslag til forskrift om usaklig prisdiskriminering i dagligvaremarkedet

*Utredning av behovet for supplerende av konkurranseloven og forslag til
midlertidig forskrift med merknader*

Oslo, 12. september 2022

Innhold

1. BAKGRUNN	4
1.1 Stortingets vedtak 31. mai 2022	4
1.2 Sammendrag av utredningens hovedinnhold	5
2. PROBLEMBESKRIVELSE: KONKURRANSEØKONOMISK DIAGNOSE.....	11
2.1 Innledning.....	11
2.2 Konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet.....	12
2.2.1 Innledning.....	12
2.2.2 Konkurransen mellom dagligvarekjedene	13
2.2.3 Konkurransen mellom leverandørene	16
2.2.4 Egne merkevarer (EMV).....	19
2.3 Konkurransemessige virkninger av forskjeller i innkjøpsbetingelser	21
2.3.1 Innledning - vedvarende store forskjeller i kjedenes innkjøpspriser påvist av Konkurransetilsynet.....	21
2.3.2 Generelt om virkninger av forskjeller i innkjøpspriser	23
2.3.3 Virkninger på konkurransen i leverandørleddet (førstelinvirkninger)	25
2.3.4 Virkninger på kjedenes bruk av egne merkevarer	27
2.3.5 Virkninger på konkurransen i kjedeleddet (andrelinjevirkninger)	29
2.3.5.1 Ulike virkninger på konkurransen av forskjeller i innkjøpspriser	29
2.3.5.2 Virkninger på konkurransen mellom de etablerte kjedene.....	30
2.3.5.3 Virkninger på etableringsmulighetene for nye dagligvarekjeder	32
2.3.5.4 Prisforskjeller kan over tid tvinge en av de etablerte aktørene ut av markedet	33
2.4 Oppsummering	35
3. ANVENDELSE AV EKSISTERENDE LOVGIVNING	37
3.1 Innledning.....	37
3.2 Konkurranseloven.....	37
3.3 Lov om god handelsskikk	41
3.4 Oppsummering	43
4. VURDERING AV BEHOVET FOR Å SUPPLERE KONKURRANSELOVEN	45
4.1 Innledning.....	45
4.2 Behovsvurdering	45
4.3 Konklusjon	47
5. KONSEKVENSER AV Å ANVENDE FORSKRIFTSHJEMMELEN I KONKURRANSELOVEN § 14.....	48
5.1 Innledning.....	48
5.2 Hovedprinsipper i forslag til midlertidig forskrift om usaklig prisdiskriminering	48
5.3 Konsekvenser av å innføre midlertidig forskrift	50
5.4 Konsekvenser av ikke å innføre midlertidig forskrift	52
5.5 Markedsundersøkellesverktøy (Market investigation tool).....	53
5.5.1 Innledning.....	53
5.5.2 Innholdet i Konkurransetilsynets forslag	54
5.5.3 Markedsundersøkellesverktøy kan være et supplement til midlertidig forskrift	55
5.6 Konklusjon	56
6. EØS-RETTLIGE SKRANKER FOR INNFØRING AV MIDLERTIDIG FORSKRIFT I MEDHOLD AV KONKURRANSELOVEN § 14.....	57

6.1	Innledning.....	57
6.2	EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd	57
6.2.1	<i>Innledning.....</i>	57
6.2.2	<i>Vilkårene i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd.....</i>	58
6.2.3	<i>«Konkurranselovgivning».....</i>	58
6.2.4	<i>Begrensningen gjelder kun avtaler m.m. og ikke ensidig atferd</i>	59
6.2.5	<i>«Ensidig atferd» selv om denne kommer til uttrykk i avtale</i>	59
6.3	Vurdering av forslaget til midlertidig forskrift etter EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd	61
6.4	Oppsummering og konklusjon.....	62
7.	NÆRMERE OM FORSKRIFTSFORSLAGET.....	64
7.1	Innledning.....	64
7.2	Forskriftshjemmel	65
7.3	Forskriftens adressater og anvendelsesområde	67
7.4	Forbud mot usaklig prisdiskriminering	69
7.5	Begrunnelses- og rapporteringsplikt	70
7.6	Håndhevelse og sanksjoner	71
7.6.1	<i>Innledning.....</i>	71
7.6.2	<i>Offentlig håndheving</i>	71
7.6.3	<i>Privat håndhevelse</i>	71
7.7	Evaluerings.....	72
8.	ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER.....	73
8.1	Samfunnsøkonomiske konsekvenser	73
8.2	Konkurransemyndighetens ressursbruk.....	73
8.3	Ressursbruk for foretak	73
9.	FORSLAG TIL MIDLERTIDIG FORSKRIFT	74
	VEDLEGG 1: SKISSE TIL OVERSIKT LEVERANDØRER MED VESENTLIG MARKEDSMAKT.....	76

1. Bakgrunn

1.1 Stortingets vedtak 31. mai 2022

Stortinget fattet 31. mai 2022 et enstemmig anmodningsvedtak der regjeringen bes om å gjennomføre høring av en midlertidig forskrift om usaklig prisdiskriminering i dagligvaremarkedet og komme tilbake til Stortinget med resultater av høringen innen utgangen av 2022:¹

«Stortinget ber regjeringen sende på høring en midlertidig forskrift i medhold av konkurranseloven § 14 om usaklig prisdiskriminering, og eventuelt andre bestemmelser om usaklig prisdiskriminering. Følgende hensyn bør være en del av høringsutkastet:

- a. En operasjonell definisjon av vesentlig markedsrett*
- b. En operasjonell definisjon av hva som utgjør en varekategori*
- c. En operasjonell definisjon av ulike innkjøpsbetingelser*
- d. At dersom leverandører med vesentlig markedsrett skal tilby dagligvarekjeder og grossister ulike innkjøpsbetingelser, skal leverandøren kunne begrunne ulikheten saklig. Det vises til vedtak 572 (jf. Innst. 185 S (2020-2021) for definisjon og konsekvenser av forskjeller i innkjøpsbetingelser som ikke kan begrunnes saklig.*

Regjeringen bes komme tilbake til Stortinget innen utgangen av 2022 med resultatene av høringen, og forslag til videre oppfølging. Det bør inngå i høringsgrunnlaget at forskriftene skal evalueres etter 3 år, og at evalueringen skal fremlegges for Stortinget.»

Anmodningsvedtaket må sees mot bakgrunn av Stortingets tidligere engasjement i den pågående debatten om de skadelige konsekvensene for konkurransen av de store leverandørenes prisdiskriminering i favør av den største dagligvarekjeden, og særlig Stortingets vedtak 572 av 4. februar 2021:²

«Stortinget ber regjeringen klargjøre overfor Konkurransetilsynet at tilsynet i sitt arbeid må legge til grunn at leverandører med en dominerende stilling har et særlig ansvar for å vise at forskjeller i innkjøpsbetingelser er saklig begrunnet og ikke skader konkurransen. Det må legges til grunn at forskjeller i innkjøpspris fra dominerende leverandører, som ikke har en saklig begrunnelse gjennom forskjeller mellom kjedene i produksjons- eller distribusjonskostnader, eller ulik verdi på konkrete motytelser, skader konkurransen mellom kjedene. Det bør formidles til de ulike aktørene i bransjen, både på leverandør- og kjedeleddet, at selv om bevisbyrden ligger på leverandørene, er kjedene i like stor grad ansvarlige for å etterleve regelverket.»

Med dette fremmer Oda Norway og Reitan Retail et forslag til midlertidig forskrift som kan gjøres til gjenstand for en offentlig høring. Forslaget er bygget opp som en offentlig utredning i den forstand at prinsippene i utredningsinstruksen er fulgt så langt de passer.³ Forslaget er utarbeidet i samarbeid med Advokatfirmaet BAHN. Professorene Øystein Foros (NHH) og Hans Jarle Kind (NHH) har vært fagøkonomiske rådgivere og professor Erling Hjelmeng (UiO) juridisk rådgiver.

¹ Vedtak 612 (jf. Innst. 322 S (2021-2022)), 31. mai 2022 (<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Vedtak/Vedtak/Sak/?p=88761>).

² Vedtak 572 (jf. Innst. 185 S (2020-2021)), 4. februar 2021 (<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Vedtak/Vedtak/Sak/?p=80341>).

³ Instruks om utredning av statlige tiltak, fastsatt ved kongelig resolusjon 19. februar 2016.

1.2 Sammenheng av utredningens hovedinnhold

Stortingets vedtak 31. mai 2022 er motivert av konkurranseutfordringene i det norske dagligvaremarkedet. Det norske dagligvaremarkedet er preget av høy og stadig økende konsentrasjon samt høye etableringshindringer på både leverandør- og kjede-/grossistledet.

NorgesGruppen har økt sin markedsandel fra 35 % i 2006 til 44 % i 2021. I samme periode har ICA forlatt markedet. Leverandørmarkedene er også i stor grad preget av svak konkurranse i mange varekategorier. Konsentrasjonen i leverandørmarkedet er typisk vesentlig høyere enn det en finner i våre naboland.

Store forskjeller i dagligvarekjedenes⁴ innkjøpspriser har vært pekt på som en konkurransemessig utfordring i flere år. Da ICA trakk seg ut av det norske markedet i 2014 ble vesentlig høyere innkjøpspriser enn sine større konkurrenter pekt på av selskapet som en viktig bakenforliggende årsak.

Konkurransetilsynet publiserte i november 2019 en kartlegging av de faktiske forskjellene. Denne viste at NorgesGruppen «gjennomgående» oppnådde vesentlig bedre innkjøpspriser enn de andre kjedene, Coop og REMA 1000. Bunnpris og Oda har innkjøpssamarbeid med henholdsvis NorgesGruppen og REMA 1000 og var ikke omfattet av undersøkelsen. Senere kartlegginger har bekreftet at forskjellene vedvarer.

Det er bred enighet om at praksisen med store, usaklige prisforskjeller kan svekke konkurransen mellom dagligvarekjedene. Det er også bred enighet om at forskjellene i innkjøpsbetingelsene er en viktig etableringshindring for nye dagligvarekjeder.

Prisforskjellene vil også kunne svekke konkurransen i leverandørmarkedene ved at ytelser som virker utestengende overfor nye og mindre leverandører (f.eks. krav til volum, sortiment eller eksponering) knyttes til prisfordeler. Prisforskjeller kan også gi den største kjeden et motiv til å satse sterkere på sterke leverandører som opererer med store forskjeller, da det gir kjeden en konkurransefordel overfor andre kjeder med høyere innkjøpspriser.⁵

Forbrukerrådet konkluderer i et posisjonsnotat til Nærings- og fiskeridepartementet 9. juni i år⁶ at «de store innkjøpsprisforskjellene kan føre til forbrukerskade på kort sikt og med stor sannsynlighet gjøre det på lang sikt».

Konkurransetilsynet har nylig kommet til en «erkjennelse av at eksisterende håndhevingsverktøy ikke alltid er tilstrekkelig for å kunne gjøre noe med strukturelle markedsforhold og atferd som virker konkurransebegrensende» og at «det [kan] være utfordrende å benytte konkurranseloven § 11 for å stanse konkurranseskadelig prisdiskriminering», jf. notat til Nærings- og fiskeridepartementet 19. mai i år.⁷

Det er derfor behov for nye virkemidler for å motvirke de konkurranseskadelige virkningene av usaklige prisforskjeller fra dagligvareleverandører med vesentlig markedsrett. Stortinget har gjennom

⁴ Med «dagligvarekjeder» og «kjedeledet» siktes det både til kjeder med hovedvekt på fysiske utsalgssteder (som NorgesGruppen, Coop og REMA 1000) og kjeder med hovedvekt på hjemlevering (som Oda).

⁵ Se Odas (da Kolonial.no) høringsuttalelse til rapport fra Oslo Economics og Oeconomica om etableringshindringer i dagligvaremarkedet, 22. mars 2018.

⁶ Forbrukerrådet (2022a), *Forbrukerrådets posisjon om: Skadelige forskjeller i innkjøpspriser*, notat til Nærings- og fiskeridepartementet, 9. juni 2022.

⁷ Konkurransetilsynet (2022a), *Behov for nye virkemidler for å bedre konkurransen i dagligvaremarkedet*, notat til Nærings- og fiskeridepartementet, 19. mai 2022, punkt (59) og (44).

vedtaket 31. mai i år anmodet regjeringen om å utrede en midlertidig forskrift om usaklig prisdiskriminering som skal sendes på høring høsten 2022.

Forbrukerrådet skriver i sitt notat til departementet at det mener at «*det vil være nødvendig med strengere regulering av ubegrunnede innkjøpsprisforskjeller*»,⁸ og peker på at alternativet - en fortsatt aksept av store innkjøpsfordeler - vil lede til fortsatt vekst for NorgesGruppen som «*vil forsterke etableringshindringene, svekke priskonkurransen og øke sannsynligheten for at nok en konkurrent gir opp. Det vil, med stor grad av sannsynlighet, i fremtiden føre til betydelig mer inngripende tiltak enn det som er aktuelt nå*».⁹

På denne bakgrunn legger Oda Norway og Reitan Retail frem et forslag til midlertidig forskrift om usaklig forskjellsbehandling fra dagligvareleverandører med vesentlig markedsrett. Forskriftens formål er å sikre markedsadgang og konkurranse i dagligvaremarkedene, både på leverandør- og kjedenivå.

Stortingets vedtak 612 følges opp i forslaget ved at dagligvareleverandører med vesentlig markedsrett pålegges å unngå usaklig forskjellsbehandling mellom kundene. I debatten om prisforskjeller i dagligvaremarkedet er det særlig virkninger på etablering og konkurransen i kjedeledet som har vært drøftet, men det er også viktig å ta hensyn til virkninger på leverandørledet. Ved utarbeidelsen av forslaget har det derfor vært sentralt å adressere konkurranseskadelige virkninger av leverandørenes prisforskjeller både i kjedeledet og for konkurransen mellom leverandører med vesentlig markedsrett og mindre leverandører. Sistnevnte er blant annet tatt hensyn til ved å presisere at motytelser og avtalevilkår som kan ha utestengende virkninger for mindre leverandører ikke skal kunne anses som en saklig begrunnelse for forskjellsbehandling.

Forslaget legger opp til enkle og anvendelige definisjoner for å identifisere leverandører som faller inn under forskriftens bestemmelser jf. Stortingets vedtak 612 punkt a og b. Dette bidrar til å sikre forutberegnelighet for aktørene i markedet og bidra til effektiv håndheving. Leverandører med mer enn 40 % markedsandel i en varekategori med en samlet årlig omsetning over 100 millioner kroner vil etter forskriften anses å ha «vesentlig markedsrett», og dermed falle inn under forskriftens bestemmelser.

Varekategorier foreslås definert med utgangspunkt i varegrupperinger som allment anvendes av analysebyråer og aktørene i dagligvaremarkedet. Det gjør det enkelt å avgjøre hvem som skal anses som «leverandør med vesentlig markedsrett» da man slipper å avgrense et relevant marked og avgjøre om foretaket er «dominerende» slik konkurranseloven § 11 forutsetter, og som kan være krevende i enkeltsaker.

En liste over hvilke leverandører som anses å ha «vesentlig markedsrett» etter disse kriteriene er inntatt som vedlegg 1.¹⁰

Hovedbestemmelsen i forskriftsforslaget er at leverandører med vesentlig markedsrett plikter å unngå usaklig forskjellsbehandling mellom kunder. Leverandører med vesentlig markedsrett kan etter forskriftsforslaget fremdeles forhandle med den største dagligvarekjeden og andre kjeder om priser, vilkår, ytelser og motytelser. Resultatet fra forhandlingene med én kjede vil imidlertid legge

⁸ Forbrukerrådet (2022a), posisjonsnotat til Nærings- og fiskeridepartementet, s. 1.

⁹ Side 7-8.

¹⁰ Vedlegget er utarbeidet med utgangspunkt i data fra REMA 1000, da informasjon om hele markedet ikke er offentlig tilgjengelig, se kapittel 5.2 nedenfor. Vedlegget gir dermed kun en skisse på hvilke leverandører som vil omfattes av forslaget til forskrift.

føringer på hvordan leverandøren kan opptre overfor andre kjeder, slik at kjedene ikke forskjellsbehandles usaklig.

Forslaget innebærer dermed ikke et påbud om identiske priser eller vilkår til ulike kunder eller regulering av leverandørenes priser («prisregulering»). Leverandørene vil fortsatt ha frihet til å differensiere betingelsene til de ulike kjedene, men slik differensiering må ikke være usaklig som definert av forskriften. Eventuelle ulikheter må være saklig begrunnet gjennom to hovedkriterier for saklighet; (i) relevante kostnadsforskjeller knyttet til leveranser til ulike kunder, og (ii) reelle motytelser fra kunden som kan begrunne gunstigere vilkår.

Siden det er leverandøren som eventuelt forskjellsbehandler og kjenner årsaken til forskjellsbehandlingen, har leverandøren bevisbyrden for at forskjellsbehandlingen ikke er usaklig. Forhandlinger og forhandlingsresultatet mellom en leverandør og den enkelte kjede er dessuten hemmelige, slik at den enkelte dagligvarekjeden ikke har mulighet til å undersøke om de avtalte vilkårene kan innebære prisdiskriminering i strid med forslaget.

Et hovedprinsipp er at samtlige kunder må ha lik adgang til å oppnå fordeler hos leverandører med vesentlig markedsrett. Dette innebærer at slike leverandører må tilby alle kunder samme typer rabatter eller bonuser, markedsføringsstøtte osv. Innholdet i rabatter m.m. kan imidlertid være forskjellige, men dette må ikke skyldes usaklig forskjellsbehandling.

Kostnadsfordeler knyttet til leveranser mot enkeltkunder vil kunne videreføres til kunden uten at det blir tale om usaklig forskjellsbehandling. Der kunden leverer reelle motytelser til leverandør, vil kunden også kunne godtgjøres for disse gjennom gunstigere vilkår. Det kan imidlertid være usaklig forskjellsbehandling dersom én kunde belønnes bedre enn andre for sammenliknbare motytelser.

Om det foreligger usaklig diskriminering eller ikke skal vurderes ut fra kundens totale engasjement med leverandøren. Forslagets konkrete formuleringer er likevel innrettet på enkelte rabatter og enkelte varelinjer. Disse vurderingene må legges sammen for å avgjøre om leverandøren med vesentlig markedsrett har drevet usaklig prisdiskriminering. Konkurransetilsynet har allerede utviklet en metode for å sammenlikne priser i sin kartlegging av innkjøpsbetingelser i dagligvaresektoren. Denne metoden gir et representativt uttrykk for den enkelte kjedes samlede engasjement, og det legges til grunn at denne metoden kan danne grunnlag for den vurdering som forskriften forutsetter.

Forslaget inneholder en legaldefinisjon av hva som skal anses som «reelle motytelser». Med reelle motytelser menes at ytelsene må innebære en arbeids- eller kapitalinnsats fra kundens side, f.eks. i form av markedsføringsinnsats, kampanjer eller annen salgsfremmende innsats for leverandørenes produkter. Typisk vil betalinger for ikke å plassere konkurrerende leverandørers produkter ikke anses som «reelle». På denne måten vil forskriftsforslaget også bidra til å forhindre utestenging av mindre leverandører fra markedet.

I forskriftsutkastet konkretiseres saklighetskravet. Det presiseres for det første at ytelser på tvers av varelinjer normalt ikke vil anses som saklig begrunnet med mindre det har sammenheng med kostnadsfordeler på tvers av varelinjene. Formålet er å unngå konkurranseskadelig koplingssalg (bundling) av ulike varer og varegrupper. For det andre vil ytelser i form av rabatter eller betaling som har verdi fordi de virker fortrenghende på andre leverandører ikke anses som saklige. Begge vilkårene vil redusere muligheten leverandører med vesentlig markedsrett har til å anvende prisdiskriminering som middel for å begrense konkurransen fra mindre, konkurrerende leverandører. For motytelser som anses som reelle, kreves at enhver kunde skal ha lik tilgang til å tilby slike motytelser. Det innebærer imidlertid ikke at en leverandør har plikt til å informere kunden om for eksempel detaljer i nye, innovative motytelser som en annen kjede har tilbudt og leverandøren deretter avtalt.

For å sikre at kjedene settes i stand til å ta informerte valg om innkjøpene de foretar, stilles det i forslaget krav om at leverandører med vesentlig markedsrett må vise åpenhet om hvordan dagligvarekjedenes endringer i motytelser, sortiment og andre forpliktelser påvirker leverandørens tilbud. Dette vil danne grunnlag for at dagligvarekjedene kan ta informerte valg ved slike beslutninger, for eksempel ved vurdering av hva det vil koste kjeden i form av tapte ytelser ved å satse mer på mindre, konkurrerende leverandører. Kravet gir imidlertid ikke leverandøren en plikt til å dele informasjon om andre kjeders vilkår.

Forslaget legger opp til at forskriften skal håndheves både av Konkurransetilsynet og private, for eksempel av dagligvarekjeder som mener seg utsatt for usaklig forskjellsbehandling eller mindre leverandører som mener deres tilgang til markedet har blitt begrenset som følge av usaklig prisdiskriminering. Konkurransetilsynet skal også kunne sanksjonere overtredelser etter konkurranselovens bestemmelser. Forskriften inneholder videre mekanismer for å sikre en effektiv håndheving både av Konkurransetilsynet og av private, herunder for ivaretagelse av konkurransesensitiv informasjon. Det må legges til grunn at slike mekanismer bidrar til å sikre at forskriftens bestemmelser etterleves.

En midlertidig forskrift som foreslått i dette dokumentet forventes å bidra til styrket konkurranse i både i leverandørmarkedene og mellom dagligvarekjedene, og til bedre etableringsmuligheter for nye leverandører og nye dagligvarekjeder. Tabellen nedenfor oppsummerer forventede samlede virkninger av en midlertidig forskrift på ulike områder på kort og lang sikt. Det avgjørende er imidlertid å se på helheten, og ikke de enkelte virkningene isolert. En mulig kortsiktig negativ effekt i form av reduserte forhandlingsincentiver kan for eksempel mer enn oppeveis av positive effekter i form av sterkere konkurranse i både leverandør- og kjedeledet og økt etablering på lengre sikt, som igjen kan føre til lavere priser til forbruker.

Tabell 1.1: Forventede virkninger av midlertidig forskrift mot usaklig forskjellsbehandling fra dagligvareleverandører med vesentlig markedsrett

Virkning på	Antatt effekt	Kommentar
Etableringsmuligheter for nye dagligvarekjeder	Positiv	Etableringsmuligheter styrkes ved at en vesentlig konkurranseulempe for nye aktører fjernes eller reduseres.
Konkurransen mellom etablerte dagligvarekjeder	Positiv	Konkurranseulempen til mindre kjeder reduseres. Mindre og nyetablerte kjeder ikke avhengige av innkjøpssamarbeid med konkurrent.
Konsentrasjon i kjedeledet	Positiv	Både bedre etableringsmuligheter og styrket konkurranse mellom etablerte aktører forventes å bidra til redusert konsentrasjon over tid.
Etableringsmulighet for nye leverandører	Positiv	Etableringsmulighetene styrkes ved at ute-stengende virkninger av prisforskjeller reduseres.
Konkurransen mellom etablerte leverandører	Positiv	Styrket rivalisering mellom mindre leverandører og leverandører med vesentlig markedsrett dersom forskriften reduserer bruk av vilkår som hindrer mindre konkurrenter.

Forhandlingsincentiver	Negativ	Forskriften er ikke til hinder for fortsatt harde forhandlinger om ytelser og motytelser, så lenge forskjeller er saklige. Kjedenes forhandlingsincentiver vil likevel i noen grad reduseres av at oppnådde prisfordeler i forhandlinger også må gis andre kjeder, og at leverandører kan bli motvillige til å gi prisavslag som må tilbys til alle.
Utsidealternativer	Positiv	Dersom største kjede har de beste utsidealternativene, vil slike alternativer kunne presse ned prisene for samtlige kjeder.
Omfang egne merkevarer	Usikker	Kan forventes økt satsing på egne merkevarer hos NorgesGruppen, mens EMV-andelen kan gå ned i de mindre kjedene. Samlet virkning er usikker.
Dagligvarekjedens innkjøpspriser	Usikker	Hvis prisdiskrimineringen har sammenheng med største kjedes trussel om oppbygging av alternative forsyningskilder, kan alle kjedenes innkjøpspriser falle. Styrket konkurranse i leverandørmarkedene kan også bidra til lavere priser. Spesielt i fravær av relevante utsideopsjoner, kan endrede forhandlingsincentiver trekke i motsatt retning.
Forbrukerpriser	Usikker på kort sikt Lavere på lenger sikt	Forbrukerpriser vil gå ned dersom innkjøpspriser reduseres. Prisene kan også gå ned dersom den største kjeden må betale høyere innkjøpspris, hvis andre kjeders innkjøpspris reduseres. Prisene vil på kort sikt gå opp dersom alle kjeders innkjøpspris øker. Forskriften kan bidra til økt inntreden og forsterket konkurranse både på leverandør- og kjedeledet som kan bidra til reduserte priser, spesielt over tid.

Det er vurdert om forskriftsforslaget er forenlig med EØS-avtalen, jf. EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd. Forslaget retter seg ikke mot den enkelte avtalen leverandører med vesentlig markedsrett inngår. Forslaget legger heller ikke føringer på innholdet på den enkelte avtalen i seg selv. Forslaget forbyr kun usaklig forskjellsbehandling ved at det stilles krav til hva leverandører skal og kan tilby kundene, hvilket er å anse som ensidig atferd hvor det er tillatt etter EØS-konkurranseloven § 7 å ha strengere nasjonale regler.¹¹

Som et alternativ til forskrift har Konkurransetilsynet forslått en ny hjemmel til å gripe inn mot konkurranseskadelig atferd selv om overtredelse av konkurranselovens forbudsbestemmelser ikke er fastslått (kalt «markedsundersøkelsesverktøy»). Næringsministeren har støttet forslaget om å innføre en hjemmel for å kunne pålegge markedsaktører endret atferd i slike tilfeller.¹²

¹¹ Tilsvarende pålegger forskrift om tilgang til boligannonsering på Internett (FOR-2009-09-09-1169) som også er vedtatt i medhold av konkurranseloven § 14, plikter på tilbydere av boligannonsering.

¹² Nærings- og fiskeridepartementet (2022), *Foreslår å styrke Konkurransetilsynets håndheving i dagligvaremarkedet*, pressemelding, 26. mai 2022.

En midlertidig forskrift vil få umiddelbar effekt og gjelde alle leverandører med vesentlig markeds-makt. En ny inngrepshjemmel gir Konkurransetilsynet mulighet til å pålegge enkeltaktører å endre atferd i enkelttilfeller etter forutgående utredning, og kan dermed supplere en midlertidig regulering.

Tiltakene er derfor ikke gjensidig utelukkende alternativer. Oda Norway og Reitan Retail støtter derfor forslaget om nytt markedsundersøkelsesverktøy som supplement til midlertidig forskrift om usaklig prisdiskriminering i dagligvaremarkedet.

2. Problembeskrivelse: Konkurransøkonomisk diagnose

2.1 Innledning

Verdikjeden for dagligvarer er preget av høy konsentrasjon, både på leverandør- og kjedeledet. I leverandørmarkedene er konsentrasjonen svært høy i flere varekategorier, der enkelte kategorier er preget av nær monopolliknende tilstander. Konsentrasjonen i kjedeledet er også høy og har vært økende over tid.

Bekymringen for konkurransen i dagligvaremarkedet er ikke ny. I 2005 utga Konkurransetilsynet rapporten «Betaling for hylleplass», der tilsynet tok utgangspunkt i at mange leverandørmarkeder var sterkt konsentrert og et konsentrert detaljistmarked, og drøftet hvordan ulike avtalevilkår, rabatter og bonuser kan medføre at mindre leverandører blir stengt ute.¹³ I 2010 ble matkjedeutvalget ledet av Einar Steensnæs satt ned, etter omfattende diskusjon om dagligvarekjedenes maktposisjon. Utvalget leverte sin offentlige utredning «Mat, makt og avmakt» i 2011.¹⁴

I 2016 tok den daværende regjeringen nytt initiativ til flere tiltak for å styrke konkurransen.¹⁵ Utgangspunktet var bekymring for konkurransen både blant dagligvarekjedene og blant leverandørene. Ett av tiltakene var en utredning av etableringshindringer i dagligvaremarkedet. Utredningen av Oslo Economics og Oeconomica for Nærings- og fiskeridepartementet fra 2017 pekte på «*relative volumgevinster i innkjøp*» - dvs. at aktører som kjøper større volumer oppnår bedre innkjøpsbetingelser - som «*den mest betydningsfulle etableringshindringen*».¹⁶

Utredningen initierte en omfattende debatt om betydningen av forskjeller i dagligvarekjedenes innkjøpspriser for konkurransen og behovet for å gripe inn mot forskjellene. Problemstillingen er behandlet i Stortinget flere ganger, og det er gjennomført en rekke utredninger og studier, både i regi av myndighetene og av markedsaktørene

Konkurransetilsynets kartlegginger av kjedenes innkjøpsbetingelser har bekreftet at det er til dels store forskjeller i kjedenes innkjøpspriser fra flere viktige leverandører og at disse forskjellene gjennomgående favoriserer den største dagligvarekjeden.¹⁷

Det synes å være en utbredt enighet om at forskjellene dokumentert av Konkurransetilsynet i seg selv kan være skadelig for konkurransen i dagligvaremarkedet. Konkurransetilsynet uttalte for eksempel i 2018 at «*en kostnadsulempe på eksempelvis 3-5 prosent kunne utgjøre en vesentlig etableringshindring på bakgrunn av at bransjen har lave nettomarginer og at varekostnadene utgjør 70-80 prosent av de totale kostnadene*».¹⁸ Tilsvarende uttalte Konkurransetilsynet i en kronikk i 2022 at «*[d]et er imidlertid en velkjent sak - og i samsvar med våre uttalelser - at store prisforskjeller over tid kan hemme konkurransen*».¹⁹ Det er imidlertid betydelig uenighet om det bør iverksettes tiltak mot prisforskjellene og i så fall hvilke tiltak som bør iverksettes.

¹³ Konkurransetilsynet (2005), *Betaling for hylleplass - Virkninger for konkurransen i dagligvaremarkedet i Norge*, Rapport 2/2005. Se også Konkurransetilsynet (2009), *Konkurransen i Norge*, s. 113-125.

¹⁴ NOU 2011:4, *Mat, makt og avmakt - om styrkeforholdene i verdikjeden for mat*.

¹⁵ Nærings- og fiskeridepartementet (2016), pressemelding, *Styrker konkurransen i dagligvarebransjen*, 15. mars 2016.

¹⁶ Oslo Economics og Oeconomica (2017), *Etableringshindringer i dagligvaresektoren*, side 5.

¹⁷ Konkurransetilsynet (2019), *Kartlegging av innkjøpsbetingelser i norsk dagligvaresektor* og Konkurransetilsynet (2020), *Kartlegging av innkjøpsbetingelser i norsk dagligvaresektor: Undersøkelse av betingelser for 2018 og 2019*.

¹⁸ Konkurransetilsynets uttalelse 13. mars 2018 til Nærings- og fiskeridepartementet i forbindelse med høring av rapport om etableringshindringer fra Oslo Economics og Oeconomica, s. 4.

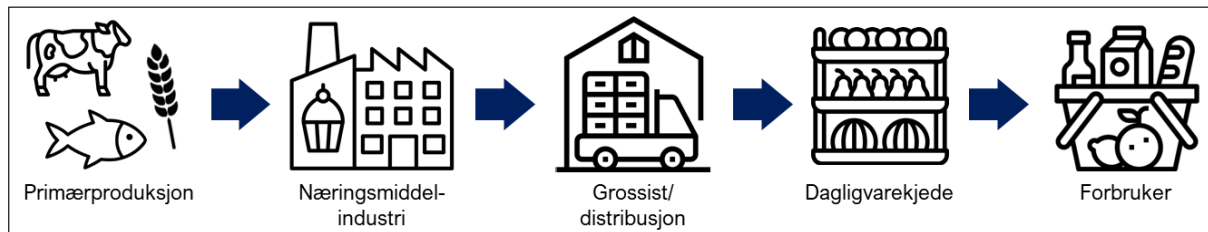
¹⁹ Konkurransedirektør Tina Søreide og avdelingsdirektør Beate Berrefjord, *Større muskler heller en påstand om passivitet*, kronikk i Dagens Næringsliv 31. mai 2022.

2.2 Konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet

2.2.1 Innledning

Dagligvaremarkedet består av aktører på ulike ledd i verdikjeden fra primærprodusent til forhandlere som sørger for at matvarer og andre dagligvarer er tilgjengelige for forbrukere i hele landet. De sentrale leddene i verdikjeden for dagligvarer er illustrert i figuren under.

Figur 2.1: Verdikjeden for dagligvarer



Det er ulik grad av vertikal integrasjon i verdikjeden. De store dagligvarekjedene forhandler om innkjøp direkte med leverandørene på industrileddet og har alle integrert grossist- og distribusjonsvirksomhet som i hovedsak forsyner kjedenes butikker. I K Lykke/Bunnpris og Oda har ikke egen virksomhet i grossist- og distribusjonsleddet, men har innkjøps- og distribusjonssamarbeid med hhv. NorgesGruppen og REMA 1000 som grossist. NorgesGruppens grossistvirksomhet, ASKO, har også en betydelig virksomhet som leverandør til storhusholdning og KBS (kiosker, bensinstasjoner og servicehandel). REMA 1000 er gjennom datterselskapet Kolly aktiv som leverandør til KBS og startet i 2022 som leverandør til storhusholdning. NorgesGruppen og REMA 1000 er også aktive innen annen detaljhandel, som kiosk, servicehandel og bensinstasjoner, mens Coop er aktiv innen byggevarehandel.

Kjedene er til en viss grad også integrert i industrileddet. For eksempel er Bakehuset, som leverer brød- og bakervarer, heleid av NorgesGruppen, Norsk Kylling, som leverer fjørfeprodukter, heleid av REMA 1000, og Røra Fabrikker, som leverer juice, syltetøy og saft, heleid av Coop. Primærprodusentene har også betydelige interesser i næringsmiddelindustrien gjennom samvirker som Nortura og Tine, som er blant de største aktørene i næringsmiddelindustrien i Norge.

Illustrasjonen i figur 2.1 er forenklet ved at det innen ulike kategorier og produkter kan være noe ulik organisering. For eksempel kan foredlingen i industrien skje i flere ledd ved at ett industriledd leverer råvarer (f.eks. melvarer) til et annet (f.eks. brød og bakervarer). Når det i det følgende vises til leverandører og konkurransesituasjonen i leverandørmarkedene, vises det primært til næringsmiddelindustriens leveranser til dagligvarekjedene og deres grossist- og innkjøpsfunksjoner.

Bekymringen for konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet gjelder særlig konkurransen i leverandørmarkedene og mellom dagligvarekjedene. I Meld. St. 27 (2019-2020) drøftes konkurransesituasjonen i de ulike leddene av verdikjeden. I meldingen konkluderes det at «*det er fleire grunnar til bekymring for konkurranseforholda i verdikjeda for daglegvarer. Det er få aktørar på detaljistleddet, i mange av leverandørmarknadene er det aktørar som har sterk marknadsmakt, og etableringshindringane er betydelege.*»²⁰

Bekymringen for konkurransesituasjonen kom også til uttrykk fra en samlet næringskomité i Stortinget under behandlingen av dagligvaremeldingen:²¹

²⁰ Meld. St. 27 (2019-2020) *Daglegvare og konkurranse - kampen om kundane*, side 93.

²¹ Innst. 185 S (2020-2021), side 4.

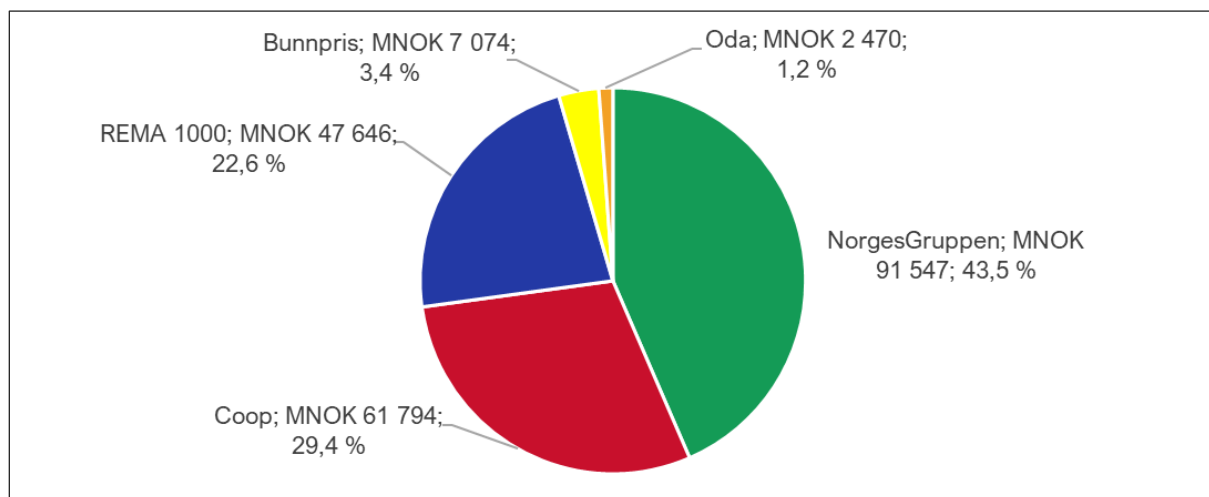
«Komiteen merker seg at prisene på mat i Norge er høyere og utvalget smalere enn i våre naboland. Konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet er krevende og preget av få aktører som dominerer store deler av markedet. Det er dermed vanskelig for nye aktører å etablere seg. Både etableringshindre og at forbruker ikke får optimalt tilbud, viser viktigheten av å iverksette tiltak og å skaffe ytterligere kunnskap om bransjen. Det vil igjen sørge for en sunnere konkurranse og åpne muligheten for nye etableringer.»

I det følgende presenteres konkurransen mellom dagligvarekjedene og i leverandørmarkedene nærmere.

2.2.2 Konkurransen mellom dagligvarekjedene

Dagligvaremarkedet er i dag dominert av de tre store paraplykjedene, NorgesGruppen, Coop og REMA 1000, som alle er vertikalt integrert med egen grossist- og distribusjonsvirksomhet. I 2021 hadde NorgesGruppen ifølge NielsenIQ en markedsandel i detaljistleddet på 44,0 %, Coop 29,7 % mens REMA 1000 hadde 22,9 %. I K Lykke/Bunnpris, som har innkjøpssamarbeid med NorgesGruppen, hadde 3,4 %.²² Oda, som har innkjøpssamarbeid med REMA 1000, inngår ikke i markedstallene fra NielsenIQ, men opplyser selv at omsetningen i 2021 var ca. NOK 2,5 mrd.,²³ tilsvarende en markedsandel på ca. 1,2 % av et totalt dagligvaremarked på ca. NOK 210 mrd. i 2021. Figuren under viser aktørenes markedsandeler i 2021 der Oda også er regnet med.

Figur 2.2: Markedsandeler dagligvarekjedene, 2021, kilde: NielsenIQ og Oda (bearbeidet)



Dagligvaremarkedet har vært gjennom betydelige strukturendringer de siste 10-15 årene. I 2006 var det fire store dagligvarekjeder. Største aktør, NorgesGruppen, hadde en markedsandel på 35,0 %. ICA var fortsatt til stede, med en markedsandel på 18,9 %. I tillegg ble de fire store kjedene utfordret av Bunnpris (2,9 %), Lidl (1,4 %) og Smart Club (0,6 %). I 2008 ble Smart Club kjøpt av Coop, og REMA 1000 kjøpte virksomheten i Lidl etter at eierne besluttet å trekke kjeden ut av Norge. ICA hadde en nedadgående trend, og i oktober 2014 inngikk Coop og ICA avtale om kjøp av ICAs norske virksomhet. Kjøpet ble godkjent av Konkurransetilsynet 4. mars 2015 under forutsetning om salg av 50 ICA-butikker til NorgesGruppen og 43 butikker til Bunnpris. Med unntak for netthandelsaktøren Oda har det ikke

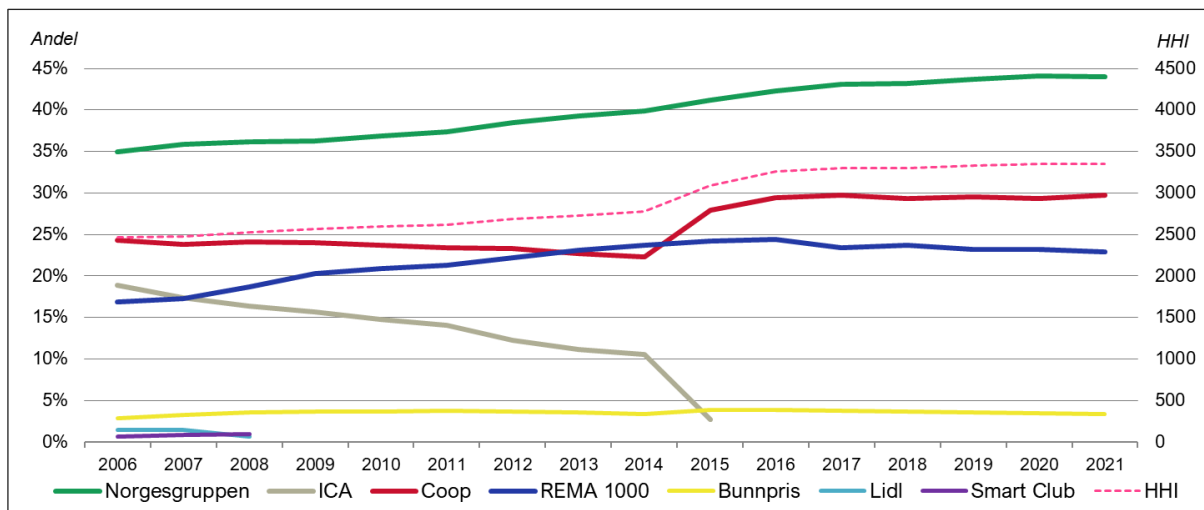
²² Kilde: NielsenIQ/Dagligvarehandelen: *Dagligvarefasiten* 2022.

²³ Oda, pressemelding 19. januar 2022, *Historisk år for Oda: vokste med halv milliard i 2021* (<https://kommunikasjon.ntb.no/pressemelding/historisk-ar-for-oda-vokste-med-halv-milliard-i-2021?publisherId=12583954&releaseId=17924454>).

vært noen nyetablering av betydning i Norge de siste 15 årene. Marked.no ble etablert i 2016, men ble lagt ned allerede i januar 2018.

Figuren under viser utviklingen i kjedenes markedsandeler samt utviklingen i konsentrasjonsmålet HHI siden 2006.

Figur 2.3: Markedsandeler og HHI dagligvarekjedene (utenom Oda) 2006-2021, kilde: NielsenIQ (bearbeidet)



Som figuren viser har det vært en økende konsentrasjon i perioden siden 2006. NorgesGruppen har hatt en jevn økning i markedsandelen, fra 35,0 % i 2006 til 44,0 % i 2021. Konsentrasjonsmålet HHI²⁴ (høyre akse) har økt fra 2 469 i 2006 til 3 354 i 2021; en økning («delta») på 885. Til sammenlikning er HHI-verdier over 2 000 ansett som høyt konsentrerte markeder ifølge praksis fra Konkurransetilsynet²⁵ og Europakommisjonen,²⁶ mens markeder med HHI-verdi mellom 1 000 og 2 000 er ansett som moderat konsentrert. HHI-verdier under 1 000 er ansett som lite konsentrert. Tilsvarende betegnes et marked med en HHI på over 2 500 som «*highly concentrated market*» i amerikanske Department of Justice og Federal Trade Commissions horisontale fusjonsretningslinjer av 2010, hvor en økning i konsentrasjon («delta») på mer enn 200 gir en presumpsjon for at aktørenes markedsrett styrkes.²⁷ Økningen i HHI har vært jevn i perioden, med unntak for et «løft» i 2015/16 som følge av Coops kjøp av ICA og NorgesGruppens kjøp av 50 ICA-butikker.

Et annet vesentlig utviklingstrekk de siste 15 årene er at lavprissegmentet har fått en stadig større andel av det samlede dagligvaremarkedet på bekostning av de øvrige handelssegmentene (supermarkeder, nærbutikker og hypermarkeder). I 2021 sto de tre lavpriskonseptene REMA 1000, Kiwi (NorgesGruppen) og Extra (Coop) for 61,7 % av det totale dagligvaremarkedet. I 2006 sto kjedene som da kunne oppfattes som lavpriskjeder, REMA 1000, Kiwi, ICAs Rimi, Lidl og Coop Prix,²⁸ for til sammen

²⁴ HHI er et mål for markeds konsentrasjon basert på markedsandelene til alle aktørene i markedet. HHI beregnes ved å summere kvadratet av markedsandelen til hver enkelt aktør i markedet og har en maksimal verdi på 10 000 (rent monopol). Et annet ofte benyttet konsentrasjonsmål er CR_x, som er summen av markedsandelen til de x største aktørene i et marked, der x typisk er 3 (CR₃) eller 4 (CR₄). I motsetning til CR_x, tar HHI hensyn til helheten i markedet og den innbyrdes fordelingen av markedsandeler mellom aktørene. Se også Meld. St. 27 (2019-2020) s. 48-49.

²⁵ Se f.eks. V2022-4 Royal Unibrew/Hansa Borg Holding premiss (201), jf. fotnote 166.

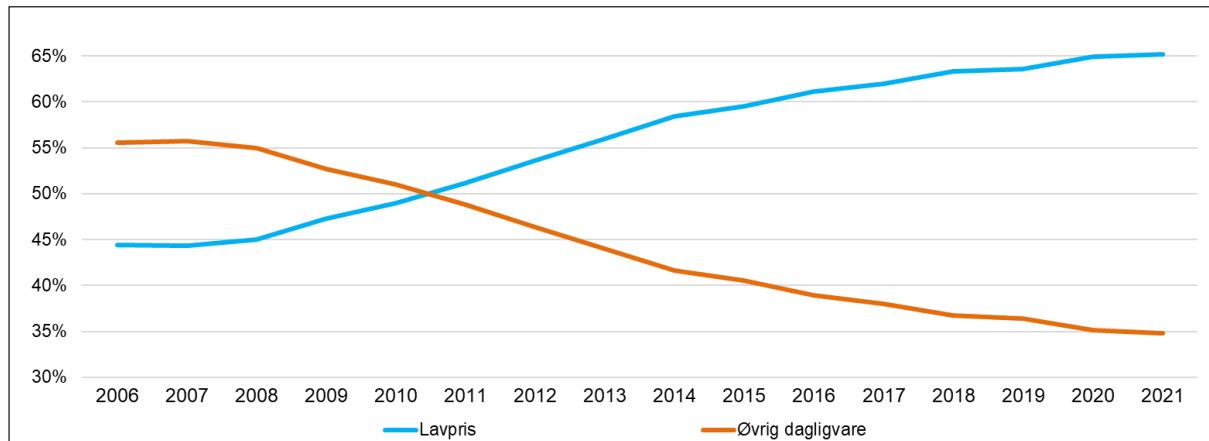
²⁶ Europakommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger (2004/C 31/05), punkt 16 og 19-21.

²⁷ <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>.

²⁸ Coop Prix var Coops fremste lavpriskonsept i 2006. Den første Extra-butikken ble etablert i 2006, men kjeden inngår ikke i det offentlige tallene fra Nielsen før 2009 (0,8 %). Extra fremstår i dag som det fremste lavpriskonseptet til Coop, mens lavprisprofilen til Coop Prix nå er mer nedtonet.

44,4 %. Figuren under viser utviklingen i lavpriskjedenes og de øvrige dagligvarekjedenes andel av dagligvaremarkedet fra 2006 til 2021. Som figuren viser, har lavpriskjedene hatt en vedvarende andelsvekst i perioden.

Figur 2.4: Andel lavpriskjeder²⁹ og øvrig dagligvare, MNOK, 2006-2021, kilde: NielsenIQ (bearbeidet)



Dagligvaremarkedet er i 2022 i stor grad preget av rivaliseringen mellom lavpriskonseptene til de tre store dagligvareaktørene. Lavprissegmentet er det eneste segmentet der alle tre aktører er til stede. REMA 1000, NorgesGruppens Kiwi og Coops Extra er de klart største kjedekonseptene i Norge, med hhv. 22,9, 22,4 og 16,4 % markedsandel i 2021. Det største kjedekonseptet utenom disse er NorgesGruppens Meny, med 10,6 % markedsandel i 2021. Ingen andre kjedekonsepter har over 10 % markedsandel. Rivaliseringen i lavprissegmentet medfører at kjedene i stor grad satser på lavprisbudskapet i sin markedsføring. Det fremstår som svært viktig for kjedene å gjøre det godt i mediernes prissammenlikninger.³⁰ Forbrukerne legger i økende grad vekt på lave priser ved valg av dagligvarebutikker.³¹

Som påpekt i Meld. St. 27 (2019-2020) er store dagligvaregrupperinger med høy markedsandel ikke et særnorsk fenomen. Det som likevel skiller Norge fra de andre nordiske landene er antall aktører: «I Noreg er det færre aktører i daglegvaremarknaden, og heller ikke innslag fra internasjonale aktører.»³²

²⁹ Følgende kjeder er regnet som lavpriskjeder i figuren: REMA 1000, Kiwi, Extra, Rimi, Lidl og Coop Prix. Extra er medregnet fra og med 2009.

³⁰ Se f.eks. Dagens Næringsliv, *Slik opererer dagligvarekjedenes prisspioner*, 6. oktober 2017, (<https://www.dn.no/magasinet/naringsliv/dagligvarer/handel/rema/slik-opererer-dagligvarekjedenes-prisspioner/2-1-153699>).

³¹ Se Engelund, V. og V. T. Eimind (2018), *Utviklingen i det norske dagligvaremarkedet - et forbrukerperspektiv*, masterutredning NHH (<https://www.nhh.no/contentassets/ef25235953bd4af58671fa1bd5771495/engelund-eimind.pdf>). Utredningen er også presentert på konferansen FOOD 2019 (<https://www.nhh.no/kalender/konferanser/food/tidligere-konferanser/>).

³² Se Meld. St. 27 (2019-2020), *Daglegvare- og konkurranse - kampen om kundane*, s. 45.

Figur 2.5: Markedsandeler dagligvarekjeder Norge, Sverige, Danmark og Finland i 2018, kilde: Meld. St. 27 (2019-2020), side 45

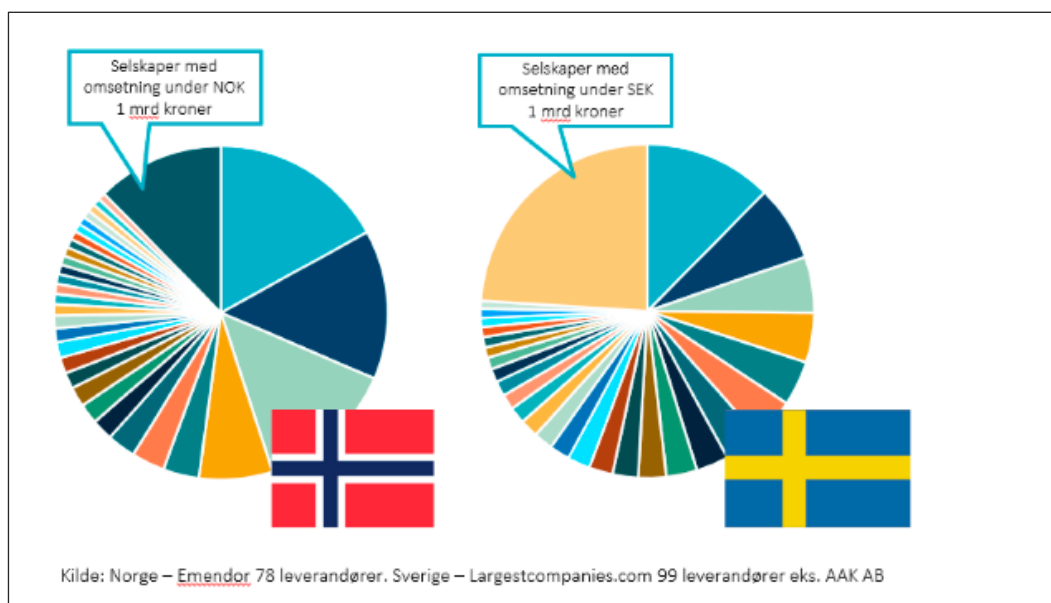
Tabell 3.2 Marknadsdel i andre land, per 2018 ¹			
Noreg	Sverige	Danmark	Finland
Norgesgruppen 43,2 %	Ica 51,5 %	Salling Group 35,2 %	S Group 46,4 %
Coop 29,3 %	Coop 16,9 %	Coop 34,5 %	K Group 36,1 %
Rema 1000 23,7 %	Axfood 17,8 %	Reitan Gruppen 11,9 %	Lidl 9,6 %
Bunnpris 3,7 %	Bergendahls 7,0 %	Frie kjøpmenn (Dagrofa) 11,4 %	Tokmanni Group 3,0 %
Andre 0,1 %	Lidl 4,7 %	Aldi 3,0 %	Minimani 0,5 %
	Netto ² 2,1 %	Lidl 2,9 %	M Chain 0,5 %
	Andre 0,0 %	Andre 0,9 %	Andre 3,9 %

Samlet viser gjennomgangen over at dagligvaremarkedet har en høy og økende konsentrasjon. Markedets største aktør, NorgesGruppen har hatt en jevnt økende markedsandel fra 35,0 % i 2006 til 44,0 % i 2021. I tillegg gjør NorgesGruppen innkjøp for Bunnpris og til storhusholdning/KBS, og er dermed den klart største innkjøperen fra dagligvareleverandørene. NorgesGruppens andel av innkjøpsmarkedet anslås til ca. 50 %.³³

2.2.3 Konkurransen mellom leverandørene

Det er i flere sammenhenger pekt på at leverandørmarkedene i Norge er svært konsentrerte. Forbrukerrådet karakteriserer situasjonen som «den særnorske høye konsentrasjonen i leverandørleddet», og viser til at «fire leverandører [står] for mer enn 50 prosent av omsetningen i dagligvaremarkedet» i Norge mens det «[t]il sammenligning er ... ti leverandører bak tilsvarende markedsandel i Sverige», illustrert ved følgende figur:³⁴

Figur 2.6: Leverandørkonsentrasjon dagligvarebransjen, kilde: Forbrukerrådet, notat til Nærings- og fiskeridepartementet, 8. juni 2022, side 3



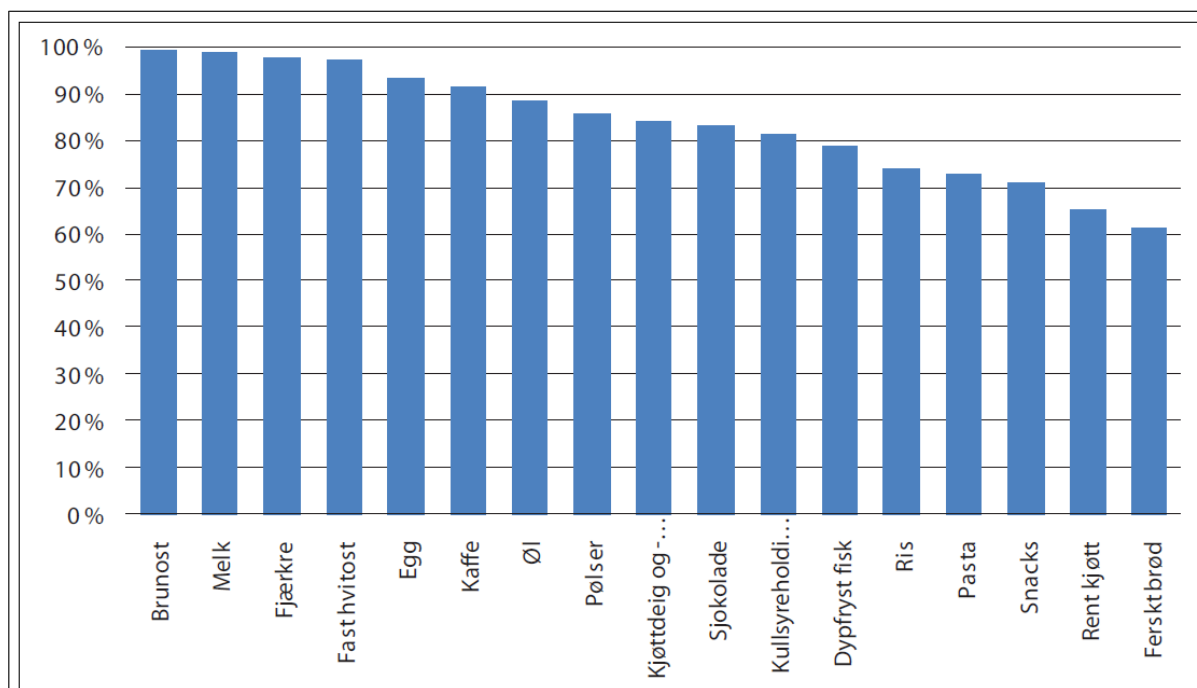
³³ Se f.eks. Forbrukerrådet (2022b), høringsuttalelse av 27. januar 2022 til Konkurransetilsynets utkast til veileder om prisdiskriminering, s. 7.

³⁴ Forbrukerrådet (2022a), posisjonsnotat til Nærings- og fiskeridepartementet, s. 3.

Det er ingen tilgjengelig offentlig statistikk som viser konsentrasjonen i ulike leverandørmarkeder, på samme måte som for dagligvarekjedene. I NOU 2011:4 (Matkjedeutvalget) drøftes konsentrasjonen i leverandørmerkene. Utvalget konkluderer at «[d]e fleste norske leverandørmerkene er svært konsentrerte». Utvalget undersøkte konsentrasjonen og markedsforholdene innen en rekke varegrupper og finner at HHI³⁵ er mer enn 2 000 for alle unntatt én av de undersøkte gruppene.³⁶ Utvalget viser også til at «[i] mer enn halvparten av de undersøkte merkene har markedsleder en markedsandel på over 50 pst».³⁷

Utvalget presenterer en oversikt over samlet markedsandel til de tre største leverandørene («CR3») i de undersøkte varegruppene.

Figur 2.7: Oversikt over samlet markedsandel for de tre største aktørene i ulike varegrupper i 2010, kilde: NOU 2011:4, side 49



Figur 3.13 Samlet markedsandel for de tre største leverandørene i hver produktgruppe (CR3) i 2010.

Kilde: Egne beregninger basert på omsetningstall fra Nielsen Company og opplysninger fra dagligvarekjedene

Utvalget peker på importvernet som ett av forholdene som kan forklare høy konsentrasjon i leverandørmerkene, men viser også til at «produktmarkeder basert på importerte råvarer - som ris og kaffe - er konsentrerte».

I Meld. St. 27 (2019-2020) ble en liknende undersøkelse gjennomført. Undersøkelsen viste at mange varegrupper er svært konsentrerte også i årene 2017-19. I meldingen konkluderes: «I samandrag viser kartlegginga at konsentrasjonen kan bli omtala som høg i store og viktige produktgrupper på leverandørleddet. Både HHI og CR3 viser høge verdiar som indikerer at konsentrasjonen på leverandørleddet er høg.»³⁸ Figuren under viser en tilsvarende sammenstilling av markedsandel i ulike varegrupper som i figuren over.

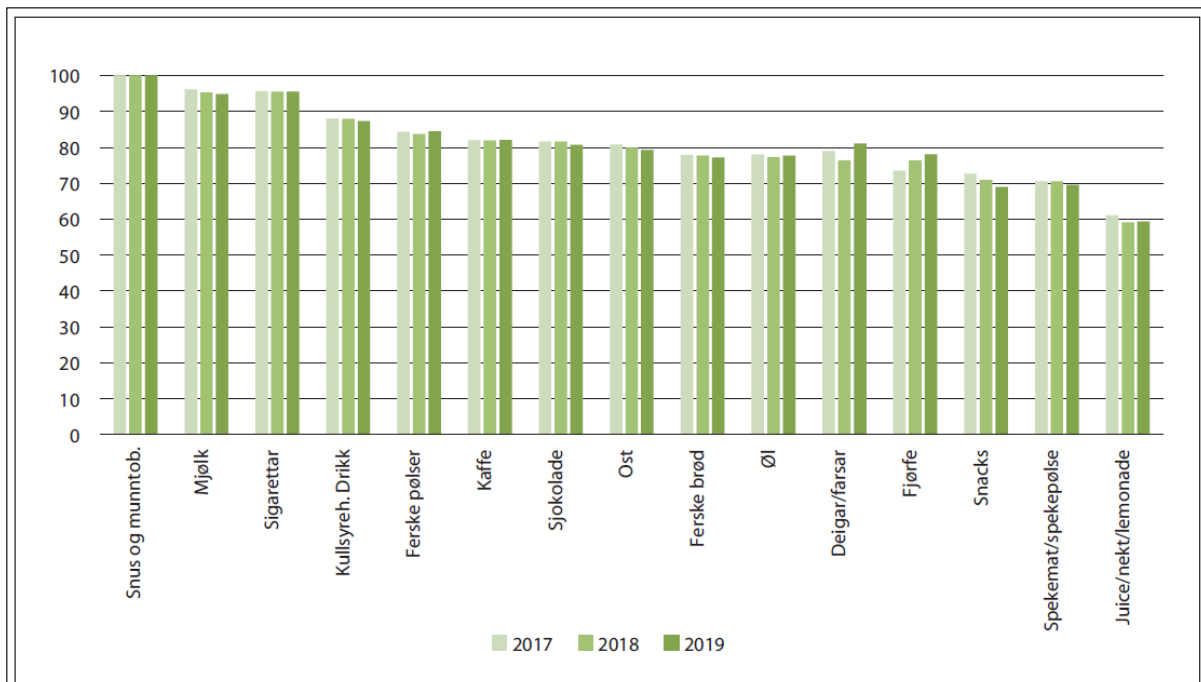
³⁵ Se nærmere forklaring i fotnote 24, kapittel 2.2.2 over.

³⁶ Side 48.

³⁷ Side 15.

³⁸ Side 60.

Figur 2.8: Oversikt over samlet markedsandel for de tre største aktørene i ulike varegrupper 2017-2019, kilde: Meld. St. 27 (2019-2020), s. 61



Figur 3.20 CR3 for store produktgrupper i daglegvaremarknaden, 2017–2019.

Kjelde: Beregningar basert på data frå analyseselskapet Nielsen, innhenta og behandla av Konkurransetilsynet på vegner av Nærings- og fiskeridepartementet

Varegruppene i redegjørelsene i matkjedeutvalgets rapport og dagligvaremeldingen er ikke nødvendigvis sammenfallende med avgrensningen av relevante markeder ved håndheving av konkurranse-loven. Konkurransetilsynet har gjennomført flere inngrep mot foretakssammenslutninger i ulike leverandørmarkeder siden dagens konkurranselov trådte i kraft i 2004. I forbindelse med behandling av foretakssammenslutninger der Konkurransetilsynet fatter vedtak om inngrep, vil produktmarkeder avgrensnes. Denne praksisen viser at konkurranse rettslig avgrensede markeder ofte er snevrere enn varegruppene lagt til grunn i utredningene over:³⁹

- I V2006-226 *Gilde/Prior* ble markedene for foredlede produkter av kjøtt og fjørfe analysert. Konkurransetilsynet viste til at det ikke er etterspørselssubstitusjon mellom produkter av kjøtt og fjørfe, men at konkurranseflaten kan bli viktigere fremover. I klagevedtaket av 5. oktober 2006 konkluderte departementet med at det ikke er et felles marked for foredlede produkter basert på fjørfe og rødt kjøtt.
- I V2007-10 *Findus/Gro* avgrenset Konkurransetilsynet et produktmarked for «*blanding og pakking av fryste grønnsaker med tollbeskyttelse til dagligvare- og storhusholdnings-markedet*».
- I V2015-30 *Orkla/Cederroth* ble et marked for «*salg av intimsåpe til dagligvarehandelen*» avgrenset. Markedsandeler er sladdet i vedtaket, men det fremgår at foretakssammenslutningen ville ledet til en «to til én»-situasjon. I varselet i samme sak ble et marked for

³⁹ I tillegg til sakene nevnt har Konkurransetilsynet også grepet inn i følgende saker om foretakssammenslutninger som gjelder leverandørmarkeder: V2005-12 *Prior/Nordgården*, V2005-18 *Orkla/Collett Pharma*, V2007-27 *Nortura/Hå*, og V2014-13 *Nortura/Prima Jæren*.

«salg av brusepulver med fruktsalter til dagligvarehandelen» avgrenset. I vedtaket kommenterer Konkurransetilsynet at det etter nærmere vurdering kom til at det ikke var grunnlag for å gripe inn i dette markedet, uten at det gis noen nærmere begrunnelse.

- I V2022-4 *Royal Unibrew/Hansa Borg* ble det avgrenset et «*relevant marked for salg av sider og FAB til dagligvare*». ⁴⁰ Aktørenes markedsandeler er sladdet, men det fremgår av varselet at HHI før foretakssammenslutningen var 3 219, som ville økt til 4 764, tilsvarende en «delta» på 1 544. ⁴¹
- I V2022-8 *Nortura/Steinsland* avgrenset Konkurransetilsynet et marked for «*salg av egg til dagligvare og storhusholdningsaktører (eggpakkerimarkedet)*» i tillegg til markeder på andre ledd i verdikjeden. Aktørenes markedsandeler eller konsentrasjon fremgår ikke av det offentlige vedtaket.

Oppsummert gir tilgjengelige opplysninger om markedsstruktur i leverandørmarkedene og Konkurransetilsynets praksis et inntrykk av at disse i stor grad er svært konsentrerte. Mange fremstår med høyere konsentrasjon enn konsentrasjonen i kjedemarkedet, særlig hvis det tas utgangspunkt i at leverandørmarkedene i mange tilfeller kan være snevrere enn varegruppene analysert av matkjedeutvalget og i dagligvaremeldingen.

2.2.4 Egne merkevarer (EMV)

Egne merkevarer er merkevarer som produseres av eller for en enkelt dagligvarekjede, og som dermed ikke er tilgjengelig i de andre kjedene, i motsetning til ordinære merkevarer som er tilgjengelig for alle dagligvarekjedene. ⁴²

Kjedene tilbyr ulike egne merkevarer med forskjellige kvalitetsprofiler. Eksempler er merkevarer som forbindes med laveste pris som «First Price» (NorgesGruppen), «Prima» (REMA 1000) og «Xtra» (Coop), og merkevarer i premiumsegmentet, som «Jacobs Utvalgte» (NorgesGruppen), «Stange» (REMA 1000) og «Smak*» (Coop). Det finnes også mellomkategorier som «Eldorado» (NorgesGruppen), «R» (REMA 1000) og «Coop» (Coop). Videre har kjedene utviklet egne økologiske merkevarer som «Kolonihagen» (REMA 1000) og «Änglamark» (Coop). Kjedene har også andre satsninger under egne merkevarer, f.eks. allergivennlige produkter («Goodly», REMA 1000), produkter for grilling («Grill Perfekt», Coop) og middagsløsninger som «Middag under 100-lappen» (REMA 100). EMV er også utviklet spesifikt for ulike kategorier som sjømat («Fiskemannen», NorgesGruppen og «Fiskeriet», REMA 1000), fjørfe («Solvinge», REMA 1000), dyrefôr («Fauna», NorgesGruppen, «Vetiv», REMA 1000) og produkter for barn («LilleGo», NorgesGruppen og «Lev Vel», REMA 1000).

Mens kjeden normalt eier selve merkevaren, utføres produksjonen av varene ofte hos eksterne leverandører. F.eks. produseres kjøttprodukter for NorgesGruppens EMV «Meny» og «Folkets» av Norturas heleide datterselskap Norfersk. ⁴³ I andre tilfeller kan kjeden være vertikalt integrert i verdikjeden og eie leverandører helt eller delvis. Eksempler er Bakehuset (brød og bakervarer) eid av

⁴⁰ I vedtaket defineres FAB som «ferdigblandede drinker (RTD "ready to drink") og andre smakssatte brennevinsprodukter som er ment til å drikkes/konsumeres direkte uten ytterligere bearbeiding».

⁴¹ Dette innebærer at partenes samlede markedsandel må være i et intervall ca. 55-68 %.

⁴² NielsenIQ gir følgende definisjon: «(EMV) er merker som selges eksklusivt i én norsk detaljist organisasjon og som er helt eller delvis eiet av detaljist organisasjonen. Eneste avvik fra dette er ved eksklusivt samarbeid med en merkevareleverandør, og da må hele merkevaren eksklusivt selges/distribueres innenfor én paraplykjede», se Nielsen kvartalsrapport DVH Q1 2020.

I Meld. St. 27 (2019-2020) s. 62 gis følgende definisjon: «Eigne merkevarer omfattar merke som blir selde eksklusivt i ei norsk daglegvaregruppering, merke som heilt eller delvis er eigde av ei daglegvaregruppering, eller merke der det er eit eksklusivt samarbeid med ein merkevareleverandør, der heile merkevaren må seljast eksklusivt innanfor ei daglegvaregruppering.»

⁴³ Se Norfersks nettsider: <https://www.norfersk.no/>.

NorgesGruppen, Røra Industrier (syltetøy, saft mv.) eid av Coop og Grans (øl, mineralvann) som er deleid av REMA 1000. Enkelte frittstående leverandører som selv eier sin merkevare, men som leverer eksklusivt til én kjede kan også regnes som EMV. Et eksempel er det familieeide selskapet Nordfjord Kjøtt som selv eier merkevaren «Nordfjord» og som er eksklusiv leverandør til REMA 1000.⁴⁴

En rapport utarbeidet av SIFO basert på tall fra NielsenIQ viser at andelen EMV økte fra 9,2 % i 2010 til 15,8 % i 2013 og videre til 16,8 % i 2015.^{45,46} Nyere tall viser imidlertid at veksten har avtatt betydelig siden 2015. Andelen er beregnet av NielsenIQ til å være 17,4 % i 2019, 17,6 % i 2020 og 17,6 % i 2021,⁴⁷ dvs. en vekst på 0,8 prosentpoeng fra 2015 til 2021. Andelen EMV i REMA 1000 er høyere enn gjennomsnittet, og var 22,7 % i 2021. Tall for de øvrige kjedene er ikke offentlig tilgjengelig, men Coop har tradisjonelt også hatt en relativt høy EMV-andel, mens andelen tidligere har ligget lavere hos NorgesGruppen. I en uttalelse til Dagens Næringsliv i 2022 trekker Coop en sammenheng mellom prisforskjeller og bruken av egne merkevarer: «Noe av fremveksten til EMV skyldes nettopp den store forskjellen i innkjøpsbetingelser. Siden vi har så mye dårligere innkjøpsbetingelser, blir EMV et verktøy».⁴⁸

Det norske dagligvaremarkedet har generelt vært ansett å ha en relativt lav andel egne merkevarer sammenliknet med andre europeiske land. I Sverige er andelen EMV i alle de store kjedene på nær 25 % eller mer i 2020.⁴⁹ Menon (2018) opplyser at Sverige og Danmark «i snitt har en EMV-andel på 25 prosent».⁵⁰ I andre europeiske land er andelen egne merkevarer typisk også betydelig høyere enn i Norge. Nielsen oppgir følgende tall for 2016: Spania 42 %, Storbritannia 41 %, Tyskland 36 %, Østerrike 32 %, Belgia 32 %, Nederland 27 %, Frankrike 26 % og Italia 19 %.⁵¹ En sammenstilling av PLMA⁵² av andelen egne merkevarer i ulike land gjengitt i figur 2.9 nedenfor viser at andelen i Norge er den laveste av landene som ble undersøkt.⁵³

⁴⁴ Se selskapets nettsider: <https://nordfjordkjott.no/om-nordfjord>.

⁴⁵ Alfnes, F. og A. Dulsrud (2016), *Vareutvalg av mat og drikke i norske dagligvarebutikker: Utvikling, egne merkevarer og sammenligning med Sverige*, SIFO oppdragsrapport nr. 7 - 2016, s. 32. Se også Meld. St. 27 (2019-2020), s. 62.

⁴⁶ I en etterfølgende SIFO-rapport opplyses at det ikke har vært mulig å oppgi oppdaterte tall på grunn av begrensninger i tilgjengelighet av data, se Alfnes, F., A. Schjøll og A. Dulsrud (2019), *Kartlegging av utviklingen i butikkstruktur, dagligvareutvalg og dagligvarepriser*, SIFO-rapport Nr. 5-19, s. 33: «Analyser av egne merkevarer var blant det som ble gjort i utredningen til Forbrukerrådet i 2016, men som ikke lenger er mulig å gjennomføre».

⁴⁷ Dagligvarehandelen, *Store sprik i tallene for kjedenes egne merkevarer*, 1. juli 2022 (<https://dagligvarehandelen.no/nyheter/2022/store-sprik-i-tallene-kjedenes-egne-merkevarer>).

⁴⁸ Dagens Næringsliv, *Frykter regulering vil gi høyere priser og dårligere utvalg*, 20. mai 2022.

⁴⁹ Se Dagligvarunytt, *Kraftig økning for kedjornas egna varumärken: "Gynnas av näthandeln"*, 11. desember 2020. Det fremgår at andelen EMV i de tre første kvartalene av 2020 var 27 % i ICA, 24,5 % i Coop, 32,6 % i Willys og 26,2 % i Hemköp. I den mindre kjeden Bergendahls var andelen 12,5 %.

(<https://www.dagligvarunytt.se/ekonomi/forsaljning/kraftig-okning-for-kedjornas-egna-varumarken-gynnas-av-nathandeln/>)

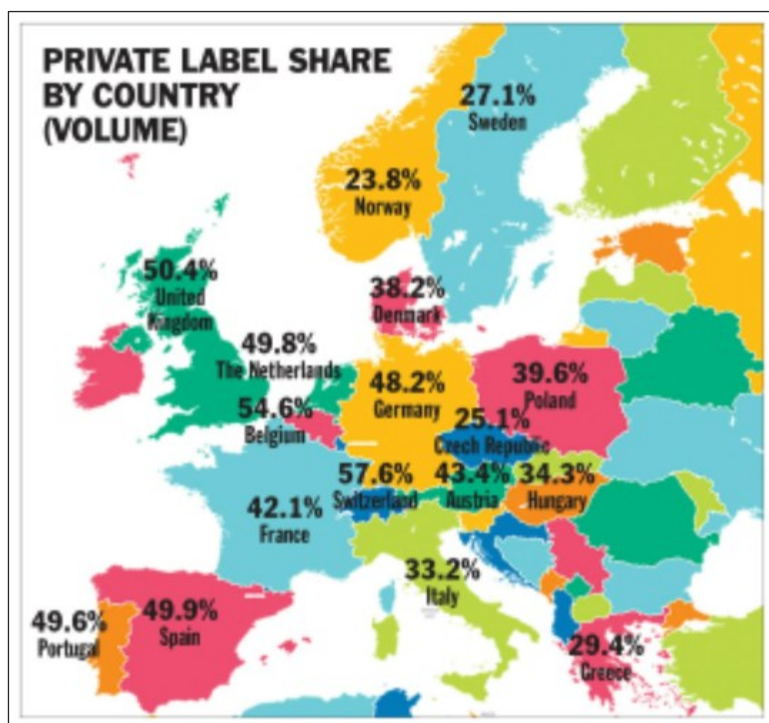
⁵⁰ Menon (2018), *Konkurranse i dagligvaremarkedet - Konkurranse i alle ledd*, Menon-publikasjon nr. 33/2018, s. 9.

⁵¹ Nielsen (2018), *The rise and rise again of private label*, s. 7.

⁵² Private Label Manufacturers Association.

⁵³ PLMA oppgir at beregningene er utført av Nielsen. Som fremgår av figuren er EMV-andelen i Norge noe høyere enn angitt av Nielsen i andre sammenhenger. Årsaken til dette er ukjent. Se nærmere informasjon på PLMA's nettsider: <https://www.plmainternational.com/industry-news/private-label-today>.

Figur 2.9: Andel EMV i ulike land i 2021, kilde: PLMA



Andelen egne merkevarer i norsk dagligvarehandel kan som en oppsummering karakteriseres som relativt stabil på rundt 17-18 % de siste 5-6 årene. Andelen er betydelig lavere i Norge enn i mange andre europeiske land, herunder Sverige og Danmark.

2.3 Konkurransemessige virkninger av forskjeller i innkjøpsbetingelser

2.3.1 Innledning - vedvarende store forskjeller i kjedenes innkjøpspriser påvist av Konkurransetilsynet

Det offentlige ordskiftet om forskjeller i dagligvarekjedenes innkjøpspriser tok særlig til våren 2018 etter høringen av Oslo Economics' og Oeconomias rapport for Nærings- og fiskeridepartementet om etableringshindringer⁵⁴ og Representantforslag 170 S (2017-2018) med forslag om utredning med sikte på forbud mot dominerende leverandørers prisdiskriminering, fremsatt av representanter fra Arbeiderpartiet.⁵⁵

Samtidig var det usikkerhet om hvor omfattende prisdiskrimineringen var, idet kjedenes innkjøpsbetingelser er strengt konfidensielle. I juni 2018 ble Konkurransetilsynet pålagt av Nærings- og fiskeridepartementet å «kartlegge de faktiske forhold - er det reelle forskjeller i prisene de ulike dagligvarekjedene oppnår fra dominerende leverandører?». ⁵⁶

13. november 2019 presenterte Konkurransetilsynet kartleggingen.⁵⁷ Resultatene viste at det er til dels svært betydelige forskjeller i dagligvarekjedenes innkjøpsbetingelser. Undersøkelsen er basert på innhentede opplysninger fra 16 leverandører. Av disse hadde åtte leverandører mer enn 10 % forskjell i netto pris (hvorav fem med mer enn 15 % forskjell), og syv leverandører mer enn 10 %

⁵⁴ Oslo Economics og Oeconomica (2017), *Etableringshindringer i dagligvaresektoren*.

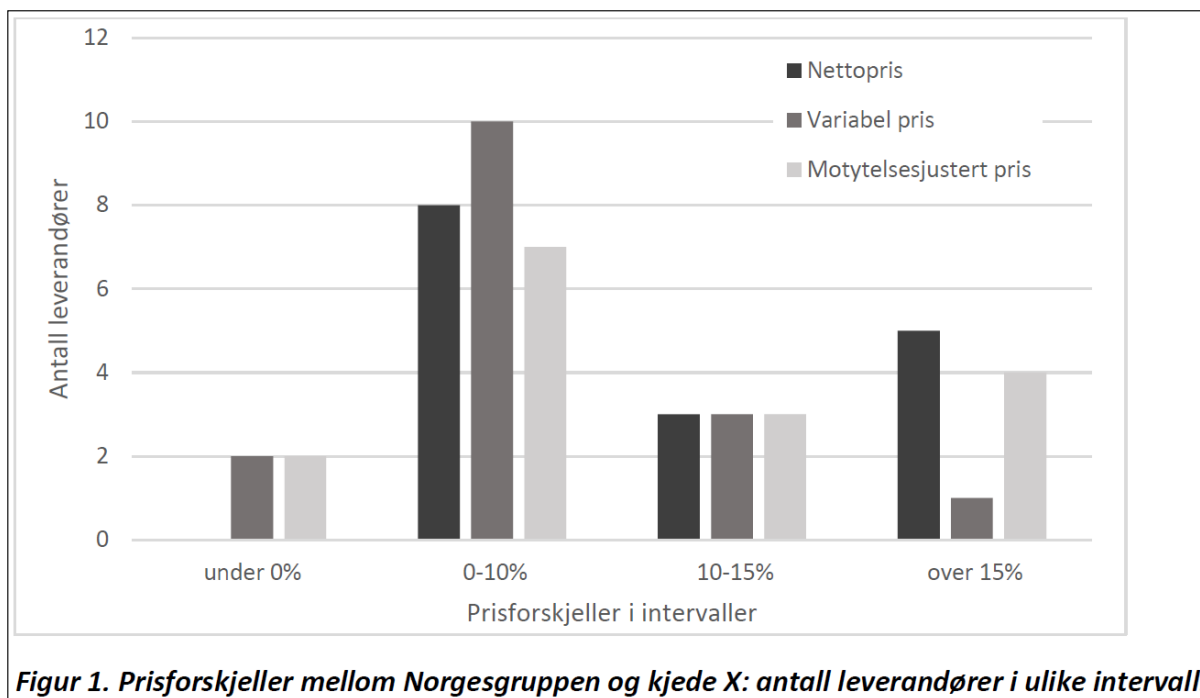
⁵⁵ Representantforslag 170 S (2017-2018) fra representantene Aasland, Kjerkol og Trettebergstuen (A).

⁵⁶ Nærings- og fiskeridepartementet (2018), Supplerende tildelingsbrev nr. 1 for 2018 til Konkurransetilsynet, 20. juni 2018.

⁵⁷ Konkurransetilsynet (2019), *Kartlegging av innkjøpsbetingelser i norsk dagligvaresektor*.

forskjell i «motytelsesjustert pris»⁵⁸ (hvorav fire med mer enn 15 % forskjell), jf. følgende figur fra kartleggingen.

Figur 2.10: Resultater fra Konkurransetilsynets kartlegging av kjedenes innkjøpsbetingelser for 2017, kilde: Konkurransetilsynet



Figur 1. Prisforskjeller mellom Norgesgruppen og kjede X: antall leverandører i ulike intervall.

Ved publisering av resultatene ble det uttrykt overraskelse over størrelsen på prisforskjellene både fra Konkurransetilsynet⁵⁹ og fra aktører i bransjen.⁶⁰

Varekostnaden utgjør en betydelig andel av dagligvarekjedenes løpende kostnader. Menon Economics (2018) finner at varekostnaden utgjør 75 % av omsetningen innen butikkhandel med dagligvarer, og 90 % for grossistvirksomheten, se kapittel 2.3.5.2 nedenfor. Prisforskjeller på 10-15 % eller mer fra flere store leverandører vil derfor påføre kjedene som betaler mest vesentlig høyere kostnader. Dette kan føre til en betydelig konkurranseulemp, særlig sett opp mot kjedenes lave driftsmarginer, som kun er noen få prosentpoeng.⁶¹

I oktober 2020 publiserte Konkurransetilsynet tilsvarende kartlegging av innkjøpsbetingelser for 2018 og 2019.⁶² Konkurransetilsynet konkluderer med at «[s]amlet sett» vurderes «forskjellene i innkjøpsbetingelser mellom Norgesgruppen og de to andre dagligvarekjedene den samme som ved forrige

⁵⁸ I Konkurransetilsynets kartlegging av innkjøpsbetingelser i norsk dagligvaresektor opereres det med tre mål på innkjøpsbetingelser der ulike hovedtyper rabatter trekkes fra grunnprisen. Siden enkelte rabatter i realiteten er betaling for motytelser, eller tjenester som en dagligvarekjede utfører for leverandøren, kan disse rabattene betraktes som kostnader for leverandøren. Med «motytelsesjustert pris» menes følgelig priser der rabatter kjedene gir motytelser for ikke er trukket fra grunnprisen.

⁵⁹ Se f.eks. Aftenposten, *Konkurransetilsynet: Overrasket over de store prisforskjellene*, 13. november 2019 (<https://www.aftenposten.no/okonomi/i/kJxV26/konkurransetilsynet-overrasket-over-de-store-prisforskjellene>).

⁶⁰ Se f.eks. E24, *Rema og Coop reagerer sterkt på prisforskjeller*, 13. november 2019 (<https://e24.no/naeringsliv/i/dOaEqq/rema-og-coop-reagerer-sterkt-paa-prisforskjeller>).

⁶¹ Jf. Konkurransetilsynets høringsuttalelse 13. mars 2018 der det påpekes at «en kostnadsulemp på 3-5 prosent [vil] kunne utgjøre en vesentlig etableringshindring på bakgrunn av at bransjen har lave nettomarginer og at varekostnadene utgjør 70-80 prosent av de totale kostnadene».

⁶² Konkurransetilsynet (2020), *Kartlegging av innkjøpsbetingelser i norsk dagligvaresektor: Undersøkelse av betingelser for 2018 og 2019*.

kartlegging». Konkurransetilsynet har gjennomført tilsvarende kartlegging for 2020, men ikke offentliggjort resultatene. Konkurransetilsynet har imidlertid uttalt følgende om resultatet: «*Det vi kan si om tallene for 2020 er at det ikke er noen særlig store endringer fra de andre årene vi har kartlagt*». ⁶³

2.3.2 Generelt om virkninger av forskjeller i innkjøpspriser

For å vurdere virkningene av kjedenes betydelige prisforskjeller må det sammenliknes med en alternativsituasjon, ⁶⁴ i denne sammenhengen en situasjon der sterke leverandører ikke tillates å operere med usaklige prisforskjeller.

Prisdiskriminering overfor næringsdrivende som videreselger varer og tjenester (f.eks. dagligvarekjeder) kan ha vesentlig forskjellig virkning enn prisdiskriminering i forbrukermarkeder. Prisdiskriminering i forbrukermarkeder er generelt vurdert å ha positive virkninger, blant annet fordi det kan medføre bedre tilbud til grupper med mindre betalingsvillighet (f.eks. studentrabatter). Prisforskjeller vil imidlertid virke fundamentalt forskjellig overfor videreselgere, der kundene er aktører som kjøper produkter for videresalg. Forskjeller i innkjøpspris vil dermed gi opphav til konkurransefordeler og -ulempes for de ulike kundene. Videre, og til forskjell fra forbrukere, kan kundene (her dagligvarekjedene) i ulik grad bygge opp alternative forsyningskilder (innside og/eller utsideopsjoner). ⁶⁵

Forbrukerrådet peker i sitt notat til Nærings- og fiskeridepartementet på sammenhengen mellom særnorske etableringsbarrierer i leverandørmarkedene som følge av importvern og systemet med målpriser og kvoter, de store prisforskjellene som er dokumentert i Konkurransetilsynets kartlegginger og økende konsentrasjon i kjedeledet: ⁶⁶

«Den mest alvorlige konsekvensen av de særnorske etableringshindringene er de svake konkurranseimpulsene i detaljist-, grossist- og leverandørleddene. Det har bidratt til at størrelsesbaserte konkurransefordeler er av større betydning i Norge enn i andre dagligvaremarkeder. Dette har over tid ført til en avskalling av antall uavhengige dagligvarekjeder og at Norgesgruppen over tid har brukt sin størrelse til å forhandle frem betydelig lavere innkjøpspriser enn sine konkurrenter. Det har finansiert Norgesgruppens vekst og ført til at selskapets innkjøpsvolum over tid er blitt over dobbelt så stort som Reitangruppen og Coop til sammen.»

Virkningen av de store dagligvareleverandørenes prisdiskriminering vil ha nær sammenheng med årsakene til at leverandørene opererer med ulike priser til sine kunder. Det er i mange sammenhenger hevdet at forskjeller i volum direkte leder til prisforskjellene. Økonomisk teori gir imidlertid ikke støtte for at størrelse i seg selv gir grunnlag for forskjeller i innkjøpspriser. ⁶⁷

⁶³ E24, Konkurransetilsynet holder dagligvareteall hemmelig, 30. august 2021, (<https://e24.no/naeringsliv/i/47EMMo/konkurransetilsynet-holder-dagligvareteall-hemmelig>).

⁶⁴ Jf. Konkurransetilsynet (2022b), *Veileder om prisdiskriminering*, publisert 6. juli 2022, avsnitt (59), der det påpekes at en ved vurdering av virkningene av prisdiskriminering må sammenlikne med en alternativsituasjon. Denne alternativsituasjonen «*kan typisk være en situasjon med fravær av prisdiskriminering eller mer begrenset omfang av prisdiskriminering*».

⁶⁵ Foros, Ø og H. J. Kind (2018), *Innkjøpspriser i dagligvaremarkedet*, Samfunnsøkonomen nr. 4 2018. Merk at Konkurransetilsynet i vedtak i sak om foretakssammenslutning V2015-30 Orkla/Cederroth også legger til grunn at kjedene i det aktuelle markedet hadde utsideopsjoner ved at det var irreversible kostnader forbundet med å benytte alternative leverandører til partene, se Foros, Ø og H. J. Kind (2019), *Størrelsesbasert prisdiskriminering i det norske dagligvaremarkedet: Teori og terreng*, Samfunnsøkonomen nr. 5 2019, s. 52.

⁶⁶ Forbrukerrådet (2022a), posisjonsnotat til Nærings- og fiskeridepartementet, s. 3-4.

⁶⁷ Menon (2019), *Utredning av årsaker til ulike innkjøpspriser i det norske dagligvaremarkedet*, Menon-publikasjon nr. 103/2019, utarbeidet for Nærings- og fiskeridepartementet. Utredningen drøfter mulige årsaker til de observerte prisforskjellene. Menon drøfter ulike forklaringsmodeller, og understreker at det ikke er «*støtte i økonomisk teori for at det å kjøpe inn store volum alene skulle forklare at noen dagligvarekjeder kan fremforhandle bedre innkjøpsbetingelser enn konkurrentene*» (s. 7). Se også Foros og Kind (2018).

Forskjeller systematisk til fordel for den største dagligvarekjeden kan imidlertid ha sammenheng med forhold som henger nært sammen med kjedenes innkjøpsvolum. Det vil kunne være tilfellet dersom den største kjeden på grunn av sin størrelse mer troverdig kan utvikle alternative forsyningskilder enn sine rivaler. Under forhandlingene med leverandørene kan den største kjeden på grunn av sin størrelse, mer troverdig enn sine rivaler, true med å spille ulike alternativer mot hverandre. Denne forhandlingsstyrken gjør at den største kjeden kan oppnå lavere innkjøpspriser enn sine rivaler. Det gir den største kjeden et konkurransefortrinn. Dersom den største kjeden reduserer sine forbrukerpriser som følge av lavere innkjøpspriser, vil de mindre kjedene bli presset til å redusere sine forbrukerpriser (selv om de selv ikke har fått lavere innkjøpspriser). Dermed kan forbrukerne tjene på at den største kjeden får bedre alternativer og bedre forhandlingsposisjon.

Hvorvidt enda lavere innkjøpspriser til den største kjeden leder til enda lavere forbrukerpriser er imidlertid ikke den relevante alternativsituasjonen å sammenlikne med når man skal vurdere innføring av en begrensning i leverandørenes mulighet til å prisdiskriminere. Alternativene som er relevante å sammenlikne er situasjonen over (som reflekterer dagens situasjon uten ytterligere begrensninger på muligheten til prisdiskriminering), med en situasjon med begrensninger i muligheten til å prisdiskriminere (som foreslått i forskriften).

I en situasjon med begrensninger i muligheten til å diskriminere, vil leverandørene miste muligheten til å ta seg bedre betalt fra nykommere og aktører mindre enn den største kjeden, men kjedenes mulighet til å utvikle alternative forsyningskilder består. For å beholde den største kjeden med det mest troverdige alternativet som kunde, må leverandøren redusere innkjøpsprisene for alle kjeder (og til et lavere nivå enn den største kjeden fikk i alternativsituasjonen uten begrensninger på prisdiskriminering). En kan da anta at både store og små kjeder vil tjene på inngrep mot prisdiskriminering dersom det fører til at alle innkjøpspriser faller. Den største kjeden vil imidlertid tape på inngrepet, siden denne mister det relative konkurransefortrinnet den ellers ville hatt over sine mindre rivaler. Forbrukerne vil imidlertid tjene på et inngrep, siden lavere innkjøpspriser betyr reduserte forbrukerpriser sammenliknet med alternativsituasjonen uten begrensning på prisdiskriminering. Samtidig fører mer likeverdige konkurransevilkår til at det blir enklere for nykommere å etablere seg, og redusert sannsynlighet for at mindre, etablerte kjeder forsvinner.⁶⁸

Det synes å være bred enighet i det offentlige ordskiftet om at begrensninger på leverandørenes mulighet for prisdiskriminering vil redusere forhandlingsincentivene. For kjedene kan incentivene svekkes ved at eventuelle prisavslag som kjeden forhandler frem også må komme andre kjeder til gode. For leverandøren kan incentivene til å gi prisavslag svekkes ved at eventuelle innrømmelser

⁶⁸ Merk at mekanismen beskrevet ovenfor ikke forutsetter en «vannsengeffekt», slik at selektive rabatter til den største kjeden resulterer i høyere (absolutte) innkjøpspriser for de mindre kjedene. Når den største kjeden får bedret forhandlingsposisjon, og dermed lavere innkjøpspriser, vil det typisk medføre at de mindre kjedene får lavere (absolutte) innkjøpspriser. De mindre kjedene vil likevel komme dårligere ut i konkurransen på grunn av konkurransefortrinnet den største kjeden oppnår på grunn av sine selektive rabatter fra leverandørene. Følgelig er det som omtales som vannsengeffekt et spesialtilfelle. Når Konkurransetilsynet, i sin henleggelse av etterforskningen mot Orkla/ Lilleborg, Mondelez og NorgesGruppen, samt veileder til prisdiskriminering, viser til at vannsengeffekten er avgjørende med hensyn til langsiktige virkninger av prisdiskriminering (hindrer etablering og /eller mindre etablerte kjeder må forlate markedet), synes det å være en utilstrekkelig analyse. Nykommere og mindre, etablerte kjeder kan også komme dårligere ut også i fravær av det spesialtilfellet som vannsengeffekten er. For en nærmere redegjørelse, se Foros og Kind (2019).

som gis i forhandlingene (i form av redusert pris) også må gis andre kjeder.⁶⁹ I den grad forskjellene står i forhold til den reelle verdien av kjedenes motytelser, og ikke hindrer rivaliserende leverandører tilgang til dagligvarekjeden, vil forskjeller knyttet til ulike motytelser ikke nødvendigvis være usaklige.⁷⁰ En forskrift som foreslått vil derfor ikke fjerne forhandlinger mellom leverandørene og den enkelte kjede, selv om forhandlingsincentivene svekkes noe.

I debatten og i ulike utredninger har det særlig vært drøftet hvordan prisforskjellene som er avdekket av Konkurransetilsynet kan påvirke konkurransen på kjedeledet (andrelinjevirkninger), både mellom dagligvarekjedene som er til stede i markedet i dag og på etableringsmulighetene for nye aktører. Prisforskjeller fra dominerende leverandører kan imidlertid også påvirke konkurransen i leverandørmarkedene gjennom å virke utestengende overfor den dominerende leverandørens konkurrenter (førstelinjevirkninger).⁷¹ For eksempel kan den dominerende leverandøren knytte økonomiske ytelser til vilkår som fortrenger mindre leverandører og dermed hindrer disse i å konkurrere effektivt. I det følgende drøftes derfor virkninger av betydelige forskjeller i innkjøpspriser fra dominerende leverandørers på konkurransen i hhv. leverandørmarkedene og på kjedeledet.

2.3.3 Virkninger på konkurransen i leverandørledet (førstelinjevirkninger)

I kapittel 2.2.3 over er det vist at mange leverandørmarkeder er preget av høy konsentrasjon og leverandører med høye markedsandeler, ofte over 50 %. De dominerende leverandørene har ofte sterke merkevarer som mange forbrukere forventer å finne i enhver dagligvarebutikk, f.eks. Zalo (oppvaskmiddel), Freia (sjokolade), Grandiosa (pizza), Coca-Cola (coladrikk), Jarlsberg (ost), Ringnes (øl) eller Mills (majones), ofte betegnet som «must have»-produkter. Leverandører med slike produkter kan ha sterkere markedsrett enn markedsandelen tilsier, idet sterke forbrukerpreferanser kan medføre at det kan være særlig skadelig for en dagligvarekjede dersom slike produkter ikke er å finne i kjedens hyller.

Dominerende leverandører kan ha en økonomisk interesse i å hindre at mindre konkurrenter får bedre tilgjengelighet i butikk og dermed et sterkere fotfeste i markedet. Dette kan leverandørene oppnå gjennom å knytte vilkår til rabatter eller andre økonomiske ytelser som hindrer tilgang til varehyllene for andre leverandører og god eksponering av konkurrerende produkter.

I Konkurransetilsynets utredning om bruk av hylleplassavgifter (2005) drøftes muligheten for utestengende virkninger av ulike typer vilkår i avtaler mellom leverandører og dagligvarekjedene:⁷²

«Store leverandører med sterke merkenavn er i utgangspunktet inne i alle de store landsdekkende kjedene. Når slike leverandører opplever at kjeden tar inn (eller vurderer å ta inn) produkter fra mindre leverandører, har de en rekke virkemidler å spille på: Ekstra

⁶⁹ Se for eksempel daværende konkurransedirektør Lars Sørgards kronikk *Prisregulering på mat neppe smart*, Dagens Næringsliv, 5. april 2018, Gabrielsen, T. S., E. Moen og T. Nilssen (2020a), *Utredning om prisdiskriminering i dagligvarebransjen*, rapport fra arbeidsgruppe nedsatt av Nærings- og fiskeridepartementet, Foros, Ø. og H. J. Kind, *Størrelsesbasert prisdiskriminering i det norske dagligvaremarkedet morkedet: Teori og terreng*, Samfunnsøkonomen nr. 5, 2019, Bergh, H. N., E. M. Hammersmark, J. S. Hansen og J. Skaar (Oslo Economics, 2020), *Samfunnsøkonomiske konsekvenser av et forbud mot prisdiskriminering i det norske dagligvaremarkedet*, Samfunnsøkonomen nr. 1 2020, Johansen, B. O og O. R. Straume, *Effektene av diskriminerende innkjøpspriser i det norske grossistmarkedet for dagligvarer*, utredning for Konkurransetilsynet, juni 2019, konkurransedirektør Tina Søreide og Konkurransetilsynets avdelingsdirektør Beate Berrefjords kronikk, *Større muskler heller enn påstander om passivitet*, Dagens Næringsliv, 31. mai 2022 og Konkurransetilsynets uttalelser til VG, *Konkurransetilsynet om matforslag fra stortingsflertallet: – Kan gi økte matpriser*, 14. mai 2022.

⁷⁰ Se nærmere diskusjon i kapittel 7.4 nedenfor.

⁷¹ Se f.eks. Odas (da Kolonial.no) høringsuttalelse til Nærings- og fiskeridepartementets høring av rapporten fra Oslo Economics og Oeconopmica, 23. mars 2018, s. 3-4 og Karl A. Munthe-Kaas (Oda), *Mat og monopoler*, Aftenposten, 26. oktober 2017 (<https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/P6a4J/mat-og-monopoler-karl-alveng-munthe-kaas>).

⁷² Konkurransetilsynet (2005), *Betaling for hylleplass*, kapittel 6.7, s. 58.

varelinjerabatt på alle produktene for å få anledning til å lansere nye produkter, varelinjerabatt som forutsetter en bestemt plassering av produktene i butikken, varelinjerabatt som forutsetter at bestemte produktvarianter har en garantert plass i sortimentet til alle butikkene i kjeden, betaling for retten til å reforhandle avtalen hvis plasseringen av produktene ikke svarer til forventningene, varelinjerabatt forutsatt tett samarbeid om planogrammer, betaling for å få en bestemt leverandørstatus osv. I tillegg kommer joint marketingavtalene, som kan utformes slik at de ytterligere detaljstyrer produktplassering i lengre perioder, samt ulike vekstbonuser og lojalitetsrabatter. Alle disse virkemidlene kan bidra til en situasjon der det ikke er plass til en konkurrerende leverandør.»

Europakommisjonen beskriver også ulike typer praksis som kan ha utestengende virkninger i saken *Coca-Cola*.⁷³ Kommisjonen peker blant annet på bruken av kopling mellom ulike produkter («bundling»/«tying») og de utestengende virkningene av slik praksis. Den dominerende leverandøren kan benytte innkjøpsvilkår for produkter som dagligvarekjedene er særlig interessert i å føre (f.eks. «must have»-produkter) som en brekkstang for å oppnå andre forpliktelser som leverandøren er særlig opptatt av å få gjennomslag for i forhandlingene, f.eks. knyttet til sortiment eller eksponering. Avtalevilkår som drøftes i saken og som kan ha utestengende virkninger overfor konkurrerende leverandører i dagligvaresegmentet,⁷⁴ er blant annet følgende:

- Økonomiske ytelser knyttet til vekst i omsetning eller fastsatte omsetningsmål,
- Krav om salg av et minimumssortiment,
- Økonomiske ytelser knyttet til sortimentskrav, der bestselgende produkter benyttes som virkemiddel for å få forhandlere til å føre andre produkter,
- Økonomiske ytelser knyttet til krav om minste andel av hylleplass tilgjengelig for den aktuelle varekategorien.

Kommisjonen fant også at de ulike virkemidlene kan ha en forsterket virkning på hverandre når de anvendes i samme avtale. Saken ble avsluttet ved at Coca-Cola forpliktet seg til å avslutte praksisen som Kommisjonen vurderte som skadelig for konkurransen.

Avtalene mellom leverandør og kjeder behøver ikke å inneholde avtaleforpliktelser eksplisitt med sikte på å hindre konkurrerende leverandører tilgang, for å oppnå en utestengende virkning (f.eks. eksklusivitetsforpliktelse). For det første kan avtalte forpliktelser og motytelser ha slik virkning uten eksplisitte forpliktelser. For det andre kan behovet for eksplisitte avtalereguleringer mellom parter som møter hverandre i repetitive, årlige forhandlinger dessuten være mindre, da avvik fra forventninger som ikke er eksplisitt formulert kan adresseres muntlig i forhandlinger påfølgende år.

Leverandørenes kontrakter med dagligvarekjedene er ikke offentlig kjent. Konkurransetilsynet etterforsket i perioden 2019-2021 leverandørene Lilleborg (Orkla) og Mondelez samt NorgesGruppen. Etterforskningen hadde utgangspunkt i «*blant annet funn Konkurransetilsynet har gjort i forbindelse med kartlegging av innkjøpsbetingelser i dagligvaremarkedet*».⁷⁵ Konkurransetilsynet har ikke gitt noen utfyllende redegjørelse for hvorfor saken ble lagt bort, men uttalte ved avslutning av saken i 2021: «*Kjedene er ulike blant annet når det gjelder forhold som sortiment, volum, markedsføring og*

⁷³ Sak COMP/A.39.116, *Coca-Cola* (https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39116).

⁷⁴ Saken gjaldt også salg av gjennom serveringssteder, og omfatter for dette dels de samme typer praksis som beskrevet i Konkurransetilsynets avgjørelse V2020-20 *Ringnes*.

⁷⁵ Konkurransetilsynet, pressemelding 12. november 2019 (<https://konkurransetilsynet.no/bevissikring-i-dagligvarebransjen-2/>).

andre motytelser, og dette kan bidra til forskjeller i betingelser for kjedene».⁷⁶ I en senere kronikk ga Konkurransetilsynet tilsvarende opplysninger om grunnlaget for sakens utfall:⁷⁷

«Det tilsynet fant, var at prisforskjellene oppstår mye på grunn av at kjedene forhandler om koblinger mellom sortiment, volum, markedsføring, plassering i butikk og andre motytelser. Dermed er det ikke slik at en produsent av matvarer enkelt setter pris per produkt og lar den avhenge av hvilken kjede som kjøper produktet. Forhandlingene handler om kombinasjoner som er vanskelig å sammenligne.» (uthevet her)

Konkurransetilsynets begrunnelse tyder dermed på at forhandlingene og ytelsene det ble forhandlet med leverandørene om i disse tilfellene gjelder vilkår som etter omstendighetene kan ha fortrenkende virkning for mindre leverandører. Europakommisjonens avgjørelse i *Coca-Cola* viser at slike vilkår kan ha faktiske utestengende virkninger. I utredningen om hylleplassavgifter fra 2005 omtaler Konkurransetilsynet videre hvordan ulike rabatter kan ha utestengende virkninger, selv om rabattene i avtalene er knyttet til motytelser:⁷⁸

«Konkurransetilsynet er opptatt av at dominerende leverandørers avtalevilkår ikke skal ha utestengende virkninger for mindre, konkurrerende leverandører. Selektive priskutt rettet spesielt mot geografiske områder der en mindre leverandør opererer, kan være et eksempel på diskriminering i strid med § 11. Et annet eksempel er der gunstige vilkår i realiteten er en betaling for en eller annen form for eksklusivitet, som i større eller mindre grad holder konkurrentene ute fra hyllene til denne butikken. I slike tilfeller hjelper det ikke at partene peker på kostnadsbesparelser eller avtalte motytelser i form av hylleplassering, markedsføring eller annet. Det er det reelle bakenforliggende forhold som avgjør lovligheten av differensierte betingelser i slike tilfeller.» (uthevet her)

Leverandører med vesentlig markedsrett og den største dagligvarekjeden kan uansett ha en gjensidig interesse i å opprettholde leverandørens markedsposisjon også uten eksplisitte vilkår i avtaler som sikrer leverandørens posisjon, så lenge kjeden oppnår en relativ innkjøpsfordel sammenliknet med konkurrerende kjeder. Bred eksponering i den største kjeden kan styrke forbrukerpreferanser for leverandørens merkevarer, og forsterke merkevarenes «must have»-status. Dermed blir det viktigere også for de øvrige kjedene å føre leverandørens produkter. Ved å opprettholde betydningen av sterke merkevarer, kan den største kjeden derfor også opprettholde konkurransefordelen den oppnår gjennom lavere løpende innkjøpskostnader. Den største kjedens forhandlingsincentiver kan dermed også bli dreiet fra forhandlinger om faktisk pris, og mer mot forventninger om relative fordeler sammenliknet med andre kjeder, idet det særlig er relative prisforskjellene som gir den største kjeden en konkurransefordel. Leverandørens prisforskjeller kan på den måten i seg selv virke utestengende overfor alternative leverandører og bidra til et høyere prisnivå enn i en situasjon der sterke leverandører plikter å unngå usaklige forskjeller.⁷⁹

2.3.4 Virkninger på kjedenes bruk av egne merkevarer

Forskjeller i innkjøpspriser kan også påvirke kjedenes bruk av egne merkevarer (EMV). Virkningen kan være ulik for den største kjeden og mindre kjeder. Leverandørens prisdiskriminering kan være

⁷⁶ Konkurransetilsynet, pressemelding 16. juni 2021 (<https://konkurransetilsynet.no/avslutter-etterforskningssaken-mot-orkla-mondelez-og-norgesgruppen/>).

⁷⁷ Tina Søreide og Beate Berrefjord, *Større muskler heller enn påstander om passivitet*, Dagens Næringsliv, 31. mai 2022.

⁷⁸ Konkurransetilsynet (2005), *Betaling for hylleplass*, s. 81-82.

⁷⁹ Se også høringsuttalelse fra Oda (da Kolonial.no) til rapporten om etableringshindringer fra Oslo Economics og Oeconomica, 22. mars 2018.

motivert av at den største kjeden har en mer troverdig trussel om utvikling av alternative forsyningskilder (jf. kapittel 2.3.2 over), for eksempel egne merkevarer. Forskjeller i innkjøpspriser kan bidra til at den største kjeden i mindre utstrekning faktisk benytter slike alternativer. Dette kan forklare det faktum at NorgesGruppen tradisjonelt har hatt en lavere andel egne merkevarer, og at REMA 1000 og Coop satser mer på egne merkevarer for å styrke sin forhandlingsposisjon, jf. Coops uttalelse til Dagens Næringsliv 20. mai 2022: «Noe av fremveksten til EMV skyldes nettopp den store forskjellen i innkjøpsbetingelser. Siden vi har så mye dårligere innkjøpsbetingelser, blir EMV et verktøy».

Virkningen av begrensning av usaklig prisdiskriminering på kjedenes satsing på egne merkevarer er usikker. Kjeden kan true med å utvikle egne merkevarer for å forbedre egen forhandlingsposisjon, og forskjellene i innkjøpspriser kan være et resultat av at leverandørene anser denne trusselen sterkere fra den største kjeden. Reduserte forskjeller fjerner et fortrinn for den største kjeden, og gjør det derfor mindre attraktivt for kjeden å satse på sterke leverandørers merkevarer. Det kan medføre at den største kjeden øker satsingen på alternativer til leverandøren, herunder egne merkevarer. For de mindre kjedene kan imidlertid EMV-andelen gå ned, da det i mindre grad blir nødvendig å benytte egne merkevarer for å kompensere for høyere innkjøpspriser.

Tidligere uttalelser og utredninger er sprikende, både med hensyn til hvilken virkning en begrensning av usaklig forskjellsbehandling vil ha på EMV-andelen og med hensyn til om en økt EMV-andel er skadelig for konkurransen. Oslo Economics viser i en utredning for NorgesGruppen til at EMV-andelen kan reduseres ved en begrensning av leverandørenes mulighet til å operere med usaklige forskjeller:⁸⁰

«Basert på innsiktene fra artikkelen er det naturlig å legge til grunn at kjedene ved et forbud mot prisdiskriminering vil redusere ressursbruken på egne merkevarer».

Konkurransetilsynet har imidlertid argumentert for at EMV-andelen vil øke ved inngrep mot usaklige prisforskjeller, se for eksempel uttalelser til Dagens Næringsliv 20. mai 2022:⁸¹

«Tilsynet peker på at prisregulering også kan gjøre at dagligvaregigantene vil øke andelen egne merkevarer, såkalte EMV. Disse vil naturlig nok ikke være prisregulert.

- Det vil være en sannsynlig mulig konsekvens av prisregulering, sier Berrefjord.»

Tilsvarende har professor og tidligere konkurransedirektør Lars Sørgard argumentert for at en forskrift kan «gi en boost i utviklingen i 'private' merker, såkalt egne merkevarer». Sørgard argumenterer for at en slik utvikling vil være uheldig for forbrukerne:⁸²

«En storstilt vekst i antallet private merker kan være dårlig nytt for oss forbrukere. Hver kjede blir mer unik, og vi som kunder blir mer lojale siden vi i større grad finner vårt favorittprodukt kun i en kjede. Kjedenes fristes da til å sette prisene opp, for vi er jo lojale og de i mindre grad enn ellers mister oss som kunder.»

Konkurransetilsynet har i andre sammenhenger imidlertid tatt til orde for at egne merkevarer er gunstig for konkurransen og forbrukerne, og at begrensninger i kjedenes bruk av EMV derfor er uheldig,

⁸⁰ Bergh, Hammersmark, Hansen og Skaar (Oslo Economics, 2020), *Samfunnsøkonomiske konsekvenser av et forbud mot prisdiskriminering i det norske dagligvaremarkedet*.

⁸¹ Dagens Næringsliv, *Frykter regulering vil gi høyere priser og dårligere utvalg*, 20. mai 2022.

⁸² Lars Sørgard, *Politisk handlekraft - til hvilken pris*, kronikk, Dagens Næringsliv, 18. mai 2022.

se f.eks. kronikken «Egne merkevarer er bra for forbrukerne» fra desember 2020.⁸³ Konkurransetilsynet ga uttrykk for det tilsvarende i sin høringsuttalelse til matmaktutvalgets utredning (NOU 2011:4):⁸⁴

«I utgangspunktet fører EMV til et større mangfold av produkter. Kjedene vil ha insentiver til å opprettholde konkurranse på leverandørleddet, og det er også vanskelig å finne støtte i empiriske undersøkelser for at utviklingen i EMV bidrar til lavere innovasjon. Konkurransetilsynet deler derfor ikke utvalgets bekymring for at en fortsatt økning i andelen EMV på sikt vil føre til dårligere kvalitet for flere kategorier.»

Professorene Gabrielsen, Steen, Sørgard og Vagstad drøfter ulike mulige konsekvenser av fremvekst av egne merkevarer i en utredning for Nærings- og fiskeridepartementet fra 2013, og konkluderer at effekten er tvetydig:⁸⁵

- EMV kan «skape et press på leverandørene om å forbedre sine vilkår, for eksempel tilby lavere priser til kjedene for å få hylleplass»,
- EMV kan «hemme produktutviklingen, da leverandørene frykter at kjedene introduserer produkter som er i konkurranse med deres produkter», men det vises videre til at «empiriske studier fra andre land ... ikke [gir] noen støtte for at emv hemmer produktutviklingen», og
- Konkurransen kan dempes hvis omfanget av egne merkevarer blir stort, da «forbrukerne ikke like lett [vil] kunne sammenligne de ulike kjedenes tilbud». Med henvisning til at EMV-andelen er lav i Norge konkluderer de imidlertid med at «det mindre grunn til å frykte en slik effekt i Norge enn i andre land».

Egne merkevarer drøftes også i dagligvaremeldingen, der det vises til mange av de samme effektene som er drøftet i Gabrielsen, Steen, Sørgard og Vagstad (2013).⁸⁶ I meldingen trekkes følgende konklusjon om fremveksten av egne merkevarer i Norge:⁸⁷

«Introduksjonen av egne merkevarer har med høgt sannsyn styrkt innovasjonsinsentiva til både daglegvaregrupperingar så vel som leverandørar. Vidare har framveksten av egne merkevarer i den norske daglegvaremarknaden bidrege til auka forhandlingsmakt for daglegvaregrupperingane. Som følge av den auka forhandlingsmakta har daglegvaregrupperingane sannsynlegvis kunna forhandle seg fram til betre vilkår frå leverandørane.»

Det foreligger dermed ingen enhetlig oppfatning av hvilken virkning en forskrift som begrenser leverandørenes prisforskjeller vil ha på omfanget av kjedenes bruk av egne merkevarer, og om en utvikling som leder til økt EMV-andel er uheldig for forbrukerne.

2.3.5 Virkninger på konkurransen i kjedeleddet (andrelinjevirkninger)

2.3.5.1 Ulike virkninger på konkurransen av forskjeller i innkjøpspriser

Betydelige forskjeller i kjedenes innkjøpspriser kan påvirke både konkurransen mellom dagligvarekjedene som er etablert i markedet og strukturen i dagligvaremarkedet. Da Konkurransetilsynet

⁸³ Birkeland, S. (leder for Konkurransetilsynets prosjekt dagligvare), *Egne merkevarer er bra for forbrukerne*, kronikk, Dagens Næringsliv, 10. desember 2020.

⁸⁴ Konkurransetilsynet (2011), høringsuttalelse til NOU 2011:4, 30. november 2011.

⁸⁵ Gabrielsen, Steen, Sørgard og Vagstad (2013), *Kjøpermakt i dagligvaresektoren*, utredning for Nærings- og fiskeridepartementet, s. 90.

⁸⁶ Meld. St. 27 (2019-2020), *Daglegvare og konkurranse - kampen om kundane*, kapittel 5.1.2.

⁸⁷ Side 10-11.

offentliggjorde resultater fra den første kartleggingen av kjedenes innkjøpspriser og iverksatte etterforskning mot to leverandører og NorgesGruppen i 2019, uttalte daværende konkurransedirektør Lars Sørgard følgende om mulige virkninger på konkurransen av de avdekkede forskjellene:⁸⁸

«Vi har avdekket forskjeller som etter vår foreløpige vurdering kan skade konkurransen på kort eller lang sikt. Av den grunn har vi satt i gang etterforskning. På kort sikt er vi særlig bekymret for at noen kjeder betaler en høyere pris for hver enhet av en vare. Resultatet kan være høyere priser til oss forbrukere. På lengre sikt er bekymringen knyttet til at noen kjeder får høyere totale kostnader enn andre. Det kan gjøre det vanskelig for nye kjeder å etablere seg i det norske dagligvaremarkedet. Det kan og føre til at eksisterende kjeder må forlate markedet.»

Sørgard pekte altså på tre mulige måter forskjeller i innkjøpspriser kan påvirke konkurransen mellom dagligvarekjedene:

- i. Prisforskjeller kan påvirke konkurransen mellom de etablerte kjedene,
- ii. Prisforskjeller kan svekke muligheten til å etablere seg som ny kjede, og
- iii. Prisforskjeller kan tvinge etablerte aktører til å forlate markedet.

2.3.5.2 Virkninger på konkurransen mellom de etablerte kjedene

Konkurransetilsynets funn i kartlegginger av kjedenes innkjøpspriser for årene 2017 til 2020 viser at den største kjeden, NorgesGruppen, gjennomgående har lavere innkjøpspriser fra de største leverandørene (jf. kapittel 2.3.1 over). I kartleggingen for 2017 oppsummerer Konkurransetilsynet resultatet som følger:⁸⁹

«Resultatene fra kartleggingen viser at Norgesgruppen gjennomgående oppnår bedre innkjøpsbetingelser enn de to andre kjedene, og for enkelte leverandører er forskjellene spesielt store.»

Forskjeller i innkjøpspriser vil påvirke kjedenes mulighet til å konkurrere. Effekten vil være større, jo større del av kjedenes kostnader som påvirkes av forskjellene. Dersom forskjellene påvirker en betydelig del av kjedens samlede kostnader er det rimelig å anta at prisdiskrimineringen er egnet til å ha virkning på kjedenes mulighet til å konkurrere. Dette er også tidligere lagt til grunn av Europakommisjonen i sak om prisdiskriminering.⁹⁰ Tilsvarende vil forskjeller som påvirker kjedenes variable kostnader i større grad påvirke muligheten til å konkurrere på kort sikt enn forskjeller som påvirker kjedens faste kostnader. Årsaken er at forskjeller i variable kostnader i større grad får direkte innvirkning på kjedenes prisfastsettelse enn forskjeller i faste kostnader.⁹¹ Forskjeller i faste kostnader kan imidlertid påvirke kjedens lønnsomhet og dermed mulighet til å overleve over tid.

⁸⁸ Uttalelser under Konkurransetilsynets pressekonferanse, 13. november 2019. Pressekonferansen er tilgjengelig på Konkurransetilsynets nettsider (<https://konkurransetilsynet.no/pressekonferanse-innkjopspriser/>).

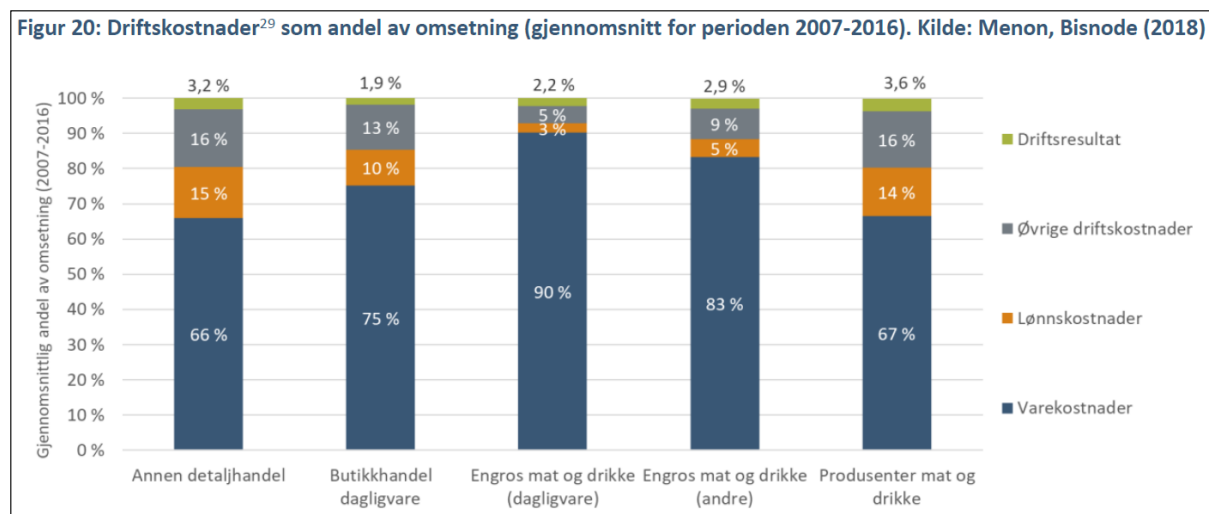
⁸⁹ Jf. Konkurransetilsynet (2019), *Kartlegging av innkjøpsbetingelser i norsk dagligvaresektor*, side 3.

⁹⁰ Se *Soda Ash/Solvay* (OJ 1991 L 152/21) avsnitt 64: «The price discrimination has a considerable effect upon the costs of the undertakings affected. ... Although it is only 13% by weight of the finished product, it accounts for up to 70% of the raw material batch cost. The cost of soda-ash thus affects the profitability and competitive position of glass manufacturers» (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31991D0299&from=EN>).

⁹¹ På samme måte legges det i fusjonskontrollen normalt til grunn at effektivitetsgevinster som reduserer aktørenes variable kostnader i større grad påvirker prisfastsettelsen enn gevinster som reduserer aktørenes faste kostnader, se Europakommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A52004XC0205%2802%29>).

Menon undersøkte i 2018 betydningen av varekostnader for de ulike leddene i verdikjeden for dagligvarer.⁹²

Figur 2.11: Driftskostnader i verdikjeden for dagligvarer, kilde: Menon



Figuren viser at varekostnad utgjør 75 % av omsetningen innen butikkhandel med dagligvarer og 90 % for kjedenes grossistvirksomhet. Det er derfor grunn til å anta at de betydelige prisforskjellene fra flere av de største leverandørene som er avdekket av Konkurransetilsynet og som ifølge tilsynet «gjennomgående» favoriserer den største dagligvarekjeden NorgesGruppen, vil svekke konkurrerende kjeders mulighet til å konkurrere effektivt. På kort sikt kan prisforskjellen derfor medføre at de etablerte konkurrentene (Coop, REMA 1000 og Oda) stilles i en svakere posisjon til å presse NorgesGruppen i priskonkurransen, sammenliknet med en situasjon der innkjøpsvilkårene er mer likeartede.⁹³

Kjedene med mindre gunstige innkjøpsvilkår fra de store leverandørene vil ha lavere inntjening og fortjeneste enn NorgesGruppen sammenliknet med en situasjon der vilkårene er mer likeartet. Det kan over tid påvirke hvordan kjedene og markedet utvikler seg. En kjede med høyere fortjeneste per butikk vil ha sterkere incentiv til å investere i nye butikker. På den måten kan den opprettholde eller øke en volumfordel overfor mindre konkurrerende kjeder. Det kan bidra til at den største kjeden vokser i markedet over tid, slik en ser at NorgesGruppen har hatt en vedvarende vekst over en lang periode (jf. kapittel 2.2 over). På den måten kan forskjellene i innkjøpsbetingelser også forsterkes over tid.

Forskjeller i innkjøpsbetingelser i disfavør av mindre dagligvarekjeder vil derfor kunne svekke konkurransen mellom de etablerte kjedene både på kort og lang sikt. På kort sikt ved at de mindre kjedene gis svakere forutsetninger for å konkurrere hardt og dermed presse prisene ned, på lengre sikt ved at den største kjeden har bedre forutsetninger for å vokse i markedet, noe som kan forsterke forskjellene over tid. Som vist til av Forbrukerrådet, ser det også ut til at NorgesGruppens innkjøpsfordel ikke kommer forbrukerne til gode i form av lavere priser.⁹⁴

⁹² Menon (2018), *Konkurranse i dagligvaremarkedet*, Menon-publikasjon nr. 33/2018.

⁹³ I en kronikk drøfter forbrukerdirektør Inger Lise Blyverket at NorgesGruppen i liten grad lar prisfordelen som oppnås fra de ledende leverandørene komme kundene til gode, se *Det er forskjell på forhandling og diktat*, kronikk i L. Blyverket, Dagens Næringsliv, 27. mai 2022 (<https://www.dn.no/innlegg/dagligvarer/dagligvarebransjen/konkurranse/innlegg-i-dagligvarestriden-det-er-forskjell-pa-forhandling-og-diktat/2-1-1224642>).

⁹⁴ Se f.eks. Forbrukerrådet (2022a), posisjonsnotat til Nærings- og fiskeridepartementet, 8. juni 2022.

2.3.5.3 Virkninger på etableringsmulighetene for nye dagligvarekjeder

Oslo Economics og Oeconomica (2017) pekte i sin rapport for Nærings- og fiskeridepartementet på «*relative volumgevinsten i innkjøp*» som den mest fremtredende etableringshindringen i dagligvaremarkedet. Tilsvarende pekte Konkurransetilsynet i sin høringsuttalelse til rapporten også på prisforskjeller som én av de viktigste etableringshindringene.⁹⁵

«Konkurransetilsynet finner det godt underbygget at stordriftsfordeler i innkjøp er en av de viktigste etableringshindringene for nye dagligvarekjeder i det norske markedet. Etter tilsynets vurdering vil selv en kostnadsulempa på eksempelvis 3-5 prosent kunne utgjøre en vesentlig etableringshindring på bakgrunn av at bransjen har lave nettomarginer og at varekostnadene utgjør 70-80 prosent av de totale kostnadene.»

I et notat til Nærings- og fiskeridepartementet datert 19. mai 2022 peker Konkurransetilsynet også på at leverandørenes prisforskjeller hindrer etablering:⁹⁶

«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.»⁹⁷

En ny aktør som ønsker å etablere seg i markedet uten å samarbeide med en av de etablerte aktørene må forvente vesentlig høyere innkjøpspriser fra de store leverandørene og dermed en betydelig konkurranseulempa. Prisforskjellene som er dokumentert av Konkurransetilsynet skaper derfor et betydelig hinder for etablering av nye aktører. I praksis har det også vært lite nyetableringer i dagligvaremarkedet i Norge de siste 10-15 årene. Den eneste aktøren som er etablert og som har oppnådd en viss størrelse er Oda. Oda innledet tidlig et innkjøpssamarbeid med REMA 1000. I sin høringsuttalelse til rapporten fra Oslo Economics og Oeconomica (2017) uttalte Oda (da Kolonial.no) følgende om dette:⁹⁸

«Vår etablering har vært preget av betydelig usikkerhet og risiko, nettopp grunnet svært høye innkjøpsbetingelser. Vi var avhengig av at en av detaljistene ønsket å samarbeide for at vi skulle opprettholde drift, og inngikk derfor et innkjøpssamarbeid med Rema 1000. Det er i utgangspunktet dypt bekymringsverdig at en ny aktør er avhengig av et samarbeid med en etablert aktør og konkurrent, for å komme inn på markedet.»

En annen aktør som har forsøkt å etablere seg i dagligvaremarkedet var netthandelsaktøren Marked.no. Marked.no ble imidlertid nedlagt etter halvannet års drift. I forbindelse med nedleggelsen uttalte selskapets styreleder:⁹⁹

«For en liten aktør som Marked.no, har det vært tilnærmet umulig å få konkurransedyktige innkjøpsbetingelser. Det gjør det svært krevende å lykkes som ny utfordrer i Norge.»

⁹⁵ Konkurransetilsynet (2018), *Høringsuttalelse - rapport om etableringshindringer i dagligvaresektoren*, 13. mars 2018.

⁹⁶ Konkurransetilsynet (2022a), notat til Nærings- og fiskeridepartementet, 19. mai 2022. Se også Konkurransetilsynet (2005), *Betaling for hylleplass* og Konkurransetilsynet (2009), *Konkurransen i Norge* s. 113-125.

⁹⁷ Avsnitt (26).

⁹⁸ Oda (da Kolonial.no) (2018), *Høringsuttalelse - Rapport om etableringshindringer i dagligvaresektoren*, 22. mars 2018.

⁹⁹ DN.no, *Marked.no gir opp og legger ned*, 10. januar 2018 (<https://www.dn.no/handel/stein-erik-hagen/ole-vinje/runar-hollevik/markedno-gir-opp-og-legger-ned/2-1-248622>).

Forbrukerrådet viser også til at «*ulevelige innkjøpsbetingelser var en viktig årsak til at LIDL trakk seg ut av det norske dagligvaremarkedet i 2007*».¹⁰⁰

De senere årene har det også vært enkelte etableringer i ulike nisjer de senere årene:

- Iceland har etablert butikker med særlig fokus på importerte frysevarer. Kjeden kan derfor anses som en nisjeaktør som i noe mindre grad er eksponert for forskjellene i innkjøpspriser. Iceland har fortsatt begrenset utstrekning, med fem utsalgssteder på Øst- og Sørlandet.¹⁰¹
- Foodora Market har etablert butikker for hjemlevering av varer med Foodoras bud (såkalte «dark stores»). Den første butikken ble etablert i 2021, og per august 2022 er det etablert elleve slike butikker. Foodora Market uttaler imidlertid til E24 at det ikke er mulig å konkurrere prismessig med de store lavpriskjedene: «*Det er helt umulig for oss, på grunn av innkjøpsprisene. Som en ny dagligvareaktør i Norge er det veldig få man kan kjøpe varer fra, og det i seg selv gir høyere priser*».¹⁰²

Forskjeller i innkjøpspriser som favoriserer dagligvarekjeder med store volumer gir derfor en betydelig etableringshindring i det norske dagligvaremarkedet.

2.3.5.4 *Prisforskjeller kan over tid tvinge en av de etablerte aktørene ut av markedet*

Vedvarende betydelige prisforskjeller i favør av den største dagligvarekjeden påvirker inntjeningen til de etablerte aktørene. Over tid kan det lede til at en av de etablerte kjedene presses ut av markedet, som påpekt av daværende konkurransedirektør Lars Sørgard, jf. kapittel 2.3.5.1 over.

I 2014 trakk ICA seg ut av det norske dagligvaremarkedet. Så sent som i 2006 hadde ICA en markedsandel på 18,9 %. I forbindelse med at ICA forlot markedet ble det hevdet av daværende konkurransedirektør Christine Meyer at det var importvernet og tollsatsene som var hovedgrunnen for at ICA trakk seg ut. I en kommentar til dette uttalte imidlertid daværende sjef i ICA Norge at det var forskjeller i innkjøpsbetingelser som var hovedårsaken.¹⁰³

«Det er riktig at importvernet var en av grunnene til at vi ikke klarte å få det til i Norge, men neppe hovedårsaken. Vi hadde vesentlig dårligere innkjøpsbetingelser enn hovedkonkurrentene».

På samme tid kommenterte også konsernsjef i ICA Per Strömberg at prisforskjellene var større i Norge enn i noe annet land:¹⁰⁴

«Prisskillet er større i Norge enn i noe annet land. Forskjellene mellom prisene ICA og Norgesgruppen må betale er så vidt jeg vet 4-5 prosent. I en bransje hvor innkjøpskostnaden er en overveldende del av utgiftene, er det umulig å konkurrere når det allerede er en handicap».

¹⁰⁰ Forbrukerrådet (2022a), posisjonsnotat til Nærings- og fiskeridepartementet, s. 4.

¹⁰¹ Jf. Islands nettsider (<https://www.icelandmat.no/butikker>).

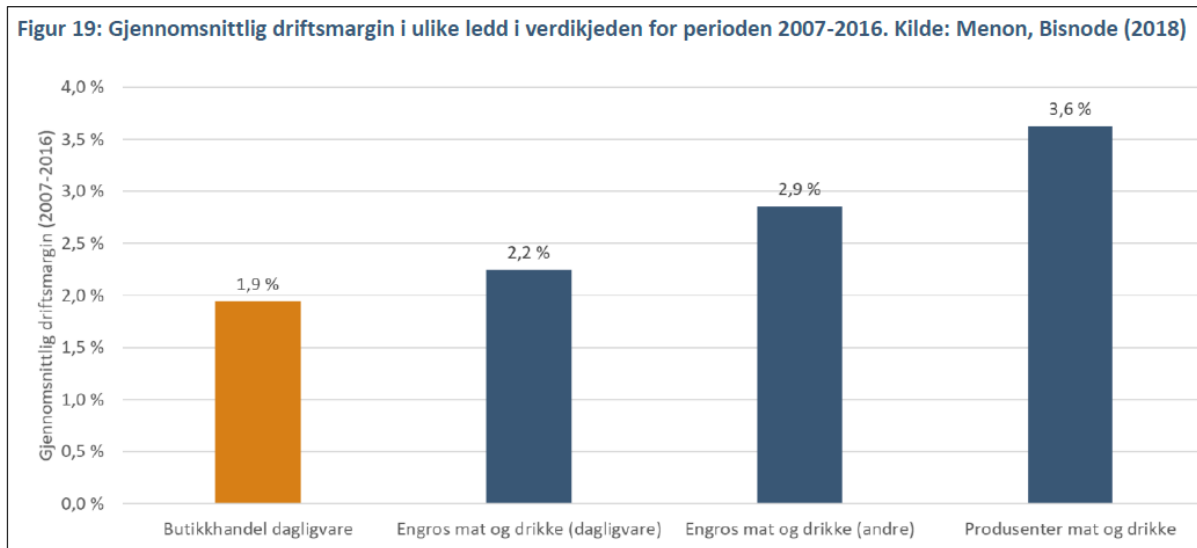
¹⁰² E24, Foodora åpner sin største butikk: -Vi bygger opp et helt nytt marked, 21. august 2022 (<https://e24.no/naeringsliv/i/4763we/foodora-aapner-sin-stoerste-butikk-vi-bygger-opp-et-helt-nytt-marked>).

¹⁰³ DN.no, *Tollsatsene knakk Ica*, 16. oktober 2014 (<https://www.dn.no/i-retten/coop/konkurransetilsynet/ica/-tollsatsene-knakk-ica/1-1-5213452>).

¹⁰⁴ Dagbladet.no, *Vi undervurderte skillet mellom Norge og Sverige*, 6. oktober 2014 (<https://www.dagbladet.no/nyheter/vi-undervurderte-skillet-mellom-norge-og-sverige/60963917>).

Varekostnader utgjør som nevnt av Strömberg en betydelig andel av dagligvarekjedenes samlede kostnader, jf. også kapittel 2.3.5.2 over. Kjedene har videre gjennomgående relativt lave driftsmarginer, men høy omsetning. Menon undersøkte i 2018 driftsmarginer på de ulike leddene i verdikjeden for dagligvarer:

Figur 2.12: Driftsmarginer i verdikjeden for dagligvarer, kilde: Menon



Figuren viser at aktører innen butikkhandel dagligvare har en gjennomsnittlig driftsmargin under 2 %, mens dagligvaregrossistenes driftsmarginer i gjennomsnitt er like over 2 %. Selv relativt små forskjeller i innkjøpspriser som systematisk favoriserer den største aktøren kan derfor påvirke de mindre kjedenes mulighet til å konkurrere hardt og samtidig oppnå positiv fortjeneste. I verste fall kan prisforskjeller få den konsekvensen at én av kjedene presses ut av markedet. Denne muligheten drøftes av Foros og Kind (2019):¹⁰⁵

«Hvis vi [...] har sterk prisdiskriminering^[106] synes det klart at vi ikke vil kunne få noen svensk-danske tilstander^[107] uten inngrep. Og det kan ikke utelukkes at vi vil gå mot duopol i dagligvaremarkedet; Ica hadde nesten 25 prosent av markedet på begynnelsen av 2000-tallet, men forsvant. Det er omtrent samme markedsandel som Coop og Rema har i dag, og vi har ingen garanti for at begge vil eksistere om femten år».

Systematiske prisforskjeller kan dermed på lengre sikt påvirke strukturen i dagligvaremarkedet ved at én av de etablerte aktørene presses til å forlate markedet. ICA forlot det norske markedet i 2014, og viste til vesentlig svakere innkjøpsvilkår som en sentral årsak. Selv om det ikke skulle fremstå som en nærliggende mulighet på kort sikt,¹⁰⁸ vil et videre fravær av inngrep mot prisforskjellene som gjennomgående favoriserer NorgesGruppen kunne styrke kjeden videre og over tid lede til at en av de mindre kjedene over tid presses til å forlate markedet.

¹⁰⁵ Foros Ø. og H. J. Kind (2019), *Størrelsesbasert prisdiskriminering i det norske dagligvaremarkedet: Teori og terreng*, Samfunnsøkonomen nr. 5, 2019.

¹⁰⁶ Artikkelen ble publisert før Konkurransetilsynet offentliggjorde den første kartleggingen i november 2019 som dokumenterte systematiske prisforskjeller i favør av NorgesGruppen.

¹⁰⁷ Med «svensk-danske tilstander» siktes det til en situasjon der det er mulig å etablere seg og vokse i markedet uten innkjøpssamarbeid og der det er flere mindre utfordrere til stede i markedet.

¹⁰⁸ Se Konkurransetilsynets pressemelding ifm. avslutning av etterforskningen mot Mondelez, Orkla/Lilleborg og NorgesGruppen, 16. juni 2021.

2.4 Oppsummering

Det norske dagligvaremarkedet er preget av høy konsentrasjon. I detaljistleddet har konsentrasjonen vært jevnt økende de siste 15 årene. NorgesGruppen har økt sin markedsandel fra 35 % i 2006 til 44 % i 2021. I samme periode har én stor kjede, ICA, forlatt markedet, og mindre utfordrere som Lidl og Smart Club har også forsvunnet. I motsetning til andre land, er det i Norge ingen mindre utfordrere med egne innkjøps- og distribusjonsfunksjoner. De mindre aktørene i det norske markedet, Bunnpris og Oda, er begge avhengig av innkjøpssamarbeid med hhv. NorgesGruppen og REMA 1000. Leverandørmarkedene er også i stor grad preget av svak konkurranse i mange varekategorier. Konsentrasjonen i leverandørmarkedet er typisk vesentlig høyere enn det en finner i våre naboland.

Store forskjeller i dagligvarekjedenes innkjøpspriser har vært pekt på som en konkurransemessig utfordring i flere år. Da ICA trakk seg ut av det norske markedet i 2014 ble vesentlig høyere innkjøpspriser pekt på av selskapet som en viktig bakenforliggende årsak. Ifølge Konkurransetilsynets saksdokumenter, beregnet ICA innkjøpsulempen til 4-6 % av de samlede innkjøp.¹⁰⁹ Etter påtrykk fra Stortinget og pålegg fra Nærings- og fiskeridepartementet startet Konkurransetilsynet i 2018 en kartlegging av de faktiske forskjellene i dagligvarekjedenes innkjøpspriser. Kartleggingen, som ble publisert i november 2019, viste at NorgesGruppen «gjennomgående» oppnådde vesentlig bedre innkjøpspriser enn de andre kjedene, Coop og REMA 1000. Det var betydelige forskjeller mellom leverandørene, men for mange leverandører var forskjellene mer enn 10 %, og for noen mer enn 15 %. Senere kartlegginger har bekreftet at forskjellene vedvarer.

Praksisen med store, usaklige prisforskjeller kan svekke konkurransen, både mellom leverandørene og mellom dagligvarekjedene. Det er særlig leverandører med vesentlig markedsrett som har motiv til å forskjellsbehandle sine kunder. Slike leverandører kan knytte rabatter og andre ytelser til motytelser som kan virke utestengende overfor mindre, konkurrerende leverandører, for eksempel sortiments- eller eksponeringskrav, og på den måten beskytte sin sterke stilling. Dersom den største kjeden har bedre muligheter til å utvikle alternativer til de sterke leverandørene enn konkurrentene, vil leverandørene ha motiv til å forskjellsbehandle kjedene i favør av den største kjeden. Sterke leverandører med merkevarer som forbrukerne forventer å finne i enhver dagligvarebutikk kan også ha en gjensidig interesse med den største kjeden i at leverandøren opprettholder en sterk posisjon i kjeden, så lenge den største kjeden har visshet om at den oppnår lavere priser enn konkurrerende kjeder.

I detaljistleddet påvirker prisforskjellene både etableringsmulighetene for nye aktører og konkurransen mellom de aktørene som er etablert i markedet. Betydelig høyere innkjøpspriser gjør at en ny aktør, i tillegg til ulempene som normalt er forbundet med å utfordre godt etablerte aktører, må forvente vesentlig høyere løpende kostnader på innkjøp. Aktøren Marked.no, som avviklet forsøket på å etablere seg etter halvannet års drift, uttalte da nedleggelsen ble kjent: «*For en liten aktør som Marked.no, har det vært tilnærmet umulig å få konkurransedyktige innkjøpsbetingelser. Det gjør det svært krevende å lykkes som ny utfordrer i Norge.*»¹¹⁰ Forskjellene påvirker også konkurransen mellom de etablerte aktørene. Varekostnader utgjør ca. 70-80 % av kjedenes løpende kostnader og kjedene opererer med lave driftsmarginer på noen få prosentpoeng. Store forskjeller i innkjøpspriser medfører derfor en betydelig konkurranseuleppe for kjedene som betaler mest. Det hindrer disse kjedene i å utfordre den største aktøren sterkere i priskonkurransen. Den største aktøren vil dessuten kunne ha høyere avkastning, og kan derfor ha sterkere motiv til å etablere nye butikker. Det kan over

¹⁰⁹ Se Konkurransetilsynets varsel om pålegg om opphør for innkjøpssamarbeidet mellom NorgesGruppen og ICA, 13. februar 2014, premiss 39 og 374.

¹¹⁰ DN.no, *Marked.no gir opp og legger ned*, 10. januar 2018 (<https://www.dn.no/handel/stein-erik-hagen/ole-vinje/runar-hollevik/markedno-gir-opp-og-legger-ned/2-1-248622>).

tid forsterke forskjellene og øke konsentrasjonen, slik en har sett at NorgesGruppen jevnt har økt sin markedsandel de siste 15 årene.

3. Anvendelse av eksisterende lovgivning

3.1 Innledning

Behovet for nye virkemidler avhenger av om eksisterende lovgivning er tilstrekkelig til å håndtere de konkurransemessige utfordringer forskjeller i innkjøpsbetingelser medfører. Det er i hovedsak et spørsmål om rekkevidden av konkurranse-loven og lov om god handelsskikk, og håndhevingen av disse lovene. Hvor egnet disse lovene er til å håndtere konkurransemessige utfordringer knyttet til forskjeller i innkjøpsbetingelser blir drøftet nedenfor i pkt. 3.2 og 3.3.

3.2 Konkurranseloven

Det foreligger ingen offentlig tilgjengelig utredning av konkurranse-lovens egnethet til å håndtere leverandørenes prisdiskriminering i det norske dagligvaremarkedet. Nærings- og fiskeridepartementet ba i 2018 Konkurransetilsynet utrede når prisdiskriminering rammes av konkurranse-lovens §§ 10 og 11,¹¹¹ men en slik utredning ble aldri gjennomført.¹¹² Noe veiledning finnes i Konkurransetilsynets veileder om prisdiskriminering under konkurranse-loven § 11,¹¹³ men denne drøfter ikke egnetheten, kun hva som utgjør ulovlig prisdiskriminering når denne påvirker konkurransen mellom leverandørenes kunder (dvs. andrelinjevirkning, jf. kapittel 2.3.5 over). Veilederen drøfter ikke når prisdiskriminering som kan ha utestengende virkninger for mindre, konkurrerende leverandører kan være i strid med § 11 (dvs. førstelinjevirkninger, jf. kapittel 2.3.3 over).¹¹⁴

Konkurransetilsynets evaluering i notat til Nærings- og fiskeridepartementet 19. mai 2022¹¹⁵ gir imidlertid godt grunnlag for å vurdere konkurranse-lovens egnethet til å håndtere andrelinjevirkninger av leverandørenes prisdiskriminering. Utestengende virkninger på konkurrerende leverandører og konkurranse-lovens egnethet til å adressere slike (førstelinje)virkninger drøftes ikke i notatet.

Evalueringen er basert på tilsynets erfaringer fra etterforskningen av Orkla/Lilleborg, Mondelez og NorgesGruppen for brudd på konkurranse-loven. Dette er eneste kjente sak i Norge om anvendelse av konkurranse-lovens forbudsbestemmelser på prisdiskriminering i dagligvaremarkedet. Konkurransetilsynet åpnet etterforskning mot de nevnte foretakene i november 2019. Bakgrunnen for etterforskningen var Konkurransetilsynets kartlegging av innkjøpsbetingelser som avdekket at NorgesGruppen fikk bedre innkjøpsbetingelser fra Orkla og Mondelez enn det de konkurrerende kjedene fikk, og at dette potensielt kunne ha kortsiktige og/eller langsiktige negative virkninger for konkurransen på kjedeledet og forbrukerne.¹¹⁶

Etterforskningen ble avsluttet i juni 2021. Av Konkurransetilsynets pressemelding fremgår at tilsynet ikke fant noen overtredelser av konkurranse-loven i denne saken, men at ulike innkjøpsbetingelser for likeverdige ytelser *kan* være i strid med konkurranse-loven dersom dette skader konkurransen.¹¹⁷ Pressemeldingen er for øvrig knapp når det gjelder begrunnelsen for hvorfor konkurranse-loven ikke

¹¹¹ Nærings- og fiskeridepartementet (2018), Supplerende tildelingsbrev nr. 1 for 2018, side 3.

¹¹² I brev fra Konkurransetilsynet til Nærings- og fiskeridepartementet 13. juli 2018 foreslår tilsynet at «*arbeidet bør settes ut til eksterne*» og at departementet gjennomfører en slik anskaffelse. Slik anskaffelse ble etter det som er kjent ikke gjennomført.

¹¹³ Konkurransetilsynet (2022b), *Veileder om prisdiskriminering*, publisert 6. juli 2022.

¹¹⁴ I veilederens kapittel 2.2 presenterer Konkurransetilsynet hhv. første- og andrelinjevirkninger av prisdiskriminering. Som eksempel på førstelinje prisdiskriminering viser Konkurransetilsynet til «*selektive priskutt, marginskvis og leveringsnektelse*», og viser mer konkret til en situasjon der en leverandør som er vertikalt integrert i videresalgsleddet favoriserer egen virksomhet. Det gis ingen videre veiledning om når diskriminering førstelinjevirkninger kan være i strid med konkurranse-loven.

¹¹⁵ Konkurransetilsynet (2022a), notat til Nærings- og fiskeridepartementet 19. mai 2022.

¹¹⁶ Jf. kapittel 2.3 over.

¹¹⁷ Konkurransetilsynet, *Avslutter etterforskningssaken mot Orkla, Mondelez og Norgesgruppen*, pressemelding, 16. juni 2021.

var overtrådt, men fremhever at selv store forskjeller som er et resultat av forhandlinger, vil tjene kundene:

«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.»

Konkurransetilsynets kronikk 31. mai 2022 utdyper betydningen av at forskjellene er et resultat av forhandlinger:¹¹⁸

«Det tilsynet fant, var at prisforskjellene oppstår mye på grunn av at kjedene forhandler om koblinger mellom sortiment, volum, markedsføring, plassering i butikk og andre motytelser. Dermed er det ikke slik at en produsent av matvarer enkelt setter pris per produkt og lar den avhenge av hvilken kjede som kjøper produktet. Forhandlingene handler om kombinasjoner som er vanskelig å sammenligne. [...]

Det vi fant, var med andre ord at forskjellene var et resultat av forhandlinger.»

Det går ikke frem av pressemeldingen eller kronikken om Konkurransetilsynet hadde vurdert om prisforskjellene i seg selv eller vilkårene leverandørene hadde forhandlet med kjedene om,¹¹⁹ og som formodentlig dannet grunnlag for forskjellene, kunne virke utestengende overfor mindre, konkurrerende leverandører. Konkurransetilsynet har heller ikke redegjort for hvordan konklusjonen om at forskjellene er «*resultat av forhandlinger*» er relevant for vurderingen av om forskjellene er lovlig etter konkurranseloven § 11 - eller hva som skulle vært alternativet til at forskjellene er resultat av forhandlinger.

I notatet til departementet 19. mai 2022 redegjøres det for hvorfor konkurranseloven etter Konkurransetilsynets vurdering ikke er særlig egnet til å benytte overfor enkeltleverandørers konkurranse-skadelige prisdiskriminering i det norske dagligvaremarkedet.

Konkurransetilsynet legger i notatet til grunn at leverandørers prisdiskriminering normalt vil vurderes under konkurranseloven § 11 bokstav c. Bestemmelsen fokuserer kun på prisdiskriminering som har andrelinjevirkninger, dvs. der prisdiskrimineringen påvirker konkurransen mellom det dominerende foretakets kunder, jf. kapittel 2.3.5 ovenfor. I tillegg til at leverandøren må være dominerende, er det et krav om at kundene til den dominerende leverandøren som betaler den høyere prisen stilles «*ugunstigere i konkurransen*» som følge av prisdiskrimineringen. I denne vurderingen er det sentralt om prisdiskrimineringen er egnet til å ha en effekt på dagligvarekjedenes kostnader: «*Varekostnadene utgjør en vesentlig andel av dagligvarekjedenes totale kostnader. Isolert sett tilsier dette at selv mindre ulikheter i innkjøpspriser kan medføre store konkurranseulempere.*»¹²⁰

Konkurranseloven § 11 retter seg imidlertid kun mot enkeltforetak.¹²¹ Derfor er det etter § 11 nødvendig å vurdere den konkurransemessige effekten av kun det enkelte foretakets prisdiskriminering. Konkurransetilsynet konkluderer med «*at prisdiskriminering fra en leverandører totalt sett ofte vil ha en relativ liten effekt på de totale kostnadene til kjeden*»,¹²² slik at kravet om at kjeden stilles

¹¹⁸ Tina Søreide og Beate Berrefjord, *Større muskler heller enn påstander om passivitet*, Dagens Næringsliv, 31. mai 2022.

¹¹⁹ Dvs. «*koblinger mellom sortiment, volum, markedsføring, plassering i butikk og andre motytelser*».

¹²⁰ Konkurransetilsynets notat, punkt (30), side 6.

¹²¹ Konkurranseloven § 11 kan i prinsippet anvendes overfor flere foretak som har en kollektivt dominerende stilling, se Hjelmeng (2020), som kommenterer «*Vedr. det siste [kollektivt dominerende stilling] finnes det imidlertid begrenset rettspraksis, og det virker anstrengt å skulle anvende dette konseptet i det norske dagligvaremarkedet.*» (s. 235).

¹²² Konkurransetilsynets notat, punkt (31), side 6.

«ugunstigere i konkurransen» ofte ikke vil være oppfylt.¹²³ Særlig gjelder det fordi dagligvarekjedene konkurrerer om å tiltrekke seg kunder som skal kjøpe en hel handlekurv. Sluttbrukermarkedet for dagligvarer defineres derfor normalt med utgangspunkt i tilbudet av et bredt vareutvalg og ikke enkeltprodukter eller enkelte kategorier. Siden man under § 11 vurderer virkningene av den enkelte dominerende leverandørs prissetting isolert sett for å avgjøre de konkurranseskadelige virkninger, og ikke de samlede virkningene av prisdiskriminering på alle produktene som inngår i handlekurven, er Konkurransetilsynets konklusjon at det kan «være utfordrende å benytte konkurranse-loven § 11 for å stanse konkurranseskadelig prisdiskriminering».¹²⁴

Advokatfirmaet Schjødt for DLF (2018) gir uttrykk for samme lovforståelse som Konkurransetilsynet av hva som kreves for at en kunde «stilles ugunstigere i konkurransen»:¹²⁵

«I vurderingen av om en forskjellsbehandling knyttet til innkjøpspriser stiller en kjede "ugunstigere" i konkurransen, må det videre tas i betraktning at konkurransen mellom dagligvarekjedene ikke primært skjer på enkeltprodukter, men på hele handlekurven. Forbrukerne velger den kjede som i sum gir det beste tilbudet på pris og kvalitet på de dagligvarer forbrukerne trenger i det daglige, og antall produkter til salgs i en dagligvareforretning er svært stort. Det vil derfor ikke uten videre påvirke konkurransen mellom dagligvarekjedene om en kjede gis en så høy innkjøpspris på et enkelt produkt at kjeden ikke kan konkurrere lønnsomt på dette produktet med den kjede som gis lavest innkjøpspris på produktet.»

Tilsvarende lovforståelse legges til grunn av professorene Gabrielsen og Hjelmeng (2019) for DLF:¹²⁶

«Jf. ovenfor kreves det i en tradisjonell vurdering av 2. linjes prisdiskriminering også at den eller de diskriminerte påføres en konkurranseulempe. For dette kreves at diskrimineringen må være av en viss betydning, men at det ikke er nødvendig å påvise konkrete vridninger i konkurransesituasjonen mellom foretak nedstrøms.

I det norske dagligvaremarkedet er det på det rene at innkjøpspris representerer 70-80 % av totale kostnader. Nettopp graden av kostnadsdekning er i praksis fremhevet som en sentral faktor ved spørsmålet om konkurranseulempe. Et slikt resonnement kan imidlertid ikke overføres direkte til norsk dagligvarehandel. Det er riktig at varekostnad representerer 70-80 % av totale kostnader, men det er også på det rene at den enkelte kjedes konkurransekraft ikke er knyttet til enkeltprodukter, men til "handlekurven". [...]

Alt dette gjør det vanskelig å henvføre en mulig konkurranseulempe til asymmetriske priser på enkeltprodukter. Derimot fremstår det slik at asymmetrien må være systematisk på hele eller store deler av leverandørens produktspekter (vektet etter verdi) for at en konkurranseulempe skal kunne oppstå. Det er imidlertid heller ikke gitt at vurderingen kan avgrenses til enkeltleverandører, siden rabatter og krysssubsidiering av konkurransehandling skjer

¹²³ Konkurransetilsynet viser i notatet til NFD som eksempel til en tenkt monopolist innen salg av tannbørster som opererer med store prisforskjeller: «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.» (s. 6).

¹²⁴ Konkurransetilsynets notat, punkt (44), side 7.

¹²⁵ Advokatfirmaet Schjødt v/Olav Kolstad (2018), Tiltak for å fremme konkurransen i dagligvaremarkedet, notat til Dagligvareleverandørenes Forening (DLF).

¹²⁶ Gabrielsen, T. S. og E. Hjelmeng (2019), Forhandlinger, vertikale kontrakter og konkurranse i dagligvarekjedene, s. 31, utarbeidet for Dagligvareleverandørenes Forening.

på tvers av produktgrupper. Dermed er det, dersom det foreligger reelle konkurranseulempes i markedet, snarere den samlede og systematiske asymmetrien i innkjøpspriser som skaper en konkurranseulmepe.»

Blant annet på denne bakgrunn konkluderer Gabrielsen og Hjelmeng (2019), i likhet med Konkurransetilsynet, med at det er «vanskelig å anvende [konkurranseloven] § 11» på leverandørenes prisdiskriminering:¹²⁷

«Konklusjonen er at det er vanskelig å anvende § 11, fordi kontraktsstrukturen i markedet gjør det vanskelig å foreta sammenligninger ned på produktnivå (man må evt. vurdere det totale engasjementet mot den enkelte leverandøren), fordi en konkurranseulmepe begrunnet i asymmetri ikke kan føres tilbake til enkelte leverandører, men snarere representerer et bransjefenomen, og fordi det synes å foreligge relevante forskjeller mellom kjedene som kan begrunne ulike rabatter.»

Hjelmeng (2020) drøfter også anvendelsen av konkurranseeloven § 11 på andrelinjes prisdiskriminering i sin artikkel «Det store forhandlingsspillet: vinnere, tapere og reguleringsbehovet».¹²⁸ Hjelmeng peker på at det er uavklart og usikkert om konkurranseeloven kommer til anvendelse der det er den kumulative virkningen av flere leverandørers prisdiskriminering som skaper konkurranseulempen for enkelte kunder i kjedeledet:¹²⁹

«Dersom hele eller store deler av leverandørsiden systematisk diskriminerer (slik at diskriminering gjelder en betydelig del av verdiene), er det klart at den kumulative effekten vil kunne være en relevant konkurranseulmepe. Spørsmålet da blir hvorvidt dominerende enkeltleverandørers årsaksbidrag er tilstrekkelig til å etablere et misbruk. Svaret er usikkert. Under krrl. § 10 er det veletablert at en avtale vil kunne falle innenfor forbudet på bakgrunn av at den bidrar til en kumulativ effekt sammen med lignende avtaler. Et tilsvarende resonnement kan ikke overføres automatisk til misbruksforbudet. Klart nok vil et dominerende foretak være ansvarlig for ikke å misbruke sin dominerende stilling innenfor den strukturen markedet har. Spørsmålet her er imidlertid hvorvidt et enkelt foretak vil kunne misbruke sin dominerende stilling ved - kanskje marginalt - å bidra til en samlet konkurranseulmepe skapt av et kollektiv av både dominerende og ikke-dominerende leverandører, og der den utlående faktoren vil være den sterkeste kjedens evne til å oppnå best vilkår i forhandlingene (sannsynligvis som en kombinasjon av forhandlingsdyktighet og -makt). Også under misbruksforbudet må det oppstilles et krav om årsakssammenheng mellom adferden som karakteriseres som misbruk og relevante skadevirkninger.»

På bakgrunn av denne usikkerheten bekrefter Hjelmeng (2020) konklusjonen fra Hjelmeng og Gabrielsen (2019):¹³⁰

«Fremstillingen viser at det er vanskelig å anvende krrl. § 11 på mulig prisdiskriminering i det norske dagligvaremarkedet, noe som både skyldes vanskeligheter med sammenligning av kontrakter og varer, at konkurransen skjer på varekurvnivå (slik at vilkårene ikke følger

¹²⁷ Gabrielsen og Hjelmeng (2019), s. 37.

¹²⁸ Hjelmeng, E. (2020), *Det store forhandlingsspillet: vinnere, tapere og reguleringsbehovet*. I F. Steen & I. Pettersen (red.), *Mot bedre vitende i norsk matsektor*, Cappelen Damm Akademisk (kap. 7, s. 215-266).

¹²⁹ Hjelmeng (2020), s. 246-7.

¹³⁰ Hjelmeng (2020), s. 257.

varen), og at en eventuell konkurranseulempe ikke nødvendigvis kan henføres til én dominerende aktør.»

I en utredning for Nærings- og fiskeridepartementet om å vurdere behovet for inngrep mot konkurranseskadelig prisdiskriminering i dagligvaremarkedet, drøfter professorene Gabrielsen, Moen og Nilssen (2020a)¹³¹ også anvendeligheten av konkurranseloven og behovet for særregulering. Forfatterne tar utgangspunkt i at «konkurranseloven er tilstrekkelig for å sikre konkurransen og det er derfor de aller fleste sektorer reguleres ved hjelp av denne loven».¹³² I utredningen legges det til grunn at særregulering kun bør innføres der det er strukturelle forhold som tilsier at konkurransen ikke er tilfredsstillende. Det gjøres imidlertid ingen analyse av de strukturelle forholdene i dagligvaremarkedet eller av konkurranselovens egnethet for å bote på eventuelle konkurranseproblemer som skyldes leverandørenes prisdiskriminering. De samme forfatterne konkluderer i en etterfølgende artikkel i Samfunnsøkonomen: «Vi mener konkurranseloven er tilstrekkelig til å sikre konkurransen i dagligvaresektoren».¹³³

3.3 Lov om god handelsskikk

Lov om god handelsskikk («LOGH») representerer også en relevant regulering for kontraktsforhandlinger og vilkår mellom leverandører og kjeder.¹³⁴ Loven utgjør en oppfølging av matkjedeutvalgets forslag fra NOU 2011:4 *Mat, makt og avmakt*. I 2012 ble det nedsatt et utvalg som fikk i oppdrag å utforme en slik lov. Dette resulterte i NOU 2013:6 *God handelsskikk i dagligvarekjeden*. Forslaget ble ikke fulgt opp før i 2019, da departementet la frem en lovproposisjon (Prop. 33 L (2019-2020)), etter påtrykk fra Stortinget. Loven trådte i kraft 1. januar 2021.

Loven har ikke som formål å fremme konkurransen mellom aktørene i markedet, men å legge til rette for effektive kontrakter i omsetningskjeden. Lovens formål følger av § 1: «Loven skal bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser og ivareta forbrukernes interesser ved å fremme redelighet, forutberegnelighet og lojalitet i kontraktsforhold mellom næringsdrivende i dagligvarebransjen.»

Fokuset i loven ligger således på det vertikale forholdet mellom leverandører og kjeder og ikke konkurranseflatene mellom leverandører og mellom kjedene. Reguleringen gjelder primært de ytre rammene for forhandlinger samt kontraktens utforming, mens loven i begrenset utstrekning legger føringer på det kommersielle innholdet i kontraktene.¹³⁵ I stor utstrekning gjentar loven regler og prinsipper som allerede følger av lovgivning eller ulovfestet rett, f.eks. om lojalitet i kontraktsforhold, immaterialrettslig beskyttelse, god forretningsskikk samt strafferettens forbud mot trusler. Loven samler imidlertid slike regler under én paraply med et felles håndhevelsesapparat.

I forarbeidene er arbeidsdelingen mellom LOGH og konkurranselovgivningen omtalt som følger: «Å fremme effektiv konkurranse faller utenfor virkeområdet til lovforslaget. Mulige tiltak for å fremme

¹³¹ Gabrielsen, T. S., E. R. Moen og T. Nilssen (2020a), *Utredning om prisdiskriminering i dagligvarebransjen*, rapport fra arbeidsgruppe nedsatt av Nærings- og fiskeridepartementet.

¹³² Gabrielsen, Moen og Nilssen redegjør ikke for sin konklusjon om at konkurranseloven er tilstrekkelig ut over følgende: «Hva som innebærer diskriminering i konkurranselovens forstand, er likevel noe uklart. Jusen (konkurranseloven §§ 10 og 11) stiller krav om at ulikhet i rabatter må være «objektivt begrunnet». Det virker åpenbart at ulike motytelser kvalifiserer som en objektiv begrunnelse for ulikhet, men det er mer uklart hvilke andre momenter som kan kvalifisere som en objektiv begrunnelse. Vi har ikke anledning til å gå dypere inn i dette problemkomplekset.» (s. 7).

¹³³ Gabrielsen, T. S., E. R. Moen og T. Nilssen (2020b), *Prisdiskriminering i dagligvarebransjen*, Samfunnsøkonomen nr. 3/2020.

¹³⁴ Loven har betydelig slektskap med Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2019/633 av 17. april 2019 om urimelig handelspraksis i næringslivsforhold (B2B) i matkjeden. Dette direktivet er imidlertid ikke ansett som EØS-relevant, siden det er hjemlet i den felles landbrukspolitikken. Se <https://www.europalov.no/rechtsakt/direktiv-om-urimelig-handelspraksis-i-naeringslivsforhold-b2b-i-matkjeden/id-25515>.

¹³⁵ Prop 33 L (2019-2020), s. 16.

effektiv konkurranse i dagligvaremarkedet vil derimot være hovedanliggendet i andre tiltak regjeringen arbeider med.»¹³⁶ Likevel inneholder loven flere bestemmelser av relevans for et midlertidig forskrift om forbud mot prisdiskriminering.

Loven er bygget opp rundt en generalklausul om god handelsskikk, jf. loven § 3. Denne lyder: «I forretningsforhold mellom næringsdrivende i dagligvarebransjen skal det ikke foretas handlinger som strider mot god handelsskikk. God handelsskikk skal være basert på redelighet, forutberegnelighet og lojalitet.» Loven oppstiller således et generelt prinsipp om god handelsskikk, som ikke tar sikte på å regulere det kommersielle innholdet i kontraktene, men å legge til rette for at kontrakter fremforhandles i et klima preget av de verdiene som er løftet frem i god skikk-standard. I forarbeidene heter det at «Utvalgets utgangspunkt er at det bør utvises forsiktighet med reguleringer som kan påvirke fordeling av forhandlingsmakt mellom leverandører og kjeder.»¹³⁷

Av særlig betydning for de forhold som diskuteres her, er lovens fokus på transparens og aktørenes mulighet til å ta informerte valg i forhandlingsprosessen, samt kravene til spesifisering av ytelser i forbindelse med rabatter.

Tilgang til relevant informasjon er regulert i loven § 4 Tilgang til informasjon, som lyder: «Ved forhandlinger og gjennomføring av avtaler om leveranser av dagligvarer skal hver av partene legge frem opplysninger som de kjenner til, og som de har grunn til å tro er av betydning for den annen part. Dette gjelder ikke informasjon som partene har berettiget grunn til å holde hemmelig.» I forarbeidene er bestemmelsen begrunnet med at «det er essensielt for å skape forutberegnelighet og effektive kontrakter, herunder effektiv risikoallokering, og at relevant informasjon er tilgjengelig for partene på forhandlingsstadiet. Dette gjelder f.eks. informasjon om beregningsgrunnlaget for rabatter, men også andre forhold av betydning for risiko i kontraktsforholdet.»¹³⁸ Denne begrunnelsen er tiltrådt i lovproposisjonen, der det også heter at «Bestemmelsen skal gi partene bedre muligheter til å vurdere hvilken risiko som er forbundet med kontrakten, slik at de lettere kan bli enige om en effektiv risikofordeling.»¹³⁹

Dette er regulert i § 6 første punktum, der det heter at «Avtaler skal inngås skriftlig og klart beskrive hvilke ytelser partene er forpliktet til å levere.» Bakgrunnen for bestemmelsen er i stor utstrekning muligheten for partene til å ta informerte valg, men også at «[u]tvalget vurderer det slik at mye som har kommet frem i Matkjedeutvalgets arbeid, kan forklares med uenighet om kontraktsforpliktelser og deres innhold. Notoriteten gjennom skriftlige avtaler må også anses som en forutsetning for en effektiv håndhevelse av loven.»¹⁴⁰ Denne begrunnelsen er utdypet i lovproposisjonen:¹⁴¹

«Bestemmelsen inneholder et formkrav, men griper ikke inn i avtalens materielle innhold. Dette innebærer at klarhetskravet i den foreslåtte bestemmelsen ikke er til hinder for at det avtales for eksempel felles markedsføringstiltak, der deler av ytelsen er betaling for en tjeneste, og deler er rene kontantoverføringer som i realiteten er en rabatt. Friheten til å avtale ikke-lineære vilkår, det vil si at det inngår andre vilkår i leveringskontrakten enn pris per enhet, vil ofte være nødvendig for å oppnå effektivitet i kontraktene. Det er heller ikke et krav etter loven at rabatter fra en leverandør skal videreføres i form av rabatter eller markedsføring av denne leverandørens produkter. Dette er forhold partene selv må

¹³⁶ Prop 33 L (2019-2020), s. 16. Se også NOU 2013:6 s. 41.

¹³⁷ NOU 2013:6, s. 116.

¹³⁸ NOU 2013:6, s. 114.

¹³⁹ Prop 33 L (2019-2020), s. 65.

¹⁴⁰ NOU 2013:6, s. 117.

¹⁴¹ Prop 33 L (2019-2020), s. 66.

avklare i avtalen, innenfor de rammer som følger av konkurranseloven. Lovbestemmelsen krever i slike tilfeller først og fremst at avtalene er klare på hva som er betaling for en tjeneste, og hva som er kontantoverføring eller rabatt.»

Både § 4 og § 6 i LOGH har betydning for en forskrift som regulerer prisdiskriminering, særlig gjennom kravene til spesifikasjon av motytelser. Et slikt krav er også essensielt for å kunne håndheve et forbud mot usaklig diskriminering der prisforskjeller bl.a. vil kunne begrunnes i relevante motytelser (f.eks. markedsføringstjenester). Dette betyr at det allerede i LOGH ligger formelle krav som er sentrale for etterlevelse og håndhevelse av en midlertidig forskrift om prisdiskriminering. At det kreves en slik konkretisering av motytelser i kontraktene, innebærer imidlertid ikke at håndhevelsessystemet i LOGH vil være tilstrekkelig til å påse etterlevelse av en forskrift om forbud mot usaklig forskjellsbehandling.

LOGH håndheves av Dagligvaretilsynet. Loven bygger imidlertid på en mild form for håndhevelse, der hovedvirkemiddelet er dialog og veiledning, se loven § 14 (første til og med tredje ledd) og § 11 første ledd. Loven kan ikke påberopes av private parter, jf. lovproposisjonen der det heter at «*[d]epartementet mener de beste hensyn taler for at loven ikke skal kunne håndheves privatrettslig, ved at aktørene selv kan ta saker med påstand om brudd på loven inn for domstolene. Lovforslaget innebærer derfor at det foreslåtte regelverket kun håndheves direkte av Dagligvaretilsynet, med Markedsrådet som klageinstans.*»¹⁴² Dagligvaretilsynet kan først ilegge sanksjoner (overtredelsesgebyr) ved manglende etterlevelse av vedtak truffet etter loven § 15. Vedtak etter § 15 kan treffes dersom tiltakene i form av veiledning og dialog etter § 14 ikke er tilstrekkelige til å sikre etterlevelse.

Etter loven § 12 har «*enhver*» opplysningsplikt overfor Dagligvaretilsynet, etter modell av konkurranseloven § 24.

Håndhevelsessystemet i LOGH vil ikke være tilstrekkelig for å håndheve en midlertidig forskrift om forbud mot usaklig forskjellsbehandling etter konkurranseloven § 14, som både bør legge opp til håndhevelse i regi av Konkurransetilsynet samt åpne for privat håndhevelse. Derimot vil normene som allerede ligger i denne loven, først og fremst kravet om en klar angivelse av motytelser i kontraktene, være en forutsetning for en effektiv håndhevelse av en slik forskrift, ved at motytelsene må være definert og beskrevet for at de skal kunne etterprøves.

Utover de bestemmelser om skriftlig og klar beskrivelse av motytelser, samt kravet om tilgang til informasjon, inneholder LOGH regler som supplerer det immaterial- og markedsføringsrettslige vernet mot etterligninger, regler om ansvar for svinn og kundereklamasjoner samt delisting og oppsigelse. Disse reglene fremstår ikke som relevante for en midlertidig § 14-forskrift.

3.4 Oppsummering

Flere har tatt til orde for at konkurranseloven § 11 er tilstrekkelig for å hindre konkurranseskadelig prisdiskriminering i dagligvaremarkedet, herunder utvalget bestående av professorene Gabrielsen, Moen og Nilssen nedsatt av Nærings- og fiskeridepartementet jf. kapittel 3.2 over. Selv om det kan stilles spørsmål ved Konkurransetilsynets tolkning og anvendelse av § 11, viser Konkurransetilsynet håndhevingspraksis og tilsynets egen vurdering av anvendeligheten av § 11 i notat til Nærings- og fiskeridepartementet 19. mai 2022 at det er betydelige utfordringer med å anvende dagens konkurranselov. Både Advokatfirmaet Schjødt for DLF (2018), professorene Gabrielsen og Hjelmeng for DLF (2019) og professor Hjelmeng (2020) støtter Konkurransetilsynets lovforståelse uttrykt i notatet av 19. mai 2022 ved at det «*kan være utfordrende å benytte konkurranseloven § 11 for å stanse*

¹⁴² Prop. 33 L (2019-2020), s. 21. Dagligvarelovutvalgets forslag la motsetningsvis opp til også privat håndhevelse.

konkurranseskadelig prisdiskriminering». De fleste som har vurdert spørsmålet, inklusive Konkurransetilsynet, har imidlertid utelukkende fokusert på konkurransevirkningene på kjedeledet (andrelinjeskade) og ikke på leverandørledet (førstelinjeskade).

Heller ikke lov om god handelsskikk vil være tilstrekkelig til å håndtere de konkurransemessige utfordringene knyttet til dagligvarekjedenes prisdiskriminering. Dette skyldes hovedsakelig at lovens formål er noe annet enn å fremme konkurransen samt et mildt håndhevings- og sanksjonsapparat. Lov om god handelsskikk vil imidlertid være et godt supplement til midlertidig forskrift om usaklig prisdiskriminering i dagligvaremarkedet.

4. Vurdering av behovet for å supplere konkurranseloven

4.1 Innledning

I kapittel 2 over, er de konkurransemessige virkningene av forskjeller i dagligvarekjedenes innkjøpspriser beskrevet. Prisforskjellene har vedvart etter at problemstillingen kom på dagsorden etter offentliggjøringen av rapporten fra Oslo Economics og Oeconomica for Nærings- og fiskeridepartementet i 2017 og Konkurransetilsynets første dokumentering av betydelige prisforskjeller, som «*gjennomgående*» er i favør av NorgesGruppen i 2019, jf. kapittel 2.3.1 over. Drøftingen i kapittel 3 over viser at det kan være vanskelig å anvende konkurranseloven § 11 på enkeltleverandørers prisdiskriminering. Det er følgelig nødvendig å vurdere om det er behov for supplerende virkemidler til konkurranselovens bestemmelser for å motvirke store prisforskjeller og styrke konkurransen.

4.2 Behovsvurdering

Vedvarende betydelige prisforskjeller i favør av den største dagligvarekjeden kan svekke konkurransen i dagligvaremarkedet på flere måter, jf. kapittel 2 over:

- Prisforskjellene styrker de store, dominerende leverandørenes markedspekt og hindrer mindre leverandører innpass i dagligvarekjedene,
- Prisforskjellene svekker Coop, REMA 1000 og Odas mulighet til å konkurrere hardt og utfordre NorgesGruppens sterke posisjon, og på den måten presse prisene ned,
- Prisforskjellene styrker og forenkler veksten og opprettholdelse av markedsposisjon for aktøren som mottar de gunstigste betingelsene,
- Prisforskjeller kan føre til generelt høyere innkjøpspriser, sammenlignet med en situasjon med forskriftsregulering,
- Prisforskjellene utgjør en betydelig etableringshindring, og
- På lengre sikt kan prisforskjellene presse etablerte aktører ut av markedet.

Konkurransetilsynet har i sitt notat til departementet 19. mai 2022 beskrevet hvorfor konkurranseloven § 11 etter tilsynets oppfatning ikke nødvendigvis er anvendelig overfor virkninger av prisdiskriminering fra enkeltleverandører på konkurransen mellom dagligvarekjedene (andrelinjevirkninger).¹⁴³ Tilsynet fremholder at selv om konkurranseloven i hovedsak vil være tilstrekkelig for å regulere konkurranseskadelig atferd, så er det «*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*». Tilsynet viser videre til at «*forskjeller i innkjøpspriser kan begrense konkurransen i dagligvaremarkedet, for eksempel fordi forskjellene kan svekke mulighetene for nyetablering i markedet*».¹⁴⁴ Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at det er behov for supplerende regulering for å styrke konkurransen i dagligvaremarkedet.

Tilsvarende utfordringer er påpekt av flere av de som har uttalt seg i den faglige debatten siden 2018, se kapittel 3 ovenfor. Professorene Gabrielsen og Hjelmeng (2019) for DLF konkluderer i likhet med Konkurransetilsynet med at konkurranseloven § 11 «*er vanskelig å anvende*». Professor Hjelmeng (2020) gir for det tilsvarende.¹⁴⁵

¹⁴³ Notatets avsnitt (29)-(34).

¹⁴⁴ Notatets avsnitt (2) og (4).

¹⁴⁵ Hjelmeng, E. (2020). *Det store forhandlingsspillet: vinnere, tapere og reguleringsbehovet*.

Gjeldende lovgivning og dagens håndhevingspraksis medfører derfor at konkurranseloven sannsynligvis i liten grad oppfattes som en trussel for leverandører som opererer med store forskjeller. Det foreligger imidlertid ikke offentlig informasjon som gjør det mulig å ta endelig stilling til om dette skyldes konkurranselovens anvendelighet og/eller Konkurransetilsynets prioriteringer og håndheving.

Siden Konkurransetilsynet også har gått langt i å «frikjenne» prisdiskriminering så lenge det kan vises til forhandlinger mellom leverandør og kjede,¹⁴⁶ og Stortingets anmodningsvedtak 572 (jf. Innst. 185 S (2020-2021)) har vist seg å ha hatt liten betydning for tilsynets håndhevingspraksis, synes konkurranse-loven lite egnet til å bøte på konkurranseproblemer knyttet til prisdiskriminering fra leverandører med vesentlig markedsrett. Konkurransetilsynets praksis står imidlertid i kontrast til det danske Konkurrencerådets praktisering av tilsvarende lovgivning i sak om meierikonsernet Arla Foods' praksis for rabatter og markedsføringstilskudd.¹⁴⁷ I avgjørelsen drøftes ikke eksplisitt om Arla Foods som én enkelt leverandør gir tilstrekkelig «årsaksbidrag» til konkurransevirkninger mellom kundene.¹⁴⁸ Tvert imot er avgjørelsen tydelig på Arla Foods' plikter som dominerende leverandør:

«Som utgangspunkt er det ikke i strid med konkurrenceloven, at en dominerende leverandør giver forskellige rabatter, f.eks. kvantumrabatter, til forskellige kunder. Men det forudsætter, at aftagerne har lige muligheder for at opnå rabatten, samt at leverandøren giver rabatterne på et objektivt grundlag, f.eks. på baggrund af omkostningsbesparelser. Hvis forskelle i den dominerende leverandørs rabatydelser til de enkelte kunder ikke er objektivt begrundet, vil de normalt være i strid med konkurrenceloven.»

Konkurransetilsynet publiserte 6. juli 2022 en veileder om når prisdiskriminering kan være i strid med konkurranseloven. Veilederen er generell, slik at den skal gjelde for alle markeder, og handler om vurderinger etter konkurranseloven § 11. Den fokuserer på andrelinjevirkninger, dvs. på virkninger i det markedet kundene av den dominerende leverandøren opererer. Veilederen tar utgangspunkt i rettspraksis fra EU, men trekker i tillegg inn «*flere mulige virkninger som på kort sikt kan være aktuelle ved vurderingen av om vilkåret "ugunstigere i konkurransen" er oppfylt*». Disse virkningene vil kunne gjøre det enda vanskeligere å anvende konkurranseloven § 11 på dagligvareleverandørenes prisdiskriminering, og veilederen endrer således ikke på de vurderingene Konkurransetilsynet har gitt i notat til Nærings- og fiskeridepartementet av 19. mai 2022. Behovet for supplerende virkemidler er derfor det samme som tidligere.

På bakgrunn av (i) utviklingen i dagligvaremarkedet de siste 10-15 årene der en har gått fra et marked med fire aktører og mindre utfordrere som Lidl og Smart Club, til nå kun å ha tre store aktører og to mindre aktører som begge er avhengige av innkjøps samarbeid for å kunne oppnå tilfredsstillende innkjøpsvilkår, og (ii) Stortingets kraftige bekymring for konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet og de konkurransebegrensende virkningene av store forskjeller i innkjøpspriser, synes det følgelig å være et tydelig behov for supplerende regulering direkte rettet mot konkurranseskadelig prisdiskriminering i dagligvaremarkedet. Dersom man i motsatt fall velger ikke å innføre en effektiv supplerende regulering etter Stortingets initiativ, vil det gi signaler til aktørene i bransjen om at det er liten grunn til å justere dagens praksis. Det er derfor ingen grunn til å anta at dagens situasjon vil endre vesentlig seg i fravær supplerende regulering.

¹⁴⁶ Se Tina Søreide og Beate Berrefjord, *Større muskler heller enn påstander om passivitet*, Dagens Næringsliv, 31. mai 2022, der begrunnelsen for henleggelse av etterforskningen konkluderes med følgende: «*Det vi fant, var med andre ord at forskjellene var et resultat av forhandlinger*». Hva som er alternativet til forhandlinger drøftes ikke. Det synes for eksempel å være lite rimelig å legge til grunn at prisfastsettelsen skjer gjennom «take it or leave it»-tilbud fra leverandørene.

¹⁴⁷ Konkurrencerådets avgjørelse 30. mars 2005, *Arla Foods*, journal nr. 3/1120-0289-0055/FI/vu

(<https://www.kfst.dk/media/13665/20050330-afgoerelse-arla-foods-rabatter-og-markedsfoeringstilskud.pdf>).

¹⁴⁸ Jf. Hjelmeng (2020).

4.3 Konklusjon

De konkurranseskadelige effektene av de store forskjellene i kjedenes innkjøpspriser som er avdekket gjennom kartlegginger viser at det er et behov for tiltak. I lys av Konkurransetilsynets «*erkjennelse av at eksisterende håndhevingsverktøy ikke alltid er tilstrekkelig*» og dets konklusjon om at konkurranseloven er et lite effektivt virkemiddel for å gripe inn mot dominerende enkeltleverandørers prisdiskriminering, synes det godt dokumentert at supplerende regulering er nødvendig.

5. Konsekvenser av å anvende forskriftshjemmelen i konkurranse-loven § 14

5.1 Innledning

Stortinget har gjennom anmodningsvedtak 31. mai 2022 bedt om at det utarbeides et utkast til midlertidig forskrift mot usaklig prisdiskriminering. Som det fremgår av kapittel 2 ovenfor har dagligvareleverandørenes usaklige prisdiskriminering konkurransemessige virkninger på så vel leverandørleddet som kjedeledet. Drøftelsen i kapitlene 3 og 4 viser at det er store utfordringer med å anvende konkurranse-lovens bestemmelser og Konkurransetilsynet konkluderer med at konkurranse-loven er et utilstrekkelig virkemiddel for å håndtere de negative virkningene av leverandørenes usaklige prisdiskriminering.

I det følgende vil det bli drøftet hvilke konsekvenser for konkurransen innføringen av en midlertidig forskrift forventes å få (kapittel 5.3). Alternativsituasjonen som bør legges til grunn for sammenlikningen i en konsekvensanalyse er en situasjon med omfattende prisdiskriminering (dagens situasjon, jf. Konkurransetilsynets kartlegginger) og en situasjon med de begrensninger på muligheten til å prisdiskriminere som følger av den foreslåtte forskriften. Det er ikke mulig å predikere noen av disse utfallene med absolutt sikkerhet: Det er usikkerhet knyttet til konsekvensen av å innføre en forskrift, og det er usikkerhet knyttet til konsekvensene av å fortsette med dagens situasjon, hvor konkurranse-lovens bestemmelser vil være det eneste tilgjengelige verktøyet (kapittel 5.4). Disse to utfallene må deretter vurderes i forhold til hverandre. Siden Konkurransetilsynet har tatt til orde for innføring av et nytt markedsundersøkellesverktøy som et alternativ til en midlertidig forskrift,¹⁴⁹ vil dette alternativet også bli vurdert (kapittel 5.5). Før dette vil det imidlertid bli gitt en kort presentasjon av hovedprinsippene i forslaget til midlertidig forskrift siden vurderingene av hvilke konsekvenser eventuell innføring av forskrift vil få, nødvendigvis vil bero på forskriftens innhold. En mer omfattende beskrivelse av forskriftsforslaget, herunder hva som skal anses som usaklig prisdiskriminering, finnes i kapittel 7 nedenfor. Konklusjonen fremgår i kapittel 5.6.

5.2 Hovedprinsipper i forslag til midlertidig forskrift om usaklig prisdiskriminering

Forslaget legger opp til at forskriften gjelder for dagligvareleverandører med vesentlig markeds-makt. En forskrift kan rettes mot alle leverandørene eller en avgrenset krets av disse, så lenge forskriften gjelder rettigheter eller plikter til et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer, jf. forvaltnings-loven § 2 c.¹⁵⁰

Ved at forskriften retter seg mot alle leverandører med vesentlig markeds-makt, vil en forskrift på en enkel og effektiv måte fange opp de samlede virkningene av disse leverandørenes usaklige prisdiskriminering, noe Konkurransetilsynet finner ikke er mulig under konkurranse-loven § 11.¹⁵¹

For å gjøre det enkelt å avgjøre om en leverandør har vesentlig markeds-makt foreslås at det tas utgangspunkt i hvor stor andel leverandøren har innenfor én eller flere av de kategorier som allment benyttes av markedsaktørene i dag, f.eks. kategorier som benyttes av NielsenIQ. Vesentlig markeds-makt foreligger der en leverandør har mer enn 40 % innen én eller flere slike varekategorier med en årlig samlet omsetning over 100 millioner kroner. I enkelte kategorier kan to leverandører ha mer enn

¹⁴⁹ Konkurransetilsynet (2022a), notat til Nærings- og fiskeridepartementet, 19. mai 2022. Se også departementets presse-melding *Foreslår å styrke Konkurransetilsynets håndheving i dagligvaremarkedet*, 26. mai 2022 der næringsminister Jan Christian Vestre stiller seg bak forslaget (<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/foreslar-a-styrke-konkurransetilsynets-handheving-i-dagligvaremarkedet/id2915033/>).

¹⁵⁰ Forskriften må dermed ikke være rettet «*mot samtlige aktører som opererer i markedet*» slik Konkurransetilsynet legger til grunn i notat til Nærings- og fiskeridepartementet, 19. mai 2022, punkt (49), side 8.

¹⁵¹ Se ovenfor i kapittel 3.2 og Konkurransetilsynets notat til Nærings- og fiskeridepartementet, 19. mai 2022, der Konkurransetilsynet konkluderer at det kan «*være utfordrende å benytte konkurranse-loven § 11 for å stanse konkurranseskadelig prisdiskriminering*» i dagligvaremarkedet (punkt (44), side 7)).

40 % markedsandel. I slike kategorier legges det til grunn at kun den største leverandøren vil anses å ha vesentlig markedsrett etter forslaget.

En oversikt over hvilke leverandører som ville blitt ansett for å ha vesentlig markedsrett etter kriteriene pr. 2021 er inntatt som vedlegg 1. Leverandører som kun leverer til én kjede, for eksempel EMV, kan ikke diskriminere mellom kjedene og er dermed ikke tatt med i oversikten.¹⁵² Vedlegget er basert på leverandørenes andeler av leveranser til REMA 1000, og blir dermed ikke en presis angivelse.¹⁵³ Informasjon om leverandørandelene for alle kjeder samlet er ikke offentlig tilgjengelig. Aktørene selv har imidlertid tilgang til slik informasjon.

Vedlegg 1 Liste over leverandører med vesentlig markedsrett pr. 2021 (basert på data for REMA 1000)

Forskriften pålegger ikke en leverandør med vesentlig markedsrett å operere med like priser overfor sine kunder. Derimot forbys leverandøren å forskjellsbehandle kundene uten saklig grunn. Hva som ikke er saklig, fremgår av midlertidig forskrift §§ 3 og 4.

Plikten til ikke å forskjellsbehandle uten saklig grunn innebærer også at leverandører med vesentlig markedsrett plikter å gi alle kjeder tilbud om samme typer rabatter og støtte m.m.¹⁵⁴

Det er ikke slik at enhver forskjellsbehandling skal være forbudt. Bagatellmessige forskjeller vil fortsatt være tillatt.¹⁵⁵ Det synes imidlertid lite hensiktsmessig å gi en legaldefinisjon av hva som skal anses som bagatellmessig.

Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling gjelder kundens samlede engasjement med leverandøren. Dette fordi «kontraktsstrukturen i markedet gjør det vanskelig å foreta sammenligninger ned på produktnivå (man må evt. vurdere det totale engasjementet mot den enkelte leverandøren)», se Gabrielsen og Hjelmeng (2019) for DLF.¹⁵⁶

Konkurransetilsynet har utviklet en metode for å sammenlikne prisene i sin kartlegging av innkjøpsbetingelser i dagligvaresektoren, herunder en metode for aggregering.¹⁵⁷ Det legges til grunn at Konkurransetilsynets allerede utviklede metode vil gi et representativt uttrykk for den enkelte kjedes samlede engasjement som kan danne grunnlag for vurderingen av om eventuell forskjellsbehandling foreligger.

¹⁵² Flere kategorier har «andre leverandører» som største leverandør, typisk ferskvarekategorier. Slike kategorier er ikke inntatt i vedlegget, og det må bero på en mer konkret vurdering om leverandører i disse kategoriene har over 40 % markedsandel. Vedlegget er basert på leverandørenes andeler av leveranser til REMA 1000, og blir dermed ikke en presis angivelse.

¹⁵³ Vedlegget kan være upresist både fordi REMA 1000 kan være over- og underrepresentert i ulike kategorier (omsetningsterskelen) og fordi leverandørene kan ha ulike andeler i REMA 1000 i kategoriene sammenliknet med andelen i markedet samlet (markedsandelsterskelen).

¹⁵⁴ Tilsvarende Konkurrentestyrelsen i Arla, se Konkurransetilsynets omtale av avgjørelsen i Betaling for hylleplass (2005), s. 64 flg. og Konkurrenterådets pressemelding i Arla-saken.

¹⁵⁵ Se tilsvarende det danske Konkurrenterådets pressemelding i Arla-saken (2005): «Men det likebehandlingsprinsipp, der anvendes, skal fortolkes på samme måte som i EU. Det betyr, at der også for store virksomheder vil være et vist spillerom for 'godt købmandsskab'. Likebehandlingen vil således, populært uttrykt, blive vurdert med 'metermål' og ikke med 'millimetermål'.»

¹⁵⁶ Side 38.

¹⁵⁷ Se Konkurransetilsynet (2019), Kartlegging av innkjøpsbetingelser i norsk dagligvaresektor.

Forskjellsbehandling som er begrunnet i leverandørens kostnadsfordeler knyttet til handel med den enkelte kunde, eller i reelle motytelser, vil være saklig. En legaldefinisjon av hva som er «reell motytelse» finnes i § 2 femte ledd.

For å hindre konkurransebegrensende virkninger på leverandørleddet, bør motytelser som kan ha fortrensende virkninger på andre leverandører, ikke regnes som saklig grunn. Dette kan være vilkår knyttet til eksponering og plassering i butikk, bredde i sortiment som føres, innkjøpsvolum, kampanjeintensivitet og annen markedsføring, jf. kapittel 2.3.3 over. Fare for utestengende virkning kan særlig oppstå når det forhandles om vilkårene samlet, slik f.eks. at redusert eksponering av ett enkeltprodukt kan medføre reduksjon eller bortfall av rabatter eller bonuser for en større varegruppe eller det samlede innkjøpet. Problemstillingen er særlig aktuell der leverandøren har «must have»-produkter hvor f.eks. prisen for dette produktet blir lavere jo mer man kjøper av andre produkter. Konkurransetilsynets uttalelser om at *«prisforskjellene oppstår mye på grunn av at kjedene forhandler om koblinger mellom sortiment, volum, markedsføring, plassering i butikk og andre motytelser»*,¹⁵⁸ tyder på at dette er noe som hyppig forekommer. Det er derfor viktig at forskriften er tydelig på at motytelser som har eller er egnet til å ha fortrensende virkning på andre leverandører ikke er saklig grunn for forskjellsbehandling. Tilsvarende vil det ikke være saklig grunn å gi motytelser på tvers av varelinjer, slik at en rabatt f.eks. er avhengig av at man kjøper flere produkter. Formålet er å unngå konkurranseskadelig bundling av ulike varegrupper. Endelig vil motytelser som ikke består i reelle motytelser fra kunden ikke være saklig grunn for forskjellsbehandling.

Det er leverandøren som har bevisbyrden for at en forskjellsbehandling ikke er usaklig. Begrunnelsen for dette er at det er leverandøren som har foretatt forskjellsbehandlingen og derfor kjenner årsaken til denne. Forhandlinger og forhandlingsresultatet mellom en leverandør og den enkelte kjede er dessuten hemmelige, slik at den enkelte dagligvarekjeden ikke har mulighet til å undersøke om de avtalte vilkårene kan innebære prisdiskriminering i strid med forslaget.

I praksis er det ofte uklart under forhandlingene hva som blir de økonomiske konsekvensene dersom en kjede for eksempel velger ikke å føre en bestemt varelinje, f.eks. en bestemt produktvariant eller en bestemt forpakkingsstørrelse. Av og til kan dette lede til at prisen for andre varer, ofte innen samme kategori, øker uten at dette skyldes økte kostnader ved å levere de andre varene. For å gjøre det mulig for kjeden å ta informerte valg, pålegger forskriften derfor en plikt for leverandøren til å vise åpenhet overfor kunden om hvordan kundens endringer i motytelser, sortiment og andre forpliktelser påvirker leverandørens tilbud. I tillegg innføres krav om at enhver rabatt, bonus, markedsføring- eller kampanjestøtte og eventuell tilhørende motytelser skal nedfelles skriftlig i kontrakten mellom leverandøren og kunde.

5.3 Konsekvenser av å innføre midlertidig forskrift

Innføring av en midlertidig forskrift som griper inn mot usaklig prisdiskriminering fra leverandører med vesentlig markedsrett, vil bidra til å redusere eller fjerne de konkurranseskadelige effektene både i leverandørmarkedene og i kjedeleddet.

I leverandørmarkedene kan et forbud mot usaklige prisforskjeller styrke konkurransen ved at leverandører med vesentlig markedsrett ikke kan differensiere vilkår avhengig av motytelser fra kjedene som kan virke utestengende virkninger overfor mindre leverandører. Forbud mot usaklige forskjeller vil også lede til at den største kjeden får svakere incentiv til å prioritere leverandører med vesentlig markedsrett for å opprettholde en konkurransefordel overfor mindre kjeder, noe som kan presse leverandørene til å redusere prisen for å opprettholde markedsposisjonen. Begge virkninger vil også

¹⁵⁸ Tina Søreide og Beate Berrefjord, *Større muskler heller enn påstander om passivitet*, Dagens Næringsliv, 31. mai 2022.

styrke etableringsmulighetene for nye leverandører. Styrket konkurranse i leverandørleddet i seg selv vil bidra til reduserte innkjøpspriser for kjedene.

En plikt til å unngå usaklige prisforskjeller kan påvirke incentivene i forhandlinger mellom leverandørene som omfattes av forskriften og dagligvarekjedene (jf. kapittel 2.3.2 over). Begrensninger på leverandørenes mulighet til å differensiere mellom kundene kan redusere kjedenes incentiv til å forhandle hardt på pris, da eventuelle «rene» prisavslag som kjeden forhandler frem også kommer andre kjeder til gode. Tilsvarende vil leverandører som gir prisavslag i forhandlinger også måtte redusere priser til andre kjeder, noe som isolert kan redusere leverandørenes villighet til å redusere prisen. Forskjeller som står i forhold til den reelle verdien av kjedenes motytelser, og ikke hindrer rivaliserende leverandører tilgang til dagligvarekjeden, vil normalt ikke anses usaklige.¹⁵⁹ En midlertidig forskrift vil derfor ikke være til hinder for fortsatt harde forhandlinger mellom sterke leverandører og dagligvarekjedene om ytelser og motytelser.

En midlertidig forskrift vil kun få direkte betydning for de leverandørene som faller inn under forskriftens virkeområde, dvs. leverandører til dagligvarekjedene med vesentlig markedsakt. Andre leverandører vil ikke omfattes av forskriften. Videre vil forskriften kun få betydning for leverandører som opererer med store prisforskjeller som ikke er saklig begrunnet. Leverandører med ubetydelige forskjeller eller forskjeller som er saklig begrunnet, vil kunne fortsette som før, mens mindre leverandører kan oppleve bedret markedsadgang. En midlertidig forskrift vil derfor være treffsikker, forutsatt at det settes effektive og presise avgrensninger for forskriftens virkeområde.

Mindre forskjeller i kjedenes innkjøpspriser kan styrke konkurransen mellom de kjedene som er etablert i markedet ved at Coop, REMA 1000 og Oda i større grad kan utfordre NorgesGruppen i pris-konkurransen. Etableringshindringene for nye kjeder vil også reduseres ved at den betydelige konkurranseulempen som følger av høyere innkjøpspriser reduseres.

En midlertidig forskrift vil videre gi bedre forutsigbarhet for markedsaktørene. I dagens situasjon fremstår det som lite sannsynlig at Konkurransetilsynet vil gripe inn mot prisforskjellene i medhold av konkurranseloven. En medvirkende årsak kan være den relativt vage normen i konkurranseloven § 11, jf. Konkurransetilsynets notat til Nærings- og fiskeridepartementet 19. mai 2022. For en aktør som ønsker å etablere seg i dagligvaremarkedet vil en forskriftsregulering som fastsetter klare kjøreregler for aktørene i markedet kunne gi god forutsigbarhet, som også vil bidra til å redusere etableringsbarrierene.

Den forventede virkningen på kjedenes innkjøpspriser er usikker, da det er krefter som trekker i ulik retning. Virkningen på forbrukerpriser er derfor også på kort sikt usikker. Som påpekt i Forbrukerrådets høringsuttalelse til Konkurransetilsynets veileder om prisdiskriminering kan det imidlertid være tilfellet at en styrket konkurranse mellom dagligvarekjedene som følge av regulering av usaklige prisforskjeller leder til lavere forbrukerpriser, selv om den største kjeden skulle oppleve noe økte priser: «*Selv om leverandørenes gjennomsnittspris øker kan hylleprisene falle hvis forbudet fører til at mindre, men mer effektive grossister får noe lavere pris*».¹⁶⁰ På lengre sikt må det forventes at sterkere rivalisering mellom leverandørene og kjedene og bedre etableringsmuligheter medfører lavere forbrukerpriser.

Ethvert inngrep kan ha så vel positive som negative effekter. Stortinget har i sitt vedtak vært tydelig på at en forskrift i utgangspunktet skal være midlertidig, og evalueres før den eventuelt videreføres.

¹⁵⁹ Se nærmere diskusjon i kapittel 7.4 nedenfor.

¹⁶⁰ Forbrukerrådet (2022b), *Høringssvar: Utkast til veileder om prisdiskriminering*, 27. januar 2022.

Dette vil begrense risikoen for skadelige virkninger på lengre sikt. Det er for eksempel liten grunn til å anta at en midlertidig forskrift som oppheves etter noen år vil ha varig skadelige virkninger på konkurransen, prisdannelsen eller andre forhold. Resultatet av en evaluering kan dessuten være at forskriften i sum har positive virkninger, og derfor bør videreføres. Slike positive virkninger kan også bestå i at konkurransen på markedet ikke reduseres ytterligere.

Forskriftens midlertidighet kan bidra til å redusere positive virkninger av inngrepet, særlig på etableringsmulighetene. Etablering av for eksempel en ny dagligvarekjede er nødvendigvis en tidkrevende prosess før kjeden oppnår et betydelig volum. Selv om likere innkjøpsvilkår i dag bedrer muligheten for etablering, kan usikkerhet om fremtidige innkjøpsvilkår og om den nyetablerte kjeden i fremtiden må betale høyere priser enn sine konkurrenter svekke incentivet til å etablere seg, og dermed den positive effekten. Rabattene som kjedene oppnår i forhandlinger med sentrale leverandører synes imidlertid å vedvare fra ett år til annet i betydelig grad, jf. Konkurransetilsynets kartlegginger for årene 2017-2020 som viser at det er små endringer fra år til år.¹⁶¹ Innkjøpsfordelene NorgesGruppen oppnår i forhold til sine rivaler kan også henge sammen med det faktum at NorgesGruppen har hatt vedvarende vekst i markedsandeler og omsetning. Dagens prisforskjeller kan derfor til dels være historisk betinget. En midlertidig forskrift kan bidra til å «nullstille spillet» og de store forskjellene som er utviklet over tid. En midlertidig forskrift kan derfor likevel ha en positiv effekt for konkurransen og etableringsmulighetene også dersom den etter hvert utløper.

Virkningen av en midlertidig forskrift på omfanget av kjedenes bruk av egne merkevarer er usikker. I debatten har det vært hevdet at EMV-andelen vil gå opp og ned (se nærmere drøfting i kapittel 2.3.4 over). En sannsynlig effekt synes å være at EMV-andelen i NorgesGruppen kan gå opp, mens den kan reduseres hos de mindre kjedene, som tradisjonelt har hatt en høyere EMV-andel. Virkningen for forbrukerne av en endring i EMV-andelen er også usikker (jf. kapittel 2.3.4).

I sum er det derfor mye som taler for at virkningen for forbrukerne av en midlertidig forskrift blir styrket konkurranse mellom leverandørene og i kjedeledet, og lavere forbrukerpriser - ikke minst på noe sikt.

5.4 Konsekvenser av ikke å innføre midlertidig forskrift

Ved vurdering om og hvordan en skal gripe inn overfor en konkret problemstilling der det er heftet større eller mindre usikkerhet ved konsekvensene av inngrep, risikerer en å gjøre to typer feil; en kan gripe inn i en situasjon der det var best ikke å gripe inn («type 1-feil»), eller en kan unnlate å gripe inn der en burde gripe inn («type 2-feil»). Begge typer feil kan i utgangspunktet være like skadelige.

I den offentlige debatten og de faglige innspillene som er kommet fra ulike hold er det særlig faren for type 1-feil som er drøftet. Fra faglig hold har det med enkelte unntak¹⁶² vært lite fokus på konsekvensene av ikke å gripe inn. Det er heller ingen tegn til at Konkurransetilsynet har tatt type 2-feil i betraktning når det har vurdert behovet for inngrep mot prisdiskriminering.¹⁶³ Tvert imot kan det, fra uttalelser gitt av konkurransedirektør Tina Søreide i forbindelse med tilsynets forslag om et nytt markedsundersøkellesverktøy, synes som at Konkurransetilsynet legger avgjørende vekt på å unngå type 1-feil, når hun uttaler at tilsynet «bare [skal] kunne iverksette tiltak som vi vet vil fremme

¹⁶¹ Jf. kapittel 2.3.1 over.

¹⁶² Foros, Ø. og H. J. Kind (2019), *Størrelsesbasert prisdiskriminering i det norske dagligvaremarkedet: Teori og terreng*, Samfunnsøkonomen nr. 5, 2019. Se også Forbrukerrådet (2022a), posisjonsnotat til Nærings- og fiskeridepartementet.

¹⁶³ Jf. f.eks. Konkurransetilsynets (2022), notat til Nærings- og fiskeridepartementet, 19. mai 2022.

konkurransen». ¹⁶⁴ Forbrukerrådet viser imidlertid til at konsekvensen av ikke å gjøre noe nå kan være behov for sterkere tiltak i fremtiden: ¹⁶⁵

«På kort sikt er det usikkert hvilken vei forbrukerprisene vil bevege seg etter en eventuell regulering mot prisdiskriminering. Det som derimot fremstår som sikkert er at en fortsatt aksept av store innkjøpsfordeler vil gjøre Norgesgruppen til en enda mer dominerende innkjøper en de anslagsvis 45 prosentene selskapet kontrollerer i dag. En fortsatt vekst vil forsterke etableringshindringene, svekke priskonkurransen og øke sannsynligheten for at nok en konkurrent gir opp. Det vil, med stor grad av sannsynlighet, i fremtiden føre til betydelig mer inngripende tiltak enn det som er aktuelt nå. I den sammenhengen betyr det for eksempel lite om myndighetene gjør inngrep for å lette tilgangen til attraktive butikklokaler. En virksom konkurranse forutsetter at det er mulig å gjøre butikk på butikken også for andre aktører enn Norgesgruppen.»

Konkurranseloven synes med dagens håndhevingspraksis å være et lite egnet virkemiddel for å bøte på konkurranseskadelig prisdiskriminering, jf. kapittel 4.2 over. Ifølge Konkurransetilsynet «*kan det argumenteres for at det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende uten at § 11 kommer til anvendelse*». ¹⁶⁶ Uavhengig om dette skyldes konkurranseloven selv eller Konkurransetilsynets håndheving, vil en konkretisering av den vage normen i konkurranseloven § 11 i en forskrift gjøre det enklere å ramme prisdiskriminering som er konkurranseskadelig. Uten supplerende regulering er det grunn til å tro at prisforskjeller vil vedvare og utviklingen vi har sett i markedet de siste 10-15 årene, med stadig sterke leverandører og økende dominans for Norgesgruppen og få eller ingen nyetableringer, vil fortsette. Dette tilsier at nedsiden ved type 2-feil - å unnlate å gripe inn der en burde gjøre det - er stor i denne saken.

5.5 Markedsundersøkelsesverktøy (Market investigation tool)

5.5.1 Innledning

Som en respons på næringsministeres pålegg om å vurdere behovet for nye virkemidler i dagligvaremarkedet våren 2022, sendte Konkurransetilsynet et notat til Nærings- og fiskeridepartementet 19. mai 2022. Bakgrunnen for notatet var Konkurransetilsynets kartlegging av utfordringer i dagligvaremarkedet, samt vurdering av nye virkemidler for å adressere dem. Om arbeidet uttaler Konkurransetilsynet:

«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.» (Konkurransetilsynets utheving)

¹⁶⁴ Konkurransetilsynet, *Konkurransespodden: Mer muskler til Konkurransetilsynet*, podkast, 10. juni 2022 (ca. 6:35) (<https://konkurransetilsynet.no/konkurransespodden-mer-muskler-til-konkurransetilsynet/>).

¹⁶⁵ Forbrukerrådet (2022a), posisjonsnotat til Nærings- og fiskeridepartementet, s. 7-8.

¹⁶⁶ Konkurransetilsynets notat til Nærings- og fiskeridepartementet 19. mai 2022.

Konkurransetilsynet foreslo derfor innføring av et nytt «markedsundersøkelsesverktøy» etter inspirasjon fra andre europeiske stater:

«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.» (Konkurransetilsynets utheving)

5.5.2 Innholdet i Konkurransetilsynets forslag

Det foreligger derfor ennå ikke noe konkret forslag om hvordan et markedsundersøkelsesverktøy skal se ut. Konkurransetilsynet understreker i notatet at dets vurderinger av mulige virkemidler er foreløpige (pkt. 43).

Basert på lovgivningen i enkelte andre europeiske stater som Island og Storbritannia, skisserer Konkurransetilsynet en prosess i tre trinn:

- (i) Innhenting av informasjon
- (ii) Benytte denne informasjonen for å vurdere om det foreligger markedsforhold eller atferd som er begrenset til å begrense konkurransen
- (iii) Utforme konkurransefremmende tiltak

Innføring av et markedsundersøkelsesverktøy fordrer endring av konkurranseloven. Ifølge Konkurransetilsynet må slikt verktøy *«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»*.

Konkurranseloven § 24 gir hjemmel til å innhente den informasjonen Konkurransetilsynet trenger for å gjøre sine gjøremål etter loven. Dersom det skjer en lovendring som gir Konkurransetilsynet hjemmel til å innføre konkrete tiltak i et marked (trinn 3), kan derfor § 24 benyttes av Konkurransetilsynet til å gjennomføre trinn 1 og 2.

Et pålegg i medhold av markedsundersøkelsesverktøyet vil kunne vedtas enten som enkeltvedtak eller gjennom forskrift, alt ettersom hvilke hjemler Konkurransetilsynet gis dersom verktøyet innføres. Konkurransetilsynet drøfter ikke utformingen av verktøyet i notatet til Nærings- og fiskeridepartementet. Dersom tiltaket utformes som en påleggskompetanse der beslutning fattes som et enkeltvedtak (som synes mest nærliggende), vil plikter som vedtaket oppstiller vil først gjelde fra det tidspunkt Konkurransetilsynet har truffet vedtaket, og vedtaket vil kun gjelde den enkelte adressat. Verktøyet har i så fall store likhetstrekk med § 3-10 i konkurranseloven av 1993 (nå opphevet).¹⁶⁷

¹⁶⁷ Inngrepshjemmelen i tidligere § 3-10 ble i praksis erstattet med forskriftshjemmelen i dagens konkurranselov § 14, da det ble vurdert å være et behov for en hjemmel for å iverksette konkurransefremmende tiltak i et marked selv om det ikke foreligger dominans eller kan bevises utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Se nærmere diskusjon i Hjelmeng (2020), s. 228-9. Prosessen med vedtakelse etter forskrift etter § 14 har dermed mange likhetstrekk med de foreslåtte markedsundersøkelsesverktøyet, men med den forskjell at inngrep etter § 14 skjer i form av en forskrift som gjelder alle forskriftens adressater og ikke i form av enkeltvedtak overfor de vedtaket retter seg mot.

«§ 3-10 Inngrep mot konkurranseskadelig atferd

Konkurransetilsynet kan ved enkeltvedtak eller forskrift gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger dersom tilsynet finner at disse har til formål, virkning eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med formålet i lovens § 1-1.

[...]

Vedtak om inngrep kan gå ut på å nedlegge forbud eller gi påbud, samt tillatelse på vilkår. [...]»

For å fjerne de samlede konkurranseskadelige virkningene som følge av at en rekke leverandører driver med prisdiskriminering, kreves derfor at Konkurransetilsynet fatter enkeltvedtak mot hver enkelt av de aktuelle leverandørene. Et enkeltvedtak kan påklages på ordinær måte til Konkurransklagenemnda. Sanksjoner vil først være aktuelt der vedtakets adressat bryter vedtaket. Det fremgår ikke av Konkurransetilsynets notat om brudd på vedtak skal være gjenstand for privat håndheving eller kun offentlig håndheving.

Det foreligger ingen offentlig tilgjengelig informasjon om arbeidet med et markedsundersøkellesverktøy er påstartet. I pressemelding fra Nærings- og fiskeridepartementet 26. mai 2022 stiller næringsministeren seg bak forslaget, men pressemeldingen nevner intet om det videre arbeidet med forslaget. Regjeringen fremsatte 22. juni 2022 Prop. 136 L (2021-2022) om forslag til endringer i konkurranseloven m.m. Proposisjonen inneholder ingen forslag knyttet til nytt markedsundersøkellesverktøy.

5.5.3 Markedsundersøkellesverktøy kan være et supplement til midlertidig forskrift

En midlertidig forskrift i medhold av konkurranseloven kan innføres forholdsvis raskt og vil ha umiddelbar effekt, idet den pålegger plikter på de aktørene som omfattes av forskriftens bestemmelser fra den trer i kraft. Innføring av et markedsundersøkellesverktøy vil nødvendigvis kreve mer tid; dels fordi det er nødvendig å utrede hvordan et slikt verktøy skal utformes og gjennomføre nødvendig lovendring, dels fordi det vil ta tid for å kan utrede og fatte enkeltvedtak som vil ha virkning overfor de(n) aktøren(e) vedtak rettes mot etter at tilsynet har fått de nødvendige lovhjemler.

I Konkurransetilsynets podkast 10. juni 2022 uttalte konkurransedirektør Tina Søreide at et markedsundersøkellesverktøy «bare [skal] kunne iverksette tiltak som vi vet vil fremme konkurransen», og videre at det er «et krevende tiltak å bruke og i praksis så vil det ikke fremstå som veldig hyppig i bruk» (uthevet her).¹⁶⁸ Markedsundersøkellesverktøyet synes derfor kun å komme til anvendelse i et begrenset antall tilfeller der konkurranseskaden er åpenbar.

Et markedsundersøkellesverktøy er uansett ikke nødvendigvis et alternativ til en midlertidig forskrift. Tiltakene kan supplere hverandre. En midlertidig forskrift kan være viktig som et raskt og effektivt tiltak mot et utbredt og vedvarende problem for konkurransen. Et nytt verktøy for markedsundersøkelser kan benyttes for å ta tak i utfordringer som er mer spesifikke for enkelte aktører og som er mindre egnet for forskriftsregulering. I og med at et markedsundersøkellesverktøy vil kreve lovendring før Konkurransetilsynet kan gjennomføre en tretrinnsprosess som beskrevet over, vil det nødvendigvis gå lang tid før man ser effektene av et slikt verktøy. Dessuten må Konkurransetilsynet fatte en rekke vedtak mot flere leverandører før verktøyet får noen effekt. Virkningene av et slikt nytt verktøy vil dessuten primært avhenge av hvordan og i hvilke tilfeller Konkurransetilsynet velger

¹⁶⁸ Konkurransetilsynet, *Konkurranspodden: Mer muskler til Konkurransetilsynet*, podkast, 10. juni 2022 (ca. 6:35). (<https://konkurransetilsynet.no/konkurranspodden-mer-muskler-til-konkurransetilsynet/>).

å anvende dette. Uttalelsene fra konkurransedirektøren, jf. over, antyder at det kun vil anvendes i et fåtall tilfeller.

Når det gjelder forholdet til EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd (se nærmere diskusjon i kapittel 6.2 under), vil det ikke være noen forskjell på midlertidig forskrift etter vedtak fattet i medhold av markedsundersøkelsesverktøy.

5.6 Konklusjon

På bakgrunn av drøftelsen ovenfor foreslås at det innføres en midlertidig forskrift så raskt som mulig, og at man parallelt utreder hvordan et markedsundersøkelsesverktøy bør se ut. Når er slikt verktøy eventuelt er på plass vil erfaringene fra den midlertidige forskriften, som Stortinget forutsetter skal evalueres innen tre år, gi nyttig informasjon om hvordan eventuelle inngrep i medhold av markedsundersøkelsesverktøyet bør utformes.

6. EØS-rettslige skranker for innføring av midlertidig forskrift i medhold av konkurranseloven § 14

6.1 Innledning

EØS-konkurranseloven regulerer forholdet mellom norsk konkurranselovgivning og EØS-avtalen artikkel 53 og 54.¹⁶⁹ Paragraf 7 annet ledd lyder som følger:

«Anvendelsen av norsk konkurranselovgivning må ikke føre til forbud mot avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, eller som er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.»

EØS-konkurranseloven § 7 innebærer at nasjonal konkurranselovgivning ikke kan forby avtaler m.m. som ikke er i strid med EØS-avtalen artikkel 53. EØS-avtalen artikkel 53 forbyr avtaler og annen form for samordnet opptreden mellom foretak som har konkurransebegrensende formål eller virkning. EØS-konkurranseloven § 7 er imidlertid ikke til hinder for at nasjonal lovgivning forbyr ensidig atferd som ikke er i strid med forbudet mot utilbørlig misbruk av dominerende stilling i EØS-avtalen artikkel 54. Formålet med EØS-konkurranseloven § 7 er å bidra til å sikre like konkurransevilkår mellom foretak i EØS, og å fremme økt handel og økonomiske forbindelser mellom EØS-statene.

I det følgende drøftes de sentrale vurderingstemaene for anvendelsen av EØS-konkurranseloven § 7, særlig om hva som utgjør «ensidig atferd» som det er tillatt å regulere strengere enn i EØS-retten, og hvorvidt forslag til midlertidig forskrift om forbud mot usaklig forskjellsbehandling i dagligvaremarkedet er i strid med bestemmelsen. Drøftelsene vil imidlertid også være relevant i forhold til vedtak fattet i medhold av et eventuelt markedsundersøkelsesverktøy, se kapittel 5.5 over.

Betydningen av EØS-konkurranseloven § 7 for nasjonal lovgivning har tidligere vært drøftet i ulike utredninger, herunder NOU 2013:6 «*God handelsskikk i dagligvarekjeden*», professor Ronny Gjendemsjø for Nærings- og fiskeridepartementet i 2017,¹⁷⁰ professor Gjendemsjø og Oslo Economics for NorgesGruppen i 2022,¹⁷¹ og i Nærings- og fiskeridepartementets høringsnotat 5. juli 2022 om utkast til «*Forskrift om forbud mot servitutter og eksklusive leieavtaler i dagligvaremarkedet*» (heretter «Høringsnotatet om servitutter»). Spørsmålet ble også drøftet i næringsministeres brev til næringskomiteén 19. april 2022 ifm. behandlingen av Dokument 8:170 S (2021-2022).¹⁷²

6.2 EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd

6.2.1 Innledning

Etter EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd må ikke anvendelsen av nasjonal konkurranselovgivning føre til forbud mot avtaler og ordninger mv. som ikke er i strid med EØS-avtalen artikkel 53. Det er imidlertid tillatt å ha nasjonal lovgivning som er strengere enn EØS-avtalen artikkel 54 som forbyr dominerende foretaks ensidige misbruk av dominerende stilling. EØS-konkurranseloven § 7 inneholder

¹⁶⁹ Lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv.

¹⁷⁰ Gjendemsjø, R. (2017), *Utredning av muligheten for å etablere en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat som ikke rammes av konkurranseloven § 11*, utredning for Nærings- og fiskeridepartementet.

¹⁷¹ Gjendemsjø, R. og Oslo Economics (2022), *Økonomiske og juridiske rammer for en forskrift om usaklig prisdiskriminering med hjemmel i konkurranseloven § 14*, 4. juli 2022.

¹⁷² Orkla har også fremlagt et notat utarbeidet av Advokatfirmaet Schjødt i forbindelse med Representantforslag 170 S (2021-2022), *Vurdering av representantforslag 170 S (2021-2022)*, 28. mai 2022. I notatet konkluderes det at det er «*tvilsomt om påbudet om like innkjøpsbetingelser i Representantforslag 170 S (2021-2021) er i overensstemmelse med EØS-avtalen*». Schjødt legger særlig vekt på at forslaget påvirker forhandlingssituasjonen mellom leverandør og kjede og at et forbud «*vil gripe direkte inn i kjedenes autonomi*».

ingen klar avgrensning mellom avtaler og samordnet opptreden på den ene siden, og ensidig atferd på den annen. Det gjør heller ikke den tilsvarende EU-/EØS-rettslige bestemmelse i rådsforordning 1/2003 artikkel 3.

6.2.2 Vilkårene i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd

Følgende tre hovedvilkår i EØS-konkurranseloven § 7 må være oppfylt for at nasjonal konkurranse-lovgivning skal begrenses av EØS-avtalen bestemmelser:

- (i) Det må være en påvirkning av «samhandelen» mellom EØS-medlemsstater.
- (ii) Det må gjelde anvendelse av «nasjonal konkurranselovgivning» og ikke lovgivning som hovedsakelig fremmer et annet formål.
- (iii) Reguleringen må gjelde avtaler eller samordnet opptreden - en strengere nasjonal regulering av ensidig atferd er tillatt.

I tillegg kommer at EØS-avtalen kun gjelder for visse varer. I artikkel 8 nr. 3 fremgår det at:

«Med mindre annet er særskilt angitt, får bestemmelsene i denne avtale anvendelse bare for

- a. varer som hører inn under kapittel 25 til 97 i det harmoniserte system for beskrivelse og koding av varer, med unntak av varer oppført i protokoll 2;*
- b. varer oppført i protokoll 3 i samsvar med de særlige bestemmelser som er fastsatt i protokollen»*

Generelt vil landbruksvarer ikke omfattes av EØS-regelverket, og en betydelig andel av varer i dagligvaremarkedet består av slike. Disse vil ikke være underlagt EØS-rettslige skranker for innføring av en midlertidig forskrift om forbud mot usaklig prisdiskriminering i dagligvaremarkedet.

Det synes imidlertid hensiktsmessig å utforme et regelverk som kan gjelde generelt, uavhengig av om enkelte produkter er unntatt EØS-avtalen, eller fordi samhandelen ikke er påvirket. I det følgende vurderes derfor de øvrige kriteriene i EØS-konkurranseloven § 7 opp mot en midlertidig forskrift om usaklig prisdiskriminering.

6.2.3 «Konkurranselovgivning»

Forbudet mot strengere nasjonal lovgivning i § 7 annet ledd gjelder kun «konkurranselovgivning».

Vilkåret er grundig drøftet i NOU 2013:6, og innebærer at konkurransemyndighetene ved anvendelsen av *eksisterende* konkurranselovgivning ikke kan forby avtaler e.l. som ville vært tillatt etter EØS-avtalen artikkel 53. Ettersom forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i konkurranse-loven § 10 er harmonisert med EØS-avtalen, vil det i praksis kun helt unntaksvis kunne oppstå motstrid mellom de to bestemmelsene. Begrensningen vil imidlertid også gjelde i forhold til forskriftshjemmelen i konkurranse-loven § 14.

EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd setter også begrensninger for innføringen av *ny* konkurranse-lovgivning. Både generell og sektorspesifikk lovgivning omfattes, det avgjørende er om lovgivningen som vurderes innført er å anse som «konkurranselovgivning».

Formålet med en midlertidig forskrift er å sikre markedsadgang og konkurranse i dagligvaremarked-ene, både på leverandør- og kjedenivå, for på den måten fremme konkurransen. Videre vil den midl-ertidige forskriften bli gitt i medhold av konkurranse-loven § 14 som forutsetter at forskrift er

«nødvendig for å fremme konkurransen i markedene». Det er derfor lite tvilsomt at en midlertidig forskrift må anses som konkurranselovgivning etter EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd.

6.2.4 Begrensningen gjelder kun avtaler m.m. og ikke ensidig atferd

Begrensningen i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd gjelder kun for lovgivning som forbyr «avtaler og annen form for samordnet opptreden mellom foretak», jf. EØS-avtalen artikkel 53, og ikke ensidig atferd, jf. EØS-avtalen artikkel 54.

Hvorvidt leverandørers usaklige prisdiskriminering av kjedene utgjør «ensidig atferd» får derfor betydning for utformingen av midlertidig forskrift. EØS-konkurranseloven § 7 inneholder imidlertid ingen klar avgrensning mellom avtaler og samordnet opptreden etter EØS-avtalen artikkel 53/konkurranseloven § 10 og ensidig atferd. Ett og samme forhold i leverandøravtaler kan dessuten rammes av både EØS-avtalen artikkel 53 og 54 (og tilsvarende av konkurranse-loven §§ 10 og 11).¹⁷³

I det følgende drøftes hvorvidt visse typer atferd utgjør ensidig atferd og hvilken betydning det eventuelt har at disse kommer til uttrykk gjennom en avtale (kapittel 6.2.5). Deretter drøftes om den midlertidige forskriften forbyr ensidig atferd og dermed kan reguleres strengere enn EØS-avtalen artikkel 54 (kapittel 6.3).

6.2.5 «Ensidig atferd» selv om denne kommer til uttrykk i avtale

Forbudet mot en dominerende aktørs misbruk av dominerende stilling i EØS-avtalen artikkel 54 og den tilsvarende bestemmelsen i konkurranse-loven § 11, regulerer aktørs ensidige atferd overfor konkurrenter og medkontrahenter. Bestemmelsene omfatter imidlertid en rekke former for atferd som også inneholder avtaleelementer, eller som er avhengig av at en avtale kommer i stand for at misbruket skal materialisere seg. Som eksempler på ensidig atferd som kommer til uttrykk i en avtale, viser Nærings- og fiskeridepartementet i Høringsnotatet om servitutter til forskjeller i innkjøpspriser, ulike vilkår for likeverdige ytelser og tilleggsytelser uten sammenheng med kontraktsgjenstanden. Eksklusivavtaler og lojalitetsrabatter er ytterligere eksempler på kjente misbruksformer som materialiserer seg i en avtale.

Ensidig atferd som kommer til uttrykk gjennom avtaler kan være i strid med både forbudet mot misbruk av dominerende stilling i EØS-avtalen artikkel 54/konkurranse-loven § 11, og forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i EØS-avtalen artikkel 53/konkurranse-loven § 10. Det er ingenting i veien for at begge bestemmelser kommer til anvendelse på samme forhold.

Det er i praksis få atferdstyper som er «ren» ensidig atferd, dvs. atferd som ikke forutsetter en avtale for at dens konkurransebegrensende virkninger skal materialisere seg og hvor kun EØS-avtalen artikkel 54 er anvendelig. Som eksempler på slike «ren» ensidig atferd, nevnes i Høringsnotatet om servitutter forskjellige typer forretningsnektelser, oppsigelser av avtaler og delisting.

Verken bestemmelsen selv eller dens forarbeider avklarer spørsmålet om hva som skal anses som ensidig atferd. Det fremgår imidlertid av Høringsnotatet om servitutter at dersom EØS-konkurranse-loven § 7 annet ledd er til hinder for nasjonal lovgivning som omfatter alt annet enn «ren» ensidig atferd, vil det være lite handlerom for nasjonale myndigheter på konkurranserettens område:

¹⁷³ Se f.eks. Konkurransetilsynets vedtak V2007-2 *Tine* av 19. februar 2007, der Tine SA ble ilagt et overtredelsesgebyr på 45 millioner kroner for overtredelse av konkurranse-loven §§ 10 og 11 (tilsvarende EØS-avtalen artikkel 53 og 54) for å ha oppnådd en eneleverandørposisjon, eller tilnærmet leverandørposisjon ved salg av ost. Vedtaket ble senere opphevet ved domstolen.

«Begge bestemmelser kan benyttes på samme overtredelse, men ofte blir det en vurdering av hvordan overtredelsen karakteriseres. Dersom EØS-konkurranseloven § 7 skal forstås på den mest restriktive måten, etterlater det lite rom for nasjonal lovgivningskompetanse på konkurranserettens område, dersom samhandlingskriteriet først er oppfylt. Det vil da kun være tilfeller av ren ensidig atferd som kan reguleres strengere, som forretningsnektelser og oppsigelser.» (uthevet her)

For å ta stilling til hva som utgjør ensidig atferd, mener derfor Nærings- og fiskeridepartementet det er nødvendig å se på bakgrunnen for innføringen av bestemmelsen i rådsforordning 1/2003 artikkel 3 som tilsvarer EØS-konkurranseloven § 7. Opprinnelig foreslo EU-kommisjonen at bestemmelsen skulle omfatte både avtaler og ensidig atferd, slik at verken avtaler eller ensidig atferd skulle kunne forbys i nasjonal konkurranselovgivning dersom den ikke begrenser konkurransen som omtalt i hhv. bestemmelser tilsvarende EØS artikkel 53 og 54. Kommisjonen fikk imidlertid ikke gjennomslag for den delen av forslaget som gjaldt ensidig atferd. Om dette uttales i Høringsnotatet om servitutter:

«[D]et at det allerede forelå nasjonal lovgivning om ensidig atferd kan ha gjort det vanskelig å godta forslaget fra nasjonalstatenes side. Det finnes flere eksempler på slik nasjonal lovgivning, som gjelder utnyttelse av økonomisk avhengighet, videresalg med tap eller under kostpris eller forskjellige standarder for når et foretak har dominerende stilling.»

Under henvisning til tilblivelseshistorikken konkluderer Nærings- og fiskeridepartementet med at EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd ikke skal tolkes på «den mest restriktive måten»:

«Departementet mener derfor at det bør legges vekt på hvordan regelen ble til og dens formål. Disse tilsier at det fortsatt skulle være rom for at nasjonalstatene kunne gi strengere regulering av ensidig adferd, herunder slik adferd som kommer til uttrykk i avtale. Det er heller ikke grunn til å legge til grunn den forståelsen som gir oss minst nasjonalt handlingsrom når dette ikke er kommet klart til uttrykk.»

Rekkevidden av EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd har også blitt behandlet i juridisk teori.

Barlund (2015) legger i likhet med Nærings- og fiskeridepartementet avgjørende vekt på bakgrunnen for og formålet med bestemmelsen. Barlund viser til at formålet bak utformingen av rådsforordning 1/2003 artikkel 3 må tillegges vekt:¹⁷⁴

«[U]tviklinga og situasjonen i medlemsstatane [tyder] på at føremålet med artikkel 3 har vore å late reguleringar av denne typen åtferd i marknaden vere opp til nasjonale styresmakter. Dette føremålet i seg sjølv er eit sterkt argument for å late einsidig åtferd som materialiserer seg i avtaler falle utanom avtaeomgrepet i artikkel 3, og dermed trekkje grensa annleis enn i artikkel 53».

Barlund konkluderer på denne bakgrunn:

«[Det er] ikkje [...] grunnlag for å stengje for nasjonal konkurranseregulering av einsidig åtferd som materialiserer seg i avtaler i den indre marknaden etter gjeldande rett».

I sin utredning for departementet viser også Gjendemsjø (2017) til at Kommisjonens opprinnelige forslag ble endret. Gjendemsjø mener det kan antas at dette sannsynligvis skyldtes at det var flere

¹⁷⁴ Barlund, I. M. H (2015), *Kor fritt står nasjonale styresmakter til å regulere eigen konkurranse i den indre marknad?*, Tidsskrift for forretningsjus, 2015/1.

nasjonalstater i EØS som hadde nasjonale reguleringer som regulerte ensidig atferd som kommer til uttrykk i avtaler strengere enn etter EØS-retten. Han påpeker videre at det ikke har blitt grepet inn mot disse bestemmelsene eller håndhevingen av dem.¹⁷⁵

Videre hevder Gjendemsjø at dersom det kun var tilfeller av ren ensidig atferd som var ment å tillate strengere regulering enn etter EØS-avtalen, ville det ikke vært nødvendig å inkludere presiseringen i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd andre setning:¹⁷⁶

«[D]et [kan] anføres at om ikke andre setning er ment å innskrenke omfanget av første setning, er andre setning overflødig og unødvendig. At et forbud mot å regulere samarbeid strengere i nasjonal rett ikke forbyr strengere regulering av ensidige handlinger er tross alt opplagt, og ikke nødvendig å slå fast. Da kan en da hevde at andre setning for å ha noen annen virkning enn å være av ren informativ art, må forstås som en innskrenking av rekkevidden av første setning.»

Gjendemsjø synes i så henseende å være på linje med Hirsch, Montag og Säcker (2008) i en kommentar til den tilsvarende bestemmelsen i rådsforordning 1/2003 artikkel 3:¹⁷⁷

«Furthermore, conduct is assumed to be unilateral if it has no relationship to agreements in the sense of Art. [101] EC. That would be the case, for example, where manufacturers with a strong position on a market discriminate between its customers or abuse its position with regard to customers or competitors provided that the conduct is not part of a particular restrictive agreement within the meaning of Art. [101] EC.»

Forfatterne synes her å vise til at den enkelte avtalen mellom leverandør og kjede ikke kan være i strid med konkurranseloven § 10, selv om det avtales vilkår med én kjede som er mindre gunstige enn det som avtales med en annen kjede, med mindre avtalen inneholder vilkår som legger implisitte eller eksplisitte begrensninger på avtalepartens markedsmessige frihet (for eksempel til vilkårene i leverandørens avtaler med andre kjeder).

6.3 Vurdering av forslaget til midlertidig forskrift etter EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd

Det følger av kapittel 6.2 ovenfor at EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd ikke legger begrensninger på strengere nasjonale reguleringer av ensidig atferd, selv om denne atferden kommer til uttrykk i avtale. Et sentralt spørsmål er følgelig om usaklig prisdiskriminering er å anse som ensidig atferd, og derfor tillatt å regulere strengere enn i EØS-retten.

Hjelmeng (2020) drøfter forholdet til EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd av en nasjonal regulering som forbyr en leverandør å ta eller kreve diskriminerende eller ulike priser. Hjelmeng konkluderer:¹⁷⁸

«For regulering av ensidig adferd eksisterer det derimot ikke skranker mot strengere nasjonal lovgivning. Dette innebærer at EØS-avtalen ikke er til hinder for en regulering som

¹⁷⁵ Gjendemsjø (2017), side 12-13.

¹⁷⁶ Gjendemsjø (2017), side 13.

¹⁷⁷ Hirsch, G., F. Montag og F. J. Säcker (2008), *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, Thomson, s. 1568.

¹⁷⁸ Hjelmeng (2020), s. 227.

forbyr en leverandør å ta eller kreve diskriminerende eller ulike priser, mens det kan ikke vedtas et generelt forbud mot avtaler som inneholder diskriminerende eller ulike vilkår.»

I likhet med Hjelmengs utgangspunkt inneholder forslaget til midlertidig forskrift ikke noe generelt forbud mot avtaler som inneholder usaklig prisdiskriminering. Forbudet i forslaget til midlertidig forskrift retter seg ikke mot den enkelte avtalen leverandøren inngår eller legger noen begrensning på den enkelte avtalen i seg selv. En slik avtaleinngåelse kan imidlertid medføre at leverandøren med vesentlig markedsrett påføres noen plikter med hensyn til hvilke vilkår den tilbyr andre kunder. Forslaget forbyr usaklig forskjellsbehandling mellom kunder fra leverandører med vesentlig markedsrett, men ikke leverandørenes enkelte avtaler. Forslaget retter seg dermed mot leverandørenes ensidige atferd.

Den midlertidige forskriften regulerer heller ikke avtaleforholdet mellom leverandøren med vesentlig markedsrett og kjeden som mottar de gunstigste betingelsene. Disse partene har frihet til å forhandle om og avtale det de vil, innenfor rammene av konkurranseloven § 10/EØS-avtalen artikkel 53. Forskriften regulerer derimot den ensidige handlefriheten leverandører med vesentlig markedsrett har overfor sine øvrige handelspartnere, da slike leverandører ikke kan forskjellsbehandle kundene med mindre forskjellene er saklig begrunnet. Selv om forskjellsbehandlingen til slutt kommer til uttrykk i en avtale, må denne likevel være å anse som uttrykk for leverandørenes ensidige atferd overfor de kundene som mottar de ugunstigste vilkårene.

Som Nærings- og fiskeridepartementet konkluderer i Høringsnotatet om servitutter, er prisdiskriminering derfor ikke en typisk overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, men et tilfelle av ensidig atferd som kommer til uttrykk i en avtale. Forslaget til midlertidig forskrift om usaklig forskjellsbehandling omfattes dermed ikke av begrensningen i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd.

Det vises for øvrig også til næringsministeres brev til næringskomitéen 19. april 2022. Bakgrunnen for brevet var representantforslaget i Dokument 8:170 S (2021-2022), hvor det blant annet ble foreslått at «*Stortinget ber regjeringen innføre et krav om like innkjøpsbetingelser i dagligvaremarkedet fra leverandører med vesentlig markedsrett*». Statsrådets brev drøfter forholdet til EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd, og konkluderer: «*EØS-retten [er] sannsynligvis ikke hindrer at det innføres særregler om utnyttelse av dominerende stilling i dagligvaresektoren*».

6.4 Oppsummering og konklusjon

Som det fremgår av det ovenstående, fremgår det ikke klart av ordlyden i EØS-konkurranseloven § 7, eller rettspraksis, hvilken grensedragning som må gjøres mellom konkurransebegrensende avtaler og ensidig atferd. Grensedragningen er nødvendig i det EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd kun oppstiller begrensninger på regulering av avtaler i nasjonal konkurranserett, ikke ensidig atferd.

Regelens tilblivelse og formål må gis avgjørende vekt ved vurderingen av innholdet. Som Nærings- og fiskeridepartementet gir uttrykk for i Høringsnotatet om servitutter, har det formodningen mot seg at regelens endelige utforming var ment å innskrenke nasjonalstatenes mulighet til å regulere ensidig atferd som kommer til uttrykk i en avtale. Det faktum at det finnes lovgivning i en rekke EU-stater som regulerer ensidig atferd som kommer til uttrykk i en avtale, uten at det er grepet inn mot disse, støtter en slik forståelse.

Leverandører med vesentlig markedsrett handler ensidig i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledds forstand når de opererer med betydelige forskjeller i kjedenes innkjøpspriser uten saklig grunn, selv om de forskjellige prisene også kommer til uttrykk i avtaler med kjedene.

På bakgrunn av dette er EØS-avtalens regler om forrang for EØS-konkurransereglene, jf. EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd, ikke til hinder for å innføre en midlertidig forskrift om forbud mot usaklig forskjellsbehandling i dagligvaresektoren.

7. Nærmere om forskriftsforslaget

7.1 Innledning

Gjennomgangen ovenfor har vist at det er behov for en regulering av usaklige prisforskjeller i det norske dagligvaremarkedet, og at EØS-konkurranseloven ikke er til hinder for dette. En radikal form for regulering ville vært et påbud om prislikhet. Dette ville imidlertid kunne hatt negative effekter for konkurransen, bl.a. ved å fjerne forhandlingsincentiver og vært til hinder for ulike typer ønskelig samarbeid mellom leverandører og kjeder.

På denne bakgrunn foreslås det å forskriftsfeste et prinsipp om likebehandling, men at dette skal være begrenset til et forbud mot usaklig forskjellsbehandling. Konkret innebærer dette at alle kunder skal ha like muligheter til å oppnå fordeler hos leverandører, men at den enkelte kunde fortsatt skal kunne oppnå bedre betingelser enn andre ved å levere relevante motytelser så lenge forskjellsbehandlingen er saklig i henhold til forskriften. Det er dermed heller ikke noe krav om at leverandører omfattet av forskriften skal inngå (nær) identiske kontrakter med kjedene, så lenge ulike kontrakter ikke innebærer en usaklig forskjellsbehandling.

Usaklig prisdiskriminering vil ikke bare frata konkurrenter på kjedeledet muligheten til å konkurrere effektivt, men vil etter forholdene også kunne ha utestengende virkninger på leverandørleddet. Dette vil f.eks. være tilfelle dersom en leverandør tilbyr en kjede fordeler i bytte mot tiltak som utestenger konkurrenter (førstelinjevirkninger), uten at tiltakene er begrunnet i genuint salgsfremmende effekter. Selv om leverandører i utgangspunktet ikke vil ha incitamenter til å prisdiskriminere mellom kunder på usaklig vis for å påføre noen en konkurranseulempe, vil beskyttelse mot konkurrerende leverandører kunne forklare en slik atferd. Leverandørkonkurransen i det norske dagligvaremarkedet må også i mange segmenter anses som svak, slik at en forskriftsregulering som også fokuserer på førstelinjevirkninger vil kunne stimulere konkurransen på dette leddet. Som et eksempel vil forskriften utelukke rabatter fra leverandøren som motytelse for at kunden avtar et bredere sortiment, dvs. at rabattfordeler koples til å ta inn flere varelinjer.¹⁷⁹

Forskriftsforslaget retter seg mot leverandørsiden. Om usaklig prisdiskriminering skal finne sted, vil i siste instans være opp til leverandøren. En forskrift som setter begrensninger på avtaler mellom leverandører og kunder, og som innbefatter begge som pliktsubjekter, vil også kunne være i strid med EØS-konkurranselovens forbud mot strengere nasjonal konkurranselovgivning overfor avtaler eller samordnet praksis, jf. kapittel 6 over.

I dagligvaremarkedet fastsettes typisk betingelsene for hver enkelt varelinje, mens det er kundens totalengasjement mot leverandør som har betydning for konkurransekraften ut i butikk. En vurdering av om det foreligger usaklig forskjellsbehandling må derfor ta hensyn til kundens samlede engasjement mot leverandør. Dette er også viktig fordi mange ytelser levert av kunder (markedsføring m.v.) ofte ikke er rettet inn mot enkelte varelinjer.

Det foreslås at forskriften legger til rette for både offentlig og privat håndhevelse. Med privat håndhevelse menes at kunder som mener seg utsatt for usaklig prisdiskriminering selv skal kunne føre sak mot den aktuelle leverandøren, og ikke bare være henvist til å klage til Konkurransetilsynet. En slik adgang skaper imidlertid utfordringer mht. innsyn i informasjon, som normalt vil være konkurranse-sensitiv. Det foreslås derfor at Konkurransetilsynet skal ha plikt til å utlevere relevant informasjon til en advokat eller revisor, uavhengig av partene i saken og med taushetsplikt overfor dem.

¹⁷⁹ Det vises til praksis om «full line forcing» som vertikal restriksjon i EU-/EØS-konkurranseretten.

Forskriftens formål og anvendelsesområde er angitt i forslaget § 1. Paragraf 2 inneholder definisjoner av de sentrale vilkår og begreper i forskriften. Disse omtales nedenfor der de er relevante. Forslagets § 3 er forskriftens hovedbestemmelse, som setter forbud mot usaklig forskjellsbehandling. Denne bestemmelsen omtales nærmere i kapittel 7.4 nedenfor. Forslagets § 4 presiserer saklighetskravet, bl.a. slik at rabatter på tvers av varelinjer (bundling) som kan virke utestengende på konkurrerende leverandører (førstelinjevirkninger) ikke anses som en kilde til saklige prisforskjeller. Paragraf 5 i forslaget oppstiller et prinsipp om åpenhet, som har betydelig slektskap med kravene i lov om god handelsskikk, jf. særlig den loven § 6,¹⁸⁰ bl.a. ved at motytelser som gis i bytte mot rabatter tydelig skal defineres og beskrives i avtaleverket. Forslaget § 6 er sentral for håndhevelsen av forskriften, ved at leverandører med vesentlig markedsrett pålegges å oversende Konkurransetilsynet en rapport etter kontraktsinngåelse, samt at Konkurransetilsynet plikter å dele slike rapporter med parter som mener seg utsatt for diskriminerende atferd under gitte omstendigheter. Det siste tar særlig sikte på å muliggjøre også privat håndhevelse av forskriften. Paragraf 7 hjemler sanksjoner for overtredelse av forskriften, mens § 8 fastsetter at forskriften skal evalueres tre år etter ikrafttredelse.

7.2 Forskriftshjemmel

Forskriftsforslaget hjemles i konkurranseloven § 14 for de materielle delene og § 24 for informasjonspliktene overfor Konkurransetilsynet.¹⁸¹ Sanksjoner hjemles i konkurranseloven § 29 bokstav c) og f). Etter forskriftsforslaget § 6 plikter Konkurransetilsynet å dele visse opplysninger med private aktører uavhengig av parter i saken og med taushetsplikt overfor dem, samt Konkurransklagenemnda og de alminnelige domstoler.

Konkurranseloven § 14 lyder:

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

I Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) utdypes hva som kan vedtas i medhold av konkurranseloven § 14:

«Departementet mener at forbudene i utkastet til §§ 10 og 11 vil omfatte de fleste tilfeller som det har vært aktuelt å gripe inn overfor etter konkurranseloven 1993 § 3-10, men at det likevel ikke kan utelukkes at det kan forekomme atferd som faller utenfor forslaget til §§ 10 og 11, men som det av hensyn til konkurransen i markedet likevel vil være ønskelig å forby. Det kan være tilfelle i markeder der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende uten at forbudene i utkast til §§ 10 og 11 kommer til anvendelse, eller det er vanskelig å bevise at forbudene brytes. Det kan gjelde salgsvilkår som hindrer nye aktører å komme inn på markedet, eller lojalitetsordninger som hindrer kundene å bytte mellom ulike leverandører. Bestemmelsen kan også anvendes i markeder der et foretak, for eksempel et dominerende foretak, bryter utkastets § 11 og flere andre foretak nytter samme konkurransebegrensende forretningsmetoder uten å rammes av forbudene, fordi de ikke har en dominerende posisjon i markedet.

Departementet mener på denne bakgrunn at det kan være behov for en forskriftshjemmel som åpner for regulering av de generelle rammebetingelsene for aktørene i et marked med mangelfull konkurranse, hvis dette skulle vise seg nødvendig ut fra lovens formål. Departementet mener også, i likhet med mindretallet, at en generell regulering gjennom forskrift

¹⁸⁰ Se nærmere omtale i kapittel 3.3 over.

¹⁸¹ Tilsvarende Konkurransetilsynet som i sitt notat til Nærings- og fiskeridepartementet 19. mai 2022 pkt. 48 konkluderer med at «Vilkårene for å innføre en forskrift hjemlet i § 14 kan derfor anses å være oppfylt».

vil være mest hensiktsmessig i slike tilfeller, fordi den sikrer like rammebetingelser for alle aktører i vedkommende bransje.»

Som redegjort for ovenfor er det bred enighet om at dagligvareleverandørenes prisdiskriminering har konkurransebegrensende virkninger, bl.a. er denne praksisen av flere, herunder Konkurransetilsynet, beskrevet som den viktigste etableringshindringen.¹⁸² Det synes derfor lite tvilsomt at et midlertidig forbud mot usaklig prisdiskriminering vil innføres «av hensyn til konkurransen i markedet» og at forskriften «er nødvendig for å fremme konkurransen» i både leverandør- og detaljistmarkedene.

Videre viser Konkurransetilsynets redegjørelse til Nærings- og fiskeridepartementet av 19. mai 2022 at det kan være vanskelig å bevise at enkeltleverandørers prisdiskriminering er i strid med konkurranseloven § 11.

Som påpekt av Hjelmeng (2020) er det ikke til hinder for å benytte forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14 at atferden også kan omfattes av forbudsbestemmelsene.¹⁸³

«At adferden også kan omfattes av forbudsbestemmelsene, er ikke til hinder for at man benytter § 14. Dette kan f.eks. være praktisk der man etter § 11 er nødt til å påvise en kollektiv dominerende stilling, noe som kan være vanskelig, eller der inngrep i enkeltsaker etter § 10 fremstår som lite praktisk eller effektivt. Består det et reelt konkurransemessig problem i et slikt marked, vil en konkret regulering etter § 14 kunne være mer effektivt enn inngrep gjennom enkeltsaker.»

Konkurransetilsynet legger også til grunn at en forskrift mot usaklig prisdiskriminering kan hjemles i konkurranseloven § 14 i ovennevnte notat til Nærings- og fiskeridepartementet:

«(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) Vilkårene for å innføre en forskrift hjemlet i § 14 kan derfor anses å være oppfylt.»

Oslo Economics og professor Gjendemsjø konkluderer i en rapport for NorgesGruppen med at «så lenge det ikke er faglig grunnlag for at ulike innkjøpsvilkår begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen, vil det ikke være grunnlag for å vedta en forskrift som griper inn mot atferden, fordi konkurransebegrensningsvilkåret i konkurranseloven § 14 ikke er oppfylt».¹⁸⁴ Forfatterne begrunner dette med at forskriftshjemmelen i § 14 kun kan benyttes «hvis det aktuelle inngrepet er egnet til å gi forbrukere høyere velferd» siden man skal legge en «samfunnsøkonomisk forståelse av konkurransebegrensning til grunn», jf. § 14 som viser til lovens formålsbestemmelse i § 1. Videre må man legge til grunn en «forbrukervelferdsstandard ved vurderingen av om en atferd er konkurransebegrensende».

Oslo Economics og Gjendemsjøs lovtolkning innebærer at man innfortolker et tilleggskrav om at forskriften positivt må bidra til økt forbrukervelferd, og at det ikke er tilstrekkelig at forskrift etter § 14

¹⁸² Se f.eks. konkurransedirektør Tina Søreide og avdelingsdirektør Beate Berrefjords kronikk i Dagens Næringsliv 31. mai 2022: «Det er imidlertid en velkjent sak - og i samsvar med våre uttalelser - at store prisforskjeller over tid kan hemme konkurransen».

¹⁸³ Hjelmeng, E. (2020), *Det store forhandlingsspillet: vinnere, tapere og reguleringsbehovet*. I F. Steen & I. Pettersen (red.), *Mot bedre vitende i norsk matsektor*, Cappelen Damm Akademisk (kap. 7, s. 215-266), s. 230.

¹⁸⁴ Gjendemsjø og Oslo Economics (2022).

griper inn mot vilkår, avtaler og handlinger som «begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen».

Det fremgår av § 14s ordlyd at det ikke er et krav om at det er påvist en faktisk konkurransebegrensning for å benytte forskriftshjemmelen, bestemmelsen kan også benyttes av forebyggende hensyn. Dette innebærer at det er en lav terskel for å kunne benytte § 14. Det avgjørende etter § 14 er således om konkurranseprosessen trues.

Også etter EU- og EØS-retten er det avgjørende om konkurransen begrenses, ikke at det må påvises økt forbrukervelferd. Det er etter EU-retten ikke et krav om at forbrukerne må betale mer for varene sine for at det kan være et brudd på konkurranselovgivningen, så lenge den konkrete handling eller samarbeidet er egnet til å begrense konkurransen.¹⁸⁵ I saker om prisdiskriminering er dette kommet til uttrykk ved at «*det kun er i de tilfeller der det dominerende foretakets prisdiskriminering er egnet til å føre til en vridning i konkurranseforholdet mellom det dominerende foretakets handelspartnere at atferden vil anses å være i strid med § 11 c*», jf. Konkurransetilsynets veileder om prisdiskriminering.

Det er følgelig tilstrekkelig at den atferd man ønsker å gripe inn mot i medhold av en forskrift hjemlet i konkurranseloven § 14, er egnet til å begrense konkurransen. Det er ikke noe tilleggskrav om inngrepet er egnet til å gi forbrukere høyere velferd, selv om konkurranse i sin alminnelighet vil bidra til dette. Det synes lite tvilsomt at usaklig prisdiskriminering vil være egnet til å skade konkurransen, og dermed også forbrukerne, slik også Konkurransetilsynet har fastslått, se 2.3.5.3 og 5.5.1 over.

Når det gjelder egnethetskravet er det av hensyn til sammenhengen i loven grunn til å tolke «*egnet til*» på samme måte som f.eks. under § 11. Rettspraksis under konkurranselovens forbudsbestemmelser vil dermed gi veiledning, jf. f.eks. Gulating lagmannsrett tolkning i Telenor.¹⁸⁶

Det er dessuten et krav etter konkurranseloven § 14 at forskriften er nødvendig. At Konkurransetilsynet har identifisert dagligleverandørenes «*forskjeller i innkjøpspriser*» som «*atferd [...] som kan svekke konkurransen i dagligvaremarkedet uten at forbudsbestemmelsene i konkurranseloven gir hjemmel for å håndtere dem*» (uthevet av Konkurransetilsynet), må i seg selv anses å være tilstrekkelig for at nødvendighetskravet er oppfylt.¹⁸⁷

7.3 Forskriftens adressater og anvendelsesområde

Forskriftsforslaget er rettet mot leverandører med vesentlig markedsrett. Å gjennomtvinge usaklige prisforskjeller er ikke bare begrenset til dominerende leverandører i konkurranseloven § 11's forstand, siden markedsrett kan foreligge også under domineransterskelen. Kriteriet «dominerende stilling» vil også kunne være komplisert å anvende i praksis. Forskriftsforslaget inneholder derfor, jf. Stortingets

¹⁸⁵ Se f.eks. B. Hawk (2020), *Antitrust and Competition Laws*, Juris Publishing, s. 202 med videre henvisninger: «Consumer welfare - at least as defined in the narrower metric of effect on historic prices, output and quality or innovation - does not sit easily with the EU's focus on competition as a process and equal opportunity to compete; these can be distorted without any observable effect on consumer welfare. It is probably safe to generalize that any tension in the EU between consumer welfare and competition viewed as a process is still resolved in favor of the latter, which is considered essential not only for maintaining low prices and ensuring consumer choice but also to ensure a "level playing field" and rivalrous market structures. This is recognized even in the consumer welfare-oriented Commission Guidelines in Article 101 (3): "the protection of rivalry and the competitive process is given priority over potentially pro-competitive efficiency gains which could result from restrictive agreements," because "[r]ivalry between undertakings is an essential driver of economic efficiency, including dynamic efficiencies in the shape of innovation." The policy preference for competition as a process and the importance of equality of opportunity help explain the stricter EU rules on dominant firm conduct compared with the application of section 2 of the Sherman Act.»

¹⁸⁶ Gulating lagmannsrett, LG-2019-137886-2, Telenor Norge AS og Telenor ASA mot Konkurransetilsynet, dom, 24. juni 2021.

¹⁸⁷ Jf. Konkurransetilsynet (2022a), notat til Nærings- og fiskeridepartementet, 19. mai 2022.

vedtak 612 punkt a, en operasjonell og enkelt anvendelig definisjon av hvilke leverandører som anses å ha «vesentlig markedsrett» og som dermed omfattes.

Forslagets definisjon av «vesentlig markedsrett» er knyttet til en operasjonell definisjon av varekategorier jf. Stortingets vedtak 612 punkt b. Varekategorier defineres i forslaget som en «gruppering av varelinjer på laveste aggregerte nivå som allment anvendes av analysebyråer og aktørene i dagligvaremarkedet». Dette vil gi en retts teknisk enklere løsning enn å måtte definere et relevant marked og deretter ta stilling til foretakets markedsandel innenfor dette, slik tilfellet er etter konkurranseloven § 11. Som det fremheves i Meld. St. 27 (2019-2020) kapittel 4.9.3 «*kan det vere ei komplisert vurdering å slå fast om eit føretak har ei dominerande stilling. Dette kan særleg gjelde om marknadsandelen til føretak ligg under terskelen for at det er ein presumsjon om dominans, men at det likevel har eit visst høve til å opptre uavhengig av forretningspartnarane sine*».

Enkelte kategorier kan være perifere og ha liten samlet omsetning, noe som tilsier at selv leverandører med en høy markedsandel i kategorien likevel ikke nødvendigvis har vesentlig markedsrett. Derfor er det i forslaget angitt en nedre omsetningsgrense for kategorier som er relevant ved vurdering om leverandøren har vesentlig markedsrett, slik at kun varekategorier der den årlige samlede omsetningen er på minst 100 millioner kroner (eksklusive mva.) regnes med ved vurderingen av hvilke leverandører som anses å ha vesentlig markedsrett etter forskriften.

En leverandør vil anses å ha vesentlig markedsrett dersom leverandøren har en andel på over 40 % innenfor én eller flere slike varekategorier. Dette innebærer at for leverandører med mer enn 40 % andel innenfor én eller flere varekategorier, så vil leverandørens totale engasjement overfor enkeltkunder være gjenstand for vurdering av mulig usaklig forskjellsbehandling. Dette har sammenheng med at en vurdering av usaklig diskriminering ikke kan flyttes ned på kategori- eller varelinjenivå, idet det ellers ville vært enkelt å unngå forbudet ved å innrømme rabatter innenfor kategorier som falt utenfor forskriften, ev. påtvinge dårligere vilkår innenfor slike kategorier gjennom «leveraging». Vedlegg 1 inneholder en liste over leverandører med vesentlig markedsrett etter forskriftsforslagets definisjon.

Forskriften retter seg mot handel med «dagligvarer», slik dette er definert i forarbeidene til lov om god handelsskikk:¹⁸⁸

«Med dagligvarer menes produkter som normalt omtales som dagligvarer, det vil si næringsmidler og forbruksartikler i vid forstand, inkludert for eksempel dyremat. I dette inngår også råvarer som får sin endelige form ved bearbeiding på utsalgsstedet, for eksempel i ferskvaredisker. Loven omfatter også de viktigste non-food varegruppene som vanligvis hovedsakelig selges gjennom dagligvareforretninger, som for eksempel rengjøringsmidler og toalettartikler, husholdningsvarer av papir og plast og liknende. Den gjelder imidlertid ikke for produkter som ligger i randsonen av dagligvarekjedenes varetilbud, som bøker, elektriske artikler eller klær, selv om noen dagligvarebutikker skulle ha enkelte slike produkter som del av sitt sortiment. Dette innebærer at loven ikke kommer til anvendelse på dagligvarevirksomhetenes innkjøp av slike produkter for videresalg til forbrukere. Loven gjelder heller ikke dagligvarevirksomhetenes innkjøp av ulike former for støttetjenester og innsatsfaktorer, som frakt, inventar eller IT-infrastruktur, som ikke er en del av leveringsavtaler for dagligvarer.»

¹⁸⁸ Jf. Prop. 33 L (2019-2020) Lov om god handelsskikk s. 63.

7.4 Forbud mot usaklig prisdiskriminering

Forslagets hovedbestemmelse er § 3, som oppstiller et forbud mot usaklig forskjellsbehandling mellom kunder av leverandører med vesentlig markedsrett. Forslaget presiserer her de plikter som påhviler dominerende foretak etter § 11, men går i substans ikke særlig lenger enn det som allerede følger av denne bestemmelsen. Forslaget inneholder imidlertid presiseringer og konkretiseringer, som gjør diskrimineringsforbudet enklere å håndheve i praksis. Forslaget tar sikte på å redusere konkurranse-skadelige virkninger av leverandørenes prisdiskriminering på både leverandør- og kjedeledene.

Forslaget innebærer ikke et påbud om identiske priser eller vilkår til ulike kunder. Hovedpoenget er at ulikheter må være saklig begrunnet. Forslaget oppstiller her to hovedkriterier for saklighet; for det første at det foreligger relevante kostnadsforskjeller knyttet til leveranser til ulike kunder, for det andre at det foreligger reelle motytelser fra kunden som kan begrunne gunstigere vilkår. Ingen av disse kravene går lenger enn det som allerede følger av konkurranse-loven § 11. Et hovedprinsipp er at samtlige kunder må ha lik adgang til å oppnå fordeler hos leverandører med vesentlig markedsrett. Dette innebærer at leverandører med vesentlig markedsrett må tilby alle kunder samme typer rabatter eller bonuser, markedsføring- og kampanjestøtte eller økonomiske ytelser for kjøp av tjenester. Innkjøpskontraktene, herunder punkter om rabatter m.m., kan være forskjellige, men dette må ikke skyldes usaklig forskjellsbehandling.

Kostnadsfordeler knyttet til leveranser mot enkeltkunder vil kunne videreføres til kunden uten at det blir tale om usaklig forskjellsbehandling. Dette forutsetter at det ved leveranser til enkelte kunder foreligger genuine kostnadsbesparelser, f.eks. knyttet til forpakkingsmåte, distribusjon eller levering. Effektivitetsgevinster i form av lavere enhetskostnad i produksjon knyttet til leverandørenes totalvolum regnes ikke som kostnadsfordeler knyttet til enkeltkunder.

Om det foreligger diskriminering eller ikke skal vurderes ut fra kundens totale engasjement med leverandøren, jf. forslaget § 3 tredje ledd. Forslagets konkrete formuleringer er likevel innrettet på enkelte rabatter og enkelte varelinjer. Dette innebærer at disse vurderingene må legges sammen for å avdekke om den enkelte leverandøren med vesentlig markedsrett har drevet ulovlig prisdiskriminering.

Der kunden leverer reelle motytelser til leverandør, vil kunden også kunne godtgjøres for disse gjennom gunstigere vilkår. Det må imidlertid stilles krav både til motytelsene og til prisingen av disse. Vedrørende prising, vil det kunne være usaklig forskjellsbehandling dersom én kunde belønnes bedre enn andre for sammenliknbare motytelser.

Med reelle motytelser menes at ytelsene må innebære «en arbeids- eller kapitalinnsats fra kundens side, f.eks. i form av markedsføringsinnsats, kampanjer eller annen salgsfremmende innsats for leverandørenes produkter», jf. definisjonen i § 2 femte ledd. Typisk vil betalinger for ikke å plassere konkurrerende leverandørers produkter ikke anses som «reelle». På denne måten vil forskriftsforslaget også bidra til å forhindre konkurranseskadelig førstelinjes prisdiskriminering.

Saklighetskravet konkretiseres i forslaget § 4, som presiserer de prinsippene som er beskrevet ovenfor. Dette gjelder for det første ytelser på tvers av varelinjer. For eksempel vil ingen rabatter eller motytelser, f.eks. for hylleplass, kunne gjøres avhengig av at kunden inntar visse ytterligere varelinjer i sitt sortiment. For det andre vil motytelser som ikke anses som «reelle» etter definisjonen i § 2 femte ledd ikke anses som saklig. Siden forskriften er rettet mot leverandører med vesentlig markedsrett, betyr ikke dette at kunder vil være forhindret fra å ta betalt for produktplassering som virker salgsfremmende. Leverandører med vesentlig markedsrett har imidlertid ikke lov til å gi ytelser i form av rabatter eller betaling som har verdi fordi de virker fortrenkende på andre leverandører.

Dette er konkretisert i § 4 nr. 3, som eksplisitt sier at motytelser som ikke er reelle og/eller er egnet til å ha fortrenghende virkning for konkurrerende leverandører, ikke anses som saklige. For motytelser som anses som reelle, kreves det iht. den generelle bestemmelsen i § 3 første ledd at enhver kunde skal ha lik tilgang til å tilby slike.

Videre innebærer § 4 at det ikke er tillatt med ytelser på tvers av varelinjer (jf. definisjonen i forslaget § 2 andre ledd). Dette vil typisk gjelde rabatter som gjøres betinget av at kunden inntar ytterligere varelinjer i sitt sortiment. For eksempel vil ikke en leverandør kunne kreve at en kunde tar inn ytterligere varelinje under trussel om å trekke tilbake rabatter på andre varelinjer kunden allerede kjøper, eller tilby økte rabatter på hele sortimentet som motytelse for at kunden skal ta inn ytterligere varelinjer. Dette innebærer ikke et prinsipp om at en rabatt må følge vare helt frem til sluttkunde, men at på innkjøpsnivå må rabatter være knyttet til den enkelte varelinje og ikke til varekategorier eller sortiment. Dette gjelder også rabatter i form av joint marketing, jf. allerede bestemmelsen i lov om god handelsskikk § 6, med mindre det inngås separate avtaler om betaling for markedsføringstjenester overfor en leverandør som ikke er begrenset til enkelte varelinjer. Dette kravet forsterkes av forslaget § 5 første ledd, som krever at *«Enhver rabatt, bonus, markedsførings- eller kampanjestøtte og eventuelle tilhørende motytelser skal skriftlig nedfelles i kontrakten mellom leverandør og kunde»*.

For å sikre at kjedene settes i stand til å ta informerte valg om innkjøpene de foretar, stilles det i forslaget § 5 andre ledd krav om at leverandører med vesentlig markedsrett må vise åpenhet om hvordan dagligvarekjedenes endringer i motytelser, sortiment og andre forpliktelser påvirker leverandørens tilbud. Dette vil danne grunnlag for at dagligvarekjedene kan ta informerte valg ved slike beslutninger, for eksempel ved vurdering av hva det vil koste kjeden i form av tapte ytelser ved å satse mer på mindre konkurrerende leverandører. Kravet gir imidlertid ikke leverandøren en plikt til å dele informasjon i forhandlingene om andre kjeders vilkår.

I tillegg til å motvirke diskriminering mellom kunder, vil denne forståelsen av saklighetskravet bidra til å hindre førstelinjes prisdiskriminering med utestengende effekt overfor konkurrerende leverandører.

7.5 Begrunnelses- og rapporteringsplikt

Lov om god handelsskikk § 4 inneholder allerede krav om tilgang til informasjon i forhandlinger og § 6 krav om at *«Avtaler skal inngås skriftlig og klart beskrive hvilke ytelser partene er forpliktet til å levere»*, jf. kapittel 3.3 over. Bakgrunnen for bestemmelsene er i stor utstrekning muligheten for partene til å ta informerte valg. Konsekvensen av å innføre tilsvarende krav også i forskriften, jf. forskriften § 5 første ledd, er dels begrunnet i behovet for å konkretisere partenes plikter og hva som skal nedfelles i avtalen, dels for å innføre et mer hensiktsmessig sanksjonsregime, se nedenfor.

I tillegg til krav om åpenhet overfor kunden under forhandlingene og skriftlig konkretisering av ytelse og motytelse i avtalen mellom leverandør og kjede, foreslås også innført en plikt for leverandører med vesentlig markedsrett til å sende Konkurransetilsynet en «evalueringsrapport», jf. forskriften § 6, der alle vilkår skal begrunnes iht. de kravene som følger av §§ 3 og 4. En slik plikt vil effektivisere Konkurransetilsynets muligheter for effektivt å håndheve forskriften, og ved å nedfelle dette i forskriften vil Konkurransetilsynet unngå å måtte pålegge enkeltleverandører en opplysningsplikt om det samme.

7.6 Håndhevelse og sanksjoner

7.6.1 Innledning

Forskriften skal håndheves av Konkurransetilsynet, i tillegg til at det legges til rette for privat håndhevelse av skadelidte som følge av overtredelser. En slik dobbel håndhevelsesadgang er vel etablert i konkurranseretten. Motsetningsvis er lov om god handelsskikk ikke lagt til rette for privat håndhevelse, kun håndhevelse i regi av Dagligvaretilsynet.

Forskriften retter seg mot leverandører med vesentlig markedspekt, men beskytter både kunder og konkurrerende leverandører mot hhv. forskjellsbehandling som fratar dem konkurransemuligheter og virker ekskluderende. Både kunder og konkurrerende leverandører bør derfor ha adgang til å håndheve forskriften, enten gjennom klager til Konkurransetilsynet eller ved private søksmål.

7.6.2 Offentlig håndheving

Forskriften er ment å skulle håndheves av Konkurransetilsynet etter de alminnelige reglene som gjelder forskrifter hjemlet i § 14 (overtredelsesgebyr samt pålegg om opphør etter § 12 første ledd), samt bestemmelsen om opplysningsplikt i konkurranseloven § 24.

7.6.3 Privat håndhevelse

En effektiv håndhevelse av forskriftsforslaget forutsetter at også aktørene selv (i praksis kunder som utsettes for diskriminering eller konkurrerende leverandører som utsettes for utestengende atferd), har mulighet til å ta opp saker etter forskriften. Klage til Konkurransetilsynet vil være ett alternativ, men man vil da være prisgitt kapasiteten hos tilsynet. Forskriften bør derfor legge til rette også for privat håndhevelse for de alminnelige domstoler.

En generell utfordring ved håndhevelse av diskrimineringslovgivning er tilgang på informasjon. Foretak kan mistenke at de usaklig diskrimineres, uten å ha håndfaste bevis for dette. Tilsvarende gjelder leverandører som utestenges (i form av førstelinjevirkninger). For begge grupper gjelder at innsyn i andres betingelser representerer konkurransesensitiv informasjon som også vil kunne være i strid med konkurranseloven § 10 dersom den deles. Forslaget søker å adressere disse utfordringene gjennom en prosedyre i to ledd. For det første vil leverandører med vesentlig markedspekt pålegges en rapporteringsplikt overfor Konkurransetilsynet der de innen fem virkedager etter at kontrakt er inngått plikter å oversende en evalueringsrapport som begrunner hvordan og hvorfor de kravene som følger av forskriften er overholdt. For å legge til rette for privat håndhevelse foreslås det videre at Konkurransetilsynet skal være forpliktet til å dele denne rapporten med en uavhengig aktør med taushetsplikt overfor klient, i praksis en advokat eller revisor, slik at den uavhengige aktøren kan gi klienten råd om det er grunnlag for å foreta rettslige skritt mot leverandøren med vesentlig markedspekt.

I kraft av alminnelige prinsipper om brudd på skrevne handlingsnormer som beskytter private interesser, vil aktører som mener seg utsatt for usaklig forskjellsbehandling kunne kreve erstatning eller kreve endringer i avtalte vilkår gjennom midlertidige forføyninger, forbudssøksmål eller avtale-revisjon. Forslaget legger imidlertid ikke opp til at domstolene skal kunne involveres mens kontraktsforhandlinger pågår, siden dette risikerer å føre til en rettsliggjøring av forhandlingene som vil kunne motvirke inngåelsen av effektive kontrakter.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Se diskusjonen av effektive kontrakter i NOU 2013:6 *God handelsskikk i dagligvarekjeden*.

7.7 Evaluering

I tråd med Stortingets vedtak inneholder forslaget til forskrift en egen bestemmelse om at forskriften skal evalueres etter tre år. Det er ikke foretatt noen vurdering av om evalueringen best skjer på et annet tidspunkt, f.eks. etter fem år.

Jf. Stortingets anmodningsvedtak 31. mai 2022 skal forskriften være midlertidig. Flere konkurranse-fremmende virkninger av forskriften forventes realisert i på forholdsvis kort sikt, for eksempel styrket konkurranse mellom etablerte aktører både i leverandør- og kjedeledet. Positive virkninger, for eksempel for etablering, kan imidlertid ta noe tid før manifesterer seg. Det kan derfor være vanskelig å fange opp slike effekter i en evaluering etter en forholdsvis kort periode. Midlertidigheten av en forskrift kan dessuten i seg selv også bidra til å redusere den positive effekten av inngrepet for etableringsmulighetene, jf. kapittel 5.3 over, fordi mulige nykommere i markedet vet at forskriften kan bli opphevet.

8. Økonomiske og administrative konsekvenser

8.1 Samfunnsøkonomiske konsekvenser

Ved å bidra til at prisforskjeller mellom kunder må være saklig begrunnet, kan forskriftsforslaget bidra til intensivert konkurranse i dagligvaremarkedet. Dels ved at etableringsbarrierene for nye aktører i kjedeledet reduseres, dels ved at kjeder som hittil har hatt svekkede muligheter til å konkurrere på pris overfor sluttbrukere, vil kunne legge et ytterligere konkurransepress på større kjeder. Faren for at etablerte aktører må forlate markedet (slik ICA gjorde i 2014) reduseres også. Konkurransen på leverandørleddet vil kunne forsterkes pga. enklere markedsadgang.

Forslaget vil også kunne lede til reduserte innkjøpspriser for alle kjeder, dersom årsaken til at den største kjeden oppnår lavere innkjøpspriser er at denne kjeden mer troverdig kan true med å utvikle alternativer til leverandører med vesentlig markedsrett.

8.2 Konkurransemyndighetens ressursbruk

Forskriftsforslaget vil muligens innebære noe økt ressursbruk hos Konkurransetilsynet i form av håndhevelse. Samtidig vil forslaget kunne lette tilsynets allerede omfattende overvåking og informasjonsinnhenting i markedet gjennom mer målrettede rapporteringsplikter fra leverandører med vesentlig markedsrett. Forskriften vil kunne generere flere saker om håndhevelse enn etter dagens regelverk, men dette må antas å kunne håndteres innenfor de ressurser som allerede er allokert til tilsynet og øremerket til dagligvaremarkedet.

8.3 Ressursbruk for foretak

Forskriftsforslaget vil legge enkelte nye plikter på leverandører med vesentlig markedsrett, først og fremst er det rapporteringspliktene som vil kreve noe mer ressurser enn den som allerede benyttes for å oppfylle Konkurransetilsynets ulike informasjonspålegg i markedet. Foretakene som er adressater for forskriftsforslaget er imidlertid store aktører med profesjonelle organisasjoner, og det må forventes at merarbeidet er av mindre betydning for foretaket.

9. Forslag til midlertidig forskrift

Midlertidig forskrift om forbud mot usaklig forskjellsbehandling fra dagligvareleverandører med vesentlig markedsrett

§ 1 Anvendelsesområde

Denne forskriften retter seg mot dagligvareleverandører med vesentlig markedsrett. Forskriftens formål er å sikre markedsadgang og konkurranse i dagligvaremarkedene, både på leverandør- og kjedenivå.

§ 2 Definisjoner

Med "varekategori" menes en gruppering av varelinjer på laveste aggregerte nivå som allment anvendes av analysebyråer og aktørene i dagligvaremarkedet med mindre en slik gruppering er en samlekategori av diverse ulike produkter ("andre").

Med "varelinje" menes en unik, identifiserbar dagligvare.

Med "leverandør med vesentlig markedsrett" menes enhver leverandør av dagligvarer med mer enn 40 prosent markedsandel innen én eller flere varekategorier. Varekategorier med en samlet årlig omsetning til sluttbruker under 100 millioner kroner eksklusive mva. skal ikke omfattes. Markedsandelen skal regnes på landsbasis.

Med "dagligvarer" menes varer omfattet av lov om god handelsskikk.

Med "reelle motytelser" menes ytelser som innebærer en arbeids- eller kapitalinnsats fra kundens side, f.eks. i form av markedsføringsinnsats, kampanjer eller annen salgsfremmende innsats for leverandørens produkter.

§ 3 Forbud mot usaklig forskjellsbehandling

En leverandør med vesentlig markedsrett plikter å unngå usaklig forskjellsbehandling mellom kunder. Dette innebærer bl.a. en plikt til å gi kundene lik tilgang til bonuser, rabatter og tilsvarende ordninger, markedsførings- og kampanjestøtte eller økonomiske ytelser for kjøp av tjenester.

Enhver forskjellsbehandling må være begrunnet i leverandørens kostnadsfordeler knyttet til handel med den enkelte kunde eller i reelle motytelser for å være saklig.

Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling gjelder kundens samlede engasjement med leverandøren.

En leverandør med vesentlig markedsrett kan ikke innvilge rabatter betinget av individuelle salgsmål basert på volumvekst fra den foregående kontraktsperioden.

§ 4 Konkretisering av saklighetskravet

Følgende motytelser anses ikke som saklig begrunnet:

1. Motytelser på tvers av varelinjer med mindre slike motytelser har en identifiserbar sammenheng med kostnadsfordeler på tvers av varelinjene eller andre konkrete ytelser fra kunden tydelig identifisert i kontrakten mellom leverandør og kunde.
2. Motytelser som ikke består i reelle motytelser fra kunden.
3. Motytelser som har eller er egnet til å ha fortrenghende virkning på andre leverandører.

§ 5 Åpenhet

Enhver rabatt, bonus, markedsførings- eller kampanjestøtte og eventuelle tilhørende motytelser skal skriftlig nedfelles i kontrakten mellom leverandør og kunde.

En leverandør med vesentlig markedsrett skal i forhandlinger med kunden vise åpenhet om hvordan kundens endringer i motytelser, sortiment og andre forpliktelser påvirker leverandørens tilbud.

§ 6 Begrunnelsesplikt

Leverandører med vesentlig markedsrett plikter innen 5 virkedager etter at kontrakt er inngått å oversende til Konkurransetilsynet en evalueringsrapport der alle vilkår skal begrunnes iht. de kravene som følger av §§ 3 og 4.

Konkurransetilsynet plikter å dele slike rapporter med Konkurransetilsynets råd og de alminnelige domstoler etter domstolloven § 1, samt aktører oppnevnt av parter som mener seg utsatt for diskriminerende atferd, under taushetsplikt overfor parten.

§ 7 Sanksjoner

Ved overtredelse av denne forskrift §§ 3, 4, og 5 gjelder konkurranseloven § 29 første ledd bokstav f. Ved overtredelse av § 6 gjelder konkurranseloven § 29 første ledd bokstav c.

§ 8 Evaluering

Denne forskriften skal evalueres tre år etter ikrafttredelse.

**VEDLEGG 1 - SKISSE TIL OVERSIKT LEVERANDØRER MED VESENTLIG MARKEDSMAKT I 2021
JF. FORSLAG TIL MIDLERTIDIG FORSKRIFT FRA ODA NORWAY OG REITAN RETAIL [DATO]**

Leverandører med markedsandel over 40 % i varekategorier (produktklasse 2) med omsetning over 100 millioner kroner. Kun største leverandør er ansett å ha vesentlig markedspekt i kategorier der mer enn én leverandør har over 40 % markedsandel

Beregningen er basert på data fra REMA 1000. Kategoriomsetning er justert basert på REMA 1000s markedsandel (22,9 % i 2021). Listen kan avvike fra resultatet fra vurdering av leverandører med vesentlig markedspekt basert på komplette markedsdata.

Listen er ikke korrigert for leverandører som kun opptrer med vesentlig markedspekt i kategorier som ikke er omfattet av lov om god handelsskikk.

A/S NESTLE NORGE
ARLA FOODS AS
ARVID NORDQUIST
BAMA BLOMSTER AS
BAMA GRUPPEN AS
BARILLA NORGE AS
BAXT AS
BLADCENTRALEN ANS
BRITISH AMERICAN TOBACCO NORWAY
BRYNILD
CLOETTA
CONAXESS TRADE
DANISCO SUGAR
DELLIA AS
DIPLOM-IS AS
DR. OETKER AS
ESSITY
FINDUS NORGE AS
FJORDLAND AS
GENERAL MILLS
GRILSTAD AS
GSK
HANSA BORG BRYGGERIER AS
HAUGEN GRUPPEN
HONNINGCENTRALEN AL
IDUN INDUSTRI AS
IMPERIAL TOBACCO NORWAY
JDE
JENSEN & CO AS
JOHNSON & JOHNSON CONSUMER NORDIC
KARO PHARMA AS
LANTMANNEN UNIBAKE
LERUM AS
MARS NORGE A/S
MILLS DA
MIN BOAZU
MONDELEZ
MAARUD AS
NORGESMOELLENE AS

NORTURA
O.KAVLI AS
OLA LOMPA AS
ORKLA CONF. & SNACKS
ORKLA FOODS NORGE
ORKLA HEALTH
ORKLA HOME & PERSONAL CARE
PHILIP MORRIS NORWAY AS
PHILIPS NORGE AS
PIERRE ROBERT GROUP AS
PROCTER & GAMBLE
RAVNSBORG
RED BULL NORGE
RINGNES AS
SALATMESTER'N A/S
SANTA MARIA NORGE AS
SCHIBSTED ASA
SWEDISH MATCH NORGE AS
TAGA FOODS
TINE SA