

Høringsnotat

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

1	Innledning.....	4
2	Innholdet i høringsnotatet.....	4
3	Bakgrunnen for forslaget.....	5
3.1	Innledning.....	5
3.2	Stortingets anmodningsvedtak.....	7
3.3	Departementets forståelse av Stortingets vedtak.....	8
3.4	Konkurransetilsynets forslag.....	9
4	Prisdiskriminering i dagligvaremarkedet.....	10
4.1	Begrep.....	10
4.2	Innkjøpsbetingelser i dagligvaremarkedet – struktur og ulikheter.....	11
5	Anvendelse av forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14 på prisdiskriminering	13
5.1	Forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14.....	13
5.2	Vurdering av om usaklig prisdiskriminering er egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål.....	14
5.2.1	Innledning.....	14
5.2.2	Vurdering av virkninger som følge av usaklig prisdiskriminering.....	15
5.2.3	Oppsummering.....	19
5.3	Er en forskrift etter § 14 nødvendig?.....	19
5.3.1	Innledning.....	19
5.3.2	Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.....	20
5.3.3	Forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.....	20
5.3.4	Behovet for endringer.....	23
5.3.5	Vurdering.....	24
5.4	Oppsummering.....	26
6	Forholdet til EØS-avtalen.....	26
6.1	Konkurranseloven § 15 og EØS-konkurranseloven § 7.....	26
6.2	Vurdering av om prisdiskriminering er «ensidig adferd».....	27
6.2.1	Innledning.....	27
6.2.2	Vurdering.....	28
6.3	Forskriftens formål.....	30
7	Særregulering i andre land.....	31
7.1	Frankrike – forbud mot prisdiskriminering.....	31

7.2	Tyskland m.fl. – relativ dominans	31
7.3	Finland m.fl. – dominerende stilling ved 30 prosent markedsandel	32
8	Nærmere om forskriftsutkastet	33
8.1	Innledning	33
8.2	Forskriftens virkeområde	34
8.3	Definisjoner.....	34
8.3.1	Leverandører med vesentlig markedsrett.....	34
8.3.2	Varekategori	36
8.3.3	Likeverdige ytelser	37
8.3.4	Ulike innkjøpsbetingelser.....	38
8.3.5	Saklig begrunnelse	40
8.4	Begrunnelsesplikt.....	42
8.5	Alternativ 1: Forbud mot <i>usaklig</i> prisdiskriminering	44
8.5.1	Mulige unntak fra forbudet mot usaklig prisdiskriminering	45
8.6	Alternativ 2: Forbud mot <i>konkurranseskadelig</i> prisdiskriminering.....	45
8.6.1	Nærmere om vurderingen av når det foreligger konkurransebegrensende virkninger.....	46
8.7	Dagligvarekjedenes ansvar	47
8.8	Sanksjoner.....	48
8.9	Evaluerings	48
9	Markedsetterforskningsverktøy	49
9.1	Innledning og begrepsavklaring.....	49
9.2	Markedsetterforskningsverktøy og prisdiskriminering i dagligvaremarkedet	50
9.3	Andre lands bruk av markedsetterforskning	51
9.3.1	Storbritannia	51
9.3.2	Island	51
10	Økonomiske og administrative konsekvenser av forslaget	52
11	Forskriftsutkast.....	54

1 Innledning

Departementet sender med dette forslag til forskrift som forbyr usaklige forskjeller i innkjøpspriser (usaklig prisdiskriminering) i verdikjeden for mat og dagligvarer på høring. Forslaget følger opp Stortingets anmodningsvedtak nr. 612 jf. nr. 572 som ble fattet den 31. mai 2022. Bakgrunnen er at det er bekymringer knyttet til konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet, og forskjeller i innkjøpspriser har blitt identifisert som en betydelig etableringshindring.

I høringsnotatet presenterer departementet to alternative forskrifter med hjemmel i konkurranseloven § 14. Det første alternativet nedlegger forbud mot at leverandører med vesentlig markedsrett prisdiskriminerer uten at det kan begrunnes saklig. I det andre alternativet presenteres et forslag til forskrift, som forbyr slik usaklig prisdiskriminering dersom det er egnet til å ha negative virkninger på konkurransen. I virkningsvurderingen åpnes det for at det kan tas hensyn til flere leverandøravtalers samlede virkninger på konkurransen (aggregerte virkninger).

Til slutt ber departementet om foreløpige innspill til om Konkurransetilsynet bør gis et nytt og supplerende markedsetterforskningsverktøy. Et markedsetterforskningsverktøy vil kunne gi konkurransemyndighetene mulighet til å treffe vedtak om avhjelpende tiltak, dersom dette anses nødvendig, etter å ha foretatt en grundig undersøkelse av markedet. Verktøyet vil særlig være relevant i markeder med omfattende og vedvarende konkurranseproblemer, som ikke, eller ikke fullt ut, kan løses gjennom håndheving av forbudsbestemmelsene.

Departementet ønsker å få frem alle relevante for- og motargumenter ved samtlige aspekter av forslagene. Departementet har derfor stilt flere spørsmål underveis i høringsnotatet, særlig der vi ser for oss at det er ulike oppfatninger blant markedsaktørene.

2 Innholdet i høringsnotatet

I kapittel 3 behandles bakgrunnen for forslaget, herunder en beskrivelse av konkurranseutfordringene i dagligvaremarkedet, Stortingets anmodningsvedtak om prisdiskriminering og departementets forståelse av disse. Det gis også en kort beskrivelse av Konkurransetilsynets forslag til markedsetterforskningsverktøy.

I kapittel 4 gis en beskrivelse av hva som menes med prisdiskriminering i denne sammenheng, en oversikt over kartlagte forskjeller i innkjøpsbetingelser i dagligvarebransjen, samt en beskrivelse av forhold som kan være relevante i forhandlingssituasjonen mellom kjeder og leverandører.

I kapittel 5 behandles forutsetningene for å anvende forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14, herunder om usaklig prisdiskriminering er egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål. Kapittel 6 behandler forholdet til EØS-avtalen og begrensningene for anvendelsen av forskrifter etter § 14 som følger av EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd.

I kapittel 7 behandles utenlandsk rett. Frankrike har hatt et forbud mot prisdiskriminering tidligere, mens Tyskland og Finland er eksempler på land som har særreguleringer knyttet til markedsrett.

I kapittel 8 beskrives forskriftforslagene nærmere, herunder også definisjoner av vesentlig markedsrett, varekategori, likeverdige ytelser, ulike innkjøpsbetingelser og saklig begrunnelse. I kapittel 9 beskrives forslaget om å gi Konkurransetilsynet et nytt markedsetterforskningsverktøy.

I kapittel 10 behandles økonomiske og administrative konsekvenser. Forslag til forskrift følger i kapittel 11.

3 Bakgrunnen for forslaget

3.1 Innledning

Konkurransesituasjonen i det norske dagligvaremarkedet er utfordrende. Det er få aktører i detaljist-, grossist- og leverandørleddet, få nye aktører etablerer seg og enda færre lykkes med etableringen. Det norske dagligvaremarkedet kjennetegnes også av et fravær av internasjonale aktører, høyt prisnivå og mindre utvalg sammenlignet med andre land i Europa. Samlet sett gir dette en bekymring for at konkurransen i verdikjeden for mat ikke er så god som den kan være.

Svekket konkurranse i et marked kan føre til at de eksisterende aktørene ikke utfordrer hverandre i tilstrekkelig grad. Dette vil igjen kunne føre til mindre effektiv ressursbruk, høye priser, dårligere utvalg og kvalitet, og lavere innovasjonstakt sammenlignet med et marked med velfungerende konkurranse. Dette kan igjen få betydning for verdiskapingen i verdikjeden for mat og dagligvarer. En rapport utarbeidet av Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i Danmark viser også at svak eller begrenset konkurranse i produktmarkeder kan bidra til økte formue- og inntektsforskjeller.¹

Dagligvaremarkedet har over lengre tid vært preget av høye etableringshindringer. Sentrale etableringshindringer i dagligvaremarkedet er blant annet stordriftsfordeler knyttet til innkjøp, det norske importvernet for landbruksvarer, vertikal integrasjon og begrenset tilgang til attraktive lokaler.²

Rapporten om etableringshindringer i dagligvaresektoren, utarbeidet for Nærings- og fiskeridepartementet av Oslo Economics og Oeconomica i 2017, satte forskjeller i innkjøpspriser på den politiske dagsordenen.³ I rapporten ble stordriftsfordeler i innkjøp trukket frem som den isolert sett viktigste etableringshindringen. I rapporten vises det til at ulike innkjøpsbetingelser henger tett sammen med dagligvarekjedenes volum, ved at et større salgspotensial gir bedre innkjøpsbetingelser. Det innebærer at den største aktøren vil

¹ [konkurrence-øger-velstanden.pdf \(kfst.dk\)](#)

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

³ *Ibid*

få lavest innkjøpspris, og dermed også best margin på sitt salg. Den ledende aktøren kan i teorien sette sine utsalgspriser under konkurrentenes lønnsomhetsgrense, slik at markedsprisen blir for lav til å dekke konkurrentenes kostnader.⁴ Videre vil det for en ny aktør i oppstartsfasen, som har et mindre volum enn de etablerte aktørene og dermed dårligere innkjøpsbetingelser, bli vanskelig å oppnå et tilstrekkelig stort volum til å dekke de faste kostnadene. Stordriftsfordeler i innkjøp kan dermed gjøre det ulønnsomt eller forbundet med høy risiko å etablere seg i markedet.

Relativt store forskjeller i innkjøpspriser kan følgelig bidra til økte etableringshindringer. Forskjeller i innkjøpspriser kan under gitte betingelser begrense konkurransen mellom eksisterende dagligvarekjeder.

Debatten i kjølvannet av rapporten fra 2017 har særlig handlet om hvorvidt et forbud mot prisdiskriminering skal innføres eller ikke, og hvilke virkninger et mulig forbud vil ha på forbrukerprisene. I forbindelse med behandling av Dokument 8:170 S (2017-2018) om balansert makt i verdikjeden for mat og dagligvarer, jf. Innst. En 292 S (2017-2018), vedtok Stortinget i mai 2018 at regjeringen skulle utrede tiltak som vil virke konkurransefremmende og legge til rette for nyetablering, herunder særlig at et eventuelt forbud mot prisdiskriminering for dominerende aktører skulle utredes.

Konkurransetilsynet har siden høsten 2018 kartlagt innkjøpsprisene i det norske dagligvaremarkedet. Kartleggingen dokumenterer at flere leverandører gir dagligvarekjedene Rema 1000, Coop og Norgesgruppen ulike innkjøpspriser.⁵

I 2019 nedsatte Nærings- og fiskeridepartementet en arbeidsgruppe som skulle utrede mulige virkninger av å innføre restriksjoner i forskjeller i innkjøpspriser. Arbeidsgruppen bestod av fagøkonomer med kompetanse innen konkurranseøkonomi.⁶ Ifølge arbeidsgruppen er argumentene for at prisene vil øke som følge av et forbud sterkere enn argumentene for at et forbud ville føre til lavere priser.⁷

I Meld.St.27 (2019-2020) *Daglegvare og konkurranse – kampen om kundane* ble det konkludert med at det var behov for å sette i verk tiltak for å fremme effektiv konkurranse i dagligvaremarkedet. Meldingen inneholdt en rekke tiltak som i sum vil kunne ha positiv effekt på konkurransen i verdikjeden for mat og dagligvarer. Spørsmålet om prisdiskriminering ble vurdert særskilt. Det ble imidlertid argumentert for at virkningene av et sektorspesifikt forbud var for usikre til å innføre en særskilt regulering av forskjeller i innkjøpspriser, men at andre tiltak heller burde iverksettes. Dette innebar blant annet at

⁴ Rapport utarbeidet av Oslo Economics og Oeconimica på oppdrag fra departementet (2017), s.42

⁵ Se [rapport-om-innkjopsbetingelser_2019.pdf \(konkurransetilsynet.no\)](https://www.konkurransetilsynet.no/rapport-om-innkjopsbetingelser-2019.pdf)

⁶ Professor ved Universitetet i Oslo, Tore Nielsen (leder), professor ved Handelshøyskolen BI, Espen R. Moen, og professor ved Universitetet i Bergen, Tommy Staahl Gabrielsen. Se pressemeldingen her: <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/ny-arbeidsgruppe-ser-pa-prisdiskriminering-i-dagligvarebransjen/id2674322/>

⁷ Rapporten er tilgjengelig her: <https://regjeringen.no/no/dokumenter/utredning-om-prisdiskriminering-i-dagligvarebransjen/id2686234>

Konkurransetilsynet skulle styrke kontrollen av forskjeller i innkjøpspriser gjennom årlige kartlegginger. Et av formålene med denne kartleggingen var å få økt kunnskap om hva som fører til at noen leverandører opererer med store forskjeller i innkjøpspriser. Det ble også konkludert med at det skulle tas sikte på å innføre et krav om begrunnelse til Konkurransetilsynet for leverandører som opererer med store prisforskjeller. Bakgrunnen var en forventning om at opplysninger fra markedsaktørene kunne gi Konkurransetilsynet et bedre grunnlag for å vurdere om forskjellene er konkurransebegrensende eller ikke.

Konkurransetilsynet har i perioden 2019-2021 etterforsket Orkla, Mondelez og Norgesgruppen for å undersøke om ulikheter i innkjøpspriser har vært et brudd på konkurranseloven. Saken ble lagt bort i 2021 fordi Konkurransetilsynet ikke fant grunnlag for å gå videre med den.⁸

Næringskomiteen har i ettertid behandlet tre representantforslag om dagligvaresektoren, og la frem innstilling til Stortinget i Innst. 322 S (2021-2022). Innstillingen omfattet Dokument 8:161 S (2021-2022) om å sikre like konkurransevilkår mellom uavhengige merkevarer og kjedenes egne merkevarer (EMV) i dagligvaremarkedet, Dokument 8:170 S (2021-2022) om rettferdige konkurransevilkår i norsk dagligvarehandel og Dokument 8:191 S (2021-2022) om å begrense maktkonsentrasjon i norsk dagligvare. Stortinget behandlet innstillingen 31. mai 2022, som resulterte i 12 ulike anmodningsvedtak der Stortinget ba regjeringen om å følge opp ulike forhold knyttet til konkurransen i dagligvaremarkedet. Disse beskrives nærmere i punkt 3.2.

Det pågår i tillegg flere initiativ med mål om å bedre konkurransen i dagligvaremarkedet. I den forbindelse er det tatt til orde for bruk av nye virkemidler, der utfordringene ikke kan løses gjennom dagens lovgivning. En eventuell innføring av ett eller flere nye virkemidler, er ment å komme i tillegg til den tradisjonelle håndhevingen av konkurranseloven.

3.2 Stortingets anmodningsvedtak

Stortinget vedtok den 31. mai 2022 12 anmodningsvedtak, der Stortinget ba regjeringen om å følge opp ulike forhold knyttet til dagligvaremarkedet.

Stortinget har truffet følgende vedtak som omhandler prisdiskriminering:

- **Vedtak 572:** 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 kjedeledet, at selv om bevisbyrden ligger på leverandørene, er kjedene i like stor grad ansvarlige for å etterleve regelverket.

⁸ se <https://konkurransetilsynet.no/avslutter-etterforskningssaken-mot-orkla-mondelez-og-norgesgruppen/>

- **Vedtak 603:** Stortinget ber regjeringen følge opp vedtak 572 (jf. Innst. 185 S (2020–2021)) om usaklig forskjell i innkjøpsbetingelser.
- **Vedtak 605:** Stortinget ber regjeringen utrede ytterligere konkurransefremmende tiltak og fremme forslag som kan hindre dominerende markedsaktører i dagligvarebransjen i å misbruke sin markedsrett til å svekke konkurransen og stå i veien for nye innovative aktører, herunder vurdere former for regulering av prisdifferanser, og komme tilbake til Stortinget i løpet av 2022. Det er viktig at tiltakene som vurderes, bidrar til økt konkurranse, mer mangfold, lavere priser til forbrukerne og at det blir enklere for nye aktører å etablere seg i dagligvaremarkedet.
- **Vedtak 612:** 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.

I tillegg har Stortinget i vedtak **604** bedt regjeringen mer generelt om å vurdere å senke terskelen for når aktører i dagligvaremarkedet anses som dominerende.

3.3 Departementets forståelse av Stortingets vedtak

Vedtakene omtalt ovenfor anmoder regjeringen om å utrede tiltak som forhindrer at ulike innkjøpsbetingelser skader konkurransen i dagligvaremarkedet. Flere av vedtakene overlapper hverandre. Slik departementet leser vedtakene, vil dette høringsnotatet med ulike forskriftsforslag og forslag til et nytt markedssetterforskningsverktøy i sum følge opp samtlige vedtak som gjelder ulike innkjøpsbetingelser. Det er anmodningsvedtak 612 som slår fast at regjeringen skal sende et forslag til forskrift om prisdiskriminering på høring. I følge vedtaket skal hjemmelen for forskriften være konkurranseloven § 14. Bokstav a til d i vedtaket legger føringer for innholdet i høringsutkastet.

Stortinget ber for det første regjeringen om at høringsutkastet omfatter en begrunnelsesplikt ved usaklige prisforskjeller: «dersom leverandører med vesentlig markedsrett skal tilby dagligvarekjeder og grossister ulike innkjøpsbetingelser, skal leverandøren kunne begrunne ulikheten saklig» (se vedtak 612 bokstav d). Departementet legger til grunn at begrunnelsesplikten bare gjelder for likeverdige ytelser, da ulike priser og betingelser for ulike produkter vanligvis er uproblematisk fra et konkurranseperspektiv.

Videre vises det til vedtak 572 for hva som skal anses å være en saklig grunn, og for konsekvensen av at ulike innkjøpsbetingelser ikke kan begrunnes saklig. I vedtak 572 bes regjeringen om å 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.»

Slik departementet forstår dette, ber Stortinget om at forskriften som skal sendes på høring skal legge til grunn at produksjons- eller distribusjonskostnader, eller ulik verdi på konkrete motytelser, er å anse som en saklig grunn. Dersom forskjellene ikke kan forklares slik, så skal det legges til grunn at det er skadelig for konkurransen og dermed forbudt.

Regjeringen er også i vedtak 603 bedt om å følge opp vedtak 572. Departementet bemerker at Konkurransetilsynet er et uavhengig forvaltningsorgan jf. konkurranseloven § 8 annet ledd, og at departementet eller regjeringen derfor ikke har mulighet til å instruere Konkurransetilsynet i enkeltsaker. Regjeringen kan følgelig ikke bestemme at Konkurransetilsynet, i håndhevingen av forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 (eller konkurranseloven § 10/EØS-avtalen artikkel 53), skal legge til grunn at det foreligger skade på konkurransen dersom prisdiskrimineringen ikke kan begrunnes med forskjeller mellom kjedene i produksjons- eller distribusjonskostnader, eller ulik verdi på konkrete motytelser.

Derimot kan departementet gi generelle konkurransepolitiske føringer og forskrifter som supplerer konkurranseloven. Etter departementets oppfatning oppfylles vedtak 603 og 572 derfor ved at forskriften som skisseres i vedtak 612 sendes på høring.

Vedtaket 605 legger også opp til at regjeringen skal utrede ytterligere konkurransefremmende tiltak, herunder vurdere former for regulering av prisdifferanser. Dette høringsnotatet følger opp vedtaket ved å foreslå alternative forskrifter om forskjeller i innkjøpspriser, i tillegg til det som refereres i vedtak 612. I tillegg skisseres et nytt markedsetterforskningsverktøy for Konkurransetilsynet, se punkt 3.4.

3.4 Konkurransetilsynets forslag

Som nevnt ovenfor, skal regjeringen også utrede «ytterligere konkurransefremmende tiltak og fremme forslag som kan hindre dominerende markedsaktører i dagligvarebransjen i å misbruke sin markedsrett til å svekke konkurransen», jf. anmodningsvedtak 605.

Konkurransetilsynets forslag om å innføre et nytt markedsetterforskningsverktøy (se under) vil være et slikt mulig konkurransefremmende tiltak. Forslaget innebærer at tilsynet, etter å ha foretatt en grundig kartlegging av konkurranseforholdene i det aktuelle markedet, gis hjemmel til å vedta tilpassede avhjelpende tiltak for å bøte på konkurranseutfordringer. Et slikt verktøy vil, avhengig av hvordan det utformes, gi mulighet til å gripe inn mot adferd og markedsstrukturer som ikke fullt ut kan løses med dagens konkurranseregler. For

eksempel vil verktøyet kunne gi en mer effektiv håndheving av konkurranseskadelig prisdiskriminering. Forslaget vil også kunne bidra til å løse øvrige forhold i dagligvaremarkedet som Stortinget har vært opptatt av. Forslaget innebærer videre at markedsetterforskning skal kunne anvendes generelt, og ikke bare i dagligvaremarkedet.

4 Prisdiskriminering i dagligvaremarkedet

4.1 Begrep

Prisdiskriminering er et vidt begrep, og omfatter situasjoner der et foretak som selger til flere kunder behandler like transaksjoner ulikt, i tillegg til situasjoner der selgeren behandler ulike transaksjoner likt.⁹

Et eksempel er en leverandør som selger samme produkt til ulik pris til forskjellige detaljister, uten at forskjellene i pris kan tilskrives forskjeller i kostnader ved å betjene de ulike handelspartnerne. Det kan imidlertid også være prisdiskriminering dersom kundene betaler den samme prisen, mens det er ulike kostnader forbundet med å betjene de ulike kundene. Et annet eksempel på prisdiskriminering er tilfeller der to kunder tilbys ulik kvalitet på et produkt, og prisforskjellen ikke kan forklares fullt ut med kvalitetsforskjellen. Forskjeller i innkjøpspriser som kan tilskrives forskjeller i kostnader, kvalitet eller motytelser, er ikke å betrakte som prisdiskriminering i konkurranserettslig forstand.

Det finnes ulike former for prisdiskriminering, og det skilles gjerne mellom hvem som rammes direkte av den diskriminerende adferden, samt hvorvidt aktøren som diskriminerer er aktivt til stede i samme ledd i verdikjeden. Virkningene av diskriminering kan finne sted både på leverandør- og på kundeledet.¹⁰

Eksempelvis kan en dominerende leverandør gi særlig gunstige vilkår til én eller flere kunder, for på den måten å tilegne seg kunder på bekostning av konkurrerende leverandører. Det er altså aktøren som diskriminerer som selv får en fordel i konkurransen. Dette kan bidra til å si noe om insentivene leverandøren har til å diskriminere.

Prisdiskriminering kan også påvirke aktører som opererer på et annet ledd i verdikjeden og som ikke konkurrerer med foretaket som diskriminerer. Et eksempel på denne type prisdiskriminering er at en leverandør gir ulike innkjøpspriser på innsatsfaktorer eller varer til sine kunder, slik at den kunden som må betale en høyere pris stiller dårligere i konkurransen med kunden som får en lavere pris. Det er denne formen for prisdiskriminering som har vært mest debattert i tilknytning til dagligvaremarkedet i Norge, og som vil være hovedfokus i denne høringen.

⁹ Se for eksempel O'Donoghue, R. og J. Padilla (2013), *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, side 795-796 som beskriver EU-domstolens praksis hva angår diskriminering, samt Konkurransetilsynets Veileder om prisdiskriminering (2022) avsnitt 5.

¹⁰ I Konkurransetilsynets veileder trekkes det et skille mellom første- og andrelinjediskriminering, <https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2022/07/Veileder-om-prisdiskriminering.pdf>, side 2 flg

Etter departementets oppfatning er det imidlertid også aktører i dagligvaresektoren som opplever at en del av de større leverandørenes innkjøpsbetingelser gjør det vanskeligere for mindre leverandører å konkurrere. Departementets forslag er ikke ment å avgrense mot disse virkningene på leverandørleddet.

4.2 Innkjøpsbetingelser i dagligvaremarkedet – struktur og ulikheter

Konkurransetilsynet har i 2019 kartlagt forskjeller i innkjøpspriser i dagligvaremarkedet. I undersøkelsen ble det hentet inn innkjøpspriser fra totalt 16 leverandører. Felles for disse leverandørene er at de tilbyr sterke merkevarer som i stor grad selges til alle de tre dagligvarekjedene, og har en høy omsetning.¹¹ Leverandørene som omfattes av kartleggingen hadde et samlet salg til de tre dagligvarekjedene på 38,9 milliarder kroner i 2017, der det også inngår varer som ikke selges til alle de tre kjedene. Dette utgjør anslagsvis 32 prosent av dagligvarekjedenes samlede innkjøp av dagligvarer dette året. I hovedanalysen i kartleggingen, der resultatene baseres på varer som selges til alle de tre dagligvarekjedene, inkluderes totalt 1926 ulike produkter. For de kartlagte varene er samlet omsetning for leverandørene på 28,3 milliarder kroner. Dette utgjør om lag 24 prosent av de totale innkjøpene dagligvarekjedene gjorde i 2017.¹²

Undersøkelsene viste at Norgesgruppen gjennomgående oppnår bedre innkjøpsbetingelser enn de to andre kjedene, fra de største leverandørene. Forskjellene i innkjøpsbetingelser varierer fra leverandør til leverandør, men Norgesgruppen har gjennomgående bedre betingelser fra de fleste leverandører som var gjenstand for tilsynets undersøkelser.¹³ I tiden fremover vil det være sentralt å følge med på forskjellene i innkjøpsbetingelser og hvorvidt disse endrer seg over tid.

Konkurransetilsynet har et pågående arbeid for å kartlegge årsaken til disse forskjellene. Årsakene til forskjellene er ikke kjent, men strukturelle forhold i verdikjeden for dagligvarer kan sannsynligvis bidra til å forklare noe av forskjellene.

Leverandørene importerer eller produserer varer som blir solgt i butikkene. Grossistvirksomheter foretar innkjøp av varer fra leverandørene, og distribusjon av varene fra leverandør til butikk. Det aller meste av omsetningen og distribusjonen av dagligvarer skjer gjennom dagligvaregrupperinger og deres profilkjeder som er vertikalt integrerte med egne detaljist- og grossistvirksomheter. Kun et fåtall av leverandørene frakter selv varene direkte til butikk.¹⁴

¹¹ De fleste av disse leverandørene har også varer som ikke selges til alle de tre kjedene.

¹² Kartlegging av innkjøpsbetingelser i norsk dagligvaresektor, Konkurransetilsynet, 2019 [Rapport-om-innkjøpsbetingelser_2019.pdf \(konkurransetilsynet.no\)](#), side 4

¹³ Kartlegging av innkjøpsbetingelser i norsk dagligvaresektor, Konkurransetilsynet, 2019 [Rapport-om-innkjøpsbetingelser_2019.pdf \(konkurransetilsynet.no\)](#)

¹⁴ Dagligvaremeldinga (Meld. St. 27 (2019 – 2020) Daglegvare og konkurranse – kampen om kundane, side 20

Det er store forskjeller på leverandørene i den norske verdikjeden for dagligvarer, blant annet når det gjelder størrelse, markedsandel, eierskapsform, om de produserer egne merker eller kjedespesifikke merkevarer (EMV), og hvor de er lokalisert. Enkelte leverandører er også eid av, eller har inngått langvarige produksjonsavtaler med, en dagligvarekjede.¹⁵

Dagligvarekjedene og leverandørene møtes til årlige forhandlinger, vanligvis på høsten. Da forhandler partene om hva som skal kjøpes inn og til hvilken pris. Innkjøpsprisene blir i stor grad forhandlet sentralt, og deretter setter dagligvarekjedene veiledende priser for de ulike kjedene (profilhusene) og butikkene. I forhandlingene forhandles det også om listing og vareplassering for leverandørens produkter.¹⁶

Leverandørene opererer i hovedsak med prislister med en grunnpris (listepris) som et utgangspunkt. Listeprisen er leverandørens bruttopris på produktene, uten noen form for rabatter eller bonuser. Dagligvarekjedene får vanligvis lik listepris, men forhandler med hver leverandør om en rekke ulike rabatter til grossisten, kjedenes hovedkontor, kjedenes profilkjeder og butikkene. Disse kan være både i bestemte kronebeløp eller som prosenter av listeprisen. Det finnes en rekke ulike rabatter og bonuser som benyttes, der noen er faste, mens andre er variable.¹⁷

Leverandørene vil naturlig søke å oppnå en høy margin på sine produkter, samtidig som de ønsker at butikkledet setter lavest mulig priser ut mot forbruker, for å oppnå økt salg. Videre vil de ønske å beholde eller styrke sine posisjoner i kjedens butikkhyller. Dette kan skje i form av å beholde eksisterende produkter i sortimentet, samt ved å få inn nye produkter. Produktenes plassering i butikkhyllen i de ulike kjedekonsepter, i hvilken grad dagligvarekjedenes butikker gis mulighet til å ta inn produktene, samt kjedenes profilering og markedsføring av produktene, kan ha stor betydning for salgsvolumet. Salget påvirkes også av konkurrerende produkter, herunder kjedenes egne merkevarer. Slike forhold, samt tiltak som kan fremme økt omsetning, står derfor sentralt i de årlige forhandlingene mellom dagligvarekjedene og leverandørene.

Forhandlingene kan også dreie seg om hvordan varene skal distribueres, hvem som skal utplassere varene i butikkene og hvorvidt leverandørene gis anledning til å drive salgsvirksomhet direkte mot kjøpmenn i kjeden for å sikre mersalg og få inn nye produkter. Det er derfor en lang rekke parametere det kan forhandles om utover selve nettoprisen. Dette gjør at en sammenlikning av kun nettopriser kan gi et misvisende bilde av hvorvidt en leverandør har gitt ulike vilkår til sine kunder, og at forskjeller i nettopriser må tolkes med varsomhet og ikke kan sees på isolert.

Dagligvarekjedenes endelige innkjøpsbetingelser bestemmes gjennom de nevnte forhandlinger med leverandørene. De endelige innkjøpsbetingelsene inneholder ulike rabatter, som for eksempel grossistrabatter, varelinjerabatter, bonuser, felles

¹⁵ Meld. St. 27 (2019 – 2020) Daglegvare og konkurranse – kampen om kundane, side 20 flg.

¹⁶ Meld. St. 27 (2019 – 2020) Daglegvare og konkurranse – kampen om kundane, side 101 og 102.

¹⁷ Kartlegging av innkjøpsbetingelser i norsk dagligvaresektor, Konkurransetilsynet, 2019 [Rapport-om-innkjopsbetingelser_2019.pdf \(konkurransetilsynet.no\)](https://www.konkurransetilsynet.no/rapport-om-innkjopsbetingelser-2019.pdf)

markedsføringsmidler (JM) og kampanjestøtte. Grossistrabatter omfatter ulike typer rabatter knyttet til at dagligvarekjedene utfører ulike typer logistikkoppgaver for leverandørene. Videre kan innkjøpsavtalene inneholde én eller flere motytelser, der leverandøren må betale et fast beløp til dagligvarekjedene for en motytelse eller tjeneste. Dette kan være klart definerte motytelser, eller det kan være mindre konkret og usikkert hva som ligger i en slik motytelse. Et eksempel på dette er såkalt felles markedsføringsmidler, som vanligvis er en betaling fra leverandøren for at dagligvarekjeden på ulike måter skal markedsføre leverandørens produkt.¹⁸

Rabattstrukturene og bonusmodellene er kompliserte, og det er stor variasjon med hensyn til om rabattene er faste eller variable, og om det er knyttet motytelser til de eller ikke. Det er også variasjoner i utformingen av samme type rabatt på tvers av produkter og dagligvarekjeder.¹⁹

Dagligvarekjedene har ulik forhandlingsstyrke. Forhandlingene vil blant annet påvirkes av om aktørene har et annet alternativ, et såkalt utsidealternativ, det vil si om kjedene kan produsere varen selv eller kjøpe fra en annen leverandør. Dermed vil salgspotensialet til en dagligvarekjede kunne få betydning i forhandlingene, fordi leverandøren kan forvente å miste en større andel salg hvis den ikke kommer til enighet med en kjede som kontrollerer mange butikker. Samtidig kan en kjede med et høyt volum være bedre i stand til å etablere egen produksjon og utvikle egne merkevarer.²⁰

Et høyt volum kan også gi leverandøren stordriftsfordeler i produksjonen, ved at andelen faste kostnader i de totale gjennomsnittskostnadene reduseres. Dermed kan en leverandør være villig til å selge store volumer for en lavere enhetspris enn små volumer. I tillegg til volum, er det også en rekke andre variabler som kan påvirke betingelsene, herunder hylleplass, markedsføring/kampanjer, sortiment og antall varelinjer, samt forhandlingsteknikk og -makt. I hvor stor grad de ulike kjedene følger opp og leverer i med hensyn til avtalte motytelser, og kvaliteten på disse basert på tidligere års erfaring, vil også kunne påvirke innkjøpsbetingelsene til de ulike kjedene.

5 Anvendelse av forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14 på prisdiskriminering

5.1 Forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14

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.

¹⁸ Meld. St. 27 (2019 – 2020) Daglegvare og konkurranse – kampen om kundane, s. 101.

¹⁹ Meld. St. 27 (2019 – 2020) Daglegvare og konkurranse – kampen om kundane, s. 101.

²⁰ Rapport utarbeidet av Oslo Economics og Oeconomica på oppdrag fra departementet i 2017, s. 41

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

Ifølge forarbeidene er begrunnelsen for bestemmelsen at det kan tenkes tilfeller hvor konkurranseloven § 10 eller § 11 ikke kan benyttes, men hvor det likevel er behov for en generell regulering av markedene. Det kan være tilfellet i markeder der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende uten å bli rammet av forbudene i konkurranseloven § 10 eller § 11, eller der det er vanskelig å bevise at forbudene brytes. Av forarbeidene følger det at bestemmelsen kan anvendes på salgsvilkår som hindrer nye aktører å komme inn på markedet, eller lojalitetsordninger som hindrer kundene å bytte mellom ulike leverandører. Bestemmelsen kan også brukes i markeder der et foretak, for eksempel et dominerende foretak, bryter konkurranseloven § 11 og flere andre aktører nytter samme konkurransebegrensende forretningsmetoder uten å rammes av forbudene, fordi de ikke har en dominerende posisjon i markedet.²¹ Konkurranseloven § 14 oppstiller to hovedvilkår for å kunne vedta en forskrift. For det første kan det bare gripes inn mot adferd som *begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål*. For det andre må en slik forskrift være *nødvendig for å fremme konkurransen i markedene*. I tillegg legger departementet til grunn at det gjelder et ulovfestet krav til forholdsmessighet i forvaltningen.

5.2 Vurdering av om usaklig prisdiskriminering er egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål

5.2.1 Innledning

I vilkåret om at det bare kan gripes inn mot adferd som *begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål*, ligger det at det ikke er tilstrekkelig å fastslå at konkurransen i et marked ikke fungerer. Det må etter ordlyden også foreligge en adferd fra aktørene i markedet som fører til begrenset konkurranse. Ettersom forarbeidene legger opp til at § 14 blant annet kan benyttes i tilfeller der konkurranseloven §§ 10 og 11 ikke kommer til anvendelse, må konkurransebegrensningsvilkåret forstås slik at det er et annet kriterium enn det som gjelder i konkurranseloven §§ 10 og 11. Ut over dette er det liten veiledning i forarbeidene om når en adferd kan anses å være «egnet til å begrense konkurransen». Ordlyden «egnet til» tilsier at det ikke er nødvendig å påvise at en adferd faktisk påvirker konkurransen.

Forarbeidene gir som nevnt eksempler på adferd som det kan være relevant å regulere i en forskrift. I norsk lovkommentar til konkurranseloven er det fremhevet at «[e]n forskrift som forbyr visse typer rabatter vil kunne være særlig aktuell i et oligopolmarked. Dersom konkurransen i et marked er redusert som følge av at tilbyderne opererer med rabattstrukturer som påvirker konkurransen negativt, der rabattene gjør det vanskeligere for

²¹ Ot. Prp. nr.6 (2003-2004) kap 17 merknader til § 14 Konkurransfremmende tiltak.

nye aktører å etablere seg, vil vilkåret for å regulere rabattordningene gjennom forskrift være til stede. Dette gjelder selv om en enkelt leverandørs rabatter isolert ikke er i strid med § 14, dersom den kumulative effekten av rabattene er redusert konkurranse, f.eks. fordi rabattbeløpene på grunn av sin størrelse alene hindrer nyetableringer.»²²

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

5.2.2 Vurdering av virkninger som følge av usaklig prisdiskriminering

Prisdiskriminering kan påvirke konkurransesituasjonen i ulike markeder. Debatten i Norge de siste årene har hovedsakelig vært knyttet til hvorvidt det foreligger konkurranseskade i nedstrømsmarkedet (detaljstledet). Dette innebærer at prisdiskriminering fra en leverandør med markedsrett kan føre til konkurransebegrensende virkninger i detaljistmarkedet hvor leverandøren selv ikke er aktiv. Prisdiskriminering kan imidlertid også føre til konkurransebegrensning i markedet hvor leverandøren selv opererer. Potensielle skadehypoteser knyttet til ulike former for prisdiskriminering beskrives derfor nærmere i det følgende.²³

Leverandørers prisdiskriminering av kunder i nedstrømsmarkedet er vanlig forretningspraksis. Det kan i praksis være tale om en rekke ulike prisstrategier, som rabatter, bonuser, koblingssalg og selektive prisreduksjoner. Prisdiskriminering kan ha ulike effekter på konkurransen, og økonomisk analyse kan vise at prisdiskriminering under visse forutsetninger er bra for konkurransen og forbrukerne, og under andre forutsetninger ikke. Konkurranselovgivningen stiller derfor ikke opp et generelt forbud mot prisdiskriminering, og OECD har anbefalt konkurransemyndighetene å ta som utgangspunkt at prisdiskriminering har gunstige virkninger for konkurransen og forbrukerne.²⁴

I vurderingen av om prisdiskriminering er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål kan det være hensiktsmessig å skille mellom kortsiktige og langsiktige skadehypoteser.

5.2.2.1 Kortsiktige virkninger på konkurransen mellom dagligvarekjedene

En sentral forutsetning i økonomiske modeller for at prisdiskriminering kan ha en negativ effekt på konkurransen på kort sikt, er at detaljister har mulighet til å bygge opp sin egen alternative forsyningskilde – et *utsidealternativ*. Dette kan for eksempel skje gjennom vertikal integrasjon til produsentleddet ved at detaljisten starter egenproduksjon av et

²² se Olav Kolstad, norsk lovkommentar, sist hovedrevidert 19.08.2014.

²³ For en nærmere gjennomgang av ulike skadehypoteser, se for eksempel artikkelen "The Preliminary Ruling in MEO: Closing the Circle of Article 102 TFEU." av Reka Horvath, Luc Peeperkorn og Ekaterina Rouseva.

²⁴ OECD (2016), Price discrimination, DAF/COMP (2016) 15, avsnitt 32.

produkt (produksjon av egne merkevarer (EMV)).²⁵ På denne måten kan detaljistene skaffe seg et substitutt til leverandørens vare, noe som vil kunne bidra til å øke detaljistenes forhandlingsmakt. Å starte produksjon av EMV kan dermed bli aktuelt for detaljistene, dersom leverandøren setter tilstrekkelig høy innkjøpspris.

Å bygge opp en alternativ forsyningskilde vil medføre oppstartskostnader for detaljisten i form av, for eksempel, investering i fabrikklokaler, inventar og markedsføring av eget merke. I disse modellene har den største detaljisten det beste utsidealternativet, fordi den største detaljisten kan spre de faste kostnadene over flest enheter slik at utsidealternativet blir mest lønnsomt. En sentral modellforutsetning er med andre ord at det er stordriftsfordeler knyttet til å benytte en alternativ forsyningskilde, og at dette er mest aktuelt for den største detaljisten.

For å forhindre den store detaljisten fra å velge utsidealternativet, må leverandøren dermed gi et tilbud som er minst like lønnsomt som detaljistens utsidealternativ. Dette kan skje ved at den store detaljisten tilbys en relativt «lav» pris, samtidig som mindre detaljister tilbys en relativt «høy» pris. Modellen sier da at dersom den store detaljisten velger utsidealternativet, vil leverandøren redusere prisen til de mindre detaljistene til monopolpris, noe som svekker den store detaljistens insentiv til å velge utsidealternativet. For å holde på den store detaljisten avviker altså leverandøren fra monopolprisen på to måter: Den store detaljisten får bedre betingelser enn monopolprisen, mens den lille detaljisten får dårligere betingelser enn monopolprisen.

Man finner da for at den store detaljisten skal kunne oppnå lavere innkjøpspris enn mindre detaljister, må den ha et bedre utsidealternativ enn de mindre detaljistene, og dette utsidealternativet må være mer lønnsomt for den store detaljisten enn å kjøpe fra leverandøren til samme vilkår som de mindre detaljistene. Gitt at dette er tilfelle vil leverandøren oppfatte utsidealternativet som en troverdig trussel. Denne trusselen gjør at leverandøren tilbyr en pris som gir den store detaljisten minst like høy profitt ved kjøp av leverandørens vare som ved kjøp av varen fra en alternativ forsyningskilde. Leverandøren tilbyr altså så lav pris til den store detaljisten, og en så høy pris til de mindre detaljistene, at det ikke er rasjonelt for den store detaljisten å ta den faste kostnaden forbundet med å etablere egenproduksjon.

I denne modellen vil man oppnå en positiv effekt på konkurranse og forbrukervelferd, dersom leverandøren fratas muligheten til å prisdiskriminere, da innkjøpsprisene (og dermed også forbrukerprisene) går ned for alle detaljistene som handler med leverandøren. Dette fordi leverandøren vil måtte gi samme lave prisene til alle kunder for å forhindre den store detaljisten fra å velge utsidealternativet.²⁶

²⁵ Se blant annet Katz (1987). Se også Inderst og Valletti (2009) for en analyse av en situasjon med bedrifter med ulik grad av kostnadseffektivitet.

²⁶ I modellen er et mulig resultat av prisdiskriminering også at den store detaljistens utsidealternativ er så lønnsomt, at leverandøren vil foretrekke å levere utelukkende til de mindre detaljistene til en monopolpris, fremfor å sette en uniform pris som er så lav at den store detaljisten ikke bruker sitt utsidealternativ.

Kort oppsummert er resonnetet bak dette resultatet som følger: når en leverandør kan prisdiskriminere mellom sine kunder, vil den kunden som har et bindende utsidealternativ få en lavere innkjøpspris enn kunden med et dårligere utsidealternativ, for å unngå at førstnevnte velger utsidealternativet. Når leverandøren ikke kan prisdiskriminere, må derimot begge behandles likt. For å kompensere den største kunden med utsidealternativet for den tapte konkurransefordelen, må leverandøren redusere innkjøpsprisen for denne kunden. Dette resulterer i lavere innkjøpspriser for *begge* kundene.

Arbeidsgruppen som ble oppnevnt av NFD («arbeidsgruppen») mente at argumentene over var lite dekkende for det norske dagligvaremarkedet.²⁷ Som nevnt over er en sentral mekanisme i modellen at det er knyttet faste kostnader til å benytte seg av utsidealternativet, og at den største aktøren har stordriftsfordeler som, sammenlignet med de andre aktørene, gjør det enklere å dekke disse kostnadene. Dette kan for eksempel være tilfellet dersom den største aktøren i markedet er alene om å ha produksjon av EMV som utsidealternativ. Arbeidsgruppen argumenterte imidlertid for at dette ikke er en passende beskrivelse av det norske markedet.

For det første vil alternativet til å kjøpe varer fra en stor leverandør kunne være å kjøpe fra andre leverandører, i stedet for å opprette EMV-produksjon.²⁸ I slike tilfeller vil det ikke være faste kostnader av betydning ved å benytte seg av utsidealternativet, og stordriftsfordeler er derfor ikke like relevant. For det andre viste arbeidsgruppen til at utsidealternativet for de største kjedene allerede er delvis realisert gjennom EMV-produksjon. Både Norgesgruppen, Rema og Coop produserer, markedsfører og selger EMV. I tillegg er EMV ofte i større grad et supplement heller enn en erstatning for merkevarene fra store leverandører.²⁹ For det tredje viser arbeidsgruppen til at de tre største dagligvarekjedene i Norge alle er relativt store, noe som kan indikere at de alle har stordriftsfordeler. Samlet sett mener arbeidsgruppen at dette indikerer at forutsetningene som ligger til grunn for argumentasjonen over ikke er oppfylt, og en skadehypotese basert på dette derfor i liten grad er realistisk i det norske markedet.

Arbeidsgruppen viste for øvrig til at det finnes få empiriske studier som tar for seg prisdiskriminering, og at kun én av disse studiene tar for seg et naturlig eksperiment.³⁰ Studien viser det motsatte resultatet, at prisene i det franske dagligvaremarkedet gikk ned

²⁷ Regjeringsoppnevnt arbeidsgruppe oppnevnt 17. oktober 2019, bestående av professorene Tommy Staahl Gabrielsen (Universitetet i Bergen), Espen R. Moen (Handelshøyskolen BI) og Tore Nilssen (Universitetet i Oslo).

²⁸ En annen viktig forutsetning i den økonomiske modellen er at leverandøren har all forhandlingsmakt. Dersom dagligvarekjedene kan flytte hele eller deler av innkjøpene til andre leverandører, kan det også stilles spørsmål ved om denne forutsetningen er oppfylt når modellen anvendes på det dagligvaremarkedet.

²⁹ Dette varierer imidlertid noe mellom de tre store dagligvarekjedene i Norge. For eksempel uttaler Reitan at de har en EMV-andel på 22,7 pst. i 2021 og at COOP har uttalt at fremveksten av EMV skyldes dårligere innkjøpsbetingelser (Oda Norway og Reitan Retail, «Forslag til forskrift om usaklig prisdiskriminering i dagligvaremarkedet», september 2022).

³⁰ Artikkelen *The Effect of Input Price Discrimination on Retail Prices: Theory and Evidence from France*, Marie-Laure Allain Claire Chambolle‡ Stéphane Turolla, 23. April 2019.

etter at et forbud mot prisdiskriminering ble fjernet. Reguleringen av prisdiskriminering i Frankrike er nærmere beskrevet i punkt 7.1.

5.2.2.2 Mulige langsiktige virkninger på konkurransen mellom dagligvarekjedene

Som nevnt over, kan det oppstå konkurranseskadelige virkninger av prisdiskriminering på lang sikt, for eksempel fordi adferden bidrar til at nye aktører ikke etablerer seg, eller at eksisterende aktører må forlate markedet eller i mindre grad er i stand til å konkurrere.³¹

I beskrivelsen av potensielle konkurranseskadelige virkninger på lang sikt kan det være hensiktsmessig å skille mellom forskjeller i relative og absolutte innkjøpspriser.

Det absolutte nivået på den marginale innkjøpsprisen vil påvirke profittmarginen til en liten aktør direkte, og sammen med eventuelle faste betalinger fra leverandøren vil den marginale innkjøpsprisen derfor påvirke lønnsomheten på lang sikt. Siden prisdiskriminering kan gå direkte utover lønnsomheten til en liten aktør, vil denne kunne få svakere insentiver til å investere i nye produkter, kostnadsreducerende tiltak eller nye forsyningskilder. Prisdiskriminering kan derfor føre til at kjeden utøver et svakere konkurransepress enn den ellers ville gjort.

Forskjeller i relative innkjøpspriser vil generelt kunne påvirke konkurranseevnen til en aktør med dårligere betingelser. Over tid kan prisdiskriminering for eksempel føre til at dagligvarekjeder med gode betingelser vokser seg større på bekostning av mindre kjeder. Dette kan føre til en selvforsterkende effekt, som innebærer at mindre aktører stadig får dårligere relative innkjøpsbetingelser, noe som vil kunne begrense slike aktørers muligheter til å konkurrere. Over tid vil en slik markedsutvikling derfor kunne svekke konkurransen. For å vurdere dette vil det være relevant å kartlegge årsakene til forskjeller i innkjøpspriser, samt hvordan denne utvikler seg over tid. Konkurransetilsynet gjennomfører denne typen analyser basert på informasjon som hentes inn fra markedsaktørene.

5.2.2.3 Mulige aggregerte virkninger på konkurransen mellom dagligvarekjedene

I vurderingen av om prisdiskriminering er egnet til å ha konkurransebegrensende virkninger i detaljistleddet, vil det være sentralt å vurdere om prisforskjellen har *effekt på dagligvarekjedenes kostnader eller profitt*. Kostnadene forbundet med innkjøp av varer fra leverandørene utgjør en stor andel av dagligvarekjedenes totale kostnader.³² Isolert sett tilsier dette at forskjeller i innkjøpsbetingelser vil kunne påvirke dagligvarekjedenes kostnader og/eller profitt.

Dersom en vurderer virkningen på en dagligvarekjedes kostnader eller profitt med utgangspunkt i en enkelt leverandør, kan det imidlertid være utfordrende å påvise at prisdiskriminering er egnet til begrense konkurransen, fordi varekjøpet fra en enkelt leverandør vanligvis utgjør en relativt liten andel av en dagligvarekjedes totale kostnader, selv når den enkelte leverandøren har vesentlig markedsrett i sitt leverandørmarked. Som

³¹ Konkurransetilsynets veileder om prisdiskriminering, side 14 flg.

³² Ifølge en undersøkelse av Menon utgjorde varekostnadene 75 pst. av de dagligvarekjedenes totale driftskostnader i perioden 2007-2016. <https://www.menon.no/wp-content/uploads/2018-33-Konkurranse-i-dagligvare.pdf> s. 37.

følge av dette kan det være mer hensiktsmessig å vurdere de aggregerte virkningene av prisdiskrimineringen til flere leverandører. Dersom én dagligvarekjede systematisk mottar bedre innkjøpsbetingelser enn andre dagligvarekjeder fra flere leverandører som sammen utgjør en betydelig andel av kjedenes innkjøp, så vil det gi den førstnevnte kjeden en klar konkurransefordel i detaljistmarkedet. Dette kan igjen føre til skade på konkurransen gjennom å øke etableringshindringene, eller gjennom å begrense etablerte aktørers mulighet til å konkurrere (jf. punkt 5.2.2).

5.2.2.4 Virkninger på konkurransen mellom leverandører

Prisdiskriminering kan også virke utestengende for konkurrerende leverandører, for eksempel gjennom målrettede rabatter til viktige kunder. En slik skadehypotese skiller seg fra leverandørenes diskriminering av dagligvarekjeder (grossist- og/eller detaljistleddet), fordi det er én eller flere konkurrent(er) av den dominerende leverandøren som utestenges. Leverandører med en dominerende markedsstilling har ofte en merkevare som kunden er avhengig av å ha i sitt sortiment, og leverandøren kan utnytte dette ved å stille vilkår som gjør at kunden kjøper hele sitt behov av den aktuelle varen fra den samme leverandøren (eksklusivitets- eller lojalitetsrabatter). Leverandøren kan også bruke markedsmakten i relasjon til én type vare, til å få kunden til også å kjøpe andre typer varer fra leverandøren (koblingssalg). Dette kan innebære at kundene blir mer lojale til aktøren, og finner det ulønnsomt å velge andre leverandører. På den måten blir det vanskelig for andre leverandører å slippe til i markedet, noe som kan begrense konkurransen mellom leverandører.³³

5.2.3 Oppsummering

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

5.3 Er en forskrift etter § 14 nødvendig?

5.3.1 Innledning

Konkurranseloven § 14 stiller som vilkår for å kunne gi en forskrift at den er «nødvendig for å fremme konkurransen i markedene». Dersom konkurranseproblemene lar seg løse på en rimelig måte ved å anvende de eksisterende forbudsbestemmelsene i konkurranseloven, kan det tilsi at en forskrift ikke er nødvendig. I tillegg er det et krav om at forskriften gis for å fremme *konkurransen* i et eller flere markeder. En forskrift kan dermed ikke gis av andre grunner enn for å fremme konkurransen.

³³ The Preliminary Ruling in MEO: Closing the Circle of Article 102 TFEU) av Reka Horvath, Luc Peeperkorn og Ekaterina Rousseva, side 6-7. Se også relevant rettspraksis som nevnes her.

I forarbeidene til konkurranseloven vises det som nevnt over til at forskriftshjemmelen kan benyttes i tilfeller der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende, uten at forbudene i konkurranseloven § 10 og § 11 kommer til anvendelse, eller dersom det er vanskelig å bevise overtredelse av forbudene. Bestemmelsen vil kunne anvendes i markeder der et dominerende foretak bryter § 11 og flere andre foretak benytter seg av de samme konkurransebegrensende forretningsmetoder uten å rammes av § 11, fordi de ikke enkeltvis har en dominerende stilling i markedet.³⁴ En eventuell forskrift kan dermed både omfatte adferd som rammes av forbudsbestemmelsene, og konkurransebegrensende adferd som ikke rammes av disse bestemmelsene. I forarbeidene er det påpekt at en generell regulering gjennom forskrift vil være mest hensiktsmessig i de ovennevnte tilfellene, fordi det vil sikre like rammebetingelser for alle aktører i den aktuelle bransjen.

Nedenfor redegjør departementet for anvendelsen av forbudene mot henholdsvis konkurransebegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling gjennom prisdiskriminering (punkt 5.3.2 og 5.3.3), og om det i tillegg er behov for en forskrift mot prisdiskriminering (punkt 5.3.4). Behovet kan for eksempel begrunnes enten med at håndhevingen av forbudene er urimelig ressurskrevende og lite hensiktsmessig, eller at det er deler av praksisen som ikke rammes eller hvor det er usikkert om forholdene rammes av forbudsbestemmelsene. I punkt 5.3.5 følger en avveining av fordeler og ulemper ved en forskrift.

5.3.2 Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid

Konkurranseloven § 10 forbyr avtaler eller samordnet opptreden mellom foretak som har til formål eller virkning å vri konkurransen i markedet merkbart. Bestemmelsen er identisk med EØS-avtalen artikkel 53 og skal tolkes likt. Forbudet gjelder likevel ikke dersom samarbeidet har effektivitetsgevinster, som oppfyller kravene til unntak i bestemmelsens tredje ledd.

Det følger av konkurranseloven § 10 første ledd bokstav d at det kan utgjøre et ulovlig samarbeid å «*anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen*». Det er begrenset praksis som omhandler prisdiskriminering etter konkurranseloven § 10. Som regel er det § 11 som brukes i spørsmål om ulovlig prisdiskriminering.

5.3.3 Forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling

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

Etter praksis fra Den europeiske unions domstol (CJEU) vil et foretak ha en «dominerende stilling» dersom det har en så sterk økonomisk stilling at det har mulighet til å hindre

³⁴ Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) side 73, punkt 6.6.8

effektiv konkurranse i markedet ved at det i betydelig grad kan opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder, og i siste instans forbrukerne.³⁵ Det kreves ikke at foretaket har fjernet enhver mulighet for konkurranse i markedet for at det skal være dominerende.³⁶ Eksistensen av en dominerende stilling utelukker heller ikke at det er en viss restkonkurranse i markedet, men innebærer at det dominerende foretaket er i stand til å øve en merkbar innflytelse på hvordan konkurranseforholdene utvikler seg.³⁷

Vurderingen av om et foretak har en *dominerende stilling*, beror på en totalvurdering av flere forhold som hver for seg ikke nødvendigvis er avgjørende.³⁸ Etter praksis fra EU-domstolen vil foretakets markedsandel normalt være en viktig indikator på om foretaket har en dominerende stilling.³⁹ Det følger av rettspraksis at en markedsandel på 50 prosent eller mer i seg selv gir en presumsjon for at det foreligger en dominerende stilling. Andre sentrale momenter er om markedsandelene har vært stabile over tid,⁴⁰ øvrige konkurrenters markedsandeler⁴¹, hvilke etablerings- og ekspansjonshindringer som foreligger, samt kunders eventuelle kjøpermakt.⁴²

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

Videre nevner konkurranseloven § 11 annet ledd bokstav c (heretter § 11 (2) c) uttrykkelig prisdiskriminering som et eksempel på misbruk, dersom konkurransevnen til den dominerende aktørens handelspartner påvirkes negativt. Bestemmelsen slår fast at misbruk

³⁵ Se for eksempel EU-domstolens avgjørelse i sak C-85/76 Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen. Se også NOU 2003: 12, side 58, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), side 226.

³⁶ Sak 85/76 *United Brands og United Brands Continental mot Kommisjonen*, avsnitt 113

³⁷ Sak 85/76, *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*, avsnitt 39 og 70; sak T-340/03, *France Telecom SA mot Kommisjonen*, avsnitt 101; og sak 27/76, *United Brands og United Brands Continental mot Kommisjonen*, avsnitt 113-119.

³⁸ Sak 27/76, *United Brands og United Brands Continental mot Kommisjonen*, avsnitt 66; sak 85/76, *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*, avsnitt 39 tredje ledd. Se også NOU 2003:12, side 58.

³⁹ NOU 2003:12 s. 58

⁴⁰ Sak 85/76, *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*, avsnitt 41; sak T-139/98, *AAMS mot Kommisjonen*, avsnitt 51; sak T-65/98, *Van den Bergh Foods mot Kommisjonen*, avsnitt 154; sak T-336/07, *Telefonica SA mot Kommisjonen*, avsnitt 149.

⁴¹ Jf. NOU 2003:12, side 58. Se eksempelvis sak 85/76, *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*, avsnitt 48 og sak T-219/99, *British Airways mot Kommisjonen*, avsnitt 210.

⁴² Jf. NOU 2003:12, side 58. Se eksempelvis sak T-228/97, *Irish Sugar mot Kommisjonen*, avsnitt 97 til 104.

av dominerende stilling kan bestå i «å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen.»

To vilkår må være oppfylt for at prisdiskriminering skal utgjøre en overtredelse av § 11 (2) c. For det første må det være gitt «ulike vilkår for likeverdige ytelser», og for det andre må handelspartnerne som rammes av adferden stilles «ugunstigere i konkurransen». Sistnevnte vilkår betyr ifølge rettspraksis at adferden må være *egnet til å begrense konkurransen*.

For å vurdere hvorvidt det andre vilkåret er oppfylt lister rettspraksis opp flere relevante momenter.⁴³ Det vil blant annet kunne være sentralt å vurdere om prisforskjellen er *egnet til å ha en effekt på aktørens kostnader eller profitt*, i dette tilfellet dagligvarekjedene. Varekostnadene utgjør en vesentlig andel av dagligvarekjedenes totale kostnader. Isolert sett tilsier dette at selv mindre ulikheter i innkjøpspriser kan medføre en stor konkurranseulempe.

En vurdering av om prisdiskriminering utgjør et misbruk av dominerende stilling vil imidlertid rette seg mot leverandører som hver for seg kan utgjøre en relativt liten andel av den totale omsetningen til en dagligvarekjede. Dette innebærer at prisdiskriminering fra én leverandør totalt sett ofte vil ha relativt liten effekt på de totale kostandene til kjeden.

Dette kan illustreres ved hjelp av følgende eksempel: Anta at en leverandør har monopol på salg av tannbørster til norske dagligvarekjeder, og at en av kjedene får 60 prosent lavere innkjøpspriser enn de andre kjedene. Prisforskjellen kan ikke forklares ved ulikheter i kostnader ved å levere til de ulike kjedene eller av motytelser. Det kan derfor være grunn til å tro at det første vilkåret i § 11 (2) c er oppfylt. Dagligvarekjedene konkurrerer imidlertid om å tiltrekke seg kunder som skal kjøpe en hel handlekurv. Konkurransemyndighetene definerer derfor dagligvaremarkedet med utgangspunkt i en slik handlekurv, hvor alle produktene til kjedene inngår.

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 adferd fører til konkurransebegrensende virkninger i dagligvaremarkedet. Dette kan videre gjelde for en rekke enkeltprodukter og/eller enkeltleverandører, som hver for seg utgjør en liten andel av kjedens innkjøp. Dette tilsier at det kan være nødvendig å vurdere de samlede virkningene av prisdiskriminering på alle produktene som inngår i handlekurven for å kunne avgjøre om adferden har konkurranseskadelige virkninger. Som eksempelet over illustrerer, vil dette være vanskelig innenfor dagens lovverk fordi man ved bruk av § 11 (2) c i utgangspunktet vurderer virkningen av dominerende leverandørers prissetting isolert sett.

Som nevnt ovenfor, kan også prisdiskriminering virke utestengende for konkurrerende leverandører, og dermed være forbudt etter konkurranseloven § 11 (og § 10). Dette gjelder for eksempel koblingssalg, eksklusivitetsrabatter og lojalitetsskapende rabatter, som

⁴³ se f.eks sak C-525/16 MEO premiss 31

innebærer at kundene ikke, eller bare i liten grad, får insentiver til å velge andre leverandører. Disse typene adferd kan utgjøre et misbruk av dominerende stilling.

5.3.4 Behovet for endringer

I vurderingen av om en forskrift om prisdiskriminering kan anses å være «nødvendig» vil det etter departementets syn være av betydning om forbudsbestemmelsene i konkurranseloven §§ 10 og 11 lar seg anvende på den aktuelle adferden, eller om det er behov for supplerende regulering. Dersom en effektiv håndheving av dagens konkurransebestemmelser er tilstrekkelig til å motvirke de aktuelle konkurranseutfordringene, vil en ytterligere regulering ha lite for seg. Som nevnt innledningsvis, er det imidlertid ikke etter departementets syn et vilkår at adferden en ønsker å regulere faller utenfor gjeldende bestemmelser for at en forskrift skal være nødvendig. Forarbeidene åpner blant annet opp for at det kan gripes inn med forskrift etter § 14 mot adferd eller avtaler, som det er urimelig vanskelig eller uforholdsmessig ressurskrevende å anvende forbudsreglene i §§ 10 og 11 mot.

Beviskrav og en forutsigbar terskel for inngrep etter §§ 10 og 11, utgjør sentrale rettssikkerhetsgarantier for partene i en sak. Samtidig kan saker etter §§ 10 og 11 være ressurskrevende å håndheve, særlig der markedene er komplekse og består av en rekke aktører på ulike ledd i verdikjeden. I tilknytning til vurderingen av om prisdiskriminering utgjør et misbruk av § 11 i dagligvaremarkedet, kan det være ressurskrevende å sannsynliggjøre i tilstrekkelig grad at det foreligger dominans, at det er benyttet ulike vilkår for likeverdige ytelser (diskriminering), og at dette begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen på detaljistmarkedet.

Forbudet mot prisdiskriminering i konkurranseloven § 11 gjelder bare dersom foretaket har en dominerende stilling i et marked. Selv om konkurranseloven § 10 i prinsippet kan benyttes hvis foretaket ikke har en dominerende stilling, er det lite praksis på dette. En forskrift som ikke stiller krav til dominerende stilling, men i stedet benytter en lavere terskel, vil dermed kunne gi en mer effektiv håndheving. Det samme vil gjelde for en forskrift eller et verktøy hvor man kan vurdere de konkurransebegrensende virkningene av prisdiskriminering uten å ta stilling til leverandørenes markedsrett.

Videre kan det tenkes at den enkelte praksis i seg selv ikke strider mot konkurranseloven, men at det er de aggregerte virkningene fra flere leverandører sett under ett som er egnet til å begrense konkurransen i markedet. Det er lite praksis knyttet til en slik skadehypotese, og det vil være utfordrende i praksis for konkurransemyndighetene å anvende §§ 10 og 11 overfor en rekke leverandører samtidig og der de aggregerte virkningene må vurderes under ett.

Utfordringene med hensyn til aggregerte virkninger gjør seg ikke gjeldende på samme måte når det gjelder ulike former for prisdiskriminering som kan virke utestengende på leverandører oppstrøms, for eksempel eksklusivitetsvilkår, lojalitetsfremmende rabatter og koblingsalg.

Det kan også være vanskelig å sammenligne innkjøpsvilkår, fordi partene forhandler langs en rekke parametere, for eksempel sortiment, volum, markedsføring, plassering i butikk og

andre motytelser. Det vil derfor kunne være vanskelig på en tilstrekkelig robust måte å fastslå hva nettoprisen per produkt er, ettersom flere av disse forhandlingsparameterne ikke uten videre lar seg kvantifisere eller sammenligne helt presist. utfordringene forsterkes av informasjonsasymmetri mellom partene og konkurransemyndigheten. En forskrift som tydelig definerer hva som skal sammenlignes kan tenkes å gjøre en slik sammenligning lettere. Som det vil fremgå nedenfor, er det imidlertid krevende å gi operative definisjoner som samtidig er tilstrekkelig fleksible.

Ovennevnte viser at det er flere juridiske og praktiske utfordringer knyttet til håndhevingen av §§ 10 og 11 på prisdiskriminering i dagligvaremarkedet. Det kan tilsi at det er behov for en forskrift eller et annet verktøy for å gjøre håndhevingen av prisdiskriminering i verdikjeden for mat og dagligvarer mer effektiv.

5.3.5 Vurdering

Som vist ovenfor i punkt 5.2, kan det være tilfeller hvor prisdiskriminering kan ha konkurransebegrensende virkninger i strid med lovens formål. Videre følger det av punkt 5.3 at dagens konkurransebestemmelser ikke alltid vil være anvendelige på en konkurranseskadelig praksis, f.eks. aggregerte virkninger, eller det er praktiske utfordringer som gjør håndhevingen av §§ 10 og 11 lite hensiktsmessig. Dette kan tilsi at en forskrift eller et markedsetterforskningsverktøy vil være «nødvendig» for å fremme konkurransen.

I tillegg til vilkårene som konkurranseloven § 14 uttrykkelig oppstiller, legger departementet til grunn at det også må vurderes om en forskrift vil være forholdsmessig. Kravet kan utledes fra nødvendighetskravet eller fra et ulovfestet krav til forholdsmessighet i forvaltningen, og innebærer at fordelene ved å vedta forskriften må overstige ulempene. Det må med andre ord gjøres en avveining mellom de positive og negative virkningene av forskriften, herunder hvor byrdefullt dette inngrepet er overfor leverandørene og dagligvaregrupperingene.

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

En forutsetning for at forbrukerne nyter godt av lavere innkjøpspriser er at konkurransen i dagligvaremarkedet er effektiv, slik at dagligvarekjedene presses til å sette prisene ut til forbruker så nær egne marginalkostnader som mulig for å vinne salget. Som beskrevet innledningsvis, er dagligvaremarkedet preget av få aktører og høye etableringshindringer, noe som kan påvirke kjedenes insentiver til å konkurrere på pris. Som nevnt over i punkt

5.2.3, kan det ikke utelukkes at prisdiskriminering, særlig på lang sikt, kan begrense konkurransen i dagligvaremarkedet. Det kan derfor tenkes at en forskrift som gjør det enklere å gripe inn mot konkurranseskadelig prisdiskriminering kan bidra til styrket konkurranse, og at forbrukerne kommer bedre ut.

Virkingene av en forskrift vil kunne ha ulike effekter på etableringshindringene i markedet. Utjevning av innkjøpskostnader vil på den ene siden kunne gjøre det lettere å etablere seg, men samtidig gi et press på det generelle prisnivået i markedet. Sistnevnte trekker i motsatt retning med hensyn til etablering, fordi etablering ikke vil være like lønnsomt som før. Dersom en forskrift fører til reduserte etableringshindringer, kan det på sikt bidra til økt konkurranse blant dagligvarekjedene. Økt konkurranse mellom dagligvarekjedene vil normalt føre til lavere priser, større utvalg og bedre kvalitet, som vil komme forbrukerne til gode på lengre sikt.

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

Det kan også stilles spørsmål om hvor sikre man må være på at tiltaket faktisk fører til nyetablering på lengre sikt. I den forlengelse er det en utfordring at andre etableringshindringer i dagligvaremarkedet fortsatt kan føre til at aktører i praksis ikke etablerer seg, selv om forskriften om prisdiskriminering senker etableringshindringene noe. Man kan derfor risikere at forskriften fører til at prisene til forbrukerne øker på kort sikt, uten at den på lengre sikt fører til nyetablering som styrker konkurransen i markedet. Forslaget må imidlertid sees i sammenheng med departementets forslag til forskrift om forbud mot negative servitutter og eksklusive leieavtaler i dagligvaremarkedet, som også har til formål å gjøre det enklere å etablere seg i markedet, ved å bedre tilgangen til butikkløkal, og øvrige grep i dagligvaremarkedet. Dagligvaremeldingen inneholdt også tiltak for å legge til rette for nyetablering og økt konkurranse, blant annet at det skal vurderes om det er behov for regulering av tilgang på grossisttjenester.⁴⁴

En annen konsekvens av en forskrift om usaklig prisdiskriminering kan være at dagligvarekjedenes bruk av egne merkevarer (EMV) påvirkes. For aktører som ikke lenger vil få en fordel av ulike innkjøpsbetingelser, kan forbudet føre til en økt satsing på EMV. For mindre aktører som tidligere hadde en konkurranseulempe, men som nå får samme innkjøpsbetingelser som sine konkurrenter, kan det derimot bli mindre attraktivt å satse på EMV. Betydningen EMV har for konkurransen i dagligvarebransjen skal utredes nærmere, og utdypes derfor ikke her.

Etter departementets syn viser redegjørelsen over at det både er fordeler og ulemper med å innføre en forskrift som regulerer prisdiskriminering i dagligvaremarkedet, og at det er krevende å fastslå hvilke effekter som er sterke. Departementet ber om høringsinstansenes innspill til dette.

⁴⁴ Meld.St. 27 (2019-2020) pkt. 5.3

Spørsmål til høringsinstansene:

- Hvordan vil en forskrift som forbyr, eller regulerer, ulike innkjøpspriser i dagligvarebransjen påvirke etableringsmulighetene i dagligvarebransjen?
- Hvordan vil en forskrift som forbyr eller regulerer ulike innkjøpspriser i dagligvarebransjen påvirke konkurransen mellom dagligvarekjedene?

5.4 Oppsummering

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

Som det fremgår nedenfor i punkt 8, har departementet derfor også utarbeidet et forslag til en forskrift som forbyr usaklig prisdiskriminering dersom det er egnet til å begrense konkurransen, og som åpner for at det i virkningsvurderingen også kan tas hensyn til aggregerte virkninger. En slik forskrift vil etter departementets vurdering være mer effektiv enn gjeldende konkurranseregler. Det foreslås også å gi Konkurransetilsynet et fleksibelt markedsetterforskningsverktøy. Etter departementets foreløpige vurderinger, vil hjemmelsproblematikken i § 14 som beskrevet ovenfor ikke gjøre seg gjeldende for disse alternativene, og de kan utformes innenfor det EØS-rettslige handlingsrommet.

6 Forholdet til EØS-avtalen

6.1 Konkurranseloven § 15 og EØS-konkurranseloven § 7

EØS-avtalens konkurranseregler kommer til anvendelse på konkurransebegrensende adferd som kan påvirke samhandelen mellom EØS-stater merkbart. Både konkurranseloven og EØS-avtalens konkurranseregler kan komme til anvendelse på ett og samme forhold, og regelsettene kan anvendes parallelt. EØS-avtalen legger imidlertid begrensninger på anvendelsen av den norske konkurranseloven. EØS-konkurranseloven § 7 regulerer forholdet mellom konkurranseloven og EØS-avtalen artikkel 53 og 54.⁴⁵

Ifølge konkurranseloven § 15 skal reglene i §§ 10 og 11, og i forskrifter gitt i medhold av § 14, gjelde med de begrensninger som følger av EØS-konkurranseloven § 7.

⁴⁵ jf. EØS-avtalen protokoll 21 artikkel 3 nr. 3 og rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 3

EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd lyder:

«Anvendelsen av norsk konkurranselovgivning må ikke føre til forbud mot avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, eller som er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3. Konkurransemyndighetene er ikke etter denne bestemmelse forhindrede fra å anvende mer restriktiv norsk lovgivning som forbyr eller sanksjonerer foretaks ensidige adferd.»

Etter EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd må altså håndhevingen av nasjonal konkurranselovgivning ikke føre til forbud mot avtaler og ordninger mv. som påvirker samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1. Bestemmelsen er derimot ikke til hinder for å håndheve ensidig adferd strengere, for eksempel gjennom forskrifter etter § 14.

Bestemmelsen er heller ikke til hinder for en strengere håndheving, dersom det er andre hensyn enn konkurransepolitiske hensyn som ligger til grunn. For eksempel er det adgang til å gi strengere regler om avtaler mellom foretak, hvis formålet er å sikre rettferdig handelspraksis.

EU har tilsvarende regulering av forholdet mellom EF-traktaten artikkel 81 og 82 (nå artikkel 101 og 102) og medlemsstatenes nasjonale konkurranselovgivning i rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 3. Formålet med bestemmelsene er å sikre ensartet håndheving av avtaler og samordnet opptreden i EU og EØS.

6.2 Vurdering av om prisdiskriminering er «ensidig adferd»

6.2.1 Innledning

Innkjøpsbetingelser og priser kommer ofte til uttrykk gjennom leverandøravtaler, og kan i prinsippet håndheves etter EØS-avtalen artikkel 53 og konkurranseloven § 10. Avtaler etter denne bestemmelsen defineres normalt som uttrykk for en felles vilje mellom aktørene.

Imidlertid kan det ofte være én part som er pådriver for og har fordel av de konkurransebegrensende virkningene. For eksempel vil en leverandør kunne påtvinge en dagligvarekjede med en dårligere forhandlingsposisjon høyere priser. Det er således ikke tale om en typisk overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, men heller om et tilfelle av ensidig adferd som kommer til uttrykk i en avtale, som typisk håndheves etter EØS-avtalen artikkel 54 og konkurranseloven § 11. Et annet eksempel er at en dagligvarekjede med stor grad av kjøpermakt kan presse på for å oppnå gode betingelser på bekostning av mindre leverandører med liten grad av forhandlingsmakt.

Om forskjeller i innkjøpspriser kan sies å være et resultat av «ensidig adferd» eller om den kun må vurderes opp mot forbudet mot konkurransebegrensende avtaler eller samordnet opptreden får betydning for utformingen av en mulig forskrift. Dersom praksisen kan anses som ensidig adferd etter § 7, kan den reguleres strengere i nasjonal rett. På den annen side,

dersom den kun anses å være en avtale eller samordnet opptreden, kan forskriften bare anvendes på prisdiskriminering av varer som faller utenfor EØS-avtalen, som ikke påvirker samhandelen eller hvor EØS-avtalen artikkel 53 er overtrådt. EØS-konkurranseloven § 7 inneholder imidlertid ingen klar avgrensing mellom avtaler og ensidig adferd.

Ensidig adferd reguleres i EØS-konkurranseretten av forbudet mot misbruk av dominerende stilling i artikkel 54, og i norsk rett etter

den tilsvarende bestemmelsen i konkurranseloven § 11. Etter sin ordlyd omfatter disse bestemmelsene en rekke former for adferd som har avtaleelementer, slik som forskjeller i innkjøpspriser, ulike vilkår for likeverdige ytelser og tilleggssytelser uten sammenheng med kontraktsgjenstanden. Det er derfor en rekke tilfeller med overlapp mellom forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10/EØS-avtalen artikkel 53 og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling etter konkurranseloven § 11/EØS-avtalen artikkel 54. Begge bestemmelser kan benyttes på samme overtredelse, men ofte blir det en vurdering av hvordan overtredelsen karakteriseres. Hvorvidt ensidig adferd etter EØS-konkurranseloven § 7 skal forstås på samme måte som handlinger som faller under artikkel 54 er ikke klart.

Dersom § 7 skal forstås på den mest restriktive måten, er det lite rom for nasjonal lovgivningskompetanse på konkurranserettenns område, dersom samhandelskriteriet først er oppfylt. Det vil i så fall kun være tilfeller av ren ensidig adferd som kan reguleres strengere, slik som leveringsnektelser og oppsigelser.

6.2.2 Vurdering

Spørsmålet blir etter dette om anvendelsen av nasjonal konkurranselovgivning som går lenger enn EØS-konkurransereglene er begrenset til tilfellene av ren ensidig adferd, eller om det også er mulig å regulere en del tilfeller som oppfyller avtalevilkåret i § 10/artikkel 53 som ensidig adferd.

Departementet har ikke funnet relevant praksis som sier noe om tolkningen av verken EU-bestemmelsen i forordning 1/2003 artikkel 3(2) eller EØS-konkurranseloven § 7.

Til fordel for en restriktiv tolkning kan det anføres at § 7 uttrykkelig viser til avtaler i artikkel 53, noe som kan tale for at det som omfattes av denne bestemmelsen blir utslagsgivende.

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

Bakgrunnen for bestemmelsen i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd var et opprinnelig forslag fra Kommisjonen om at forbudene mot konkurransebegrensende avtaler og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i fellesskapsretten skulle fortrenge nasjonal

lovgivning fullstendig. Dette fikk Kommisjonen ikke gjennomslag for, uten at det er helt klart hva som var bakgrunnen for dette. Det at det allerede forelå nasjonal lovgivning i flere EU-land som regulerte ensidig adferd kan imidlertid 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.⁴⁶

For eksempel var det i den tyske konkurranseloven allerede et forbud mot å utnytte selskaper som står i et økonomisk avhengighetsforhold til handelspartneren, uten at handelspartneren nødvendigvis har en dominerende stilling i et marked. Forbudet omfatter bl.a. usaklig diskriminering, som har et klart avtaleelement, selv om det i hovedsak er det ensidige ved handlingen som er det problematiske. Reguleringen kan forby vertikale avtaler som ikke nødvendigvis er forbudt etter TEUV artikkel 101 eller avtaler som er unntatt etter forordningen om vertikale gruppeunntak.⁴⁷

Historikken rundt tilblivelsen av artikkel 3(2) i forordning 1/2003 sett opp mot eksempelet i fortalen tilsier at ensidig adferd også kan omfatte avtalevilkår i en vertikal avtale, dersom de er ensidig påtvunget en part som står i et avhengighetsforhold til den andre avtaleparten.

Richard Whish og David Bailey ser ut til å legge en slik tolkning til grunn. Om tolkningen av forordning 1/2003 artikkel 3(2) har de uttalt at Storbritannia (da de fortsatt var en del av EU) kunne gjennomføre tiltak i medhold av nasjonal konkurranserett mot ensidig adferd, som for eksempel urimelig prising eller andre handelsvilkår («the imposition of unfair prices or other trading conditions»), selv om det ville gå lenger enn artikkel 102.⁴⁸

Professor Gjendemsjø og Anchustegui har i *“Festskrift til Det juridiske fakultet, Universitet i Bergen”* gitt uttrykk for at medlemsstater trolig kan regulere ensidig bestemte avtalevilkår i nasjonal rett uten å bryte artikkel 3(2) i forordning 1/2003.⁴⁹ Derimot fremstår konklusjonen som noe mer usikker i utredningen de gjorde på oppdrag for Nærings- og fiskeridepartementet i 2017⁵⁰. I en nyere utredning Gjendemsjø har gjort for

⁴⁶ se Commission Staff Working Paper accompanying the Report on the functioning of Regulation 1/2003, SEC (2009) avsnitt 162 flg.

⁴⁷ Gjendemsjø og Anchustegui, *The Scope for National Regulation of Unfair Trading Practices*, (Gjertsen, Johan; Konow, Berte-Elen (eds.), Fagbokforlaget, 2019), tilgjengelig her: [The Scope for National Regulation of Unfair Trading Practices by Ronny Gjendemsjø, Ignacio Herrera Anchustegui :: SSRN](#).

⁴⁸ Whish og Bailey, *Competition Law* 8. utgave, 2015, s. 80

⁴⁹ Gjendemsjø og Anchustegui, *The Scope for National Regulation of Unfair Trading Practices*, (Gjertsen, Johan; Konow, Berte-Elen (eds.), Fagbokforlaget, 2019), tilgjengelig her: [The Scope for National Regulation of Unfair Trading Practices by Ronny Gjendemsjø, Ignacio Herrera Anchustegui :: SSRN](#)

⁵⁰ Gjendemsjø og Anchustegui, *Utredning av muligheten for å etablere en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat som ikke rammes av konkurranseloven § 11*, 2017

Norgesgruppen, er konklusjonen at det ikke er adgang til å regulere prisdiskriminering strengere enn det som følger av EØS-avtalen artikkel 53.⁵¹

Mot en restriktiv tolkning kan det anføres at forbudet mot misbruk av dominerende stilling i EØS-avtalen artikkel 54 ikke alltid vil være anvendelig på ensidig adferd som begrenser konkurransen. For eksempel kan såkalte misbrukshandlinger være problematiske selv om foretaket ikke har en dominerende stilling. Videre er det i realiteten svært ressurskrevende å etterforske og sanksjonere flere enkeltovertrедelser av forbudet mot misbruk av dominerende stilling samtidig, slik at det er et klart behov for å kunne gi nasjonale reguleringer av generell art. Supplerende nasjonal lovgivning vil følgelig kunne regulere konkurransebegrensende adferd i et konkret marked langt mer effektivt enn håndheving av artikkel 54 i enkelttilfeller. Nasjonale myndigheter vil også i større grad være i stand til å vurdere konkurranseutfordringene i egne markeder, og reguleringsbehovene disse reiser.

På den annen side, innebærer en vid tolkning at det for ensidige handlinger vil kunne bli stor grad av divergens mellom medlemslandene i det indre marked. Hvis dette ikke er et bevisst valg, er det klart uheldig. EU-Kommisjonen har i en tidlig evaluering av forordning 1/2003 gitt uttrykk for at unntaket for ensidig adferd er et forhold som bør utredes nærmere, herunder både evaluering av omfanget av potensielle problemer det innebærer og vurdering av behovet for å ta grep på europeisk nivå.⁵² Forordningen ble nylig sendt på høring 30. juni 2022.⁵³

Som vist over, gir rettskildene ingen klare svar på hvordan «ensidig adferd» skal forstås. Departementet mener i utgangspunktet at det bør legges vekt på hvordan regelen ble til og dens formål. Disse tilser at det fortsatt skulle være rom for at nasjonalstatene kunne gi strengere regulering av ensidig adferd, selv om den kommer til uttrykk gjennom en avtale..

Dette vil i så fall bety at det kan være anledning til å regulere prisdiskriminering strengere enn artikkel 53, så lenge forskjellsbehandlingen er et resultat av ujevn forhandlingsstyrke, f.eks. økonomisk avhengighet. Dersom det er reelle forhandlinger som ligger til grunn uten noe utnyttende element, vil derimot artikkel 53 sette begrensninger for hvor langt handlingsrommet strekker seg.

6.3 Forskriftens formål

Begrensningene i EØS-avtalen som er skissert ovenfor, hindrer ikke anvendelsen av bestemmelser i nasjonal lovgivning som *hovedsakelig fremmer et annet formål* enn EØS-

⁵¹ Betenkning utarbeidet av professor Ronny Gjendemsjø og Oslo Economics på oppdrag fra Norgesgruppen, 4. juli 2022

⁵² Commission staff working paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council – Report on the functioning of Regulation 1/2003, 2009, tilgjengelig her: [EUR-Lex - 52009SC0574 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](#)

⁵³ EU antitrust procedural rules – evaluation (europa.eu)

avtalens artikkel 53 og 54⁵⁴. Dersom det er andre hensyn enn konkurransepolitiske formål som ligger bak, vil det altså være mulig å forby avtaler uavhengig av om de begrenser konkurransen jf. EØS-avtalen artikkel 53. Etter departementets vurdering vil en forskrift om prisdiskriminering ha et konkurransepolitisk formål. Begrunnelsen for å vurdere en slik forskrift er nettopp bekymringer om svekket konkurranse i dagligvaremarkedet. Departementet har derfor ikke vurdert dette nærmere.

7 Særregulering i andre land

7.1 Frankrike – forbud mot prisdiskriminering

Frankrike hadde i perioden 1986-2008 et forbud for leverandører i dagligvaremarkedet, også ikke-dominerende, mot å kreve ulike vilkår av like kjøpere, som ikke kunne begrunnes i konkrete kostnadsforskjeller. Formålet var å beskytte den svakere parten i leverandøravtalene, detaljistene, og forhindre at de ble urimelig forskjellsbehandlet av leverandørene. Forbudet omhandlet priser, betalingsfrister og salgsvilkår som ikke var grunnlagt i reelle motytelser eller kostnadsbesparelser, og som dermed skapte en ulempe eller en fordel i konkurransesituasjonen for kjøper. Loven gjaldt alle avtaler mellom leverandør og detaljist, men ble særlig brukt i dagligvaresektoren. Loven krevde full gjennomsiktighet i prisene fra produsenter til profesjonelle kunder

Bakgrunnen for at forbudet mot prisdiskriminering ble opphevet i 2008 var et ønske om å styrke konkurransen mellom dagligvarekjedene i Frankrike. Det var en arbeidsgruppe ledet av Marie-Dominique Hagelsteen som tilrådet oppheving av forbudet, blant annet fordi utvalget mente at forbudet mot prisdiskriminering la til rette for adferd som ikke oppmuntret partene til å drive priskonkurranse, noe som gikk utover forbrukerne.⁵⁵

Det er gjennomført en studie i etterkant, som indikerer at prisene i det franske dagligvaremarkedet gikk ned etter at forbudet mot prisdiskriminering ble opphevet.⁵⁶ Ifølge studien ble prisene på nasjonale merkevarer redusert med 2,2-3,4 prosent sammenlignet med egne merkevarer etter at forbudet ble opphevet.

7.2 Tyskland m.fl. – relativ dominans

Tyskland åpner for å gripe inn mot misbrukshandlinger uten at det aktuelle foretaket har en dominerende stilling i et marked. Den tyske konkurranselovens § 20 forbyr foretak med relativ markedsrett å misbruke sin stilling. Bestemmelsen rammer både kunder og leverandører. Relativ markedsrett foreligger dersom andre foretak står i et avhengighetsforhold til det aktuelle foretaket fordi de mangler tilstrekkelige

⁵⁴ jf. EØS-konkurranseloven § 7 tredje ledd og ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 3, samt forordning 1/2003 artikkel 3 nr. 3

⁵⁵ se Dagligvaremeldingen s. 11.

⁵⁶ Artikkelen The Effect of Input Price Discrimination on Retail Prices: Theory and Evidence from France, Marie-Laure Allain Claire Chambolle† Stéphane Turolla, 23. April 2019.

byttealternativer til andre handelspartnere, og det er en vesentlig maktubalanse mellom foretakene. Bestemmelsen gjelder ikke særskilt for dagligvaremarkedet, men den ble i sin tid primært vedtatt for å adressere kjøpermakt i dagligvaresektoren. Ifølge § 20(1) tredje punktum er det en presumsjon om at en leverandør er avhengig av en kjøper hvis leverandøren regelmessig gir en kjøper spesielle fordeler som ikke gis til lignende kjøpere.

Bestemmelsen innebærer at forbudet mot dominerende stilling utvides til tilfeller hvor det aktuelle foretaket ikke kan anses å være dominerende. For at en handling, som for eksempel prisdiskriminering, skal være forbudt må diskrimineringen påvirke konkurranseevnen til foretaket som diskrimineres. Ren utnyttelse av en leverandør eller kunde er ikke tilstrekkelig. I slike tilfeller har Tyskland regler i et annet lovverk om urettferdig konkurranse.

Også andre land i tillegg til Tyskland har regler om relativ dominans, som for eksempel Frankrike, Portugal og Spania. Portugal har, i likhet med Tyskland, inntatt en slik regulering i konkurranselovgivningen.⁵⁷

7.3 Finland m.fl. – dominerende stilling ved 30 prosent markedsandel

I januar 2014 introduserte finske myndigheter endringer i konkurranselovgivningen som skulle ta sikte på utfordringer knyttet til kjøpermakt i dagligvaremarkedet.⁵⁸ Endringen innebærer at aktører med en nasjonal markedsandel på mer enn 30 prosent i dagligvaremarkedet (salg av dagligvarer til forbrukerne) defineres som dominerende aktører. Dersom terskelen på 30 prosent er oversteget, er det ikke mulig for en dagligvarekjede å fremlegge øvrige bevis eller dokumenter for å vise at aktøren ikke innehar en dominerende stilling.

Bakgrunnen for endringen i finsk lovgivning var blant annet at OECD og Europakommisjonen hadde gjennomført analyser som viste at konkurransen i det finske dagligvaremarkedet ikke fungerte optimalt. Reguleringen er først og fremst rettet mot de to største dagligvarekjedene i Finland, som til sammen har en markedsandel på 80 prosent i det finske dagligvaremarkedet. Hovedformålet med å innføre reguleringen var å sikre at dagligvaremarkedet fungerer effektivt.

Den aktuelle bestemmelsen innebærer at en aktør med høyere markedsandel enn 30 prosent har en dominerende stilling. I en konkret sak må det også vurderes om adferden utgjør et misbruk, og særlig virkningene på markedet må undersøkes. En slik vurdering må gjøres i lys av rettspraksis fra EU og i tråd med etablerte økonomiske prinsipper. I reguleringens forarbeider nevnes predasjonsprising, lojalitetsrabatter, koblingsalg ('bundling' og 'tying')

⁵⁷ Gjendemsjø, R. og Anhustegui, I. H. (2017). Utredning av muligheten for å etablere en inngreps hjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat som ikke rammes av konkurranseloven § 11.

⁵⁸ Forarbeider til lovendringen, tilgjengelig her: [EKONOMIUTSKOTTETS BETÄNKANDE 11/2013 rd \(eduskunta.fi\)](https://www.eduskunta.fi/EKONOMIUTSKOTTETS%20BET%C4%84NKANDE%2011/2013_rd)

og prisdiskriminering som eksempler på adferd som kan føre til at konkurransemyndighetene oppretter sak.

Lovendringen retter seg særlig mot de fordelaktige betingelsene de største dagligvarekjedene oppnår sammenlignet med øvrige kjeder. Det forutsettes at det er en sammenheng mellom dagligvarekjedenes størrelse og innkjøpsbetingelser, slik at større kjeder har bedre betingelser enn mindre. I forarbeidene uttrykkes de konkurransemessige utfordringene i denne forbindelse på følgende måte: *'[...] for a while, this trend may be beneficial for consumers if market positions are defended by means of tough price competition, but in the longer term, it can easily result in a situation where competition will have significantly declined. At this point, the chain no longer needs to take consumer reactions into account, as there are no competing options for the consumers.'*⁵⁹

Samtidig anerkjennes de fordelaktige sidene ved kjøpermakt for konkurranse og forbrukerne eksplisitt i den nye lovgivningen. Det vises i denne sammenheng særlig til at lavere innkjøpspriser i større grad vil videreføres til sluttkundene dersom konkurransen mellom dagligvarekjedene er sterk.

Frem til nå har ikke finske konkurransemyndigheter fattet noen vedtak med hjemmel i denne reguleringen. Det er heller ikke gjennomført noen spesifikk evaluering av hvordan reguleringen har påvirket konkurransen eller prisene i dagligvaremarkedet.

Også Litauen har en legalpresumsjon for at dagligvarekjeder har en dominerende stilling når de har markedsandeler over 30 prosent.

8 Nærmere om forskriftsutkastet

8.1 Innledning

I vedtak 612 ber Stortinget Regjeringen om å høre en midlertidig forskrift om usaklig prisdiskriminering i medhold av konkurranseloven § 14. 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.

Forslag til definisjoner fremgår i punkt 8.3, og i forskriftsutkastet § 2. Etter departementets vurdering kan det også være hensiktsmessig å si noe om hva som er å anse som likeverdige ytelser, da dette er en forutsetning for at ulike priser kan anses å være prisdiskriminering.

⁵⁹ Notat til OECD 22. Juni 2022, Purchasing Power and Buyer's cartel – Note by Finland, side 6

I vedtaket bokstav d) ber Stortinget om en regulering av usaklig prisdiskriminering. Nedenfor i punkt 8.5 presenteres et forslag til forskrift som er basert på stortingsvedtak 612 jf. 572.

I henhold til utredningsinstruksen har departementet også vurdert ulike alternativer for hvordan Stortingets ønske om bedre konkurranse i verdikjeden for mat kan oppnås. Utredningsinstruksen har blant annet til formål å legge et godt grunnlag for beslutninger om regelendringer. En utredning skal blant annet svare på spørsmål om hva problemet er og hva man ønsker å oppnå, hvilke tiltak som er relevante og hvilke prinsipielle spørsmål disse reiser. Videre må positive og negative virkninger av tiltakene beskrives, og det må begrunnes hvilke tiltak som anbefales. Prinsipielle spørsmål skal drøftes på en balansert, systematisk og helhetlig måte.

Departementet presenterer derfor en alternativ forskriftsutforming i punkt 8.6. Det tredje tiltaket i punkt 9 er et generelt virkemiddel, som vil kunne gi Konkurransetilsynet mulighet til å gjennomføre markedsetterforskning og iverksette avhjelpende tiltak. Et slikt verktøy vil kunne adressere flere av de utfordringene Stortinget viser til i vedtakene for dagligvaremarkedet i tillegg til prisdiskriminering. De alternative forslagene er også en oppfølging av Stortingets anmodningsvedtak nummer 605. Departementet ønsker høringsinstansenes innspill på de foreslåtte alternativene.

8.2 Forskriftens virkeområde

Forskriften er kun ment å skulle gjelde for prisdiskriminering i verdikjeden for mat og dagligvarer, ikke i øvrige markeder. Departementet foreslår at dette tydeliggjøres innledningsvis i en egen bestemmelse.

Når det gjelder det geografiske virkeområdet for forskriften følger dette konkurranseloven for øvrig jf. konkurranseloven § 5. Forskriften vil derfor gjelde for vilkår, avtaler og handlinger som foretas, har virkning eller er egnet til å ha virkning her i riket. Konkurranseloven gjelder også Svalbard, jf. forskrift av 17. oktober 2008 nr. 1126, med unntak for bestemmelsene som kun angår forholdet til konkurransereglene i EØS-avtalen, det vil si § 9 første ledd bokstav d, § 15 og § 21a. Bakgrunnen er at Svalbard ikke er omfattet av EØS-avtalen. Departementet ser ingen grunn til å gjøre unntak fra forutsetningen bak forskrift om anvendelse av konkurranseloven på Svalbard, om at de samme reglene skulle gjelde på Svalbard som på fastlandet.

8.3 Definisjoner

8.3.1 Leverandører med vesentlig markedsrett

Stortinget har bedt om en operasjonell definisjon av vesentlig markedsrett. I forslagene til forskrift nedenfor, foreslår departementet at vesentlig markedsrett er vilkår for at forskriften kommer til anvendelse.

Forskriften som er skissert i stortingsvedtak 612 skal rette seg mot leverandører med vesentlig markedsrett, og ikke aktører i verdikjeden for mat generelt. Departementet anser

alle aktører som leverer varer til videresalg til dagligvarekjeder og grossister som leverandører for denne forskriftens formål.

Departementets legger til grunn at det skal mindre til for at en leverandør har «vesentlig markedsrett» enn at den har en «dominerende stilling». En definisjon bør utformes på en slik måte at ikke "åpenbart" uproblematisk transaksjoner forbyes. Et alternativ er å ta utgangspunkt i aktørens markedsandel, for eksempel 40 prosent. Til sammenligning presumeres dominans ved 50 prosent markedsandel. Ved å fastsette en presumsjon for at vesentlig markedsrett foreligger dersom markedsandelen overstiger for eksempel 40 prosent, vil forbudet kun omfatte leverandører av en viss størrelse. Etter departementets vurdering, kan en grense på 40 prosent virke fornuftig gitt dagens markedsstruktur. Det vil også være forenlig med at gruppefritaket for vertikale avtaler gjelder for foretak med markedsandeler under 30 prosent. Transaksjoner som involverer en aktør under denne terskelen, vil neppe være egnet til å skade konkurransen. For aktører med en markedsandel mellom 30 og 40 prosent vil usaklig prisdiskriminering fortsatt vurderes konkret etter konkurranseloven § 10.

En lignende bestemmelse er innført i Finland, jf. punkt 7.3 over, som slår fast at aktører på detaljistledet i dagligvaremarkedet med en markedsandel over 30 prosent er å anse som dominerende, slik at det alminnelige forbudet mot misbruk av dominerende stilling kommer til anvendelse uten at en nærmere vurdering er nødvendig. I motsetning til den finske bestemmelsen, er bestemmelsen som foreslås i dette høringsnotatet ment å gjelde leverandører og ikke detaljister.

Det er visse svakheter ved en slik tilnærming. For det første kan en slik absolutt grense gi noen aktører insentiv til å konkurrere mindre hardt for å komme under grensen. For det andre kan det være utfordrende å definere hva som er det relevante markedet, og en for snever eller vid definisjon kan gi et skjevt bilde når markedsandel blir den avgjørende faktoren. For det tredje, er dagligvaremarkedet konsentrert i alle ledd av verdikjeden, og leverandørene møter ofte sterke motparter i forhandlingene. Verdien av en absolutt grense for vesentlig markedsrett basert på markedsandeler alene kan derfor i mange tilfeller sannsynligvis være begrenset.

Dersom markedsandel skal benyttes som et mål på vesentlig markedsrett, kan det inntas et tilleggsvilkår om at leverandøren også må ha en omsetning som overstiger en bestemt terskel, se også lignende forslag fra Oda Norway og Reitan Retail.⁶⁰ Dermed vil en forskrift bare få anvendelse på de leverandørene som har omsetning av betydning for konkurransen i dagligvaremarkedet, mens mindre aktører som leverer varer i et nisjemarked vil falle utenfor. En slik terskel kan for eksempel være på 100 millioner kroner.

Alternativt, kan det benyttes en definisjon som knytter seg til økonomisk avhengighet, eller såkalt relativ markedsrett, etter inspirasjon fra blant annet Tyskland. Relativ markedsrett handler ikke om makt i markedet generelt, men om maktforholdet i relasjon til

⁶⁰ Forslag til forskrift om usaklig prisdiskriminering i dagligvaremarkedet, utredning av behovet for supplering av konkurranseloven og forslag til midlertidig forskrift med merknader, september 2022

handelspartnere. En slik definisjon kan være mer fleksibel enn en absolutt markedsandelsgrense, og kan gå ut på at en leverandør har vesentlig markedsrett dersom en dagligvarekjede eller grossist er avhengig av leverandørens merkevarer, har få eller bare et bestemt antall alternative leverandører å velge mellom, eller dersom leverandøren står for mer enn en nærmere bestemt andel av en grossist/dagligvarekjedes innkjøp. Dersom inngangsvilkåret er økonomisk avhengighet, vil det kunne bidra til å sikre at ikke prisforskjeller som har vært gjenstand for reelle forhandlinger forbyes, jf. begrensningen i EØS-konkurranseloven § 7 jf. konkurranseloven § 15.

Dersom det er økonomisk avhengighet som skal være avgjørende, bør det vurderes om «vesentlig markedsrett» egentlig er et treffende begrep og vilkår, eller om det i stedet bør omtales som *relativ* markedsrett. Økonomisk avhengighet i relasjon til handelspartnere avviker fra en klassisk forståelse av «vesentlig markedsrett» i konkurranseretten.

Spørsmål til høringsinstansene:

- Hvis en forskrift skal oppstille objektive kriterier for når en leverandør anses å ha «vesentlig markedsrett», hva bør kriteriene være?

8.3.2 Varekategori

Stortinget har anmodet om at en operasjonell definisjon av hva som utgjør en *varekategori*, er et hensyn som bør være en del av dette høringsutkastet. Stortinget har utover dette ikke benyttet begrepet i vedtakets bokstav d) eller i vedtak 572, som skisserer forskriften som skal høres. *Varekategori* inngår heller ikke direkte i den operative delen av departementets forslag til forskriftstekst under. En definisjon av begrepet bør reflektere hva det eventuelt skal brukes til.

Å definere begrepet *varekategori* i relasjon til forskriftsforslaget i denne høringen, kan være hensiktsmessig dersom det kan forenkle og operasjonalisere en avgrensning av det relevante markedet hvor leverandøren er aktiv. En markedsavgrensning vil blant annet være relevant for å vurdere om en leverandør har vesentlig markedsrett, hvis det er markedsandeler som er avgjørende. En definisjon av varekategori kan i så fall – for denne forskriftens formål – fungere som en praktisk referanseramme. Samtidig er det etter departementets oppfatning en risiko ved å legge et nytt meningsinnhold i en velkjent konkurranserettslig standard selv om det bare skal gjelde for denne forskriften. Videre finnes det allerede etablerte metoder for å definere et relevant marked, og en annen definisjon kan være egnet til å skape forvirring heller enn klarhet.

Alternativt kan en operasjonell definisjon av *varekategori* veilede og danne utgangspunktet for en vurdering av om prisforskjeller gjelder likeverdige ytelser. Som beskrevet i punkt 4 og under i punkt 8.3.3, vil prisforskjeller først kunne utgjøre diskriminering dersom produktene som er priset ulikt kan sammenlignes med hverandre. Dersom likeverdige ytelser er definert til å være varer som tilhører samme varekategori, vil det i teorien kunne være en regel som er lett å forholde seg til: dersom to varer i kategori X er priset ulikt, så kreves det en saklig begrunnelse.

Samtidig er det ikke nødvendigvis noen enhetlig oppfatning blant aktørene i verdikjeden for mat og dagligvarer hva som inngår i en varekategori, slik at det i praksis kan by på utfordringer å angi en definisjon. En mulighet kan være å ta utgangspunkt i Nielsen IQs eller SSBs inndeling, eller en annen mer eller mindre utbredt bransjeinndeling.⁶¹

En risiko ved å slå fast at det relevante leverandørmarkedet eller likeverdige ytelser skal være produkter i samme varekategori, og samtidig definere en varekategori, er også at et forbud mot prisdiskriminering kan bli for skjematisk. Det kan være lett å omgå et forbud ved å tilpasse seg en gitt varekategori-inndeling. Etter departementets syn, vil det i stedet være mer hensiktsmessig å følge etablerte metoder for å definere et relevant marked, samt å gi en definisjon i forskriften av hva likeverdige ytelser er, se nærmere under. Departementet har tatt inn dette forslaget i forskriftsutkastet.

Spørsmål til høringsinstansene:

- Hvordan kan en definisjon av *varekategori* benyttes i en mulig forskrift, og hva bør innholdet i så fall være?

8.3.3 Likeverdige ytelser

Likeverdige ytelser er et vilkår også i konkurranseloven § 11 bokstav c. Vilkåret har i praksis og teori blitt forstått som et krav om at det foreligger sammenliknbare ytelser. Dersom ytelsene ikke kan sammenliknes, for eksempel fordi produktene er klart ulike, vil det heller ikke foreligge ulovlig prisdiskriminering etter konkurranseloven § 11 bokstav c. Etter departementets syn bør vilkåret i en eventuell forskrift forstås på samme måte.

Det følger av rettspraksis at en ved vurderingen av hvorvidt det er tale om likeverdige ytelser må ta alle relevante forhold i markedet i betraktning.⁶² Videre er det lagt til grunn i rettspraksis at kravet om at ytelsene må være sammenliknbare ikke innebærer at ytelsene må være identiske. I en konkret vurdering må blant annet produktbredde og innkjøpsvolum undersøkes.

I tilfeller der samme vare selges til samtlige av det dominerende foretakets kunder vil vilkåret om likeverdige ytelser normalt være oppfylt. Er det derimot tale om varer som det dominerende foretaket tilvirker særskilt til den enkelte kunde, for eksempel egne merkevarer, kan det være mer tvilsomt om vilkåret er oppfylt. Selv om produktene også i disse tilfellene ofte vil anses som del av det samme produktmarkedet kan det ved tilvirkningssalg oftere tenkes at det eksisterer forskjeller som kan begrunne at det ikke er

⁶¹ Prof. Gjendemsjø og Oslo Economics har i en utredning på vegne av Norgesgruppen vist til at en mulighet er å benytte SSB sin varegruppeinndeling eller aktørenes egne definisjoner, men viser til at ingen av disse definisjonene er laget for dette formålet, se utredning «Økonomiske og juridiske rammer for en forskrift om usaklig prisdiskriminering med hjemmel i § 14», juli 2022, s. 26. Oda Norway og Reitan Retail har foreslått at varekategori defineres som en «gruppering av varelinjer på laveste aggregerte nivå som allment anvendes av analysebyråer og aktørene i dagligvaremarkedet», «Forslag til forskrift om usaklig prisdiskriminering i dagligvaremarkedet», september 2022, s. 68.

⁶² Se Konkurransetilsynets Veileder om prisdiskriminering (2022) pkt. 4.2.1 med videre hensivninger

tale om likeverdige ytelser. Det kan imidlertid være andre forhold som også må vurderes i en konkret sak, eksempelvis volum, produktsortiment, avtaleforhold, tidspunkt for transaksjonen mv.⁶³

Som det fremgår ovenfor, bør *likeverdige ytelser* forstås som at de er sammenlignbare, blant annet med hensyn til kvalitet og kvantitet. Ytelsene trenger ikke være identiske.

Spørsmål til høringsinstansene:

- Er det behov for en operasjonell definisjon av «likeverdige ytelser» og hva bør innholdet i så fall være?.

8.3.4 Ulike innkjøpsbetingelser

Ulike innkjøpsbetingelser er et vilkår også i konkurranseloven § 11 bokstav c. Ved vurderingen av hvorvidt en kunde har fått ulike vilkår må det foretas en sammenlikning av priser, rabatter og andre relevante vilkår i avtalen kunden har inngått med det dominerende foretaket, samt priser, rabatter og andre relevante vilkår det dominerende foretaket har gitt andre kunder.⁶⁴ Etter departementets syn bør vilkåret i en eventuell forskrift forstås på samme måte.

I en konkret sak hvor det er benyttet ulike typer rabatter, kan det også bli nødvendig å se nærmere på fordelingen av de ulike rabattene før man kan ta stilling til om det er tale om ulike vilkår eller ikke. Ved vurderingen av om det er gitt ulike vilkår er det også relevant å se hen til hvorvidt to likeverdige ytelser gir forskjellig fortjeneste for det dominerende foretaket.

I dagligvaremarkedet er det ikke uvanlig at leverandørene fastsetter ulike priser eller rabattvilkår, samtidig som kundene kjøper ulikt volum av et gitt produkt eller tilbyr motytelser til leverandøren. I slike tilfeller må det vurderes konkret om prisforskjellen for eksempel kan begrunnes i ulik realisering av effektivitetsgevinster eller kostnadsbesparelser mellom kunder for det dominerende foretaket, for å avgjøre om det er tale om "ulike vilkår".⁶⁵

For å kunne gjøre en beregning og etterfølgende sammenligning av ulike aktørers innkjøpspriser, må en rekke ulike faktorer og betingelser i innkjøpsvilkårene til de ulike kjedene hensyntas. I Konkurransetilsynets rapport «Kartlegging av innkjøpsbetingelser i norsk dagligvaresektor (2019)», har Konkurransetilsynet beregnet tre mål på innkjøpspriser der ulike hovedtyper rabatter trekkes fra grunnprisen, for å kunne beregne og sammenligne

⁶³ *ibid*

⁶⁴ Se Konkurransetilsynets Veileder om prisdiskriminering (2022) pkt. 4.2.2 med videre henvisninger

⁶⁵ Se sak T-229/94 Deutsche Bahn mot Kommisjonen og Konkurransetilsynets Veileder om prisdiskriminering (2022) pkt. 4.2.2

forskjeller i innkjøpspriser.⁶⁶ Også andre metoder kan være relevante å benytte ved slike analyser.

Ved en sammenlikning av innkjøpsbetingelser, kan det være relevant å se på både netto- og variable innkjøpspriser.

Nettoprisen vil være den prisen dagligvarekjedene betaler per produkt etter at man har trukket fra alle rabatter og bonuser, både faste og variable, som kjedene har fremforhandlet med leverandørene. Nettoprisen er et uttrykk for den reelle kostnaden dagligvarekjeden har ved innkjøp av produktet og vil være relevant for dagligvarekjedens lønnsomhet. Lønnsomheten vil igjen kunne ha betydning for vurderinger knyttet en eventuell ekspansjon gjennom nyetablering eller utvidelse av eksisterende butikker. Nettoprisen vil også være relevant for aktører som vurderer å etablere seg i dagligvarehandelen. Forskjeller i nettopriser kan derfor være relevant i analyser av ekspansjon eller etablering i dagligvarehandelen.⁶⁷

Variabel pris er den prisen dagligvarekjedene betaler per produkt etter at man har trukket fra variable rabatter og bonuser. Eksempelvis vil variable rabatter typisk være rabatter som varierer med volum og omsetning. Hensikten med å beregne variabel pris er å få et estimat på de variable innkjøpskostnader, som normalt har størst betydning for dagligvarekjedenes prissetting ut til slutt kunder. Mens faste rabatter påvirker kjedenes lønnsomhet, er det primært variable rabatter som er relevant for dagligvareprisene. Kortsiktige konkurransemessige virkninger som følge av forskjeller i innkjøpsbetingelser for etablerte dagligvarekjeder, vil derfor først og fremst være knyttet til forskjeller i de variable prisene.⁶⁸

Økonomisk teori tilsier at dagligvarekjeder kun vil ha insentiver til å videreføre rabatter til kundene som direkte påvirker innkjøpsprisen på et produkt. Ved en analyse av hvorvidt konkurransen mellom kjedene vil bli påvirket av ulikheter i innkjøpspriser, tilsier økonomisk teori at det er de variable innkjøpsprisene som vil være særlig relevante. Disse vil i størst grad bli hensyntatt ved prissettingen ut mot sluttkunden.

En særlig utfordring knyttet til beregning av både netto- og variable priser, er at noen rabatter i realiteten er hel eller delvis betaling for ulike typer tjenester dagligvarekjedene utfører for leverandørene (motytelser). Det kan argumenteres for at andelen av rabatten som er betaling for slike tjenester, vil kunne betraktes som en kostnad for leverandøren. Hvor

⁶⁶ <https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2019/03/Metode-for-sammenlikning-av-innkj%C3%B8pspriser-til-dagligvarekjedene-2019.pdf>).

⁶⁷ <https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2019/03/Metode-for-sammenlikning-av-innkj%C3%B8pspriser-til-dagligvarekjedene-2019.pdf>

⁶⁸ <https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2019/03/Metode-for-sammenlikning-av-innkj%C3%B8pspriser-til-dagligvarekjedene-2019.pdf>

stor denne andelen er vil kunne variere mellom leverandørene, og mellom kundene til hver leverandør.⁶⁹

Som det fremgår ovenfor, er det etter departementets syn krevende å gi en enkel definisjon av *ulike innkjøpsbetingelser*, da det må gjøres en konkret sammenligning av innkjøpernes priser, rabatter og andre relevante vilkår.

Spørsmål til høringsinstansene:

- Hva kan være en operasjonell definisjon av «ulike innkjøpsbetingelser», som samtidig er tilstrekkelig fleksibel til å hensynte relevante forhold.

8.3.5 Saklig begrunnelse

Det følger av vedtak 572 at en saklig begrunnelse for forskjeller i innkjøpspriser kan være forskjeller mellom kjedene i produksjons- eller distribusjonskostnader, eller ulik verdi på konkrete motytelser.

Ettersom vedtaket viser til at «[d]et må legges til grunn at forskjeller i innkjøpspris fra dominerende leverandører, som ikke har en saklig begrunnelse [...] skader konkurransen mellom kjedene», er det nærliggende å tenke at begrepet *saklig begrunnelse* viser til forhold som medfører at prisdiskrimineringen ikke er konkurranseskadelig.

Som saklig begrunnelse oppstiller Stortinget to forhold; (1) forskjeller mellom kjedene i produksjons- eller distribusjonskostnader, og (2) ulik verdi på konkrete motytelser.

Gitt at det skal oppstilles et sett med forhold som utgjør saklig begrunnelse, vil det i liten grad være relevant å inkludere forskjeller mellom dagligvarekjedene i produksjons- eller distribusjonskostnader. Av større relevans er forskjeller i *leverandørenes* produksjons- eller distribusjonskostnader.

Dersom en leverandør har særlig lave kostnader forbundet med å distribuere sine varer til en kunde, så kan dette være en saklig begrunnelse for å gi kunden en rabatt som reflekterer leverandørens kostnadsbesparelser. Det samme gjelder om leverandøren oppnår besparelser forbundet med produksjonen av varene kunden etterspør, noe som kan være tilfelle om kunden etterspør stort kvantum (stordriftsfordeler) eller flere forskjellige varer (samdriftsfordeler). Slike kostnadsbaserte rabattordninger bidrar til å videreføre kostnadsbesparelser på leverandørleddet til grossist- og detaljistleddet i form av lavere innkjøpspriser.

I dagligvaremarkedet kan en motytelse for eksempel bestå i en fordelaktig plassering av leverandørens varer i detaljistens butikker, eller markedsføring av leverandørens varer gjennom detaljistens kanaler. Etter departementets vurdering, utgjør ulike verdier på konkrete motytelser en saklig begrunnelse. For det første er dette ytelse som kan ha en verdi for leverandøren, og som på den måten må anses som en saklig begrunnelse for en

⁶⁹ Konkurransetilsynets metodenotat (2019) <https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2019/03/Metode-for-sammenlikning-av-innkj%C3%B8pspriser-til-dagligvarekjedene-2019.pdf>.

eventuell rabatt eller prisreduksjon på en vareleveranse. For det andre kan slike ytelser, avhengig av hvem de ytes av, ha ulik verdi for leverandøren. Den ulike verdien kan etter departementets syn også utgjøre en saklig begrunnelse for ulike innkjøpspriser til ulike detaljister.

Etter departementets vurdering, vil også andre forhold enn de som er angitt i Stortingets vedtak kunne utgjøre saklig begrunnelse for forskjeller i innkjøpspriser. I norsk og europeisk rettspraksis benyttes begrepet *objektiv begrunnelse* i forbindelse med håndhevingen av konkurransereguleringen. Den domstolskapte læren om *objektiv begrunnelse* åpner for at handlinger som ellers ville vært i strid med konkurransereglene tillates dersom aktøren(e) kan vise til en objektiv begrunnelse for handlingene.⁷⁰ Utfra ordlyden i Stortingets vedtak fremstår det som om en ønsker at saklig begrunnelse skal kunne brukes på samme måte.

De følgende forholdene er eksempler på forhold som kan tenkes å utgjøre saklig begrunnelse, og som har blitt akseptert som objektiv begrunnelse i tidligere konkurranserettslige saker.

Produktlansering. Det kan tenkes at en leverandør ønsker å introdusere en vare til en dagligvarekjede som den ikke har solgt til tidligere. I slike tilfeller vil leverandøren kunne ønske å gi en særlig lav pris til dagligvarekjeden i en forventning om at kjeden setter en lav pris ved videresalg av varen til forbrukerne. På denne måten kan leverandøren etablere sin vare som et attraktivt alternativ for dagligvarekjedens kunder.

Risiko. Leverandøren kan oppleve økt risiko forbundet med å forhandle med en kunde, for eksempel fordi kunden har en forhøyet risiko for å gå konkurs. I slike tilfeller vil leverandøren kunne ha en interesse av å kreve høyere priser, for å kompensere for risikoen ved å inngå leveringsavtaler med kunden.

Møte konkurransen. I tidligere rettspraksis vedrørende håndhevingen av § 11 og tilsvarende bestemmelser i EU, har det blitt lagt til grunn at et dominerende selskap kan gjennomføre handlinger som har som formål å beskytte sine kommersielle interesser i møte med handlinger fra øvrige konkurrenter.⁷¹ For eksempel kan det være at en konkurrerende leverandør uten vesentlig markedsrett setter særlig lave priser overfor en spesifikk kunde, noe som medfører at den dominerende leverandøren mister salg. Dersom den dominerende leverandøren hindres fra å møte konkurransen gjennom å sette lavere priser overfor den aktuelle kunden, vil det kunne begrense konkurransen mellom leverandørene.

Departementets vurdering er at det vil være uhensiktsmessig å gi en utfyllende liste over hvilke forhold som utgjør en saklig begrunnelse, da dette vil medføre risiko for at konkurransefremmende praksis rammes av forskriftens bestemmelser. Etter departementets vurdering bør det heller angis i forskriften at saklig begrunnelse foreligger når ulikheter i

⁷⁰ [Discussion paper on the application of Article 82 \(europa.eu\)](#) kapittel 5.5

⁷¹ [Discussion paper on the application of Article 82 \(europa.eu\)](#) kapittel 5.5.2.

innkjøpspris skyldes forskjeller i leverandørenes produksjons- eller distribusjonskostnader, ulik verdi på konkrete motytelser, eller andre objektive grunner.

I et innspill til departementet har Oda Norway og Reitan Retail foreslått at det også skal gjøres en negativ avgrensning mot hva som *ikke* skal anses å være en saklig grunn.⁷² Oslo Economics og prof. Gjendemsjø har også i sin utredning på vegne av Norgesgruppen fremhevet at det er sentralt – dersom det skal vedtas en forskrift – å få avklart om det gjennom forskriften legges opp til at visse typer ytelser og motytelser normalt vil betraktes som usaklige og konkurranseskadelige.⁷³

Innspillet til Oda Norway og Reitan Retail foreslår at motytelser på tvers av varelinjer, motytelser som ikke består i reelle motytelser fra kunden og motytelser som er egnet til å ha fortrenkende virkning på andre leverandører ikke skal anses som saklig grunn. Som eksempel nevnes at rabatter eller motytelser ikke kan gjøres avhengig av at kunden inntar andre varelinjer i sitt sortiment (koblingssalg). Andre eksempler på ytelser som kan være egnet til å ha fortrenkende virkning på leverandørleddet kan være eksklusivitetsvilkår og lojalitetsfremmende rabatter. Koblingssalg og andre leveringsvilkår som er egnet til å begrense konkurransen ved å utestenge leverandører kan allerede være ulovlig etter gjeldende konkurranseregler. Etter departementets vurdering kan det derfor stilles spørsmål ved behovet for en slik avgrensning av saklighetskravet. Den lavere terskelen for å anvende forskriften («vesentlig markedsrett» i stedet for «dominerende stilling») kan innebære at en slik avgrensning likevel får betydning ved siden av konkurranseloven § 11. Det vil uansett kunne sende et signal om at slik utestengende praksis er ulovlig.

Spørsmål til høringsinstansene:

- Bør forskriften angi hvilke forhold som utgjør saklig begrunnelse for forskjeller i innkjøpspriser?
- I så fall; hvilke forhold bør være av betydning for å vurdere om ulike innkjøpsbetingelser er saklige? Er det ytelser som ikke bør anses å være en saklig begrunnelse?

8.4 Begrunnelsesplikt

Vedtak 612 bokstav d legger etter departementets forståelse opp til en forskrift der leverandører med vesentlig markedsrett pålegges en begrunnelsesplikt dersom det tilbys ulike innkjøpsbetingelser til dagligvarekjeder og grossister: «[...] dersom leverandører med vesentlig markedsrett skal tilby dagligvarekjeder og grossister ulike innkjøpsbetingelser, skal leverandøren kunne begrunne ulikheten saklig.»

⁷² Innspill fra Oda Norway og Reitan Retail, forslag til forskrift om usaklig prisdiskriminering i dagligvaremarkedet, 12 september 2022.

⁷³ Prof. Gjendemsjø og Oslo Economics, utredning på vegne av Norgesgruppen, Økonomiske og juridiske rammer for en forskrift om usaklig prisdiskriminering med hjemmel i § 14, juli 2022

Etter departementets syn, kan begrunnelsesplikten være generell, slik at den enkelte leverandør som rammes av påbudet må være forberedt på å kunne begrunne eventuelle forskjeller dersom det åpnes sak eller de mottar klager fra kunder som mistenker at de får dårligere innkjøpsbetingelser enn andre. En slik bestemmelse vil være disiplinerende ved at leverandører med vesentlig markedsrett på forhånd bør vurdere om det rent faktisk foreligger forskjeller, om det er likeverdige ytelser, og om en begrunnelse er saklig, slik at kontrakten tåler etterprøving. Samtidig vil ikke nødvendigvis begrunnelsesplikten i seg selv ha noen selvstendig rettslig betydning ved siden av et forbud mot usaklig forskjellsbehandling, som beskrives i punkt 8.5 og 8.6.

Et alternativ kan være å kombinere en begrunnelsesplikt med en dokumentasjons- og opplysningsplikt, ved at det allerede på tidspunktet for kontraktsinngåelse skal meldes skriftlig til Konkurransetilsynet at forskjeller er saklige. Oda Norway og Reitan Retail har i et innspill til departementet tatt til orde for at leverandører med vesentlig markedsrett bør ha plikt til å oversende en «evalueringsrapport» til Konkurransetilsynet der alle kontraktsvilkår skal begrunnes saklig.⁷⁴ En slik opplysningsplikt vil i enda større grad tvinge leverandørene til å vurdere om vilkårene er lovlige. Det vil også gi Konkurransetilsynet en oversikt over kontraktene som inngås.

En opplysningsplikt vil kunne innebære betydelig økt ressursbruk for aktørene som omfattes. Det samme gjelder for Konkurransetilsynet. En opplysningsplikt slik ODA og Reitan foreslår vil innebære at Konkurransetilsynet mottar et stort antall «evalueringsrapporter». Dersom Konkurransetilsynet skal vurdere samtlige rapporter, vil det beslaglegge vesentlige ressurser hos Konkurransetilsynet. Motsatt, dersom meningen er at Konkurransetilsynet kun skal vurdere rapportene dersom det foreligger mistanke om ulovlig prisdiskriminering, kan dette medføre at det utformes «evalueringsrapporter» som ikke gjennomgås eller får betydning for tilsynets arbeid. I så fall er det etter departementets syn vanskelig å forsvare den økte ressursbruken en rapporteringsplikt pålegger aktørene. Uansett vil et forbud mot usaklig diskriminering tvinge leverandørene til å vurdere hvorvidt prisforskjeller kan forsvares saklig.

Oda Norway og Reitan Retail har også spilt inn at forskriften bør stille krav til åpenhet, ved at samtlige vilkår og ytelser skal nedfelles skriftlig i kontrakten. Det foreslås også at leverandører med vesentlig markedsrett i forhandlinger med kunden skal vise åpenhet om hvordan kundens endringer i motytelser, sortiment og andre forpliktesler påvirker leverandørens tilbud.

Etter departementets vurdering innebærer et skriftlighetskrav at det er tydelig hva som inngår i avtalen, og en eventuell etterprøving av lovligheten vil kunne bli enklere. Krav til skriftlighet og klarhet følger allerede av lov om god handelsskikk i dagligvarekjeden (LOV-2020-04-17-29) § 6, som håndheves av Dagligvaretilsynet. Videre følger det av samme lov § 4 at partene har krav på opplysninger som de har grunn til å tro er av betydning for den annen part. Etter departementets syn er krav til åpenhet i en forskrift om prisdiskriminering

⁷⁴ Innspill fra Oda Norway og Reitan Retail, forslag til forskrift om usaklig prisdiskriminering i dagligvaremarkedet, 12 september 2022.

dermed ikke strengt nødvendig. Samtidig vil det kunne føre til uklare ansvarsforhold mellom Dagligvaretilsynet og Konkurransetilsynet.

Spørsmål til høringsinstansene:

- Hvor langt bør en begrunnelsesplikt for forskjeller i innkjøpsbetingelser gå? Bør leverandørene ha en opplysningsplikt til Konkurransetilsynet om kontraktsvilkårene i leverandøravtaler som er inngått?
- Bør forskriften stille krav om åpenhet i forhandlingene mellom leverandør og grossist/dagligvarekjede?
- Bør en forskrift stille krav om at samtlige innkjøpsvilkår og ytelser skal nedfelles skriftlig i kontrakten mellom leverandør og kunde?

8.5 Alternativ 1: Forbud mot *usaklig* prisdiskriminering

Vedtak 612 bokstav d legger føringer for hva som er konsekvensen av at forskjeller ikke kan begrunnes saklig, og viser til vedtak 572. Det følger av vedtak 572 at det må legges til grunn at forskjeller i innkjøpspris fra dominerende leverandører, som ikke har en saklig begrunnelse, skader konkurransen mellom kjedene. En slik forskrift innebærer etter departementets syn et forbud mot usaklig forskjellsbehandling, det vil si et forbud mot prisdiskriminering som ikke er saklig begrunnet.

Forbudet skal gjelde leverandører med vesentlig markedsrett, se forslag til definisjon i punkt 8.3.1. Ifølge Stortingets forslag skal forskriften gjelde for innkjøpsbetingelser til «dagligvarekjeder og grossister». Etter departementets vurdering er det ikke grunn til å forstå disse begrepene snevert. Forskriften bør gjelde for alle kunder, herunder også de med få utsalg eller som bare er etablert på nett, som ikke typisk kan karakteriseres som en «kjede».

Hva som er å anse som en saklig begrunnelse drøftes i punkt 8.3.5. Det skal ikke stilles krav til at den konkrete adferden er egnet til å skade konkurransen, da skade forutsettes dersom det ikke foreligger saklig begrunnelse for forskjellen.

Etter departementets vurdering, bør en slik forskrift også tydeliggjøre at innkjøpsbetingelser som er forbudt ikke skal ha noen rettsvirkning, slik systemet også er etter konkurranseloven § 10 annet ledd.

Etter departementets vurdering vil forslaget ramme all usaklig prisdiskriminering, uavhengig av om den er egnet til å begrense konkurransen eller ikke, og også prisdiskriminering som kan ha positive virkninger for konkurransen. Som det fremgår av kapittel 5, er det derfor tvil om konkurranseloven § 14 gir hjemmel til å innføre en slik forskrift. Forbudet vil også kunne ha utilsiktede konsekvenser gjennom at insentivene til å fremforhandle bedre vilkår svekkes, og at leverandørene i mindre grad vil ønske å gi rabatter, fordi de samme rabattene da må gis til alle kundene. I den grad forskriften ikke bare rammer ensidige handlinger, kan den også være i strid med EØS-avtalen, som beskrevet i punkt 6.

Spørsmål til høringsinstansene:

- I hvilken grad vil forslaget forby prisdiskriminering som ikke er konkurransesbegrensende eller som har positive virkninger på konkurransen?

8.5.1 Mulige unntak fra forbudet mot usaklig prisdiskriminering

Etter departementets oppfatning bør det vurderes om det skal inntas noen unntak fra forbudet.

En mulighet er å innta en slags «safe harbour» eller «trygg havn» hvor prisdiskriminering til fordel for nedstrømsaktører under en gitt markedsandel ikke omfattes av forbudet. Det vil si at en leverandør vil kunne gi lavere innkjøpspriser til dagligvarekjeder og grossister nedstrøms som eksempelvis har en markedsandel på under 20 prosent. Dette fordi lavere innkjøpspriser til en relativt liten aktør neppe vil begrense konkurransen.

I tillegg, eller alternativt, kan det inntas et unntak i forskriften som gjelder dersom partene kan dokumentere eller sannsynliggjøre at innkjøpsbetingelsene gir effektivitetsgevinster som kommer forbrukerne til gode, etter samme logikk som effektivitetsforsvaret i konkurranseloven § 10 tredje ledd, og tilsvarende etter § 11. Et slikt unntak vil nok først og fremst ha praktisk betydning dersom det legges til grunn en snever forståelse av hva som kan være «saklig grunn» for ulike innkjøpsbetingelser. I så fall kan unntaket fungere som en sikkerhetsventil og redusere risikoen for utilsiktede konsekvenser som kan skade konkurransen. Dersom «saklig grunn» skal forstås vidt, er det kanskje mindre behov for en slik sikkerhetsventil.

8.6 Alternativ 2: Forbud mot konkurranseskadelig prisdiskriminering

Et mindre inngripende alternativ er å utforme en forskrift hjemlet i konkurranseloven § 14 som forbyr usaklig prisdiskriminering av leverandører med vesentlig markedsrett, dersom det er egnet til å påvirke konkurransen negativt.

Departementet foreslår at en slik bestemmelse, i likhet med Stortingets forslag, skal gjelde for leverandører med vesentlig og/eller relativ markedsrett. En slik bestemmelse vil innebære en lavere terskel enn konkurranseloven § 11, da det ikke stilles krav om dominerende stilling.

Vilkåret om konkurranseskade bør samsvare med vilkåret i § 14 - "*begrenser eller egnet til å begrense konkurransen*". Konkurransemyndighetene må da foreta en selvstendig vurdering av dette vilkåret i den konkrete sak, og det stilles ikke krav om at konkurransen faktisk begrenses. Etter departementets foreløpige vurdering kan det være hensiktsmessig at forskriften gir veiledning om hvilke momenter det kan være relevant å hensynta i virkningsvurderingen, og at det også åpnes for å vurdere aggregerte virkninger av flere leverandøravtaler. Dette beskrives nærmere nedenfor.

Ved å oppstille et vilkår om konkurransebegrensende virkninger, vil forskriften ha klarere hjemmel i konkurranseloven § 14, da det ikke vil være tvil om at den retter seg mot handlinger som begrenser konkurransen i strid med lovens formål. Dersom forskriften også sier noe om hva som er relevant å hensynta i virkningsvurderingen, og eventuelt åpner for

å ta hensyn til aggregerte virkninger, vil bestemmelsen få større selvstendig betydning som supplement til eksisterende bestemmelser, slik at den også vil være «nødvendig» jf. konkurranseloven § 14.

Bestemmelsen vil også være innenfor det EØS-rettslige handlingsrommet jf. konkurranseloven § 15 jf. EØS-konkurranseloven § 7, uavhengig av om det legges en vid eller snever forståelse av «ensidig adferd» til grunn, se punkt 6 ovenfor. Dette forutsetter at virkningsvurderingen ikke går lenger enn det som er mulig etter artikkel 53 i EØS-avtalen.

Forskriften bør også tydeliggjøre at innkjøpsbetingelser som er forbudt ikke skal ha noen rettsvirkning, slik systemet også er etter konkurranseloven § 10 annet ledd.

8.6.1 Nærmere om vurderingen av når det foreligger konkurransebegrensende virkninger

Som nevnt kan det være fornuftig at en mulig forskrift som rammer konkurransebegrensende prisdiskriminering også gir nærmere veiledning om når usaklig prisdiskriminering anses som egnet til å begrense konkurransen. Partene vil i tilfelle ha bedre forutsetninger for å gjøre en egen vurdering av om leveringsbetingelsene er lovlige, noe som øker forutberegneligheten. Det kan i så fall være naturlig å ta utgangspunkt i forhold som etter EU-praksis er relevante, og som Konkurransetilsynet har fremhevet i sin veileder om prisdiskriminering. Relevante forhold vil være grad av markedsrett og forhandlingsrett, om adferden er egnet til å ha en effekt på en eller flere av kundenes kostnader, profitt eller andre relevante interesser, og om det foreligger en strategi om å utestenge en eller flere kunder fra dagligvaremarkedet.

I tillegg kan en forskrift tydeliggjøre at Konkurransetilsynet i håndhevingen av forbudet kan se hen til aggregerte virkninger av prisdiskriminering i dagligvaremarkedet. En utfordring med håndhevingen av konkurranseloven § 11 er at Konkurransetilsynet må vurdere virkningene av usaklige forskjeller i leverandørbetingelser enkeltvis, og i begrenset grad kan se på de totale virkningene i markedet. En utvidelse av virkningsvurderingen vil gjøre Konkurransetilsynets håndheving mer effektiv ved at tilsynet kan se på uavhengige leverandøravtaler i sammenheng. Departementet ser for seg at det først og fremst er avtalene til de store leverandørene med vesentlig markedsrett som vil være relevante i en slik aggregert vurdering. Som det fremgår av punkt 4 over, utgjorde 16 leverandører mellom 24-32 prosent av aktørens innkjøp i 2017. Samtidig vil det etter departementets foreløpige vurdering også kunne være relevant for Konkurransetilsynet å se hen til prisdiskriminering utført av mindre aktører i virkningsvurderingen, på samme måte som at det i en virkningsvurdering ofte kan tas hensyn til markedskonsentrasjon og andre markedsstrukturer. Det bør likevel være slik at forbudet bare retter seg mot leverandører med vesentlig markedsrett.

Etter departementets vurdering vil en slik forskrift kunne løse en del av utfordringene med håndhevingen av gjeldende konkurranseregler, særlig konkurranseloven § 11. En klar utfordring med en utvidet virkningsvurdering er imidlertid at en leverandør ikke vet hvilke innkjøpsbetingelser andre leverandører opererer med. Det vil dermed være utfordrende å vurdere om egne innkjøpsbetingelser, sett i sammenheng med andre innkjøpsbetingelser i

markedet, er egnet til å begrense konkurransen og dermed er ulovlige. Dette vil igjen kunne føre til at leverandører ikke vil ta risikoen på å gi enkeltaktører lavere priser enn andre, av frykt for at det kan være i strid med forskriften. I praksis kan en slik utvidet virkningsvurdering dermed ha samme effekt som om et forbud gjelder uavhengig av konkurransebegrensende virkninger.

Løsningen på dette kan være at en overtredelse ikke sanksjoneres med overtredelsesgebyr, men i stedet at Konkurransetilsynet kan treffe vedtak om at adferden bringes til opphør. Dersom overtredelsesgebyr først kan bli aktuelt etter at Konkurransetilsynet har truffet et vedtak om å bringe en bestemt adferd til opphør, vil risikoen for å trå feil trolig påvirke insentivene i mindre grad. Et vedtak av Konkurransetilsynet vil også kunne påklages og overprøves, slik at leverandørenes grunnleggende rettssikkerhetsgarantier ivaretas.

Spørsmål til høringsinstansene:

- Dersom en forskrift skal stille krav til konkurransebegrensende virkninger, hvor omfattende bør en slik vurdering være?
- Bør det i en virkningsvurdering være mulig å ta hensyn til aggregerte virkninger i markedet? Med aggregerte virkninger menes at flere leverandøravtaler i markedet vurderes samlet og ikke hver for seg.

8.7 Dagligvarekjedenes ansvar

Det følger av vedtak 572 at dagligvarekjedene skal ha et ansvar for å følge reglene: «Det bør formidles til de ulike aktørene i bransjen, både på leverandør- og kjedeledet, at selv om bevisbyrden ligger på leverandørene, er kjedene i like stor grad ansvarlige for å etterleve regelverket.»

Etter departementets oppfatning vil det også være i kundenes, det vil si dagligvarekjedene og grossistenes interesse at innkjøpsbetingelsene de får av leverandøren er lovlige. Det kan også være naturlig at dagligvarekjedene og grossistene ber leverandørene om en form for erklæring på at leveringsbetingelsene de mottar kan begrunnes saklig.

En leverandør bør imidlertid være forsiktig med å gi dagligvarekjeder og grossister informasjon om prisene til andre konkurrerende dagligvarekjeder og grossister, da dette kan komme i strid med konkurranselovens forbud mot utveksling av konkurransesensitiv informasjon.

Departementet viser også til at dagligvarekjedene selv må følge de gjeldende forbudene i konkurranseloven §§ 10 og 11, og at Konkurransetilsynet håndhever disse reglene aktivt. Dagligvaremarkedet er et prioritert område for Konkurransetilsynet, men departementet kan ikke instruere tilsynet om behandlingen av enkeltsaker eller gi generelle instruksjoner om tilsynets myndighetsutøvelse.

Dagligvarekjedene er også omfattet av lov om god handelsskikk, som blant annet har til formål å ivareta lojalitet i kontraktsforhold i dagligvarebransjen.

Utover det ovennevnte, er det vanskelig å se hvordan dagligvarekjedene kan holdes ansvarlig for å etterleve de relevante konkurranserettslige regelverkene.

Spørsmål til høringsinstansene:

- Hvordan kan dagligvarekjedene i større grad ansvarliggjøres?

8.8 Sanksjoner

Det følger av konkurranseloven § 12 at Konkurransetilsynet kan pålegge et foretak som bryter konkurranseloven eller forskrift i medhold av § 14, å bringe overtredelsen til opphør.

«Konkurransetilsynet kan pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som overtrer forbudene i § 10, § 11 eller i forskrift i medhold av § 14, å bringe overtredelsen til opphør. Pålegget kan omfatte ethvert tiltak som er nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør».

Denne bestemmelsen vil også gjelde et eventuelt forbud mot usaklig prisdiskriminering.

Konkurransetilsynet kan også ilegge overtredelsesgebyr for brudd på forskrift gitt i medhold av konkurranseloven § 14 jf. konkurranseloven § 29 bokstav f. Det er adgang til å ilegge både vedtak om opphør og overtredelsesgebyr jf. konkurranseloven § 12 annet ledd.

Dersom forskriftsalternativ 2 gjennomføres på en måte som åpner for at Konkurransetilsynet i virkningsvurderingen kan vektlegge aggregerte virkninger av prisdiskriminering i markedet, kan det stilles spørsmål ved om brudd bør kunne sanksjoneres med overtredelsesgebyr, eller om en sanksjon bør begrenses til vedtak om å bringe adferden til opphør jf. konkurranseloven § 12. Dette fordi det kan være vanskelig for leverandørene å vurdere sin adferd i lys av andre leverandørers leveringsbetingelser. Brudd på et vedtak etter § 12 bør uansett kunne sanksjoneres med overtredelsesgebyr, slik § 29 legger opp til.

Etter departementets foreløpige vurdering bør en forskrift også kunne håndheves privat av aktører som hevder at de er utsatt for forskjellsbehandling som rammes av forskriften.

Spørsmål til høringsinstansene:

- Hva bør sanksjonene for brudd på en eventuell forskrift være?

8.9 Evaluering

Stortingets anmodningsvedtak 612 slår fast at det bør inngå i høringsgrunnlaget at forskriftene skal evalueres etter tre år og at evalueringen skal fremlegges for Stortinget. Departementet foreslår på denne bakgrunn at det skal gjøres en evaluering etter tre år av forskriftens virkninger. I en slik evaluering er det naturlig å vurdere om det fortsatt er grunnlag for å ha en særskilt regulering av prisdiskriminering i verdikjeden for dagligvarer, og eventuelt om det er behov for å gjøre endringer.

9 Markedsetterforskningsverktøy

9.1 Innledning og begrepsavklaring

Flere europeiske konkurransemyndigheter har innført eller vurderer å innføre lovendringer som gir konkurransemyndighetene hjemmel til å gjennomføre markedsetterforskning og pålegge avhjelpende tiltak, dersom man avdekker konkurranseskadelige forhold, uten at det er krav om brudd på forbudsbestemmelsene. Konkurransemyndighetene i Storbritannia og Island har allerede denne muligheten. Sverige, Danmark og Tyskland vurderer å innføre slik lovgivning, mens Europakommisjonen i 'Digital Markets Act' får hjemmel til å gjennomføre enkelte former for markedsetterforskning i digitale plattformmarkeder..

Bakgrunnen for innføringen av et slikt verktøy er at tradisjonelle håndhevingsverktøy ikke alltid vil være tilstrekkelig for å kunne gripe inn mot konkurransemessige utfordringer knyttet til strukturelle markedsforhold. Dagens lovgivning rammer heller ikke alle former for konkurranseskadelig praksis eller markedsstrukturer som begrenser konkurransen. Konkurransetilsynet kan for eksempel ikke gripe inn mot stilltiende samarbeid eller former for stordrifts- og/eller samdriftsfordeler som fører til at et marked kan tippe⁷⁵, slik at en aktør overtar store deler av markedet.

I det følgende vil begrepet "markedsetterforskning" benyttes, i Storbritannia brukes betegnelsen «market investigation».⁷⁶ En markedsetterforskning skiller seg fra tradisjonelle etterforskninger ved at det ikke er rettet mot å avdekke mulige lovbrudd, men er en undersøkelse av om det er konkurransebegrensende adferd eller struktur i markedet som det bør iverksettes særskilte tiltak mot.

En markedsetterforskning skiller seg også fra såkalte markedsstudier eller markedsundersøkelser. En rekke europeiske konkurransemyndigheter benytter markedsundersøkelser for å analysere konkurransesituasjonen i et gitt marked, og som kan føre til anbefaling av tiltak som er nødvendige for å styrke konkurransen.

Konkurransetilsynet skal ifølge konkurranseloven § 9 «føre tilsyn med konkurransen i de forskjellige markeder». Dersom det er nødvendig, kan konkurranseloven § 24 benyttes for å få tilgang til informasjon i forbindelse med markedsundersøkelsen. Konklusjoner eller anbefalinger om tiltak i en markedsundersøkelse er ikke «vedtak» i forvaltningsrettslig forstand, men eventuelle anbefalinger kan føre til egne etterforskningsskritt eller påpekning etter konkurranselovens § 9e.

En markedsetterforskning vil, til forskjell fra en markedsundersøkelse, kunne resultere i vedtak om adferdsmessige og eventuelt strukturelle tiltak, som kan være inngripende for markedsaktørene. For å ivareta partenes behov for forutberegnelighet, kontradiksjon og

⁷⁵ At et marked tipper innebærer at et selskap oppnår en svært høy markedsandel i et marked som, på grunn av for eksempel nettverkseffekter eller stordrifts- og samdriftsfordeler, gjør det vanskelig for andre aktører i markedet å konkurrere.

⁷⁶ Se nærmere beskrivelse av hvordan dette verktøyet fungerer i Storbritannia i kapittel 9.3.1

forholdsmessighet vil det derfor være behov for tilpasninger i konkurranseloven og egne prosedyrer for gjennomføring av markedsetterforskninger.

Nærmere beskrivelse og forslag til regulering av «markedsetterforskning» vil bli behandlet i et eget høringsnotat på et senere tidspunkt.

9.2 Markedsetterforskningsverktøy og prisdiskriminering i dagligvaremarkedet

Det er flere grunner til at et markedsetterforskningsverktøy kan være bedre egnet til å håndtere utfordringer i dagligvaremarkedet enn en forskrift som beskrevet i alternativ 1 og 2 i dette notatet.

Et markedsetterforskningsverktøy som beskrevet i dette kapittelet vil være et mer fleksibelt verktøy, som gjør det mulig å adressere problematisk adferd eller markedets struktur mer direkte. Aggregerte virkninger av prisdiskriminering kan for eksempel analyseres, og det kan tas hensyn til alle relevante forhold i sammenheng.

Ved innføring av forskriftsalternativ 1 er det for eksempel risiko for at forbudet rammer tilfeller hvor forskjeller i innkjøpspriser ikke har konkurransebegrensende virkninger eller har positive virkninger for konkurransen. En slik regulering vil kunne føre til høyere priser for forbrukerne.

Et markedsetterforskningsverktøy kan unngå slike utilsiktede virkninger, da tilsynet vil ha anledning til å ta hensyn til alle forhold som har betydning for om prisdiskriminering er konkurranseskadelig. Samtidig kan avhjelpende tiltak skreddersys, slik at disse er mer presise og tilpasset konkurranseutfordringene i det enkelte tilfellet. Konkurransetilsynet vil følgelig ha større handlingsrom med hensyn til å utforme treffsikre tiltak som er egnet til å løse problemet. Et markedsetterforskningsverktøy vil derfor også kunne være fordelaktig sammenlignet med alternativ 2.

Med et markedsetterforskningsverktøy vil man kunne se mer helhetlig på etableringshindringer.

Denne type verktøy er også egnet til å håndtere fremtidige utfordringer. Med bakgrunn i den økte digitaliseringen av økonomien kan markedsforholdene endre seg raskere, også i dagligvaremarkedet. Et slikt verktøy kan derfor også benyttes overfor fremtidig utfordringer. Det vil også kunne være egnet til å gripe inn mot strukturelle konkurranseproblemer eller konkurranseskadelig adferd i andre markeder som ikke rammes av konkurranseloven, for eksempel utfordringer knyttet til digitale plattformmarkeder som kan tippe. Det kan også være egnet til å hindre markeder i å utvikle seg i en uheldig retning, og dermed hindre konkurranseskadelig adferd før den oppstår.

Imidlertid vil det kunne ta noe tid før et slikt verktøy eventuelt kan tas i bruk, sett hen til at det skal sendes på egen høring og det vil trolig kreve lovendringer. Etter departementets vurdering vil et markedsetterforskningsverktøy derfor sannsynligvis ikke være et reelt alternativ til en forskrift på kort sikt, men heller på noe lenger sikt. Som nevnt ovenfor, skal en mulig forskrift om prisdiskriminering evalueres etter tre år. Det vil da være naturlig

at det i vurderingen av behovet for en forskrift, ses hen til markedsetterforskningsverktøyet, dersom det er kommet på plass i mellomtiden.

9.3 Andre lands bruk av markedsetterforskning

9.3.1 Storbritannia

Den britiske konkurransemyndigheten har siden 2002 hatt kompetanse til å gjennomføre såkalte «markedsetterforskninger» ('market investigation'). En markedsetterforskning er en analyse som tar sikte på å undersøke om det er egenskaper ved markedet som har en skadelig virkning på konkurransen ('Adverse Effect on Competition' – AEC). Et slikt redskap kan benyttes i alle markeder. Redskapet komplementerer adferdsbestemmelsene i den britiske konkurranselovgevingen om konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling. Det muliggjør en helhetlig analyse av konkurransebegrensende forhold i et marked, heller enn å fokusere på enkeltsektors adferd. Ved hjelp av redskapet kan den britiske konkurransemyndigheten (CMA) analysere konkurransen i et gitt marked, identifisere årsaker til at den eventuelt ikke fungerer godt, og iverksette tiltak som avhjelper problemet. CMA har således vidtrekkende kompetanse til å pålegge adferdsmessige tiltak og å innføre strukturelle tiltak, for eksempel pålegge selskap å selge deler av virksomheten dersom det er påkrevd for å styrke konkurransen. Siden verktøyet ble innført har britiske konkurransemyndigheter gjennomført 19 markedsetterforskninger. To av disse er gjaldt stilltiende samarbeid. Det er omfattende regler for gjennomføringen av en markedsetterforskning. Prosess og gjennomføring av en markedsundersøkelse er nærmere beskrevet i egne retningslinjer. Av disse fremgår det blant annet at CMA må forholde seg til lovpålagte tidsfrister hva gjelder varigheten av en markedsundersøkelse, og at vedtak på grunnlag av en markedsundersøkelse kan påklages.

9.3.2 Island

Den islandske konkurranselovens Artikkel 16 fikk i 2011 et tillegg i Artikkel 16 (1)(c) som innebærer at konkurransetilsynet (Samkeppniseftirlitið) kan gripe inn mot «omstendigheter eller adferd som hindrer, begrenser eller påvirker konkurransen til skade for den offentlige interesse.» Dette innebærer at islandske konkurransemyndigheter kan håndtere konkurranseutfordringer som har sitt opphav i strukturelle forhold på samme måte som britiske konkurransemyndigheter.

«Omstendigheter» er nærmere presisert som blant annet faktorer som er knyttet til egenskaper ved det berørte marked. Dette inkluderer organisering eller utvikling av selskaper som opererer i det aktuelle markedet. «Adferd» betyr alle former for adferd, inkludert manglende handling ('failure to act'), og som er skadelig for konkurransen uten at det er i strid med lovens forbudsbestemmelser.

Etter Artikkel 16 (2) kan Samkeppniseftirlitið gripe inn gjennom ethvert tiltak som er nødvendig for å fremme konkurranse, eller få en overtredelse til å opphøre eller respondere på handlinger hos offentlige enheter som kan påvirke konkurransen negativt. Det er videre et krav om proporsjonalitet, dvs. at tiltakene som er rettet inn mot å korrigere adferd eller endre struktur

må være proporsjonale med overtredelsen, eller de negative virkningene på konkurransen som følger av angjeldende struktur eller adferd.

Som grunnlag for inngrep må det gjennomføres en markedsundersøkelse. Det er fastsatt nærmere regler for gjennomføring av markedsundersøkelser, herunder hva de omfatter, målsetting, transparens, krav til gjennomføring og møter med partene, samt vedtakskompetanse og rettslig prøving.

Redskapet er på samme måte som i Storbritannia generelt, og ikke knyttet til bestemte markeder. Samkeppniseftirlitið kan innta et bredere perspektiv på markeder enn det tradisjonell håndheving og håndheving av forbudsbestemmelsene muliggjør. Det innebærer at konkurranseutfordringer i et gitt marked kan adresseres selv om markedsaktørene ikke nødvendigvis opptrer på en konkurransebegrensende måte. Basert på markedsundersøkelsen har Samkeppniseftirlitið kompetanse til å beslutte avhjelpende vilkår både i form av adferds- og strukturelle tiltak.

Så langt har islandske konkurransemyndigheter gjennomført én markedsetterforskning. Denne var rettet mot import, grossist, lagring, og distribusjon av drivstoff. De foreløpige analysene viste at det var gode grunner til å tro at drivstoffselskapene hadde etablert et stilltiende samarbeid ('tacit collusion') i detaljmarkedet for drivstoff til kjøretøy. På grunnlag av analysen ble det antydnet at tiltak som kunne vurderes for å bedre markedets virkemåte var å sikre tredjepartstilgang til grossistmarkedet og lagring, samt sikre uavhengighet hos de etablerte selskapene. Videre ble det også anbefalt å fokusere på rammeverket, blant annet for å sikre at konkurransen ikke ble vridd gjennom begrensninger i arealdisponering.

Etter implementering av avhjelpende tiltak i to fusjonssaker og etablering av en nykommer (Costco), ble det besluttet at de foreløpige funnene ikke kunne benyttes som grunnlag for en intervensjon etter tilleggene i Artikkel 16, fordi markedsforholdene hadde endret seg.

Spørsmål til høringsinstansene:

- Vil innføringen av et markedsetterforskningsverktøy kunne avhjelpe utfordringer knyttet til prisdiskriminering, og/eller andre utfordringer i dagligvaremarkedet på noe lengre sikt?

10 Økonomiske og administrative konsekvenser av forslaget

Samfunnsøkonomiske virkninger

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

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

En regulering vil imidlertid påvirke dagligvarekjedenes insentiver til å forhandle hardt med leverandørene, siden det da er sannsynlig at også konkurrentene vil oppnå liknende vilkår. Leverandørene vil heller ikke ha insentiver til å gi én enkelt kjede rabatter, fordi den også vil kunne måtte gi de samme rabattene til alle kjedene. En slik inngripen i markedsaktørens forhandlings- og kontraktsfrihet vil påvirke aktørens mulighetene til aktørene å forhandle fram effektive kontrakter. Dette igjen kan få konsekvenser for både innovasjon og verdiskaping, samt hva forbrukerne møter av pris og utvalg i dagligvarebutikkene. En forskrift som forutsetter en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle gir mindre risiko for å forby prisdiskriminering som er positivt for konkurransen.

Et markedsforskningsverktøy kan, avhengig av utformingen, bidra til styrket konkurranse fordi Konkurransetilsynet mer effektivt kan gripe inn mot konkurransebegrensninger som ikke like effektivt fanges opp av nåværende regler.

Økonomiske og administrative konsekvenser for det offentlige

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

Forskriften skissert i alternativ 1 (jf. punkt 8.5) forutsetter at Konkurransetilsynet vurderer sakligheten, heller enn konkurransevirkningen, av aktørens prisdiskriminering. Det innebærer krevende vurderinger av for eksempel hva som er forskjeller i produksjons- eller distribusjonskostnader, eller ulik verdi på konkrete motytelser, slik det framgår av anmodningsvedtak 572. Dette vil kunne legge beslag på betydelige ressurser i Konkurransetilsynet.

Som nevnt under punkt 8.4 om begrunnelsesplikt innebærer en opplysningsplikt slik ODA og Reitan foreslår, at Konkurransetilsynet mottar et betydelig antall «evalueringsrapporter». Avhengig av bruken vil det dette legge beslag på store ressurser i Konkurransetilsynet å behandle/vurdere disse rapportene. Det vil også legge beslag på ressurser hos de aktørene som skal utarbeide disse.

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

Et markedsetterforskningsverktøy, vil også føre til økt ressursbehov for Konkurransetilsynet. Sett hen til at et mulig nytt markedsetterforskningsverktøy vil bli

gjenstand for nærmere utredning og en egen høring, vil økonomiske og administrative konsekvenser utdypes i den forbindelse.

Økonomiske og administrative konsekvenser for næringslivet

En forskrift utformet som i alternativ 1 (jf. punkt 8.5) vil medføre økte kostnader for næringslivet, ettersom forskriften vil begrense næringslivet fra å prisdiskriminere på måter som er tillatt innenfor gjeldende regelverk. Ettersom forskriften har et annet innhold og fordrer andre vurderinger enn gjeldende konkurranseregler vil det kunne være utfordrende for næringslivet å inngå i rettslige prosesser forbundet med det nye regelverket. Dersom det gjøres unntak for prisdiskriminering til fordel for dagligvareaktører med mindre markedsandel enn 20 pst., og prisdiskriminering som skaper effektivitetsgevinster til fordel for forbrukerne, vil dette i noen grad begrense kostnadsøkningen for næringslivet. En opplysningsplikt til Konkurransetilsynet og/eller krav til skriftlighet og åpenhet mellom avtalepartene vil også kunne kreve betydelige ressurser fra aktørene og påføre ytterligere etterlevelseskostnader.

En forskrift utformet som i alternativ 2 (jf. punkt 8.6) vil medføre en mindre kostnadsøkning for næringslivet, ettersom den i større grad samsvarer med gjeldende konkurranseregler. Forskriftens veiledning om når usaklig prisdiskriminering anses som egnet til å begrense konkurransen kan gi dagligvareaktørene gode forutsetninger for å vurdere om deres praksis er lovlig. Samtidig kan forskriftsalternativet, ved å åpne for at Konkurransetilsynet kan hensynta aggregerte virkninger, redusere forutberegneligheten for næringslivet. Den enkelte leverandør skal ikke vite hvilke leveringsbetingelser andre leverandører opererer med, og vil dermed ha vanskelig for å vurdere de aggregerte virkningene av prisdiskrimineringen i bransjen.

Dersom forskriften introduserer nye vurderingsmomenter som ikke tidligere har blitt benyttet i saker om prisdiskriminering vil det kunne bidra til å skape usikkerhet blant næringsaktørene rundt hvilke former for prisdiskriminering som er tillatt. Slik usikkerhet vil kunne øke risikoen for at aktørene avskrekkes fra å gjennomføre saklig og konkurransefremmende prisdiskriminering, i hvert fall dersom sanksjonen er overtredelsesgebyr og ikke bare vedtak om opphør, se punkt 8.8. Se også punkt om samfunnsøkonomiske virkninger over.

11 Forskriftsutkast

Alternativ 1: Forskrift om forbud mot usaklig prisdiskriminering i verdikjeden for mat og dagligvarer

§ 1 Forskriftens anvendelsesområde:

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

§ 2 Definisjoner

- a) *Vesentlig markedsrett skal forstås som en markedsandel på 40 prosent eller mer i et relevant marked i verdikjeden for mat og dagligvarer, der leverandøren har en omsetning over 100 millioner kroner i det samme relevante markedet.*

Alternativt eller supplerende forslag til 2a

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

- b) *Ulike innkjøpsbetingelser foreligger når innkjøpsbetingelsene vurderes som forskjellige basert på en konkret sammenligning av innkjøpernes priser, rabatter og andre relevante vilkår.*
- c) *Likeverdige ytelser skal forstås som sammenliknbare ytelser, blant annet med hensyn til kvalitet og kvantitet.*
- d) *Saklig begrunnelse foreligger når ulikheten skyldes forskjeller i leverandørens produksjons- eller distribusjonskostnader, ulik verdi på konkrete motytelser, eller andre objektive grunner.*

§ 3 Begrunnelsesplikt

Dersom leverandører med vesentlig [/relativ] markedsrett skal tilby dagligvarekjeder/grossister ulike innkjøpsbetingelser for likeverdige ytelser, skal leverandøren kunne begrunne ulikheten saklig.

Leverandøren og/eller dagligvarekjeden/grossisten skal fremlegge relevant og tilgjengelig dokumentasjon som Konkurransetilsynet krever i samsvar med konkurranseloven § 24.

Alternativt annet ledd:

Leverandøren skal dokumentere til Konkurransetilsynet at ulikhetene er saklig begrunnet innen X dager etter kontrakt er inngått.

§ 4 Forbud mot usaklig prisdiskriminering

Det er forbudt for leverandører med vesentlig [/relativ] markedsrett å kreve ulike innkjøpsbetingelser for likeverdige ytelser dersom det ikke foreligger en saklig grunn som nevnt i § 3.

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

Alternativt med følgende unntak:

Forbudet i første ledd innebærer ikke et forbud mot å prisdiskriminere til fordel for dagligvareaktører med en markedsandel under [20 pst.] i et nasjonalt dagligvaremarked.

Forbudet i første ledd får ikke anvendelse dersom det kan sannsynliggjøres at ulike innkjøpsbetingelser fører til effektivitetsgevinster som forbrukerne får en rimelig andel av.

§ 5 Ikrafttredelse

Forskriften trer i kraft [dato].

Alternativ 2: Forskrift om forbud mot konkurranseskadelig, prisdiskriminering i verdikjeden for mat og dagligvarer

§ 1 Forskriftens anvendelsesområde:

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

§ 2 Definisjoner

- a) *Vesentlig markedsrett skal forstås som en markedsandel på 40 prosent eller mer i et relevant marked i verdikjeden for mat og dagligvarer, der leverandøren har en omsetning over 100 millioner kroner i det samme relevante markedet.*

Alternativt eller supplerende forslag til 2a

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

- b) *Ulike innkjøpsbetingelser foreligger når innkjøpsbetingelsene vurderes som forskjellige basert på en konkret sammenligning av innkjøpernes priser, rabatter og andre relevante vilkår.*
- c) *Likeverdige ytelser skal forstås som sammenliknbare ytelser, blant annet med hensyn til kvalitet og kvantitet.*
- d) *Saklig begrunnelse foreligger når ulikheten skyldes forskjeller i leverandørens produksjons- eller distribusjonskostnader, ulik verdi på konkrete motytelser, eller andre objektive grunner.*

§ 3 Begrunnelsesplikt

Dersom leverandører med vesentlig [relativ] markedsrett skal tilby dagligvarekjeder/grossister ulike innkjøpsbetingelser for likeverdige ytelser, skal leverandøren kunne begrunne ulikheten saklig.

Leverandøren og/eller dagligvarekjeden/grossisten skal fremlegge relevant og tilgjengelig dokumentasjon som Konkurransetilsynet krever i samsvar med konkurranseloven § 24.

Alternativt annet ledd:

Leverandøren skal dokumentere til Konkurransetilsynet at ulikhetene er saklig begrunnet innen X dager etter kontrakt er inngått.

§ 4 Forbud mot konkurransebegrensende prisdiskriminering

Det er forbudt for leverandører med vesentlig [/relativ] markedsrett å kreve ulike innkjøpsbetingelser for likeverdige ytelser dersom det ikke foreligger en saklig grunn som nevnt i § 3, og forskjellene begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen.

I vurderingen av om ulike innkjøpsbetingelser begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen, kan det blant annet legges vekt på grad av innkjøpsrett, forhandlingsrett, om adferden er egnet til å ha en effekt på en eller flere av kundenes kostnader, profitt eller andre relevante interesser, og om det foreligger en eventuell utestengende strategi. Det kan også legges vekt på aggregerte virkninger av prisdiskriminering for konkurransen i dagligvaremarkedet.

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

§ 5 Ikrafttredelse

Forskriften trer i kraft [dato]