

Mottaker
Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 Oslo

Deres ref.: 22/7601

Vår ref.:

Saksbehandler Nikolai Berg
Dokumentansvarlig Tor Erik Engebretsen

Dato: 16.12.2022

Høringsuttalelse til forskrift mot usaklige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer, og forslaget til etterforskningsverktøy for Konkurransetilsynet.

1. Innledning

Dagligvaretilsynet viser til høringsnotat fra Nærings- og fiskeridepartementet 25. oktober 2022 om forslag til forskrift om forbud mot usaklige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer. Fristen for innsendelse av høringsuttalelsen er satt til den 16. desember 2022.

Departementet har sendt på høring to ulike forskriftsalternativer. Det første alternativet følger direkte opp Stortingets anmodningsvedtak av 31. mai 2022 nr. 612 jf. 572, og nedlegger forbud mot at leverandører med vesentlig markedsmakt prisdiskriminerer uten at det kan begrunnes saklig. Det andre forskriftsalternativet forbyr slik usaklig prisdiskriminering dersom det begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen. Det åpnes for at konkurransemyndighetene i vurderingen kan ta hensyn til flere leverandørers avtaler (aggregerte virkninger) under ett, noe som kan bidra til en mer effektiv håndheving enn dagens regler. Begge forslagene har til formål å legge til rette for mer effektiv konkurranse i verdikjeden for dagligvarer og mat.

I tillegg introduseres muligheten for å gi Konkurransetilsynet et nytt markedsetterforskningsverktøy. Nærmere beskrivelse og forslag til regulering av et slikt verktøy vil bli behandlet i et eget høringsnotat, men det gis mulighet for umiddelbare reaksjoner nå.

Dagligvaretilsynet har som grunnleggende formål å bidra til effektive forhandlinger i dagligvarebransjen. Den bærende ideen bak loven Dagligvaretilsynet forvalter (Lov om god handelsskikk i dagligvarekjeden) er at stadig tilbakevendende konflikter kan unngås dersom forretningsforholdene er basert på redelighet, forutsigbarhet og lojalitet. Tanken er at kontrakter som følger lovens bestemmelser, blir klarere og mer forutberegnelige, og dermed mer effektive i samfunnsøkonomisk forstand. Mer effektive kontrakter kan bidra til økt verdiskaping mellom leverandører og kjeder, som indirekte bør gi økt forbrukervelferd i form av lavere priser og bredere sortiment.

Dagligvaretilsynet vil i det følgende avgi en høringsuttalelse på forslagene til de ovenfor nevnte forskrift(er) og etterforskningsverktøy.

2. Dagligvaretilsynets overordnede vurderinger

Dagligvaretilsynet deler departementets bekymringer over en utfordrende konkurransesituasjon i det norske dagligvaremarkedet med få aktører på alle ledd i verdikjeden. På detaljist- og grossist-

leddet er konsentrasjonen spesielt stor. Med unntak av utenlandske investorer i Oda og noen veldig små aktører på direkte ekspress levering av dagligvarer som Kevall og Wolt er detaljist leddet uten utenlandske aktører.

Dagligvaretilsynet mener det er grunn til å påpeke at den ofte benyttede markedsbeskrivelsen til NielsenIQ ikke inkluderer mindre aktører selv om de samlet sett er av en viss betydning. Dette gjelder for eksempel Oda og andre mindre uavhengige detaljister og kjeder. Etableringshindringer kan derfor synes noe lavere enn hva departementet uttrykker, selv om dette ikke endrer på den samlede vurderingen av en for stor konsentrasjon. Det er derfor stor forståelse for at det er nødvendig med konkrete tiltak for å forbedre konkurransesituasjonen, spesielt for detaljist leddet.

Et absolutt forbud mot usaklige forskjeller i innkjøpspriser kan synes svært inngripende.

Dagligvaretilsynet mener at manglende erfaring og empiri fra andre land om innføring av slike tiltak bør mane til forsiktighet med å ta i bruk så sterke virkemidler. Dagligvaretilsynet konstaterer også at det synes å være en uenighet fra academia om hva som kan være mulige positive virkninger av en slik forskrift. Etter Dagligvaretilsynets vurdering vil den i beste fall styrke fordelene for de neste største dagligvarekjedene, men ikke bidra vesentlig til at de minste og uavhengige aktørene på detaljistsiden får en forbedring av sine vilkår. Forskjeller som kan begrunnes saklig i forhold til volum vil her være utslagsgivende.

De betydelige prisforskjellene Konkurransetilsynet observerte i 2017 synes også være redusert i deres studier av innkjøpspriser i 2022 i henhold til Dagligvarerapporten fra Konkurransetilsynet.¹Når man i tillegg ser på dagens lønnsomhet til aktører som Coop, Rema og Bunnpris er det heller ikke så stor grunn til bekymring.

Utviklingen i markedsandelene til NielsenIQ fra 2020 til 2021 tyder ikke på en fortsatt vekst i markedsandeler for NorgesGruppen. Ifølge Dagens Næringsliv 15/12 2022, synes Rema 1000 å ha økt sin markedsandel med 0,5 prosentpoeng så langt i år, og har nå (per desember 2022) en andel på 23,5 prosent². Situasjonen synes derfor som noe mindre akutt enn hva man tidligere har antatt, også jfr. Konkurransetilsynets dagligvarerapport av 2022. Årsaken kan være at de som ikke er markedsleder har blitt dyktigere til å forhandle.

Når det gjelder faren for eventuelle skadevirkninger for forbruker ved en slik forskrift, i form av en mulighet for eksempel høyere priser som følge av svekkede insentiver for markedsledende leverandør til å forhandle, synes uenigheten blant akademikere å være mindre. Dagligvaretilsynet deler denne bekymringen. Dagligvaretilsynet mener også at det er en reell fare for at andelen av kjedens egne og unike merkevarer (EMV og UMV) vil kunne øke, med de utforingene dette vil kunne skape. Dette vil trolig belyses nærmere i kommende utredningsoppdraget fra departementet.

Dagligvaretilsynet mener derfor at det er grunn til varsomhet i vurderingen av slike inngripende tiltak som en forskrift vil innebære og at faren for en mulig negativ effekt for forhandlingsinstituttet er reell.

Det kan synes som at det primært vil være de nest største aktørene som vil kunne ha nytte av en slik forskrift. Dagligvaretilsynet er også skeptisk til at det vil bidra vesentlig til å senke etableringshindringene for eventuelt nye aktører. En forskrift vil etter Dagligvaretilsynets vurdering verken være nok eller en garanti for at en ny internasjonal aktør vil ønske å etablere seg i Norge.

¹ Konkurransetilsynets dagligvarerapport 2022

² Dagens næringsliv av 15. desember 2022

Dagligvaretilsynet mener det kan vært hensiktsmessig og også vurdere stimuleringsiltak for de eksisterende små aktørene på detaljist- og grossistledet som kan ha potensial for videre vekst. Tilsvarende bør det vurderes stimuleringsiltak for mindre leverandører som trenger distribusjon utover et avgrenset område. De vil ofte være for små til å kunne ha sin egen distribusjon, men ikke store nok til at de største grossistene finner den regningsvarende å inkludere dem i sitt ordinære distribusjonssystem. Løsningen for slike aktører blir derfor at varene deres må gå gjennom et ekstra ledd med distribusjon. Når i tillegg slike distributører priser sine distribusjonstjenester basert vares verdi og ikke på den reelle kostnaden for distribusjonen, blir slike varer unødvendig dyre for forbruker.

Vi deler departementets bekymring over at en forskrift med alternativene som beskrevet vil kunne risikere å svekke konkurranseintensiteten med høyere priser til forbruker som resultat. Dersom en midlertidig forskrift vedtas, bør man derfor iverksette tiltak for å få utført måltinger på prisutvikling på de ulike leddene i verdikjeden, selv om slike måltinger i seg selv er utfordrende. I tillegg bør man følge nøye med på utviklingen i sortimentsbredde og andelen av egne merkevarer i butikk.

Dagligvaretilsynet mener også at det kan oppstå mange kreative forsøk for å omgå effekten av en eventuell forskrift. Det kan for eksempel være en reel fare for at noen forhandlinger delvis kan flyttes utenfor Norge og at rabatter og motytelser blir enda mere blandet sammen enn hva som allerede gjøres.

Dagligvaretilsynet er også bekymret over at det kan bli svært vanskelig å operasjonalisere saklighetskravet. Resultatet kan fort bli langvarige og arbeidskrevende prosesser for både dominerende aktører og Konkurransetilsynet.

Dagligvaretilsynet mener derfor at forskriftsregulering ikke er den beste veien å gå for å bedre konkurransesituasjonen i markedet. Dette gjelder både for alternativ 1 og 2 av forskriften.

Med forbehold om begrenset kunnskap, tror Dagligvaretilsynet at et etterforskningsverktøy slik det beskrives av departementet og Konkurransetilsynet er svært interessant og over tid vil kunne avdekke og gi muligheter for å korrigere svikt i markedsmekanismer på en bedre måte enn det en forskrift mot usaklige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer vil kunne gjøre.

3. Dagligvaretilsynets svar til spørsmål i Høringsuttalelsen

3.1 Punkt 8.3.1 – Objektive kriterier for når en leverandør anses å ha vesentlig markedsrett

Dagligvaretilsynet ser utfordringer med både bruk av markedsandeler i kombinasjon med en omsetningstærskel og relativ markedsrett. Leverandører vil trolig også ha ulike vurderinger av hva som inngår i dagligvaremarkedet.

Selv om markedsandel i kombinasjon med terskelverdi i utgangspunktet vil være enkel å forholde seg til, må den basere seg på tilgjengelige tall og en klar definisjon av hvilket marked man skal beregne aktørens andel av. I dag benyttes som oftest markedsandelene som NielsenIQ publiserer. I disse tallene er det kun inkludert aktører som har en avtale om datautveksling med NielsenIQ. Mindre aktører som samlet sett har en liten, men ikke uvesentlig omsetning, som for eksempel Oda og de fleste andre mindre aktører inngår ikke i denne beregningen. Likeledes er omsetningen fra hybridkjeder som for eksempel Europris og Normal ikke med. For leverandører i varekategorier med en høy andel av omsetningen utenfor de fire største kjedene (Norgesgruppen, Coop, Rema og Bunnpris) kan derfor grunnlaget fra NielsenIQ for beregning av markedsandeler bli misvisende.

NielsenIQs datagrunnlag kan også endre seg over tid basert på hvilke aktører som bidrar med å utveksle data. Det er også betenkeligheter ved å følge de til enhver tid gjeldende markedsdefinisjoner til en kommersiell leverandør av markedsdata. Aktører kan også som departementet påpeker også bevist forsøke å definere seg bort fra en gitt terskelverdi. Dersom markedsandel skal legges til grunn bår de uansett kompletteres med en terskelverdi for omsetning på for eksempel 100 millioner kroner eller høyere. En hensiktsmessig terskelverdi bør utredes nærmere.

Bruken av definisjonen «relativ markedsrett» som høringsnotatet beskriver, vil kunne være mer fleksibel og favne bredere enn rene markedsandeler i kombinasjon med omsetningstærskler, men en stor ulempe vil være at den kan virke lite forutsigbar for aktørene. Samlet sett mener derfor Dagligvaretilsynet at vesentlig markedsrett bør ta utgangspunkt i de best tilgjengelige tall for markedsandeler i kombinasjon med en terskelverdi.

3.2 EØS-avtalens bestemmelser og Konkurranseloven § 14

En forskrift som forbyr usaklige forskjeller i innkjøpspriser i verdikjeden for mat og dagligvarer må som nevnt i høringsnotatet oppfylle vilkårene som fremgår av EØS-avtalens bestemmelser i tillegg til konkurranseloven § 14. Dagligvaretilsynet avstår fra å kommentere dette da det ligger utenfor vårt kompetanseområde.

3.3 Punkt 8.3.2 i høringsnotatet – Varekategori

På samme måte som definisjon av det totale dagligvaremarkedet er utfordrende mener Dagligvaretilsynet at det samme er gjeldende for definisjon varekategorier. Bruk av etablerte kategoridefinisjoner vil være enkelt men ikke alltid like godt egnet. Nielsen IQs eller Tradesolutions definisjoner er mye mer finmasket og derfor bedre egnet enn kategoriinndelingene til SSB. Definisjonene til NielsenIQ og Tradesolution har blitt til over lang tid i samarbeid med både leverandører og kjeder. De endres over tid, for eksempel i sammenheng med innovasjoner innenfor en varegruppe, når en undergruppe vokser seg stor osv. Ulike leverandører vil ofte også ha ulikt syn på hvilken kategori deres produkt inngår i. Dette kan igjen ha stor betydning for hva som er relevant markedsandel i kategorien. En leverandør av fersk suppe vil for eksempel kunne se markedet sitt som kun andel av total fersk suppe eller en sum eller kombinasjon av fersk suppe, dypfrost ferdig suppe, poseferdig suppe, suppe på boks, (tørr-)posesuppe osv. Det bør derfor vurderes om det i noen tilfeller heller bør gjøres en konkret vurdering av hva som er det relevante markedet leverandørene opererer i.

3.4 Punkt 8.3.3 i høringsnotatet – Likeverdige ytelser

Dagligvaretilsynet er enige med departementet i at likeverdige ytelser bør forstås som at de er sammenlignbare, blant annet med hensyn til kvalitet og kvantitet, og at ytelsene ikke trenger å være identiske. Dagligvaretilsynet støtter at det bør være lik ordlyd og identisk forståelse som i konkurranserettslig forstand, av hensyn til reglens praktisering og forståelse. Dagligvaretilsynet mener at det i praksis vil kunne være svært vanskelig å gjennomføre slike vurderinger av sammenlignbare ytelser. Dette gjelder spesielt når ytelsen er en egen merkevare (EMV) eller en unik merkevare for kjeden (UMV). Vilåret om likeverdige ytelser må derfor gjøres ut fra en konkret vurdering.

3.5 Punkt 8.3.4 i høringsnotatet – Ulike innkjøpsbetingelser

Det er vanskelig å gi konkrete definisjoner av sammensatt forhold og det er derfor behov for brede vurderinger. Det ser ut til at høringsnotatet gir en forklaring som i all hovedsak støttes av

Dagligvaretilsynet, nemlig at det ikke er enkelt å gi slik operasjonell definisjon. Det er en mengde relevante momenter og hensyn som må tas, og disse kan vanskelig skriftliggjøres og nedtegnes i forkant. De må derfor bero på en helhetlig og skjønnsmessig vurdering av de samlede momenter i saken. Departementet skriver at det i vurderingen av hvorvidt en kunde har fått ulike vilkår, må det foretas en sammenligning av priser, rabatter og andre relevante vilkår i avtalen kunden har inngått med det dominerende foretaket sammenlignet med tilsvarende av hva de har gitt andre kunder. Dagligvaretilsynet sier seg enig i denne betraktningen, men påpeker at dette i praksis vil være svært vanskelig. Hva som i realiteten er en faktisk rabatt eller en betaling for en motytelse kan være særdeles vanskelig å vurdere. Dagligvaretilsynets undersøkelse om samarbeidsklime i dagligvarehandelen 2022, viste også store forskjeller mellom kjedene både når det gjelder leverandørers vurdering av manglende spesifisering av kjedens motytelser og i hvilken grad kjedens motytelse blir gjennomført som avtalt. En leverandør kan derfor være tilbøyelig til å gi en høyere rabatt / betaling for en motytelse dersom de forventer en høyere gjennomføringsgrad sammenlignet med andre kjeder. Det vil også være vanskelig å kvantifisere verdien av motytelser. En vurdering av eventuelle ulike innkjøpsbetingelser må derfor baseres på en konkret vurdering.

3.6 Punkt 8.3.5 i høringsnotatet – Saklig begrunnelse

Dagligvaretilsynet støtter departementet i sin vurdering av hva som kan ansees som saklig begrunnelse, og at det er uhensiktsmessig å gi en utfyllende beskrivelse av hvilke forhold som utgjør en saklig begrunnelse. Dagligvaretilsynet anser at motytelser på tvers av varelinjer er særdeles utbredt og kan ha en viktig funksjon, for eksempel i forhold til nylanseringer og sortimentsbredde. Slike ytelser på tvers av varelinjer bør derfor ikke utelukkes som en eventuell saklig begrunnelse. Vi deler også departementets vurdering av at koblingssalg og andre leveringsvilkår som er egnet til å begrense konkurransen ved å utestenge leverandører allerede kan være ulovlig etter gjeldende konkurranseregler. Vi er derfor enige i departementets vurdering i at det neppe vil være behov for en slik avgrensning av saklighetskravet og at en lavere terskel 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.

3.7 Punkt 8.4 i høringsnotatet – Begrunnelsesplikt

Dagligvaretilsynet anser at en leverandør med vesentlig markedsrett vil være tilstrekkelig forberedt gjennom forskriften på å begrunne eventuelle ulike innkjøpsbetingelser saklig når Konkurransetilsynet mener det er behov for dette. Dagligvaretilsynet er enige med det som beskrives i høringsnotatet, at det kan fremstå unødig ressurs og arbeidskrevende, å skulle rapportere proaktivt til Konkurransetilsynet (for eksempel i form av en «evalueringsrapport»). Dette vil som nevnt i høringsnotatet kreve betydelig ressursbruk, ikke bare for leverandører, men også for Konkurransetilsynet. En forbeholden begrunnelsesplikt vil derfor være mest hensiktsmessig.

Dagligvaretilsynet deler vurderingen i at krav om åpenhet i forhandlingene mellom leverandør og grossist/dagligvarekjede allerede dekkes gjennom kravet til skriftlighet og klarhet i lov om god handelsskikk, og at det av samme lov følger at partene har krav på opplysninger som de har grunn til å tro er av betydning for den annen part. Dagligvaretilsynet mener derfor at et særskilt krav til åpenhet i en forskrift om prisdiskriminering ikke er nødvendig.

3.8 Punkt 8.5.1 og 8.5.2 - De forskjellige forskriftsalternativene

Dagligvaretilsynet er enige i departementets vurderinger at forslaget vil kunne ramme all usaklig prisdiskriminering, uavhengig av om den er negativ eller positiv for konkurransen. Det er meget viktig som departementet påpeker, at det vil kunne gi dårligere og/eller mindre insentiver til å fremforhandle bedre vilkår. Det vil også kunne ha negativ effekt på sluttbruker (forbruker).

Dagligvaretilsynet mener at forskriftsalternativ 2, er mest treffende om det skal innføres en forskrift. Dette som en følge av at Dagligvaretilsynet antar Konkurransetilsynet i større grad vil kunne foreta konkrete vurderinger, som igjen vil kunne redusere de mulige ulempene som følger av alternativ 1. Dette sammenholdt med den store inngripen alternativ 1 vil utgjøre for avtalefriheten mellom partene, og potensialet for manglende incentiver til å forhandle frem best mulig betingelser.

3.9 Punkt 8.6.1 i høringsnotatet – Nærmere om vurderingen av når det foreligger Konkurransbegrensende virkninger

Dagligvaretilsynet støtter departementets vurdering. Det kan gi bedre forutsigbarhet, økte positive insitamenter, herunder også redusere faren for å «trå feil» for leverandørene. Det er meget viktig at grunnleggende rettssikkerhetsgarantier ivaretas slik foreslått, samt at det er viktig at leverandørene enkelt kan forholde seg til forskriften.

3.10 Punkt 8.7 i høringsnotatet – Dagligvarekjedenes ansvar

Dagligvaretilsynet kan ikke se at det utover å forholde seg til konkurranseloven og lov om god handelsskikk er særlige forhold som kan nevnes.

3.11 Punkt 8.8 i høringsnotatet – Sanksjoner

Dagligvaretilsynet anser det naturlig at de samme sanksjonsmuligheten som finnes i konkurranseloven ellers, også inntas i forslaget til forskrift. Dette er et godt innarbeidet system, og har tilstrekkelig både korrigerende og pønalt effekt.

Hvorvidt det bør gis anledning til å håndheve forskriften privat, er Dagligvaretilsynet usikker på. Dagligvarebransjen er ressurssterk, og saker for domstolene vil kunne gå parallelt med saker for forvaltningen. Det vil kunne gi tids-, og effektivitetsproblematikk, og ikke minst potensialet for manglende transparens (unntak av eventuelle resultater fra offentligheten). Dagligvaretilsynet mener at dette bør i all hovedsak forvaltes av det offentlige, og eventuelt domstolsprøvelse etter alminnelige forvaltningsrettslige regler.

3.12 Punkt 9 i høringsuttalelsen – Markedsetterforskningsverktøy

Dagligvaretilsynet viser til departementets vurderinger av et markedsføringsverktøy for Konkurransetilsynet, som allerede er i bruk i flere andre land, kan være bedre egnet til å håndtere utfordringer til prisdiskrimineringer i dagligvaremarkedet. Selv om et slikt verktøy vil kreve tilpasninger i konkurranseloven, fremstår et slikt verktøy etter Dagligvaretilsynets vurdering som interessant og mer anvendelig enn forslagene til forskrift. Endringen i konkurranseloven synes heller ikke å være spesielt utfordrende å få til selv om lovendringen vil ta noe tid.

Dagligvaretilsynet stiller seg derfor positiv til et markedsetterforskningsverktøy, slik det er beskrevet, men understreket at vi ikke har egenhendig kunnskap om verktøyet utover departementets og Konkurransetilsynets vurderinger. Når man tar med i betraktningen de uheldige og potensielt skadelige virkningene som en midlertidig forskrift vil kunne medføre, kan det derfor synes fornuftig å velge implementering av et slikt verktøy fremfor forskrift.