

Nærings- og fiskeridepartementet
0030 Oslo
Løsning for høringsuttalelser på regjeringen.no

Høringsvar: Forslag om innføring av nytt markedsetterforskningsverktøy

Forbrukerrådet viser til at Nærings- og Fiskeridepartementet, den 31.03.2023, sendte forslag til «endringer i konkurranseloven m.m.- markedsetterforskning og utredning av overtredelsesgebyr og ledelseskarakterene mot fysiske personer» på høring. Departementet har bedt om høringsvar innen 30.06.2023.

Forbrukerrådet oversender med dette sitt høringsvar, som er innsendt ved bruk av departementets digitale løsning for høringsuttalelser.

Oppsummering

- Forbrukerrådet støtter forslaget om markedsetterforskningsverktøy. Det er godt virkemiddel for å gripe inn mot adferd eller strukturer som skader konkurransen uten å bli rammet av forbudene i konkurranselovens § 10 eller § 11, eller der det er vanskelig å bevise at forbudene brytes.
- Et markedsetterforskningsverktøy er et godt supplement til forskrift mot forskjeller i innkjøpspriser som ikke er saklig begrunnet. Det er derimot ingen erstatning.

Innledning

Forbrukerrådet har registrert at Konkurransetilsynet, i et internt notat til NFD, har stilt spørsmål ved hvor treffsikker konkurranselovens § 11 er mot forskjeller i innkjøpspriser:¹

Når det gjelder forskjeller i innkjøpspriser kan det argumenteres for at "det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende uten at § 11 kommer til anvendelse"

Vi mener det er flere eksempler på tilsvarende konkurransekadelig praksis i andre bransjer. Vi mener derfor det foreslåtte markedsetterforskningsverktøyet på sikt kan bli et nyttig virkemiddel.

Vi vil i vårt høringsvar primært omtale to problemstillinger.

- 1) Begrunne hvorfor markedsetterforskningsverktøyet utfyller forskriftshjemmelen i §14
- 2) Hvorfor verktøyet ikke er et godt substitutt for en forskrift mot prisdiskriminering

¹ Konkurransetilsynet 19.5.2022 – internt notat sendt til Nærings- og fiskeridepartementet pkt. 51: Behov for nye virkemidler for å bedre konkurransen i dagligvaremarkedet



Markedsetterforskningsverktøy vs. forskriftshjemmelen i §14

Forbrukerrådet mener et markedsetterforskningsverktøy kan være et nyttig virkemiddel mot konkurranseskadelig adferd og strukturerer som ikke rammes av paragrafene 10. og 11. i dagens konkurranselov.

I høringsnotatet listes det opp en rekke eksempler som etter Forbrukerrådets mening er høyst relevante. De viser at ikke all konkurranseskadelig adferd kommer innunder konkurransebegrensende avtaler mellom foretak (§10) eller utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling (§11):

- Adferd som øker forbrukernes byttekostnader som «win-back» klausuler eller lojalitetsprogrammer
- Aggregerte effekter av handlinger som hver for seg utgjør en mindre andel av et dominerende selskaps totale innkjøp
- Paritetsklausuler som forbyr produsenter å tilby lavere priser på andre plattformer eller egen hjemmeside
- Strukturelle forhold som ikke direkte kan knyttes til adferd som stordriftsfordeler, nettverkseffekter, asymmetrisk informasjon og byttekostnader.

Det er liten tvil om at disse eksemplene kan være konkurranseskadelige selv om det ikke rammes av dagens lovverk.

Paragraf 14 i konkurranseloven åpner riktignok for at «Kongen ved forskrift kan gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål.» Det er imidlertid Forbrukerrådets mening at markedsforskningssetterforskningsverktøyet kan supplere §14 i å fylle tomrommet etter inngrepshjemmelen i konkurranseloven av 1993, som forsvant da den nye konkurranseloven ble innført i 2004.

§ 3-10. Inngrep mot konkurranseskadelig atferd.

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

Første ledd omfatter blant annet vilkår, avtaler og handlinger som kan:

- a. opprettholde eller styrke en dominerende stilling i et marked ved hjelp av konkurransehemmende metoder, eller*
- b. begrense kunders valg, fordyre produksjon, distribusjon eller omsetning, stenge konkurrenter ute eller nekte forretningsforbindelse eller medlemskap i sammenslutninger.*

Det var denne paragrafen som ble brukt som hjemmel for å gripe inn mot bonusprogrammene til SAS, Widerøe og Braathen.² Det må i etterpåklokskapens lys sies å ha vært en vellykket inngripen som fungerte etter hensikten.

I noen tilfeller vil det være mer fornuftig å innføre en forskrift fremfor å bruke etterforskningsverktøyet. Det fremstår imidlertid som en unødvendig høy terskel hvis

² Konkurransetilsynet 18. mars, 2002: [Konkurranseloven § 3-10 – inngrep mot SAS', Widerøes og Braathens' bonusprogrammer, EuroBonus og Wings](#)



Konkurransetilsynet først må fullføre en krevende etterforskning som avdekker konkurranseskade og deretter overbevise Næringsdepartementet om å sette i gang en prosess med et usikkert utfall for å innføre en forskrift. Den politiske kontrollen vil uansett bli ivaretatt av konkurranselovens §35 som sier at «*Departementet behandler klager over vedtak eller avgjørelser Konkurranselagenemnda treffer i første instans.*»

Ingen erstatning for forskrift mot ikke saklig begrunnede forskjeller i innkjøpspriser

Et markedsetterforskningsverktøy vil både være et godt supplement til forskrift mot ikke saklig begrunnet prisdiskriminering og til konkurranseloven generelt. Det er imidlertid ingen erstatning for en dagligvarespesifikk forskrift. Et markedsetterforskningsverktøy åpner for eksempel ikke for privat håndhevelse. Et eventuelt inngrep vil derfor være helt avhengig av Konkurransetilsynets ressurser, prioriteringer og vurderinger.

Innføringen av et markedsetterforskningsverktøy kan slik love mer enn den holder, dersom ikke Konkurransetilsynet settes i ressursmessig stand til å ta det i bruk.

Det vil ei heller ha en umiddelbar og preventiv virkning mot uønsket adferd. Som høringsnotatet presiserer, vil utfallet av en markedsetterforskning ikke resultere i sanksjoner eller illeggelse av overtredelsesgebyrer for handlinger tilbake i tid. Som tilsynet skriver, er det snarere rettet mot å analysere særtrekk ved og konkurranseutfordringer i det aktuelle markedet. De konkurranseskadelige forskjellene i innkjøpspriser vil derfor sannsynligvis vedvare helt frem til et eventuelt vedtak blir fattet og ankemulighetene er uttømt.

Inngrep basert på markedsetterforskningsverktøyet må nødvendigvis baseres på en grundig og langvarig prosess. Siden Konkurransetilsynet tilsynelatende mener at de store innkjøpsprisene ikke strider mot dagens konkurranselov, vil det være forholdsvis risikofritt å opprettholde de store forskjellene frem til et endelig vedtak. Dagligvareaktørene må imidlertid forholde seg til et eksplisitt forbud mot ikke saklige begrunnede innkjøpspriser. Det vil derfor få en effekt allerede ved forskriftens ikrafttredelse.

Det vil, som NFD skrev i høringsnotatet om prisdiskriminering³, ta noe tid før et slikt verktøy kan tas i bruk. Det må sendes på høring og krever en lovendring. Dersom lovendringen blir innført vil det ta ytterligere år før en utredning kan bli iverksatt og enkeltvedtak fattes.

Høringsnotatet viser til at flere instanser i høringen til forskrift mot prisdiskriminering «*viste til at muligheten for å fatte enkeltvedtak ved innføring av et markedsetterforskningsverktøy vil kunne være en bedre tilnærming for å håndtere utfordringer knyttet til prisdiskriminering.*» Forbrukerrådet observerer at disse høringsinstansene i hovedsak ikke ønsker inngrep mot prisdiskriminering i det hele tatt. I så måte regner de markedsetterforskningsverktøyet som et mindre onde enn en forbudsforskrift. I den grad man skal ta hensyn til disse uttalelsene er det nok først og fremst som en indikasjon på at en forskrift vil være det mest effektive virkemiddelet.

³ Regjeringen 25.10.2022: [Høring om forbud mot usaklige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer](#)



Forbrukerrådet støtter også at det innføres hjemmel til å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr og ledelseskantene for overtredelse av visse handleplikter i konkurranseloven. Fra et forbrukervernsperspektiv kan slike regler motvirke at useriøse aktører kan flytte seg mellom selskaper og bransjer. Forbrukerrådet tar ikke stilling til innholdet eller utformingen av en slik bestemmelse ut over at den må veies opp mot hensynet til sammensetningen av styret.

Oslo, den 30. juni, 2023

Med vennlig hilsen
Forbrukerrådet

Olav Kasland (s.)
Fagdirektør

Arne Thommessen (s.)
Seniorrådgiver