



Konkurransklagenemnda

Konkurransklagenemndas vedtak V02-2025 – 20. august 2025

Saker:	2025/0504, 2025/0505 og 2025/0506
Klagere:	Coop Norge SA NorgesGruppen ASA Rema 1000 Norge AS
Prosessfullmektiger:	Advokatfirmaet Wiersholm AS ved advokat Håkon Cosma Størdal Advokatfirmaet Thommessen AS ved advokat Siri Teigum Advokatfirmaet BAHR AS ved advokat Helge Stemshaug
Konkurransetilsynets prosessfullmektiger:	Regjeringsadvokaten ved advokat Lisa-Mari Moen Jünge, advokat Ivar Nyhus og advokatfullmektig Marte Brathovde

Konkurransklagenemndas medlemmer:

Karin Fløistad, Tore Lunde, Bjørn Eirik Hansen, Teis Lunde Lømo og Tore Nilssen

1 Innledning

- (1) Konkurransetilsynet traff 21. august 2024 vedtak (heretter omtalt som «Konkurransetilsynets vedtak» eller «vedtaket») om ileggelse av overtredelsesgebyr mot Coop Norge SA (heretter «Coop»), NorgesGruppen ASA (heretter «NorgesGruppen») og Rema 1000 Norge AS/Reitan AS (heretter «Rema 1000»), for brudd på lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger 5. mars 2004 nr. 12 (konkurranseloven) § 10 og avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde 2. mai 1992 (EØS-avtalen) artikkel 53. Konkurransetilsynet påla også opphør av samarbeidet med hjemmel i konkurranseeloven § 12.
- (2) I vedtaket legger Konkurransetilsynet til grunn at de aktuelle foretakene har deltatt i et ulovlig samarbeid om å gi hverandre gjensidig tilgang til innhenting av omfattende mengder varelinjepriser i hverandres dagligvarebutikker. Konkurransetilsynet legger videre til grunn at samarbeidet har hatt konkurransebegrensende virkninger i det norske dagligvaremarkedet.
- (3) Alle foretakene som ble ilagt overtredelsesgebyr (i fellesskap omtalt som «klagerne»), har påklaget vedtaket 21. februar 2025 til Konkurransklagenemnda.

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (4) Konkurransetilsynet har vurdert klagen, men konkludert med at de ikke gir grunnlag for å endre eller oppheve vedtaket, jf. lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker 10. februar 1967 (forvaltningsloven) § 33. Konkurransetilsynets innstilling, klagen og sakens dokumenter ble derfor oversendt Konkurransklagenemnda 14. mars 2025, jf. forskrift om behandling av saker for Konkurransklagenemnda § 4.
- (5) Klagerne kommenterte Konkurransetilsynets innstilling i hver sine brev til Konkurransklagenemnda. Rema 1000 sendte sine kommentarer ved brev 15. april 2025, mens Coop og NorgesGruppen sendte sine kommentarer 23. april 2025. Konkurransetilsynet kommenterte disse brevene fra klagerne i brev 30. april 2025. NorgesGruppen kommenterte Konkurransetilsynets brev i brev 21. mai 2025. Coop kom med supplerende merknader i brev 22. mai 2025.
- (6) Etter Konkurransklagenemndas vedtak i innsynsklagesak 2025/0425 av 9. mai 2025 og innsynsklagesaksak 2025/0513 av 12. mai 2025, fikk nemnda 16. mai 2025 oversendt ytterligere dokumenter fra Konkurransetilsynet.¹
- (7) Konkurransklagenemnda gjennomførte muntlig høring i saken gjennom syv dager fra 26. mai til 31. mai, samt 2. juni 2025. Under den muntlige høringen ble det gitt en felles innledning på vegne av klagerne, og en innledning fra Konkurransetilsynet. Videre fikk nemnda høre vitne- og sakkyndigforklaringer, slik det fremgår av protokollen fra høringen. Høringen ble avsluttet med oppsummeringer fra klagerens prosessfullmektiger.
- (8) Coop, NorgesGruppen og Konkurransetilsynet innga kommentarer til det som fremkom under høringen 20. juni 2025. Rema 1000 innga kommentarer 27. juni 2025. NorgesGruppen kom med ytterligere kommentarer 27. juni 2025. Konkurransetilsynet kommenterte klagerens siste kommentarer 3. juli 2025.
- (9) Etter forvaltningsloven § 34 andre ledd kan Konkurransklagenemnda prøve alle sider av saken. Dette betyr at nemnda kan prøve faktum, saksbehandling, rettsanvendelse og skjønn. Etter forvaltningsloven § 34 siste ledd første punktum kan nemnda treffe nytt vedtak i saken eller oppheve Konkurransetilsynets vedtak, og nemnda er ikke bundet til å behandle saken innenfor rammene for Konkurransetilsynets vedtak.
- (10) Konkurransklagenemnda har i behandlingen av saken lagt vekt på dokumentene som inngår i saken, klagen, etterfølgende brev, samt det som fremkom under den muntlige høringen.

2 Sakens bakgrunn

2.1 Konkurransetilsynets vedtak

- (11) Konkurransetilsynet traff 21. august 2024 vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53. Klagerne ble også pålagt opphør av samarbeidet. I vedtaket blir det lagt til grunn at det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at klagerne har deltatt i et ulovlig samarbeid om å gi

¹ Dokumentene gjaldt kommunikasjon mellom Konkurransetilsynet og dets engasjerte eksterne sakkyndige, herunder rapporter og foreløpige rapporter fra de sakkyndige, diskusjonsnotater og faglige diskusjoner mellom de sakkyndige og Konkurransetilsynet, samt saksopplysninger og spørsmål, og kommunikasjon av mer administrativ karakter.

hverandre gjensidig tilgang til å hente inn omfattende mengder priser i hverandres dagligvarebutikker. Samarbeidet førte ifølge Konkurransetilsynet til at hver av klagerne oppdaget prisendringer hos konkurrentene oftere og raskere enn de ellers kunne gjort. Dermed reduserte samarbeidet usikkerheten mellom klagerne om hvordan konkurrentene ville opptre, og svekket klagerens insentiver til å konkurrere hardt på pris. Samarbeidet ga videre klagerne god oversikt over hverandres markedsbevegelser og reduserte dermed den risikoen som kjennetegner velfungerende konkurranse. Det påståtte samarbeidet mellom klagerne har ifølge Konkurransetilsynet pågått fra januar 2011 og i alle fall frem til bevissikringene i april 2018.

(12) På denne bakgrunn ble det fattet vedtak med følgende slutning:

«1. Coop Norge SA, Norgesgruppen ASA og Rema 1000 Norge AS/Reitan AS pålegges å bringe til opphør samarbeidet som er beskrevet i dette vedtaket for det tilfelle at samarbeidet ikke er opphørt. Coop Norge SA, Norgesgruppen ASA og Rema 1000 Norge AS/Reitan AS pålegges videre å avstå fra å inngå eller opprettholde ethvert samarbeid som kan ha samme eller lignende formål eller virkning.

2. Coop Norge SA ilegges et overtredelsesgebyr på 1 321 024 000 kroner – énmilliardtrehundreogtjueenmillionertjuefiretusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53.

3. Norgesgruppen ASA ilegges et overtredelsesgebyr på 2 313 418 000 kroner – tomilliardertrehundreogtrentenmillionerfirehundreogattentusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53.

4. Rema 1000 Norge AS/Reitan AS ilegges solidarisk et overtredelsesgebyr på 1 292 539 000 kroner – énmilliardtohundreogtittommillionerfemhundreogtrentitusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53.»

2.2 Om klagerne

2.2.1 Innledning

(13) Beskrivelsen av klagerne bygger på Konkurransetilsynets beskrivelse i vedtaket punkt 2.1 «Nærmere om partene». Klagerne har ikke hatt innvendinger til denne delen av Konkurransetilsynets fremstilling av saken.

2.2.2 Coop Norge SA

(14) Coop ble stiftet 27. juni 1906.

(15) Coop-konsernet er organisert som et føderativt samvirke. Samvirkelagene er primærsamvirkene, og Coop er samvirkelagenes fellesorganisasjon og eies av disse. Per 2019 var det 73 samvirkelag som eide Coop. Disse 73 primærsamvirkene var igjen eid av 1,75 millioner forbrukere gjennom medlemskap i samvirkelagene. Ved utgangen av 2019 drev Coop 1116 butikker innen profilkjedene Coop Marked (210 butikker), Coop Mega (70 butikker), Coop Prix (230 butikker), Extra (478 butikker), Matkroken (97 butikker) og Obs (31 butikker) i Norge.

- (16) Ved utgangen av 2019 ble 323 av Coop-butikkene driftet gjennom det heleide datterselskapet Norsk Butikkdrift AS, dels som egneide filialer og dels ved franchisetakere.
- (17) Per 2018 var 158 av Coop-konsernets dagligvarebutikker franchisedrevne. Antall franchisedrevne butikker fordelte seg på de forskjellige profilkjedene Matkroken [REDACTED], Extra [REDACTED], Prix [REDACTED] og Mega [REDACTED].
- (18) I 2018 hadde Coop en totalomsetning i sine dagligvarebutikker på om lag 57,5 milliarder kroner (både egneide og franchisedrevne butikker). Omsetning knyttet til dagligvarer beløp seg til om lag [REDACTED] milliarder kroner. Av totalomsetningen var om lag [REDACTED] milliarder kroner knyttet til omsetning i egneide dagligvarebutikker, hvorav omsetningen av dagligvare utgjorde [REDACTED] milliarder kroner. Om lag [REDACTED] milliarder kroner av totalomsetningen var knyttet til omsetning i franchisedrevne butikker, hvorav omsetningen for dagligvare utgjorde [REDACTED] milliarder kroner.
- (19) Coop Norge Handel AS var et heleid datterselskap av Coop som ble innfusjonert i Coop i slutten av 2017. Coop Norge Handel AS drev blant annet med organisering av [REDACTED].
- (20) Ifølge årsregnskapet til Coop-konsernet for 2019 hadde konsernet en omsetning på 50,6 milliarder kroner (ekskludert omsetning i franchisedrevne butikker).

2.2.3 NorgesGruppen ASA

- (21) NorgesGruppen ble stiftet 16. oktober 1963.
- (22) NorgesGruppen ASA er morselskapet i NorgesGruppen-konsernet. Konsernet driver virksomhet innenfor en rekke områder, inkludert detaljhandel med dagligvarer. Ved utgangen av 2019 drev konsernet totalt 1812 dagligvarebutikker. Dagligvarebutikkene er fordelt mellom ulike kjedekonsepter, og er administrert av tre profilhus. Profilhuset Kjøpmannshuset Norge AS driver kjedene Eurospar, Spar, Joker og Nærbutikken. Profilhuset Kiwi Norge AS og Kiwi Minidrift AS (samlet «Kiwi») driver kjeden Kiwi minipris, mens profilhuset Meny AS driver kjeden Meny, i tillegg til enkelte butikker med ulik profilering, blant annet Helgø Meny, Jacobs, Lerøy Mat, Eide Handel, Nico Mat, CC Mat-butikkene gjennom CC Dagligvare AS, og andre uprofilerte butikker. NorgesGruppens butikker fordelte seg ved utgangen av 2019 mellom 680 Kiwi-butikker, 457 Joker-butikker, 293 Spar/Eurospar-butikker, 179 Meny-butikker, 156 Nærbutikken-butikker, 43 uprofilerte butikker i Kjøpmannshuset AS, tre CC-Mat-butikker og to Jacobs-butikker.
- (23) NorgesGruppen-konsernet har en rekke heleide datterselskap, blant annet NorgesGruppen Detalj AS. I vedtektene til dette selskapet er formålet oppgitt å være investering i fast eiendom, dagligvarehandel, samt virksomhet som står i forbindelse med dette, medregnet deltakelse i andre selskaper, foretak og garantistillelse. Tidligere var også Sylinder AS et heleid selskap av NorgesGruppen. Dette selskapets virksomhet var rådgivning, kundesegmentering, analyse og beslutningsstøtte basert på kundedata og tjenester knyttet til drift av kundeprogrammer. Selskapet ble fusjonert inn i Trumf AS i 2023. Trumf AS er et heleid datterselskap opprettet av

NorgesGruppen i 1997. Det er et medlems- og avtalebasert fordelsprogram der medlemmene tjener opp bonus på kjøp hos Trumfs partnere.

- (24) I 2018 ble [redacted] av NorgesGruppens butikker drevet etter ulike franchisekontrakter. Ved utgangen av 2019 var 950 av NorgesGruppens dagligvarebutikker franchisedrevne. Antall franchisedrevne butikker fordeler seg mellom de forskjellige profilkjedene Kiwi ([redacted]), Meny ([redacted]), Spar ([redacted]), Nærbutikken ([redacted]) og Joker ([redacted]). I 2019 var om lag [redacted] milliarder kroner av totalomsetningen knyttet til omsetning i franchisedrevne dagligvarebutikker.
- (25) De fleste franchisekontraktene som benyttes, er [redacted]
- (26) I 2018 hadde NorgesGruppen en totalomsetning i sine dagligvarebutikker på [redacted] milliarder kroner (både egneide og franchisedrevne butikker). Om lag [redacted] milliarder kroner av dette var knyttet til omsetning i egneide dagligvarebutikker, og om lag [redacted] milliarder kroner var knyttet til omsetning i deleide selskaper hvor NorgesGruppen ikke har «styrende bestemmelse».
- (27) Ifølge årsregnskapet til NorgesGruppen-konsernet for 2019 var omsetningen på 90,3 milliarder kroner (ekskludert omsetning i franchisedrevne butikker). Omsetningen inkluderer omsetning i butikker i utlandet, slik som Meny-butikker i Danmark og Eurocash i Sverige.

2.2.4 Rema 1000 Norge AS/Reitan AS

- (28) Rema 1000 ble stiftet 4. juli 2000. Reitan AS åpnet imidlertid sin første butikk i 1979.
- (29) Rema 1000 Norge AS driver én profilkjede: Rema 1000. Alle Rema 1000-butikker er franchisedrevne. Rema 1000 oppgir i overgangen 2019/2020 at de drev samtlige av sine 642 [redacted] Franchiseavtalene har en varighet på maksimalt [redacted] år. I 2019 var omsetningen i Rema 1000s butikker i Norge på 41,5 milliarder kroner.
- (30) I 2019 var den samlede totalomsetningen til Rema 1000-butikkene i Norge og i Danmark 72,3 milliarder kroner. I 2018 var totalomsetning, inklusive franchisedrevne enheter, 70,2 milliarder kroner.
- (31) Rema 1000 Norge AS eies 100 prosent av Rema 1000 AS, som igjen er 100 prosent eiet av Reitan Retail AS. Dette selskapet er igjen 100 prosent eiet av Reitan AS. Reitan-konsernet driver virksomhet innen en rekke ulike bransjer og hadde i 2019 en omsetning på 73,7 milliarder kroner (ekskludert omsetning i franchisedrevne butikker). Omsetningen inkluderer inntekter fra butikker i utlandet, slik som Rema 1000 og Uno-X i Danmark.

- (32) Inntil 2014 var Rema 1000s virksomhet i Norge organisert i selskapet Rema 1000 Norge AS.² I 2014 ble det gjennomført en omorganisering der det nyopprettede selskapet Rema 1000 i Norge AS³ ble morselskap for den norske delen av Rema 1000s virksomhet. Rema 1000 Norge AS' vedtektsfestede formål er

«[f]ranchisevirksomhet innen Remakonseptet i Norge og i andre land. Selskapet kan også erverve, eie og utvikle fast eiendom samt drive handel og virksomhet forbundet med dette, herunder delta i andre selskaper med lignende formål.»

- (33) Selskapet eide en rekke datterselskap som drev Rema 1000s norske virksomhet. I november 2019 skjedde det en ny omorganisering der driften igjen ble samlet i selskapet Rema 1000 Norge AS.
- (34) Ifølge årsregnskapet til Rema 1000 Norge AS for 2019 hadde selskapet en omsetning på 3,7 milliarder kroner (ekskludert omsetning i franchisedrevne butikker). Årsregnskapet for 2018 viste en omsetning på 3,4 milliarder kroner.

2.3 Sakens faktiske side

2.3.1 Innledning

- (35) Beskrivelsen av den norske dagligvarehandelen bygger i all hovedsak på vedtaket punkt 5.2.

2.3.2 Det norske dagligvaremarkedet

2.3.2.1 Innledning

- (36) I Norge omsettes dagligvarer primært gjennom tradisjonelle dagligvarebutikker, men også blant annet gjennom internett, kiosker, bensinstasjoner og andre butikker. Som «dagligvarer» regnes matvarer og andre nærings- og nytelsesmidler, dyremat, vaske- og rengjøringsmidler, toalettartikler, husholdningsartikler med videre.

2.3.2.2 Dagligvarer solgt gjennom dagligvarebutikker

- (37) I Norge finnes det i dag fire større dagligvareforetak; Coop, NorgesGruppen, Rema 1000 og Bunnpris. Bunnpris har ikke egen grossistvirksomhet, men har de siste årene vekslet mellom å ha innkjøpssamarbeid med Rema 1000 og NorgesGruppen. De tre andre har virksomhet både på grossist- og detaljistleddet.
- (38) I 2018 var det 3840 dagligvarebutikker i Norge. Coop drev til sammen 1221 av disse, NorgesGruppen 1834, Rema 1000 633 og Bunnpris 253 butikker.
- (39) I 2018 var totalomsetningen (netto omsetning eks. mva.) av dagligvarer i dagligvarehandelen i Norge på 176 milliarder kroner. I 2018 hadde NorgesGruppen 43,2 prosent andel av denne totalomsetningen, Coop hadde en andel på 29,3 prosent og Rema 1000 hadde en andel på 23,7 prosent. Samlet stod disse tre foretakene for 96,2 prosent av omsetningen i dagligvarebutikker i Norge i 2018. Bunnpris hadde en

² Organisasjonsnummer 982 254 604. Forretningsadresse: Gladengveien 2, 0661 Oslo, Norge.

Nøkkelopplysninger og kunngjøringer fra Enhetsregisteret, Brønnøysundregistrene. Selskapet ble stiftet 4. juni 2000 under navnet Rema 1000 Norge II AS, og skiftet navn til Rema 1000 Norge AS i 2001.

³ Organisasjonsnummer 913 355 687. Forretningsadresse: Gladengveien 2, 0661 Oslo, Norge. Selskapet Rema 1000 i Norge AS skiller seg fra selskapet Rema 1000 Norge AS.

andel på 3,7 prosent i 2018. Øvrige aktører⁴ stod for 0,1 prosent av den totale omsetningen i dagligvarebutikker i Norge i 2018.⁵

- (40) Siden 2010 har Coop, NorgesGruppen og Rema 1000 alle økt sine markedsandeler. Coops markedsandeler økte blant annet etter oppkjøpet av ICA Norge AS (Ica) i 2015. NorgesGruppen og Rema 1000 har i perioden 2010 til 2018 økt sine andeler med henholdsvis 6,8 og 2,3 prosentpoeng, mens Coop har hatt en økning på 5,8 prosentpoeng.

2.3.2.3 Dagligvarer solgt gjennom andre omsetningskanaler

- (41) Som nevnt i punkt 2.3.2.1 selges også dagligvarer gjennom andre omsetningskanaler, som internett, kiosker, bensinstasjoner og andre butikkjeder. Ifølge en publisasjon fra Menon Economics, basert på tallgrunnlag fra analyseselskapet AC Nielsen Norge AS (heretter «AC Nielsen» eller «Nielsen»), utgjorde salg av dagligvarer gjennom kiosker, bensinstasjoner, grensehandelsbutikker, spesialforretninger for mat og drikke, faghandelsbutikker, nettbutikker og taxfree-butikker om lag 28 milliarder kroner i 2016. Dette tilsvarer om lag en sjettedel av omsetningen i dagligvarebutikker i Norge dette året.⁶ I tillegg forekommer det omsetning av dagligvarer i «dollar stores».
- (42) Netthandel av mat, som inkluderer både netthandel av dagligvarer og matkasseleverandører, hadde frem til 2016 en betydelig vekst. I perioden 2014 til 2016 økte omsetningen for denne kategorien fra 783 millioner kroner til 2,1 milliarder kroner. AC Nielsen har estimert at omsetningen av matvarer på nett utgjorde om lag to milliarder kroner i 2018.

2.3.3 Segmenter og profilkjeder

- (43) Dagligvarehandelen kan deles inn i ulike segmenter: hypermarked, supermarked, lavpris og nærbutikker. Butikker i disse segmentene kan skille seg fra hverandre med hensyn til butikkstørrelse, service, prisnivå og vareutvalg. Dagligvareforetakene har ulike profilkjeder som inngår i de forskjellige segmentene i dagligvarehandelen.
- (44) Det er kun Coops profilkjede Obs som er i segmentet hypermarked. I supermarkedsegmentet finnes Coop Mega og NorgesGruppens profilkjeder Meny og Spar/Eurospar. I segmentet nærbutikker har Coop profilkjedene Coop Prix, Coop Marked og Matkroken, mens NorgesGruppen har profilkjedene Joker og Nærbutikken. Extra er Coops lavpriskjede, mens Kiwi er NorgesGruppens lavpriskjede. Rema 1000 opererer kun i lavprissegmentet.
- (45) Nielsen kategoriserer Coop Prix og Bunnpris som lavpriskjeder. Coop har de senere årene omprofilert en rekke Coop Prix-butikker til Extra, og Coop har selv siden 2017 indikert at Coop Prix er en «nærbutikk».⁷ Det følger av Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 167 at Konkurransetilsynet på denne bakgrunnen har valgt å inkludere Coop

⁴ Dette er andre kjeder som britiske Iceland Foods, med tre butikker i Norge samt en nettbutikk, og den franske kjeden Picard, som hadde to butikker i Oslo. Den tyske dagligvarekjeden Lidl, som etablerte seg i Norge i 2004, trådte ut og solgte sine 50 butikker til Rema 1000 i 2008. Coop kjøpte kjeden Smart Club i 2008.

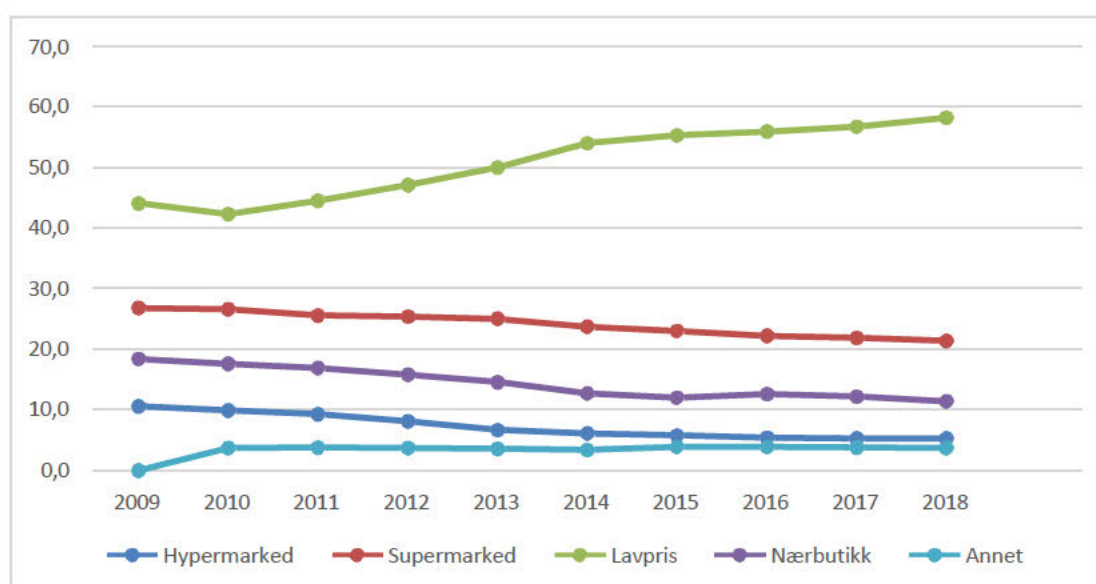
⁵ Se tabell 2 og figur 1 i Konkurransetilsynets vedtak, avsnittene 157 og 158.

⁶ Vedtaket avsnitt 161.

⁷ Årsrapport 2017 for Coop, side 5: «Extra er lavpriskjeden med det store utvalget for hverdagshandelen, og Coop Prix, Coop Marked og Matkroken er nærbutikkene som har det du trenger rett rundt hjørnet.»

Prix i nærbutikksegmentet. Bunnpris er av Konkurransetilsynet ikke kategorisert som en lavprisaktør. Dette fordi Bunnpris har noen butikker med tilnærmet supermarkedsutvalg under butikkkonseptet «Bunnpris & Gourmet». Konkurransetilsynet har også tatt hensyn til at klagerne, ut fra sakens opplysning, i mindre grad så hen til Bunnpris i sin prisfastsettelse, og at Bunnpris i mindre grad var gjenstand for pristester. Dette understøtter, etter Konkurransetilsynets vurdering, at Bunnpris ikke er en lavprisaktør på linje med Extra, Kiwi og Rema 1000.⁸

- (46) Siden 2009 har store deler av omsetningen i norske dagligvarebutikker vært knyttet til lavprissegmentet, og omsetningsandelen til segmentet har vært økende, jf. figur 2 i Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 168, gjengitt her som Figur 1. I 2018 var andelen knyttet til lavpris 58,2 prosent. Profilkjedene som er kategorisert som «lavpris» i figuren under, er Extra, Kiwi og Rema 1000 (samt Rimi før Ica ble kjøpt opp av Coop). Omsetningsandelen til supermarkedsegmentet har siden 2009 vært noe synkende, med en omsetningsandel på 26,8 prosent i 2009 og 21,4 prosent i 2018. Nærbutikk- og hypermarkedsegmentet har lavest andel av totalomsetningen av dagligvarer i dagligvarehandelen i Norge, og hadde i 2018 henholdsvis 11,4 og 5,3 prosent av totalomsetningen. Figur 1 viser utviklingen i omsetningsandeler for de ulike segmentene fra 2009 til 2018.



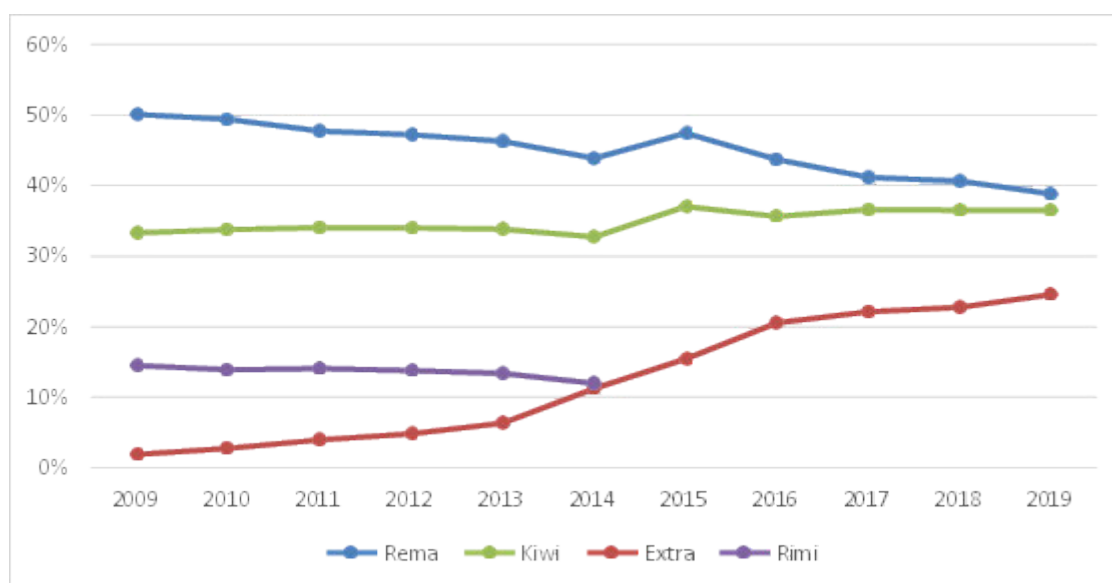
Figur 1 Andel av totalomsetningen av dagligvarer i dagligvarehandelen i Norge per segment fra 2009 til 2018

- (47) I lavprissegmentet har Rema 1000 vært den største aktøren fra 2009 til 2018, men de har hatt synkende andeler av segmentet, se Figur 2.⁹ I 2015 gikk Rimi ut av markedet etter at Coop kjøpte opp Ica. Extra er den lavprisaktøren som har økt sin andel av lavprissegmentet mest i perioden, mens Kiwi har hatt en svak økning. Deler av veksten til Extra skyldes, ifølge tilsvaret til varselet fra Coop side 32, omprofileringer av butikker fra andre kjedeprofiler, særlig omprofilering fra Coop Mega og Coop

⁸ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 167.

⁹ Figur 3 i Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 169.

Prix til Extra i perioden 2009-2011. Rema 1000, Kiwi og Extra hadde henholdsvis 40,6, 37,4 og 23 prosent av lavprissegmentet i 2018, se Figur 2.



Figur 2 Dagligvarekjedenes andel av totalomsetningen av dagligvarer i lavprissegmentet i Norge fra 2009 til 2018.

2.3.4 Sortiment og varelinjer

- (48) De ulike dagligvareforetakene i Norge tilbyr et bredt sortiment av ulike varer og varegrupper. Dette omfatter blant annet matvarer, drikkevarer, hygieneartikler og vaskemidler. De norske dagligvareforetakene har i utgangspunktet et nasjonalt sortiment med regionale tilpasninger, og de fleste profilkjedene fører lokale varer utover det nasjonale sortimentet. Rema 1000 opererer med pliktig og frivillig sortiment. Tilsvarende bestemmes en del av sortimentet i NorgesGruppen av profilkjedene, og en del av kjøpmennene. Også Coop opererer med et nasjonalt sortiment for sine profilkjeder, men med mulighet for den enkelte butikk og samvirkelag til å legge til varer utover de nasjonale varene.
- (49) Endringer av sortimentet skjer i såkalte lanseringsvinduer tre ganger i året, og er regulert gjennom Standardiseringsutvalget for Norsk Dagligvarebransje (STAND). Sortimentsbeslutninger er sentralisert i de store dagligvareforetakene og besluttes etter forhandlinger med leverandørene. Lansering av nye produkter kan omfatte både nyvinninger, men også mindre justeringer i innhold, emballasje og produktutforming.
- (50) Som nevnt i punkt 2.3.3 har både Coop og NorgesGruppen ulike profilkjeder, hvor henholdsvis Kiwi og Extra er profilkjeder i lavprissegmentet. Rema 1000 har kun én profilkjede, som er i lavprissegmentet. En stor andel av sortimentet i butikkene prises basert på [redacted] priser, med enkelte unntak, eksempelvis [redacted]

- (51) Antallet varelinjer varierer profilkjedene imellom, og mellom de ulike segmentene. Konkurransetilsynet presenterer en tabell over gjennomsnittlig antall varelinjer per butikk for de enkelte profilkjedene, gjengitt her som Tabell 1.¹⁰

		2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Lavpris	Extra						■	■		■	■
	Kiwi	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■
	Rema 1000	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■
Super-marked	Coop Mega						■	■		■	■
	Meny/Ultra	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■
	Jacobs/Centra	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■
	Spar/Eurospar	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■
Hyper-marked	Obs						■	■		■	■
Nærbutikk	Coop Marked						■	■		■	■
	Coop Prix						■	■		■	■
	Joker	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■
	Matkroken						■	■		■	■
Annet	Bunnpris ¹²⁶								■	■	■

Tabell 1 Gjennomsnittlig antall varelinjer per butikk for de enkelte profilkjedene

- (52) Som nevnt over, har dagligvareforetakene butikker i ulike segmenter. Det er variasjon i antall varelinjer mellom butikkene, og butikkene i de ulike segmentene tilbyr varierende antall varelinjer. Supermarked- og hypermarkedsegmentene skiller seg særlig fra lavpris- og nærbutikkene. Butikker i supermarked- og hypermarkedsegmentene har i gjennomsnitt høyest antall varelinjer. Deretter følger butikker i lavprissegmentet, mens butikker i nærbutikksegmentet har lavest gjennomsnittlig antall varelinjer i butikk.
- (53) Bredden i sortimentet i de ulike profilkjedene omfatter ofte flere varianter av hver produkttype, og profilkjedene tilbyr blant annet ulike kvalitets- og prisklasser for de ulike produkttypene. Profilkjedene fører både produkter fra kjente merkevarer og egne merkevarer (EMV). EMV-andelen i Norge er forholdsvis lav sammenlignet med andre land, men voksende fra 9,2 prosent i gjennomsnitt i 2010, til 16,8 prosent i gjennomsnitt i 2015 og 17,3 prosent i gjennomsnitt i 2019.
- (54) Sortimentsbredden er av betydning for hvor mange varelinjer som overlapper konkurrentene imellom. Antall varelinjer har betydning for kjedeprofil. Profilkjeder som har noenlunde samme varesortiment, vil kunne ha sammenlignbare kjedeprofiler og dermed mer sammenlignbare vareutvalg. Sortimentet hos dagligvareaktørene er videre overlappende ved at dagligvarekjedene fører mange av de samme kjente

¹⁰ Dette er Tabell 3 i Konkurransetilsynets vedtak. Tabellen er oppgitt å være basert blant annet på beregninger foretatt av klagerne selv og presentert i svarbrev til Konkurransetilsynet, se Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 174–176 med videre henvisninger.

merkevarer og i tillegg har utviklet systemer for sammenligning av EMV. Rema 1000 har oppgitt til Konkurransetilsynet at [REDACTED]

.¹¹

2.3.5 Fordelsprogrammer

- (55) De tre største dagligvareforetakene har hatt fordelsprogrammer i hele eller deler av perioden fra 2011 til 2018.
- (56) Coop har et fordelsprogram knyttet til medlems- og medeierskap. Gjennom medlemskapet blir man deleier i sitt lokale samvirkelag og får fordeler i form av andel av kjøpeutbytte, direkte rabatter i form av medlemskupp, og personlige kuponger som kundene mottar basert på sine handlemønstre. Det finnes ulike typer kuponger; noen gir prosentrabatt, mens andre gir beløpsrabatt. Noen kuponger gir også et gratis produkt. Coop har i tillegg egne kuponger på babyprodukter for barnefamilier, samt kuponger på nyheter. [REDACTED]
- (57) NorgesGruppen har et medlems- og avtalebasert fordelsprogram som heter Trumf, der medlemmene tjener opp bonus på kjøp hos Trumfs partnere. Opptjent bonus samles på en konto og kan tas ut av det enkelte medlem. Trumf-medlemmer får personlige kuponger gjennom Trumf. I tillegg har Kiwi siden januar 2016 tilbudt medlemskap i Kiwi Pluss, som gir medlemmer rabatt på kjøp av frukt og grønnsaker og en prosent på andre varer.
- (58) Rema 1000s fordelsprogram «Æ» ble lansert i januar 2017, og ble drevet gjennom Æ-appen. [REDACTED] Gjennom bruk av appen fikk kundene ti prosent avslag på ti av de oftest kjøpte varene, ti prosent avslag på frukt og grønnsaker, prisavslag gjennom personlige kampanjer basert på varer som kunder med Æ-appen handler, og regionale og nasjonale kampanjer.¹²

2.3.6 Innkjøpsprisendringer

- (59) I det norske dagligvaremarkedet er det tre faste endringsdatoer for innkjøpspriser: Avgiftsendringer 1. januar samt prisjusteringsvinduer 1. februar og 1. juli. For [REDACTED]
- [REDACTED] NorgesGruppen opplyser til Konkurransetilsynet [REDACTED]
- [REDACTED] NorgesGruppen oppgir [REDACTED]
- (60) Prisjusteringsvinduene har grunnlag i en bransjeoverenskomst om datoer for endring av priser som ble signert av Dagligvareleverandørenes forening (heretter «DLF») og dagligvareforetakene i 2001. Fra 2001 ble prisene justert tre ganger årlig; 1. februar,

¹¹ Se Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 179 med videre henvisninger.

¹² Rema 1000 introduserte fra 3. februar 2025 «Rema-appen», en oppgradering av «Æ» ifølge Rema 1000 selv, jf. <https://www.rema.no/nyheter/rema-appen/>.

1. juli og 1. oktober. I avtalen fremgår det at «leverandørene opplyser om nye grunnpriser to måneder før den aktuelle prisendringsdato». I 2005 utgikk prisjusteringsvinduet 1. oktober som prisjusteringstidspunkt, samtidig som Rema 1000 sa opp Bransjeoverenskomsten høsten 2005. De øvrige avtalepartene frafalt også bransjeoverenskomsten. Prisjusteringssystemet har imidlertid fortsatt å eksistere, selv om bransjeoverenskomsten formelt ble sagt opp i 2005. Prisjusteringssystemet eksisterte i samarbeidsperioden som denne saken handler om.

- (61) Særlig etter 2012 viser konsumprisindeksen for matvarer og alkoholfrie drikkevarer tydelige topper som stort sett sammenfaller med prisjusteringsvinduene.¹³

2.3.7 Pristester

- (62) I perioden fra 2011 til 2018 gjennomførte flere eksterne aktører pristester i dagligvaremarkedet ved å sammenligne et utvalg priser hos et utvalg av profilkjedene. Dette gjelder blant andre VGs Matbørs og Enhver.no.
- (63) VGs Matbørs ble publisert første gang i 2000. Denne pristesten går ut på at VG handler inn like eller lignende varer hos ulike profilkjeder. VG publiserer så resultatet som en prissammenligning.
- (64) VG utførte og publiserte hvert år fra høsten 2014 og utover i samarbeidsperioden en generell pristest, kalt «matbørs». Dette er en pristest av et generelt utvalg varer. Videre gjennomførte VG «Julematbørs» hvert år fra 2015 og utover i samarbeidsperioden, mens «grillmatbørs», «lavprisbørs» og «17. mai-matbørs» ble gjennomført noen år, men ikke alle. VGs matbørs-tester er stadig under utvikling. I 2019 introduserte VG nye tester som «påleggsbørs», «påskegodtbørs», samt «frukt- og grøntbørs».
- (65) Tema og tidspunkt var ofte gjentakende i de pristestene som ble gjennomført i perioden fra høsten 2014 til og med 2018. Per 2015 handlet VG oftest inn varer til bruk i sine pristester i Stor-Oslo-området. I 2016 handlet VG inn varer på Hamar for gjennomføringen av én pristest.
- (66) Antallet varer som ble dekket i hver av VGs pristester i perioden fra høsten 2014 til og med 2018, varierte mellom 13 (lavprisbørs 2017) og 100 (matbørs juni 2018). Gjennomsnittet for antall varer i en pristest i perioden høsten 2014 til 2019 er 56 varer, og medianen er 62 varer.
- (67) Hvilke profilkjeder som inngikk i VGs pristester, har variert. Noen pristester inkluderte kun lavpriskjedene (Extra, Kiwi og Rema 1000), mens andre også inkluderte andre profilkjeder, som for eksempel Meny, Coop Mega og Spar.
- (68) Konkurransetilsynets beregninger viser at VG i løpet av perioden 2014 til og med 2019 handlet inn 634 unike varelinjer.¹⁴ Noen av disse gikk igjen flere ganger, men over halvparten var kun i en test én gang (av totalt 27 pristester i perioden). Imidlertid ligger flere av disse varelinjene nær hverandre i type produkt; for eksempel er det én gang handlet inn «gulrøtter i pose 1 kg» og to ganger «gulrøtter i pose 1,5 kg».

¹³ Se Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 203 og tilhørende figur 4.

¹⁴ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 195.

- (69) Etter Konkurransetilsynets beregninger hadde Rema 1000 og Kiwi i perioden fra 2014 til og med 2019 identiske priser på 73 prosent av prisobservasjonene foretatt i VGs Matbørs. Tilsvarende hadde Rema 1000 og Extra identiske priser på 60 prosent av prisobservasjonene, og Kiwi og Extra hadde identiske priser på 62 prosent av prisobservasjonene. Over 82,3 prosent av prisobservasjonene fra 2014 til og med 2019 viste under 2 kroner prisforskjell mellom de tre dagligvareforetakene.
- (70) Enhver.no («Enhver») ble etablert i 2013. I november 2015 kom det frem i media at Rema 1000 hadde betalt Enhver for å gjennomføre prissammenligninger i ulike kjeder, og at Rema 1000 hadde brukt disse prissammenligningene i markedsføring for å vise at Rema 1000 tilbød «billigste matvarepriser» og «landets billigste matbutikk», selv om testene hadde begrenset geografisk omfang og vareutvalg.
- (71) I 2019 publiserte Nettavisen en pristest som sammenlignet prisen på en rekke varer i seks profilkjeder over tre uker. I artikkelen ble det opplyst om at Nettavisen hadde inngått en avtale med Enhver om å gjennomføre ukentlige pristester. Pristestene ble publisert av Nettavisen.
- (72) Konkurransetilsynet har også gjort beregninger av data fra Enhver.¹⁵ Beregningene er foretatt ut fra data for perioden fra november 2014 til mai 2020. I perioden undersøkte Enhver prisene på om lag 500 unike varelinjer og gjennomførte 249 ulike tester. Antall varelinjer i pristestene hos Enhver varierte mellom 30 og 84, hvorav 133 av testene dekket 75 varelinjer.
- (73) For enkeltvarer har Rema 1000 og Kiwi hatt identiske priser på om lag 66 prosent av prisobservasjonene til Enhver. Tilsvarende hadde Rema 1000 og Extra, og Kiwi og Extra, identiske priser på henholdsvis om lag 46 og 49 prosent av prisobservasjonene. Over 78 prosent av prisobservasjonene fra november 2014 til mai 2020 viste under 2 kroner prisforskjell mellom alle de tre kjedene.
- (74) Prissammenligninger gjennomføres også av mer lokale aktører som Adresseavisen og Nordlys.¹⁶

2.3.8 Prisinnhenting og overvåking av konkurrentpriser blant dagligvareforetakene

2.3.8.1 Innledning

- (75) Prisinnhenting og overvåking av konkurrentpriser har foregått i dagligvaremarkedet i mange år, og har skjedd på forskjellige måter, både ved bruk av de enkelte foretakenes egne ressurser og ved bruk av eksterne tredjeparter og/eller innleid personell.¹⁷

2.3.8.2 Før 2007

- (76) På midten av 2000-tallet mottok foretakene informasjon om hverandres priser gjennom AC Nielsen. Konkurransetilsynet undersøkte i 2005-2007 denne praksisen og fant at dagligvareforetakene satt på detaljert informasjon om hverandres priser og omsetning, og at utveksling av informasjon i regi av AC Nielsen var en vesentlig kilde til dette.¹⁸ Konkurransetilsynets vurdering var at den ukentlige

¹⁵ Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 199-200.

¹⁶ Coops klage avsnitt 217, med videre henvisning.

¹⁷ Se blant annet Coops klage punkt 6.2.

¹⁸ Se Konkurransetilsynets brev 17. april 2007 til AC Nielsen, vedlegg 87 til Konkurransetilsynets vedtak.

informasjonsutvekslingen som hadde funnet sted mellom dagligvareforetakene i regi av AC Nielsen, med stor sannsynlighet måtte anses konkurranseskadelig og ulovlig. Konkurransetilsynet valgte likevel å avslutte saken uten å treffe vedtak da dagligvareforetakene og AC Nielsen aksepterte å endre sin praksis og sine avtaler slik at detaljnivået på den ukentlige prisrapporteringen og intervallene for dette ble endret.

- (77) I brev til AC Nielsen med orientering om at saken var avsluttet, skrev Konkurransetilsynet:

«Dagligvaregrupperingene og AC Nielsen har avtalt at detaljnivået på den ukentlige prisrapporteringen og intervallene for dette nå skal endres i så stor grad (nærmere om dette nedenfor) at Konkurransetilsynet ut fra foreliggende opplysninger finner at det antakelig ikke er grunn til bekymring for denne informasjons- utvekslingen i fremtiden.»¹⁹

- (78) Endringene innebar at den ukentlige rapporteringen ble månedlig, ikke brutt ned på profilkjeder, og i langt mindre grad nedbrytbar på regioner. I tillegg ble antall varelinjer i rapportene betydelig redusert.
- (79) Konkurransetilsynet viste innledningsvis i brevet til at det å sitte på detaljert informasjon om hverandres priser og omsetning gjennom utveksling av informasjon «kan skade konkurransen, fordi informasjonen gjør markedet mer gjennomskiktig for kjedene, slik at de kan reagere raskt på prisendringer fra konkurrentene.»
- (80) Videre viste Konkurransetilsynet til at dette var «informasjon kundene ikke får tilgang til, slik at dette ikke synes å ha positive effekter i form av å stimulere etterspørselssiden».
- (81) Konkurransetilsynets vurdering var videre at det norske dagligvaremarkedet har
- «kjennetegn som gjør at informasjonsutveksling kan være skadelig. I den sammenheng er det av stor betydning at markedet er sterkt konsentrert på detaljistnivå, med fire landsdekkende kjeder som står for mer enn 98 prosent av omsetningen, samt at det er betydelige etableringshindringer. I et slikt marked kan visse former for informasjonsutveksling bidra til å dempe konkurransen fordi den muliggjør en raskere respons på konkurrentenes atferd».
- (82) Konkurransetilsynet påpekte videre at hyppig utveksling av informasjon om konkurrerende foretaks priser kunne være konkurransebegrensende, og at det norske dagligvaremarkedet har kjennetegn som gjør at informasjonsutveksling kan være skadelig. Konkurransetilsynet understreket at de ukentlige prisrapportene samlet sett kunne ha en konkurranseskadelig virkning, blant annet fordi dette var data som normalt ikke utveksles mellom konkurrenter, og at dataene var relativt disaggregerte. Dataene var også ferske. Konkurransetilsynet pekte på at informasjonsutvekslingen var regelmessig og hyppig, og obligatorisk for de store dagligvareforetakene som følge av avtalene som var inngått med AC Nielsen.

¹⁹ Se Konkurransetilsynets vedtak vedlegg 87.

- (83) Til slutt fremhevet Konkurransetilsynet at det at saken ble avsluttet, ikke innebar en formell godkjenning av den endrede praksisen, og at utgangspunktet fortsatt var at partene selv må vurdere lovligheten av egen praksis.

2.3.8.3 Informasjon om konkurrentenes priser etter avslutning av AC Nielsen-saken i 2007

- (84) I Konkurransetilsynets vedtak, avsnitt 238 til 259, gir Konkurransetilsynet en fremstilling av informasjonsdelingen som har skjedd i dagligvaremarkedet etter avslutningen av AC Nielsen-saken i 2007. Den er basert på Konkurransetilsynets kartlegging av prissetting og informasjonsdeling i 2016 og 2017 og senere gjennomgang av beslaget i forbindelse med etterforskning av denne saken.
- (85) Fremstillingen viser at partene har utvekslet historiske salgsdata for en rekke varelinjer gjennom AC Nielsen i etterkant av Konkurransetilsynets avslutning av saken i 2007. Dagligvareforetakene mottok informasjonen i fire ukers sykluser, der informasjon om uke 1 til 4 ble levert i uke 5/6 (åtte til ti dagers forsinkelse etter at foretakene har levert all informasjonen for uke 1 til 4). Informasjonen ble blant annet benyttet i dagligvareforetakenes [REDACTED]. Videre viser gjennomgangen at foretakene, i tillegg til å motta salgsdata fra AC Nielsen, også mottok prisinformasjon gjennom skreddersydde avtaler mellom det enkelte foretak og AC Nielsen. Gjennom tjenesten for prisobservasjon innhentet og delte AC Nielsen faktisk prisinformasjon for et utvalg av [REDACTED] per runde. Prisene ble delt med foretakene med et forsinket tidsintervall på én til to uker, og levert hver fjortende dag. Det var også mulig å kjøpe ekstra prisobservasjoner utover de [REDACTED].
- (86) Fra 2009 introduserte AC Nielsen en ny tjeneste for prisobservasjon, kalt OPUS, hvor selskapet skannet alle eller utvalgte produkter i en butikk. Tjenesten innebar at AC Nielsen skannet alle eller nærmere utvalgte produkter i en butikk eller profilkjede. Foretakene ble ikke informert om hvilke butikker prisene ble innhentet fra. Konkurransetilsynet har vist til at dokumentasjonen tyder på at foretakene i varierende grad benyttet seg av denne tjenesten. Tjenesten innebar at prisinformasjon ble delt etterskuddsvis med omtrent én til to ukers forsinkelse. Ved utgangen av 2010 inngikk NorgesGruppen en egen avtale med AC Nielsen, der AC Nielsen ukentlig innhentet [REDACTED]. Informasjon fra AC Nielsen ble benyttet i tillegg til sporadiske [REDACTED].
- (87) Foretakene supplerte videre informasjon fra AC Nielsen med manuelle prisundersøkelser. Disse undersøkelsene ble enten gjennomført av foretakene selv, eller av innleide oppdragstakere. [REDACTED] gikk fra 2010 gradvis over til å bruke egne prisjegere. Med betegnelsen prisjegere siktes det til personer som er engasjert av dagligvareforetakene for å innhente priser i konkurrerende butikker.
- (88) NorgesGruppen foretok egne prisundersøkelser i begrenset grad, og etablerte ikke et eget prisjegerapparat før i 2013. Konkurransetilsynets klagenemnda viser for øvrig til klagenes egen informasjon om prisinnhenting i denne perioden, gjengitt i Konkurransetilsynets vedtak punkt 5.6, særlig avsnittene 269 til 272.

- (89) I et notat til Nærings- og fiskeridepartementet av 22. januar 2016²⁰ uttalte Konkurransetilsynet følgende om dagligvareforetakenes prisinnhenting hos hverandre:

«Konkurransetilsynet har betydelig kunnskap om omfanget av prisinformasjon kjedene har tilgang til i dag og hvordan de bruker denne. Under behandlingen av innkjøps- og distribusjonssamarbeidet mellom NorgesGruppen og ICA, samt den påfølgende foretakssammenslutningen mellom Coop og ICA, innhentet tilsynet omfattende informasjon om kjedenes strategier og prisingsarbeid. Gjennom blant annet møter, forklaringsopptak og gjennomgang og analyser av interne dokumenter har tilsynet fått detaljert og unik innsikt i hvordan de ulike kjedene opererer i priskonkurransen med hverandre.

Når kjedene bestemmer utsalgsprisene på sine produkter er blant annet konkurrentenes priser på tilsvarende produkter viktig. Kjedene forsøker derfor å tilegne seg kunnskap om disse prisene og dette informasjonsbehovet dekkes primært gjennom to informasjonskanaler: (i) prisrapporter fra AC Nielsen Norge (heretter Nielsen) og ii) prisjegere.

Konkurransetilsynet har tidligere informert dagligvarekjedene og Nielsen om at prisrapporteringen fra Nielsen kunne være i strid med konkurranseloven § 10, fordi rapporteringen kunne øke faren for konkurransebegrensninger i markedet. Nielsen endret sin praksis som følge av dette, blant annet ved å redusere hyppigheten på prisrapporteringen fra ukentlige til månedlige oppdateringer. Videre ble rapporteringen endret fra å vise priser i alle regioner og profilkjeder til kun å omfatte priser per segment for hele landet samt 1-2 utvalgte regioner. Endelig ble datagrunnlaget redusert fra å omfatte alle produkter i alle butikker til et utvalg produkter i et utvalg butikker.

Prisene i dagligvaremarkedet er offentlige i den forstand at de synliggjøres i butikkhyllene. For å samle inn denne informasjonen benytter dagligvarekjedene prisjegere. Omfanget av denne virksomheten varierer mellom kjedene, men Rema 1000 har offentlig opplyst at de samler inn 150 000 priser i løpet av en uke. Prisjegerne må notere prisen eller skanne den elektroniske hyllekanten for hvert produkt som registreres, noe som begrenser antallet priser som kan samles inn. Kjedene måtte dermed foreta et prioritert utvalg og får gjennom prisjegerne kun informasjon om konkurrentenes priser på utvalgte produkter fra utvalgte butikker på utvalgte tidspunkt i løpet av en uke.»

2.3.9 Bransjenorm for sammenlignende reklame i dagligvarebransjen (Bransjenormen)

- (90) I forbindelse med at Rema 1000 i 2008 startet sitt «[REDAKERT]»-prosjekt, oppstod det uenigheter knyttet til utforming og bruk av prissammenlignende reklame. Både Coop og NorgesGruppen klaget Rema 1000 inn for Forbrukerombudet, som til slutt tok initiativ til dialog om retningslinjer for sammenlignende reklame i dagligvarebransjen.²¹ Bransjenormen for sammenlignende reklame i dagligvaremarkedet ble signert i 2010 og oversendt Konkurransetilsynet 12. februar 2010.²² Normen var utarbeidet av et utvalg med representanter for

²⁰ Se Coops tilsvare til varsel vedlegg 54 og Rema 1000s klage vedlegg 3.

²¹ Se blant annet Rema 1000s klage punkt 24.2

²² Bransjenormen er tatt inn i vedtaket vedlegg 124.

dagligvarebransjen i samarbeid med Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH), Forbrukerombudet og Næringslivets Servicekontor for Markedsrett.²³

- (91) Formålet med Bransjenormen av 2010 ble i punkt 2 uttrykt å være å

«tilrettelegge for og fremme sunn konkurranse mellom næringsdrivende når det benyttes sammenlignende reklame, slik at forbrukernes interesser ivaretas og villedende og utilbørlig fremstilling av konkurrenter og disses tilbud unngås (Se også forskrift om sammenlignende reklame § 1).

- (92) I Bransjenormen punkt 5 ble det gitt retningslinjer for innhenting av opplysninger og gjennomføring av undersøkelser. Av punkt 5.1 følger det at innhentede opplysninger må kunne etterprøves, konkretisert som at «[i]nnsamlingen må foregå på en slik måte at de innsamlede opplysninger i ettertid kan dokumenteres». Under punkt 5.2 ble det videre anbefalt at innsamlingen burde foretas av en «profesjonell og objektiv tredjepart».

- (93) I punkt 5.4 ble det gitt retningslinjer for partenes adgang til konkurrenters butikker for å registrere priser. Av dette punktet følger det at:

«Kjedene er enige om at det kan foretas prissammenligninger i konkurrerende kjeder.

For at prissammenligningen skal være praktisk gjennomførbare må det ikke lages vansker for konkurrenters innsamling av priser i butikkene.

Den som skal innhente priser bør henvende seg til tilgjengelig leder i butikken (den som er leder på det aktuelle tidspunktet).»

2.3.10 Rettslige rammer for prissammenlignende reklame

- (94) Vilkårene og rammene for prissammenlignende reklame har en viss betydning for de konkurranserettslige vurderingene i saken. Konkurransklagenemnda finner det derfor hensiktsmessig innledningsvis å gi en kort oversikt over de mest sentrale reglene for slik reklame.
- (95) Regler om sammenlignende reklame i norsk rett er inntatt i forskrift 19. desember 2000 nr. 1653 om sammenlignende reklame, med hjemmel i markedsføringsloven § 26 andre ledd.²⁴ Forskriften gjelder bare mellom næringsdrivende. Forskriften gjennomfører EU-direktiv 2006/114/EF av 12. desember 2006 om villedende og sammenlignende reklame. Dette direktivet er en kodifisering av EUs direktiv om villedende reklame, som ble supplert med bestemmelser om sammenlignende reklame ved direktiv 97/55/EF.
- (96) Forskriften § 2 definerer sammenlignende reklame som «enhver reklame som direkte eller indirekte viser til en konkurrent eller til varer eller tjenester som tilbys av en

²³ HSH heter i dag Virke. Forbrukerombudet heter i dag Forbrukertilsynet.

²⁴ Se nærmere om prinsippene for sammenlignende reklame i Tore Lunde, *Markedsføringsloven med kommentarer*, Gyldendal 2024, sidene 341–344.

konkurrent». Reklame med prissammenligninger anses som sammenlignende reklame underlagt de samme reglene som følger av direktivet og forskriften.²⁵

- (97) Hovedprinsippene for hvilke krav som stilles til sammenlignende reklame for å hindre at den blir villedende, er opplistet i forskriften § 3. Et av de mest sentrale vilkårene er § 3 bokstav c, som krever at reklamen må sammenligne «objektivt én eller flere egenskaper ved disse varene som er konkrete, relevante, dokumenterbare og representative, herunder prisen». Verken forskriften eller direktivet oppstiller spesifikke krav til omfanget eller detaljeringsgraden av informasjon som benyttes ved prissammenligninger.
- (98) EU-domstolen har signalisert en generelt positiv holdning til generelle prissammenligninger, forutsatt at sammenligningen foretas på grunnlag av et representativt utvalg av varer.²⁶ EU-domstolen har imidlertid ikke oppstilt detaljerte krav til det faktiske grunnlaget for slike sammenligninger. Tvert imot uttalte EU-domstolen i sak C-356/04 *Lidl v. Colruyt*, blant annet (til bokstav c) at bestemmelsen «[...] does not [...] contain any detail for the purpose of determining the precise conditions in which, and by whom, those features must be capable of verification as to their accuracy».²⁷

3 Konkurransetilsynets og klagernes hovedanførsler

3.1 Konkurransetilsynets hovedanførsler

- (99) Det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at klagerne har deltatt i et ulovlig samarbeid om å gi hverandre gjensidig tilgang til å innhente omfattende mengder priser i hverandres dagligvarebutikker. Samarbeidet begrenset konkurransen i det norske dagligvaremarkedet merkbart, i strid med konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1.
- (100) Konkurransetilsynet fastholder at det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at samarbeidskriteriet i konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 er oppfylt, jf. vedtaket punkt 10.
- (101) Samarbeidet mellom Coop, NorgesGruppen og Rema 1000 om å gi hverandre gjensidig tilgang til innhenting av omfattende mengder priser i hverandres dagligvarebutikker har hatt konkurransebegrensende virkninger i det norske dagligvaremarkedet, og det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at konkurransebegrensningskriteriet i konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 er oppfylt.
- (102) Konkurransetilsynet konkluderer videre med at samarbeidet mellom klagerne hadde begrenset konkurransen i det norske dagligvaremarkedet merkbart i strid med konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1.
- (103) Det foreligger ikke effektivitetsgevinster som det kan tas hensyn til etter konkurranseloven § 10 tredje ledd og EØS-avtalen 53 nr. 3.

²⁵ Lunde, Markedsføringsloven med kommentarer, side 149.

²⁶ Sak C-356/04, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG v Etablissementen Franz Colruyt NV (Lidl v. Colruyt)*

²⁷ Sak C-356/04 *Lidl v. Colruyt*, avsnitt 64.

- (104) Det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at det foreligger en forsettlig overtredelse av konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, jf. vedtaket punkt 16.3. Konkurransetilsynet fastholder videre at det under enhver omstendighet foreligger en uaktsom overtredelse.
- (105) Klagernes anførsler om saksbehandlingsfeil kan ikke føre frem, og kravet til forsvarlig saksbehandling er oppfylt.
- (106) Konkurransetilsynet fastholder de utmålte gebyrene i saken og pålegget om opphør slik det er utformet i vedtakets slutning punkt 1.

3.2 Klagernes hovedanførsler

- (107) Vedtaket bygger på feil forståelse av faktum og på uriktig lovforståelse og må derfor oppheves.
- (108) Samarbeidskriteriet er ikke oppfylt. Klagerne bestrider at den løpende prisinnhenting gjennom perioden i seg selv utgjør en del av samarbeidet.
- (109) Virkningskriteriet er heller ikke oppfylt. Konkurransetilsynets skadeteori har ikke støtte i verken rettskildene, økonomisk teori eller faktum. Bevisene i Konkurransetilsynets vedtak viser kun priskonkurranse og normal markedsadferd. Konkurransetilsynets bevisvurdering har ikke vært objektiv eller i samsvar med bevisreglene.
- (110) Konkurransetilsynets vurdering av alternativsituasjonen oppfylder ikke kravene som er oppstilt i rettspraksis. Det er ikke årsakssammenheng mellom det påståtte samarbeidet og den påståtte konkurranseskaden.
- (111) Det er heller ikke bevist at samarbeidet hadde merkbar konkurransebegrensende virkning.
- (112) Coop og Rema 1000 anfører subsidiært at skyldkravet ikke er oppfylt, og at det foreligger verken forsett eller uaktsomhet.
- (113) Atter subsidiært anføres det at det ikke skal ilegges overtredelsesgebyr i saken. Rema 1000 og Coop anfører at gebyret i alle fall må reduseres betydelig.
- (114) Det er ikke grunnlag for å pålegge opphør slik det er formulert i vedtaket.
- (115) Alternativt må vedtaket kjennes ugyldig og oppheves på grunn av saksbehandlingsfeil.

4 Rettslige utgangspunkter

- (116) Konkurranseloven § 10 første ledd rammer konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak. Bestemmelsens første ledd lyder:

«Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt, [...]»

- (117) Konkurranseloven § 10 er utformet etter modell av EØS-avtalen artikkel 53, som igjen bygger på nåværende artikkel 101 i Traktat om den Europeiske Unions Virkemåte («TEUV»). Det følger av EØS-avtalen artikkel 6 og ODA artikkel 3 nr. 2 at EU/EØS-rettspraksis er relevant for tolkningen av EØS-avtalen artikkel 53.²⁸
- (118) Det følger av ESAs Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler,²⁹ at EU-kommisjonens retningslinjer for horisontalt samarbeid fra 2011³⁰ anses som relevante for EØS. EU-kommisjonens retningslinjer ble revidert og oppdatert i 2023³¹ (heretter HRL), uten at det er foretatt en tilsvarende oppdatering av ESAs retningslinjer. Selv om de nyeste retningslinjene ikke var gjeldende i den perioden saken gjelder, finner Konkurransklagenemnda det likevel hensiktsmessig å vise til disse så langt det ikke foreligger nevneverdig forskjeller fra 2011-retningslinjene, idet også klagerne har vist til disse.
- (119) Tre vilkår må være oppfylt for at § 10 første ledd skal komme til anvendelse. For det første må det foreligge et samarbeid mellom uavhengige foretak (samarbeidskriteriet). Dette vilkåret er behandlet i punkt 7 nedenfor. For det andre må samarbeidet ha konkurransebegrensende formål eller virkning (konkurransebegrensningskriteriet). En nærmere vurdering av dette vilkåret fremgår av punkt 8 nedenfor. I tillegg må det innfortolkes et vilkår om at konkurransen påvirkes merkbart, se punkt 10 nedenfor. For at EØS-avtalen artikkel 53 skal komme til anvendelse, må det konkurransebegrensende samarbeidet i tillegg påvirke samhandelen. Det er ikke omtvistet eller tvilsomt at samhandelskriteriet er oppfylt. Konkurransklagenemnda begrenser seg her til å vise til Konkurransetilsynets vedtak punkt 7. Endelig må det foretas en vurdering av om vilkårene for unntak etter §10 tredje ledd er oppfylt, se punkt 11 nedenfor.
- (120) Det følger av etablert rettspraksis at det faktum som legges til grunn for rettsanvendelsen ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 første ledd, må være bevist med klar sannsynlighetsovervekt, se punkt 5 nedenfor.
- (121) Den alminnelige eiendomsrettens utstrekning er et tema i saken. Et sentralt premiss for klagerne argumentasjon er at butikkeiere ikke kan nekte konkurrenters prisjegere tilgang til sine butikker for å innhente priser. Konkurransklagenemnda har et annet syn på dette, se senere drøftelse under punkt 8.4.6.7.

5 Beviskrav

- (122) Denne saken gjelder spørsmål om det foreligger overtredelse av både konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1. Konkurransklagenemnda bemerker innledningsvis at det følger av EU/EØS-

²⁸ At EU/EØS-rettspraksis er relevant, fremgår for så vidt også av EU-domstolens egen anvendelse av konkurransereglene i EØS-avtalen, se nærmere i Ronny Gjendemsjø, «Article 53: agreements, decisions and concerted practices», i Arnesen m.fl. (red.), *Agreement on the European Economic Area, A Commentary*, 2018, på sidene 525-526.

²⁹ Se ESAs Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler, punkt C.

³⁰ Commission Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, OJ 2011/C 11/01 (heretter HRL 2011).

³¹ Commission Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, OJ 2023/C 259/1.

rettspraksis, blant annet sak C-74/14 *Eturas*,³² at prinsippene for bevisvurderingen og beviskravet skal fastsettes etter nasjonal rett også ved anvendelsen av EU-rettslige regler, forutsatt at de nasjonale reglene ikke strider med ekvivalensprinsippet og effektivitetsprinsippet.³³ De norske reglene for bevisbedømmelse får anvendelse ved gebyrsanksjonerte overtredelser av både konkurranseloven og EØS-avtalen, og nemnda legger til grunn at de norske reglene for bevisbedømmelse ikke er i strid med noen av disse grunnleggende EU/EØS-rettslige prinsippene.

- (123) Det gjelder et skjerpet beviskrav ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, jf. Prop. 75 L (2012-2013) side 67 med videre henvisning til rettspraksis. Det er videre klart at det er Konkurransetilsynet som har bevisbyrden for at de faktiske forhold som begrunner illeggelsen av overtredelsesgebyr er til stede. Disse utgangspunktene for bevisvurderingen er ikke omtvistet.
- (124) Høyesterett har, blant annet i Rt-2012-1556, (*Gran & Ekran*), slått fast at beviskravet ved illeggelse av overtredelsesgebyr er «klar sannsynlighetsovervekt».³⁴ Det kvalifiserte beviskravet gjelder både ved vurderingen av om forbudsbestemmelsene er overtrådt, ved vurderingen av klagernes skyld og ved vurderingen av bevis med betydning for utmålingen av overtredelsesgebyret. Det skjerpede beviskravet gjelder derimot ikke normanvendelsen, inkludert økonomiske modeller og empiriske bevis gjennom økonomiske analyser som del av vurderingen av om det foreligger konkurransebegrensende virkning, se punkt 8.
- (125) NorgesGruppen velger, med henvisning til Høyesteretts avgjørelse i Rt-2011-910, (*Tine*), å benytte formuleringen «tungtveiende, nøyaktige og samstemmende bevis» som tidvis benyttes i EU/EØS-rettspraksis.³⁵ Som påpekt i *Gran & Ekran*, avsnitt 58, gir en slik angivelse av bevisvurderingen neppe grunnlag for å utlede at EU/EØS-rettspraksis har oppstilt krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt.³⁶ Konkurransetilsynet kan derfor heller ikke se at en slik angivelse av bevisvurderingen er egnet til å tydeliggjøre kravet om klar sannsynlighetsovervekt som gjelder i norsk rett, utover at det operasjonaliserer selve bevisprosessen.
- (126) Klagerne viser videre til HR-2025-458-A, hvor Høyesterett i avsnittene 28 til 30 fremhever:

«Domstolens behandling av en straffesak skjer med utgangspunkt i tiltalen, som presenterer hendelsesforløpet i et perspektiv der tiltalte er skyldig. Retten bør imidlertid også vurdere bevisituasjonen i motsatt perspektiv ved å stille seg følgende spørsmål: Er det mulig å forstå bevisene slik at tiltalte er uskyldig? Hvis dette fremstår som en realistisk mulighet ut fra det samlede bevisbildet, må tiltalte frifinnes.

³² Sak C-74/14, "Eturas" UAB and Others v Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba (*Eturas*).

³³ Sak C-74/14 *Eturas*, avsnitt 32 med videre henvisning til rettspraksis. Med «ekvivalensprinsippet» menes at bevisreglene ikke må være mindre gunstige enn de som regulerer tilsvarende situasjoner underlagt nasjonal rett, mens «effektivitetsprinsippet» krever at reglene i praksis ikke umuliggjør eller i uforholdsmessig grad vanskeliggjør utøvelsen av EU/EØS-rettslige rettigheter.

³⁴ Rt-2012-1556, (*Gran & Ekran*), avsnitt 60.

³⁵ NorgesGruppens klage avsnitt 130, med henvisning til Rt-2011-910 (*Tine*), avsnitt 48.

³⁶ Rt-2012-1556, (*Gran & Ekran*).

I beslutningsteori er det pekt på at en slik tilnærming reduserer risikoen for det som betegnes som bekreftelsesfeller eller «tunnelsyn». Disse teoriene fremhever at dersom bevisene bare vurderes ut fra en hypotese om at tiltalte er skyldig, oppstår fare for feilslutninger. Det kan – på grunn av ubevisste psykologiske mekanismer – føre til at bevis som i seg selv er nøytrale eller tvetydige, ved at de også kan passe med et hendelsesforløp hvor tiltalte er uskyldig, blir bedømt slik at de underbygger straffeskyld, mens bevis som isolert sett kan tale mot straffeskyld, kan bli bortforklart eller tillagt liten vekt i den samlede bevisvurderingen.

Hvordan retten tilnærmer seg bevisene i den enkelte sak, må likevel tilpasses det konkrete bevisbildet. Det er ikke grunnlag for å si noe generelt om hvordan retten skal gå frem.»³⁷

- (127) Konkurransklagenemnda bemerker at det kvalifiserte sivilrettslige beviskravet – klar sannsynlighetsovervekt – ikke er like strengt som i straffesaker, som omfattes av Grunnloven § 96. Dette gjelder selv om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er å anse som straff etter EMK artikkel 6. Klar sannsynlighetsovervekt ligger forutsetningsvis et sted mellom det sivile beviskravet om sannsynlighetsovervekt og det strafferettslige beviskravet. Ved anvendelsen av det kvalifiserte sivilrettslige beviskravet er det altså ikke tilstrekkelig at et faktum er bevist med vanlig sannsynlighetsovervekt. På den andre siden gir det kvalifiserte beviskravet mer rom for usikkerhet enn det som gjelder i strafferetten. Det kan derfor ikke legges til grunn at et faktum bare kan anses bevist når det ikke foreligger noen andre mulige forklaringer. Dette ville i realiteten tilsvare, eller ligge tett opp til, et strafferettslig beviskrav.
- (128) Uttalelsen i HR-2025-458-A er fremsatt i tilknytning til bevisvurderingen i en straffesak, hvor beviskravet er tilnærmet visshet (bevist ut over enhver rimelig tvil). Konkurransklagenemnda legger til grunn at det gjelder et generelt krav om at bevisvurderingen i enhver sak skal være forsvarlig og objektiv. I en sak med et kvalifisert sivilrettslig beviskrav forutsetter dette at bevisene også vurderes i forhold til klagernes alternative forklaringsteorier.
- (129) Det kvalifiserte beviskravet må ikke være oppfylt for det enkelte beviset og momentet som inngår i bevisvurderingen for et omstridt faktisk forhold, men gjelder for det samlede bevisresultatet.³⁸ Bevisvurderingen må videre bygge på en samlet og fri vurdering av alle «bevis» og «indisier» i saken. Både skriftlige bevis og forklaringer fra de involverte inngår i den samlede bevisvurderingen.
- (130) Det er i norsk rett ingen regelbunden vekting av ulike bevis. Gjennom etablert rettspraksis er det likevel slått fast at det kan være grunn til å legge større vekt på tidsnære og notoriske bevis, enn forklaringer fra parter og vitner som er gitt etter at tvisten er oppstått. Dette gjelder særlig der forklaringene er gitt av parter eller vitner med bindinger til partene og/eller med egen interesse i sakens utfall.³⁹
- (131) Som følge av at bevisvurderingen i saken i betydelig grad bygger på opplysninger i interne dokumenter beslaglagt hos klagerne, finner Konkurransklagenemnda grunn

³⁷ NorgesGruppens kommentarer til Konkurransetilsynets innstilling punkt 4.4.

³⁸ Rt-2005-1353, avsnitt 14.

³⁹ Se som eksempler Rt-1998-1565, (*Nakkesleng I*), og HR-2018-2344-A.

til å fremheve at slike dokumenter må tolkes i lys av dokumentets formål og vurderes i sin rette sammenheng. Det vises til Høyesteretts avgjørelse i HR-2021-1086, *Forlagssaken*, hvor det i avsnittene 69 og 70 fremgår:

«Opplysninger som fremkommer i partenes interne dokumenter, må tolkes i lys av dokumentets formål og vurderes i sin rette sammenheng, jf. dom fra Underretten 12. desember 2018 i sak T-691/14 *Servier* avsnitt 1470. Det ble der pekt på at innholdet i de interne dokumentene måtte analyseres ‘in the light of their promotional purpose’. Man kan altså ikke uten videre legge til grunn hva et internt dokument uttrykker etter sin ordlyd, men må fastlegge dets innhold og bevisverdi ut fra en bredere kontekst.

I Underrettens dom 18. mai 2022 i sak T-251/19 *Wieland-Werke* gis det i avsnitt 117 anvisning på faktorer som kan gi interne dokumenter særlig stor bevisverdi, slik som dokumenter som er ‘drawn up in close connection with the events or by a direct witness of those events’. Dette understreker blant annet betydningen av tidsnære bevis, jf. Rt-1998-1565 på side 1570 med videre henvisninger. Også partens egne utsagn som ‘run counter to the interests of the declarant’ – altså partens ufordelaktige utsagn om egen sak – kan ha stor verdi.»

- (132) Konkurransklagenemnda vil i det følgende legge disse bevisreglene til grunn for den konkrete bevisvurderingen.

6 Markedsavgrensingen

- (133) Konkurransetilsynets vedtak bygger på at dagligvaremarkedet i Norge var et «høyt konsentrert oligopol, med høye etableringshindringer og relativt stabile forhold på tilbuds- og etterspørselssiden». Videre bygger vedtaket på at det var et komplekst marked, men med enkelte forhold som reduserte kompleksiteten, og med en gjennomsiktighet som i utgangspunktet var begrenset, jf. vedtaket punkt 11.2.4.
- (134) Det relevante produktmarkedet er avgrenset til «salg av et totalsortiment av dagligvarer gjennom fysiske dagligvarebutikker, hvor alle segmenter som hypermarked, supermarked, lavpris og nærbutikker inngår», jf. vedtaket avsnitt 1761. For den geografiske markedsavgrensningen bygger vedtaket på at salg av dagligvarer gjennom fysiske butikker hadde både en lokal og en nasjonal dimensjon, men at samarbeidet i saken i første rekke knytter seg til den nasjonale dimensjonen av markedet. Vedtakets virkningsvurdering er derfor basert på at det geografiske markedet er avgrenset til det nasjonale markedet for dagligvarer solgt gjennom dagligvarebutikker i Norge, jf. vedtaket avsnitt 1762.
- (135) NorgesGruppen anfører at avgrensingen av produktmarkedet til et totalsortiment ikke er forsvarlig fordi Konkurransetilsynet ikke har fremlagt faktiske bevis til støtte for konklusjonen. Konkurransklagenemnda mener at Konkurransetilsynet har lagt til grunn en riktig avgrensning av produktmarkedet.
- (136) Konkurransklagenemnda legger til grunn at vedtaket bygger på en korrekt beskrivelse av både produktmarkedet og det geografiske markedet.

7 Samarbeidskriteriet

7.1 Konkurransetilsynets vedtak

(137) Konkurransetilsynet vurderer samarbeidskriteriet i konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 i vedtaket punkt 10. Denne vurderingen må ses i sammenheng med bevisgjennomgangen og bevisvurderingen i vedtakets punkt 5, særlig punkt 5.7.

(138) I vedtaket avsnitt 1676 oppsummerer og konkluderer Konkurransetilsynet vurderingen av samarbeidskriteriet slik:

«Konkurransetilsynet finner det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Coop, Norgesgruppen og Rema gjennom 'avtale' og/eller 'samordnet opptreden', har samarbeidet om å gi hverandre gjensidig tilgang til innhenting av omfattende mengder varelinjepriser i hverandres dagligvarebutikker. Samarbeidet har pågått siden partenes avtale fra 19. januar 2011 og i alle fall frem til tilsynets bevissikring 11. april 2018.»

(139) Konkurransetilsynet finner det med klar sannsynlighetsovervekt bevist at klagerne i 2011 og 2012 inngikk avtaler i konkurranselovens forstand. Innholdet i avtalene er i vedtaket avsnitt 1632 beskrevet slik:

«Konkurransetilsynet legger dermed til grunn at det avtalte samarbeidet mellom partene bestod av enighetene som kom i stand ved møtene i januar 2011 og august 2012 og den løpende og omfattende prisinnhenting som fant sted i perioden, og som ble akseptert av partene. Samlet viser dette at partene ved enigheten i møtet i 19. januar 2011 ga uttrykk for en felles vilje om å forplikte seg til å gjøre sine dagligvarebutikker tilgjengelig for konkurrentene for omfattende prisinnhenting, under forutsetning av at de selv fikk tilsvarende tilgang. Denne felles viljen bestod i alle fall frem til bevissikringen 11. april 2018. Avtalen har dermed bestått gjennom hele perioden denne saken gjelder.»⁴⁰

(140) Konkurransetilsynet finner det uansett bevist med klar sannsynlighetsovervekt at klagerne kontakt om prisinnhenting oppfylte vilkårene for samordnet opptreden. Det blir i denne vurderingen blant annet funnet bevist og vektlagt at det fra og med uenigheten som oppstod mellom klagerne i 2010, og det etterfølgende møtet 19. januar 2011, var kontakt mellom klagerne om hvordan de skulle forholde seg til prisinnhenting i konkurrentenes butikker.⁴¹ Videre finner Konkurransetilsynet det bevist at kontakten mellom klagerne, og den omfattende informasjonsinnhenting som fant sted, var kjennetegnet av gjensidighet.⁴² Konkurransetilsynet finner det også bevist at klagerne gjennom samarbeidet oppnådde en tilsvarende deling av informasjon som ved mer tradisjonelle former for informasjonsutveksling, og at samarbeidet dermed utgjorde en form for informasjonsutveksling som erstattet konkurranserisikoen med innbyrdes samarbeid, jf. også vedtaket punkt 11.2.5.1.⁴³

(141) Når det gjelder kravet til årsakssammenheng, legger Konkurransetilsynet til grunn at

⁴⁰ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 1632.

⁴¹ Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 1636-1640.

⁴² Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 1641.

⁴³ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 1644.

«[d]et foreligger en presumsjon for at foretak som deltar i en samordning og fortsatt er aktive i markedet, tar hensyn til informasjonen som er utvekslet med konkurrentene ved fastlegging av egen markedsopptreden, ...»⁴⁴

(142) Og videre:

«Det er ikke tvilsomt at partene hentet inn omfattende mengder varelinjepriser i konkurrentenes butikker i samarbeidsperioden og benyttet den innhentede prisinformasjonen i egen prissetting, jf. kapittel 5.8, 5.10 og 5.11. Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at kravet om at det må være årsakssammenheng mellom samordningen og partenes adferd på markedet, er oppfylt.

Konkurransetilsynet legger dermed til grunn at partene, ved å gi hverandre gjensidig tilgang til omfattende prisinnhenting, bevisst har erstattet konkurranserisikoen med innbyrdes praktisk samarbeid, ...»⁴⁵

(143) Det er i Konkurransetilsynets vedtak videre lagt til grunn at samarbeidet utgjorde en form for informasjonsutveksling:

«Som det fremgår av kapittel 11.2.5.1, har Konkurransetilsynet kommet til at partene ved samarbeidet oppnådde en tilsvarende deling av informasjon som ved mer tradisjonelle former for informasjonsutveksling, og at samarbeidet dermed utgjør en form for informasjonsutveksling.»⁴⁶

7.2 Konkurransetilsynets anførsler

(144) Det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at klagerne gjennom avtale og/eller samordnet opptreden samarbeidet om å gi hverandre gjensidig tilgang til innhenting av omfattende mengder priser i hverandres dagligvarebutikker, og at samarbeidskriteriet i konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 er oppfylt.

(145) Klagerne inngikk i to møter, henholdsvis 19. januar 2011 og 21. august 2012, avtale om at de skulle ha gjensidig tilgang til hverandres butikker for prisinnhenting.

(146) Klagernes prisinnhenting i samarbeidsperioden, sammenholdt med klagernes uttrykkelige eller stilltiende aksept av prisjegernes tilstedeværelse i butikkene, utgjør uansett indirekte eller direkte kontakt som oppfyller vilkårene for samordnet opptreden.

(147) Klagerne kan ikke høres med at innholdet i avtalen kun er en kodifisering eller presisering av det som uansett følger av bakgrunnsretten eller Bransjenormen.

(148) Avtalen ble benyttet som grunnlag for klagernes prisinnhenting i hele samarbeidsperioden. Klagernes anførsel om at den løpende prisinnhenting i samarbeidsperioden bare bygger på klagernes autonome beslutninger, kan derfor ikke føre frem.

⁴⁴ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 1645.

⁴⁵ Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 1646-1647.

⁴⁶ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 1644.

- (149) Samarbeidet mellom klagerne utgjør en form for informasjonsutveksling av konkurransesensitiv informasjon.
- (150) Samarbeidet har lagt til rette for at klagerne prisøkninger på enkeltprodukter mer effektivt kan benyttes for å teste responsen på prisøkninger i markedet og signalisere ønske om prisøkninger overfor konkurrentene.

7.3 Klagerne anførsler

- (151) Coop og NorgesGruppen erkjenner at det i møtene i 2011 og 2012 ble inngått avtale om enkelte sider av klagerne prisinnhenting, men er uenig i Konkurransetilsynets oppfatning av samarbeidets innhold og karakter.⁴⁷ Rema 1000 har også erkjent at det ble oppnådd avtale på møtet i 2012, men har bestridt at det ble inngått noen avtale på møtet i 2011.⁴⁸
- (152) Alle klagerne bestrider Konkurransetilsynets oppfatning av samarbeidets innhold og karakter. Det ble i møtene i 2011 og 2012 ikke inngått avtale om gjensidig innhenting av omfattende mengder priser i hverandres dagligvarebutikker. Derimot ble det avtalt *begrensninger* i klagerne alminnelige rett til ensidig å innhente priser i konkurrentenes butikker.⁴⁹
- (153) Bakgrunnsretten gir klagerne rettslig adgang til å samle inn konkurrentenes priser på ensidig grunnlag, altså uten avtale. Butikklokaler er offentlig tilgjengelige i åpningstiden. Dette medfører at klagerne ikke har fri adgang til å kaste ut prisjegere med grunnlag i eiendomsrettslige regler eller prinsipper, slik Konkurransetilsynet legger til grunn.
- (154) Dagligvareforetakene foretok også før inngåelsen av Bransjenormen i 2010 prisinnhenting via ulike metoder og i ulikt omfang, blant annet ved prisjegervirksomhet. Prisinnhenting skjedde på ensidig og autonomt grunnlag hos det enkelte foretak, noe som viser at prisinnhenting ikke var betinget av samarbeid. Fra midten av 2000-tallet mottok foretakene informasjon om hverandres priser også gjennom AC Nielsen.
- (155) Behovet for prisinnhenting har eskalert som følge av utviklingen av og den økende rivaliseringen i lavprissegmentet i dagligvaremarkedet etter finanskrisen, sammenholdt med strategisk priskonkurranse i et oligopol preget av lave marginer og behov for å vinne volum. Sistnevnte innebærer blant annet at det er viktig å bli oppfattet som billigst av forbrukerne. I denne vurderingen vil blant annet utfallet av pristester være viktig. For å vinne slike pristester er det nødvendig med omfattende prisinnhenting hos konkurrentene. Dagligvareforetakene har som følge av de markedsmekanismene som kjennetegner dagligvaremarkedet, insitament til på *ensidig og autonomt* grunnlag å foreta hyppig innhenting av priser i konkurrentenes butikker.
- (156) Bransjenormen ble inngått som følge av uenigheter i dagligvaremarkedet, særlig knyttet til Rema 1000s sammenligningskampanjer i 2009, og etter initiativ fra

⁴⁷ NorgesGruppens klage avsnitt 43. Coops klage avsnitt 487, jf. avsnittene 497 og 531.

⁴⁸ Rema 1000s klage avsnittene 575, 578 og 590.

⁴⁹ Coops klage punkt 9, særlig punkt 9.1.2. NorgesGruppens klage punktene 5 og 6. Rema 1000s klage del VI, særlig punkt 24.

Forbrukerombudet. Formålet med Bransjenormen var i første rekke å bli enig om prinsippene for hvordan prissammenligningen skulle skje. Bransjenormen var ikke ment som, og medførte ikke, noen regulering av det som fulgte av gjeldende rett og praksis, nemlig at dagligvareforetakene har fri tilgang til konkurrentenes butikker for å observere offentlige konkurrentpriser.

- (157) Bransjenormen forbyr ikke innhenting av prisinformasjon til andre formål enn sammenlignende reklame. Punkt 5.4 i Bransjenormen begrenser verken omfanget av prisinnhenting, metodene for innhenting, eller bruken av prisinformasjonen. I praksis vil det ikke være noe skille mellom informasjon innhentet til bruk i egen prissetting og informasjon innhentet til sammenlignende reklame. Heller ikke omfanget av prisinnhenting gjør det mulig å skille mellom ulike former for bruk av prisinformasjonen.
- (158) Konflikten mellom klagerne høsten 2010, som resulterte i møtene mellom klagerne i 2011 og 2012, skyldtes at Coop hadde få Extra-butikker på dette tidspunktet og fant det belastende at Rema 1000s prisjegere oppholdt seg i noen få av deres butikker flere dager i strekk. Tidsnære bevis underbygger at det var forstyrrelser i butikkdriften som var den utløsende årsaken til at partene møttes, først i 2011 og senere i 2012. Klagernes felles enighet om en begrensning på 20 timer per uke per butikk hadde som eneste formål å unngå utilbørlig forstyrrelse av ordinær butikkdrift.
- (159) Konkurransetilsynet synes å legge til grunn at en avtale også kan utledes av at partene ikke kastet hverandres prisjegere ut av butikkene. Det er i vedtaket ikke vist til relevant rettspraksis eller andre kilder som støtter at en stilltiende avtale kan etableres på basis av en passivitet som dette.
- (160) Klagernes adferd etter møtet i 2012 gir i seg selv ikke noe bevismessig grunnlag for at det ble inngått en ny eller annen enighet enn det man ble enige om på møtet. Begrensningen på 20 timer, som ble utformet for å hensynta butikkdriften, var en enkel operasjonell begrensning som har blitt respektert av klagerne. Selv om klagerne i møtene i 2011 og 2012 avtalte å tillate prisinnhenting, slik Konkurransetilsynet legger til grunn, kan det uansett ikke anses bevist at det var enighet om løpende, omfattende prisinnhenting. Den løpende omfattende innhenting som fant sted, er en konsekvens av klagernes ensidige autonome beslutninger om å satse hardere i lavprissegmentet.
- (161) At den løpende innhenting av prisinformasjon var basert på klagernes ensidige og autonome beslutninger, blir tydelig når man ser på den enkelte klagerens informasjonsinnhenting i samarbeidsperioden. Det var stor forskjell i klagernes faktiske innhenting av priser. Klagernes innhenting av prisinformasjon har sammenheng med deres respektive satsinger i lavprissegmentet og skjedde uavhengig av møtene i 2011 og 2012. Videre har den teknologiske utviklingen bidratt til at løpende og omfattende prisinnhenting har blitt enklere.
- (162) Klagerne bestrider at samarbeidet kan likestilles med informasjonsutveksling av strategisk konkurransesensitiv informasjon.⁵⁰

⁵⁰ Coops klage punkt 9.2.4 og Rema 1000s klage punkt 7.2.

- (163) Det bestrides at klagerne gjennom det påståtte samarbeidet har testet prisøkninger eller signalisert ønsker om prisøkninger i markedet på en konkurranseskadelig måte.

7.4 Rettslig utgangspunkt

- (164) Konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 rammer konkurransebegrensende samarbeid i form av «avtale», «samordnet opptreden» eller «beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak».
- (165) Konkurransetilsynet har i vedtaket punkt 10.1 redegjort for de rettslige utgangspunktene for samarbeidskriteriet, særlig hva som utgjør «avtale» og «samordnet opptreden», som er de aktuelle samarbeidsalternativene i denne saken. Konkurransklagenemnda er enig i Konkurransetilsynets rettslige redegjørelse for hva som kjennetegner henholdsvis «avtale» og «samordnet opptreden», og kan i det vesentlige slutte seg til begrunnelsen i vedtaket punkt 10.1. Klagerne har ikke fremsatt innsigelser til Konkurransetilsynets rettslige gjennomgang av samarbeidskriteriet, og nemnda finner det derfor tilstrekkelig å fremheve noen sentrale momenter ved vurderingen av de to samarbeidsformene.
- (166) Det følger av EU/EØS-rettspraksis at det ikke er nødvendig å klassifisere et samarbeid som enten avtale eller samordnet opptreden.⁵¹ Grensen mellom de to samarbeidsformene vil i praksis kunne være flytende, og de kan overlappe hverandre, blant annet fordi den konkurransebegrensende adferden over tid kan variere og ha ulik intensitet.
- (167) Avtalebegrepet er i konkurranseretten tolket vidt. Det avgjørende for om det foreligger en avtale i konkurranselovens forstand, er om foretakene har uttrykt en *felles eller samstemmende vilje* til å koordinere sin adferd i markedet.⁵² Det er ikke avgjørende hvordan avtalen har kommet i stand.⁵³ Både skriftlige, muntlige, uttrykkelige og stilltiende avtaler vil kunne omfattes.⁵⁴ Det er heller ikke et vilkår at avtalen er juridisk bindende, slik at også en «gentlemen's agreement» omfattes av avtalebegrepet.⁵⁵ EU-domstolen har blant annet i sak C-211/22 *Super Bock Bebidas*, uttalt seg slik om avtalebegrepet:

«However, an act or conduct which is apparently unilateral will constitute an agreement, within the meaning of Article 101(1) TFEU, where it is the

⁵¹ Sak C-49/92P, *Commission of the European Communities v Anic Partecipazioni SpA (Anic)*, avsnittene 131-132.

⁵² Sak T-41/96, *Bayer AG v Commission of the European Communities (Bayer)*, avsnitt 62, sak C-41/69, *ACF Chemiefarma NV v Commission of the European Communities (ACF Chemiefarma)*, avsnitt 112, forente saker C-2/01P og C-3/01P, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV and Commission of the European Communities v Bayer AG (BAI)*, avsnitt 97, sak E-3/97, *Jan and Kristian Jæger AS supported by the Norwegian Association of Motor Car Dealers and Service Organisations v Opel Norge AS (Jæger v Opel Norge)*, avsnitt 33.

⁵³ Sak T-41/96 *Bayer*, avsnitt 69.

⁵⁴ Se for eksempel sak 28/77, *Tepea BV v Commission of the European Communities (Tepea)*, avsnitt 41, sak T-25/95, *Cimenteries CBR and Others v Commission of the European Communities (Cimenteries)*, avsnitt 2341, forente saker C-2/01P og C-3/01P *BAI*, avsnitt 102.

⁵⁵ Sak C-41/69 *ACF Chemiefarma*, avsnittene 111-112, sak T-53/03, *BPB plc v Commission of the European Communities (BPB)*, avsnitt 82, sak C-235/92P, *Montecatini SpA v Commission of the European Communities (Montecatini)*, avsnitt 39 og sak T-99/04, *AC-Treuhand AG v Commission of the European Communities (AC Treuhand)*, avsnitt 118.

expression of the concurrence of wills of at least two parties, the form in which that concurrence is expressed not being by itself decisive [...]

That concurrence of the parties' wills may be shown from the terms of the distribution contract at issue, where it contains an express invitation to comply with minimum resale prices or authorises, at the very least, the supplier to impose those prices, as well as from the conduct of the parties and, in particular, from any explicit or tacit acquiescence on the part of the distributors to an invitation to comply with minimum resale prices [...].⁵⁶

- (168) «Samordnet opptreden» er ment å ramme konkurransebegrensende samarbeid som ikke har kommet til et nivå der det er inngått avtale, eller saker der det ikke lar seg bevise at partene har inngått noen avtale. Dette alternativet er etablert for at det ikke skal være for lett å omgå forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. I EU-domstolens avgjørelse i sak C-48/69 *ICI*⁵⁷ ble det lagt til grunn at alternativet samordnet opptreden omfatter «...a form of coordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement properly so-called has been concluded, knowingly substitutes practical cooperation between them for the risks of competition».⁵⁸
- (169) Kriteriene om koordinering og samarbeid må forstås i lys av det grunnleggende prinsippet som ligger bak forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, som innebærer at foretakene skal fastsette sin markedsadferd selvstendig og uavhengig av hverandre. Det er altså ikke forbudt med ensidig tilpasning basert på observasjoner av konkurrentenes markedsadferd, men det er forbudt å koordinere markedsadferd med konkurrenter.⁵⁹ Derfor vil enhver direkte eller indirekte kontakt mellom konkurrenter som har som formål eller virkning å påvirke en konkurrents markedsadferd eller å informere om den markedsadferd en selv har tenkt å følge, være forbudt.
- (170) Det følger av EU/EØS-rettspraksis at samordnet opptreden forutsetter direkte eller indirekte kontakt mellom konkurrenter som er kjennetegnet ved *gjensidighet*. Dette kravet vil blant annet være oppfylt dersom en konkurrent røper konkurransesensitiv informasjon når den andre parten har bedt om det, eller aksepterer å motta informasjonen.⁶⁰ Det er tilstrekkelig at utvekslingen av slik informasjon fjerner eller vesentlig reduserer usikkerhet om konkurrentenes markedsadferd.⁶¹ Videre er det tilstrekkelig at én av partenes markedsadferd potensielt påvirkes av koordineringen, og det er ikke noe krav om at koordineringen har medført en gjensidig begrensning i de deltakende foretaks handlefrihet.⁶²

⁵⁶ Sak C-211/22, *Super Bock Bebidas SA and Others v Autoridade da Concorrência (Super Bock Bebidas)*, avsnittene 49-50.

⁵⁷ Sak C-48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities (ICI)*.

⁵⁸ Sak C-48/69 *ICI*, avsnitt 64.

⁵⁹ Dette har blant annet kommet til uttrykk i sak C-40/73 m.fl., *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission of the European Communities (Suiker Unie)*, avsnittene 173-174, og er fulgt opp i en rekke senere saker, blant annet C-49/92P *Anic*, avsnitt 117.

⁶⁰ Sak T-25/95 *Cimenteries*, avsnitt 1849.

⁶¹ Sak T-25/95 *Cimenteries*, avsnitt 1852. Se også sak C-7/95P, *John Deere Ltd v Commission of the European Communities (John Deere)*, avsnitt 47.

⁶² Sak C-194/14P, *AC-Treuhand AG v European Commission (AC Treuhand v Commission)*, avsnittene 33-34.

- (171) Samordnet opptreden forutsetter i tillegg en adferd i markedet og en årsakssammenheng mellom samordningen og adferden.⁶³ Etter EU/EØS-rettspraksis foreligger det en presumsjon for at informasjon mottatt som ledd i et ulovlig samarbeid også potensielt har påvirket foretakenes markedsadferd.⁶⁴ Det vil i slike tilfeller være opp til de involverte foretakene å motbevise denne presumsjonen.
- (172) Det følger videre av EU/EØS-rettspraksis at et foretak også gjennom passiv deltakelse vil kunne holdes ansvarlig for brudd på forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid med mindre foretaket offentlig har distansert seg fra en ulovlig samordning.⁶⁵ Bakgrunnen for at passiv deltakelse er ansvarliggjort, er at foretaket, ved ikke å ta offentlig avstand, kan tilskynde samarbeidet og hindre at det blir oppdaget. Kravet om offentlig distansering er tolket strengt, og det kreves at foretaket har gitt klart og tydelig uttrykk for at det ikke aksepterer og ikke ønsker å være del av samarbeidet.⁶⁶

7.5 Konkurransklagenemndas vurdering

7.5.1 Innledning

- (173) Klagerne fremsetter flere innvendinger mot Konkurransetilsynets vurdering av samarbeidskriteriet. Innvendingene er på flere punkter sammenfallende, mens noen er spesifikke for den enkelte klager.
- (174) Spørsmålet om samarbeidskriteriet er oppfylt, skal, på samme måte som de øvrige vilkårene i konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, vurderes særskilt for den enkelte klager. Vurderingen av om samarbeidskriteriet er oppfylt, vil likevel i stor grad bygge på bevis og andre omstendigheter som må ses i sammenheng, og som derfor får betydning for alle klagerne. Konkurransklagenemnda finner det derfor formålstjenlig å foreta en samlet vurdering av om samarbeidskriteriet er oppfylt for alle klagerne, likevel slik at klagerne individuelle innsigelser vil bli behandlet fortløpende som del av vurderingen.

7.5.2 Avtale om tilgang til løpende prisinnhenting

- (175) Konkurransklagenemnda finner det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at klagerne gjennom to møter henholdsvis 19. januar 2011 og 21. august 2012 etablerte et samarbeid om regulering av tilgangen til løpende prisinnhenting i hverandres butikker ved bruk av såkalte «prisjegere». Samarbeidets form, innhold og karakter utgjør etter nemndas vurdering en «avtale» i konkurranselovens forstand.
- (176) Bransjenormen, som er omtalt i punkt 2.3.9 over, utgjør et bakteppe for klagerne argumentasjon knyttet til bakgrunnen for møtene i 2011 og 2012 og hva det ble oppnådd enighet om på disse møtene. Inngåelsen av Bransjenormen er av Konkurransetilsynet ikke ansett å være i strid med konkurranseloven § 10 første ledd

⁶³ Sak C-199/92P, Hüls AG v Commission of the European Communities (*Hüls*), avsnitt 161.

⁶⁴ Sak C-199/92P *Hüls*, avsnitt 162.

⁶⁵ Forente saker C-204-00P m.fl., Aalborg Portland A/S (C-204/00 P), Irish Cement Ltd (C-205/00 P), Ciments français SA (C-211/00 P), Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA (C-213/00 P), Buzzi Unicem SpA (C-217/00 P) and Cementir - Cementerie del Tirreno SpA (C-219/00 P) v Commission of the European Communities (*Aalborg Portland m.fl.*), avsnitt 84.

⁶⁶ Sak T-303/02, Westfalen Gassen Nederland BV v Commission of the European Communities (*Westfalen Gassen Nederland*), avsnittene 103 og 124.

eller EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, noe også Konkurransklagenemnda legger til grunn for sin vurdering.

- (177) Klagerne bestrider ikke at Bransjenormen er en avtale, og Konkurransklagenemnda finner det utvilsomt at Bransjenormen er en avtale som regulerer partenes markedsadferd ved bruk av sammenlignende reklame. Dette inkluderer Bransjenormen punkt 5.4, som omhandler innhenting av prisopplysninger hos konkurrenter for å ivareta normens formål om sammenlignende reklame. Bransjenormen punkt 5.4 er gjengitt i punkt 2.3.9 over.
- (178) Når det gjelder bakgrunnen for møtene mellom klagerne i 2011 og 2012, inkludert uenigheten mellom særlig Rema 1000 og Coop knyttet til omfanget av prisinnhenting og forståelsen av Bransjenormen, vises det til bevisgjennomgangen i Konkurransetilsynets vedtak punkt 5.7.3 og 5.7.4 (møtet 2011) og punkt 5.7.6 og 5.7.7 (møtet i 2012), sammenholdt med vurderingen av samarbeidskriteriet i vedtaket punkt 10.2.
- (179) Som bevis for innholdet i avtalen som ble inngått mellom partene i *møtet 19. januar 2011*, har Konkurransetilsynet særlig vist til informasjonsskriv fra Coop Handel Norge til samvirkelagene i Coop 2. februar 2011, hvor det blant annet fremgår:
- «Det har vært et møte i bransjegruppen som har jobbet med «Norm for prissammenligning». Denne består av representanter fra dagligvaregruppene, Forbrukerombudet og HSH. Bransjen ble i dette møtet enige om at vi skal være åpne for prisregistreringer i hverandres butikker. Følgende rammer gjelder:
- Det er tillatt å bruke skanner.
 - Man kan oppholde seg i en butikk inntil en arbeidsdag (7 ½ time) med inntil 2 personer. Man skal prøve å tilstrebe 1 person per butikk. Det betyr at man ikke kan være i butikken i flere dager i strekk.»⁶⁷
- (180) Etter Konkurransklagenemndas syn er det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at det i møtet 19. januar 2011 ble oppnådd en felles enighet – altså en avtale i konkurranselovens forstand – mellom klagerne om tilgang til konkurrentenes butikker for prisinnhenting som beskrevet i e-posten fra Coop.
- (181) Coop og NorgesGruppen bestrider ikke at det på møtet i 2011 ble oppnådd en felles enighet – altså en avtale i konkurranselovens forstand – om tilgang til konkurrentenes butikker for prisinnhenting.
- (182) Rema 1000 anfører på sin side at det ikke ble inngått noen avtale på møtet i 2011. Den angivelige enigheten oppnådd i møtet er, ifølge Rema 1000, ikke underbygget gjennom noe referat og i begrenset grad gjennom e-postkorrespondanse som involverer Rema 1000.
- (183) Konkurransklagenemnda finner at Rema 1000s anførsler ikke kan føre frem. Etter nemndas syn underbygger tidsnære bevis med styrke at også Rema 1000 var del av

⁶⁷ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 366, jf. vedlegg 165 e-post fra [redacted] (Coop) til Coop Prix Bogstadveien og Coop Prix Pilestredet Park og vedlegg 166 Internt dokument i Coop med tittelen «Prisregistrering i butikk feb 2011.pdf».

avtalen i 2011. At den felles forståelsen ikke er formalisert i et avtaledokument eller referat, og heller ikke meddelt Konkurransetilsynet, slik Rema 1000 har vist til, kan etter nemndas syn ikke tillegges betydning. Nemnda bemerker at det ikke er noe vilkår at avtalen er nedfelt i et skriftlig avtaledokument eller referat. Også muntlig enighet mellom konkurrenter er en avtale i konkurranselovens forstand.

- (184) Rema 1000 anfører videre at tilgangen til konkurrentenes butikker for prisinnhenting, gjengitt i Coops informasjonsskriv februar 2011, jf. avsnitt 179, uansett fulgte av bakgrunnsretten. Det er videre vist til at det på møtet kun ble foretatt en presisering av det som allerede var avtalt i Bransjenormen punkt 5.4.
- (185) Konkurranseskjagenemnda kan heller ikke tiltre Rema 1000s anførsler på dette punktet. Nemnda vil komme tilbake til betydningen av hvor langt den alminnelige handlingsfriheten og bakgrunnsretten gir klagerne adgang til å nekte konkurrentenes prisinnhenting i sine respektive butikklokaler i forbindelse med drøftingen av alternativsituasjonen, jf. punkt 8.4.6, særlig 8.4.6.7. Etter nemndas syn er det uansett ikke avgjørende for vurderingen av samarbeidskriteriet om bakgrunnsretten ga klagerne tilgang til konkurrentenes butikker for prisinnhenting i større eller mindre grad. Den sterke uenigheten mellom klagerne – særlig mellom Coop og Rema 1000 – om gjennomføringen og omfanget av prisinnhenting i 2010/2011 og 2012, viser at det, uavhengig av innholdet i bakgrunnsretten, var rasjonelt for klagerne å regulere tilgangen til konkurrentenes butikklokaler for prisinnhenting i en avtale. Klagernes anførsel om at avtale ble inngått kun for å begrense prisjeggernes opphold i konkurrentenes butikker, tas dermed ikke til følge.
- (186) Ordlyden i Bransjenormen punkt 5.4 gir i seg selv liten veiledning om innhold og omfang av klagernes adgang til prisinnhenting i konkurrentenes butikker, utover at det ikke må «[...] lages vansker for konkurrenters innsamling av priser i butikkene», jf. normens punkt 5.4 første og andre ledd. Det er imidlertid av sentral betydning at formålet med prisinnhenting etter Bransjenormen er å foreta «prissammenligninger». Avtalen inngått i 2011, senere utvidet i 2012, gikk langt utover formålet med Bransjenormen, se for eksempel e-post fra Coop inntatt under i avsnitt 188. Konkurranseskjagenemnda finner det klart at klagernes felles forståelse om bruk av skannere og timesbegrensning, slik den er gjengitt i Coops informasjonsskriv 2. februar 2011, jf. avsnitt 179 over, ikke utelukkende kan forstås som en presisering av noe som allerede var avtalt i normen.
- (187) Uenigheten mellom klagerne forut for møtet i 2011 knyttet seg særlig til Rema 1000s bruk av skannere og omfattende tidsbruk ved prisinnhenting i Coops Ekstra-butikker. Dette går frem av en rekke interne e-poster hos klagerne og e-poster mellom klagerne, gjengitt i Konkurransetilsynets vedtak punkt 5.7.3. Konkurranseskjagenemnda viser særlig til e-postkorrespondanse mellom Coop og Rema 1000, gjengitt blant annet i vedtaket avsnitt 303, 304, 308, 309, 332, 333, 334.
- (188) Coops syn på uenigheten fremgår blant annet av Coops e-post til Rema 1000 8. desember 2010:
- «Vi oppfatter at den metode og det omfang dere innhenter priser på i våre butikker går langt utover det som vi er omforent om i bransjenormen. Hensikten i bransjenormen er å kunne sammenligne enkeltvarer og gjøre ulike tilfeldige utvalg, ikke å scanne hele butikken for varer og priser slik dere har iverksatt å

gjøre. Dere er velkommen til å gjøre innhenting av priser for et begrenset antall varer, men ikke bruke timer og dager med stor bemanning for å scanne hele butikker. Dette setter på ingen måte bransjenormen til side, tvert i mot er det dere som går langt ut over normen og det vi har en felles forståelse av mht innhenting av priser i hverandres butikker.

Vi har inntil dere redegjør mer for hvordan dere ønsker å gjennomføre deres kartlegging valgt å stoppe dette arbeidet.»⁶⁸

(189) Rema 1000s syn på uenigheten er blant annet beskrevet slik av Rema 1000 i e-post 12. desember 2010 til Bransjenormgruppen:

«I løpet av den siste tiden har REMA 1000 sine «prisjegere» i stor grad blitt nektet tilgang i Coop sine butikker for å gjøre registrering av priser, med tilbakemeldingen om at våre registreringer er «for omfattende». [...]

Vi kan ikke se at Coop har noe grunnlag i bransjenormen for å nekte REMA 1000 tilgang til Coop sine butikker for registrering av priser – selv i større omfang. Særlig da de selv gjør det samme, uttrykker dette både gjennom medieuttalelser og i markedsføring, samt at et klagepunktene til Coop når vi startet prissammenligninger var at ‘sammenligningskurvene var smale og ga et skjevt bilde’.

REMA 1000 mener at Coop bryter bransjenormen (ref. pkt. 5.4 i bransjenormen) og at dette ikke er til forbrukernes beste. Så inntil Coop endrer sitt standpunkt om å nekte oss tilgang til Coop sine butikker for registrering av priser vil REMA 1000 nekte tilgang for Coop sine representanter (og eventuell tredjepart på vegne av Coop) tilgang til REMA 1000-butikker. Vi vil uansett forsøke å få registrert priser i Coop sine butikker fremover, men høflig gå der i fra hvis vi blir bedt om det.

Våre regioner har nå blitt informert om avgjørelsen og våre kjøpmenn blir nå informert fortløpende. Coop får selv argumentere for sitt syn, men jeg håper vi raskt kan løse denne saken og komme oss videre.»⁶⁹

(190) Etter møtet tok Rema 1000 kontakt med Coop og skrev blant annet følgende i e-post 1. februar 2011:

«Hei [REDACTED]

Takk for et konstruktivt møte hos HSH sist.

Jeg vil bare melde i fra at våre prisjegere har fått beskjed om ikke å bruke håndscanner og har fått frist på 4 timer på Prix Majorstua og Prix Pilestredet. Kan du si i fra til disse hva vi ble enige om?»⁷⁰

⁶⁸ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 332, jf. vedlegg 143, e-post fra [REDACTED] (Coop) til [REDACTED] (Rema 1000).

⁶⁹ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 338, jf. vedlegg 150, e-post fra [REDACTED] (Rema 1000) til Bransjenormgruppen.

⁷⁰ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 363, jf. vedlegg 163, e-post fra [REDACTED] (Rema 1000) til [REDACTED] (Coop).

- (191) Coop fulgte opp med å informere butikkene, se vedtaket avsnitt 365, samt informasjonsskriv 2. februar 2011, gjengitt over i avsnitt 179.
- (192) Både bakgrunnen for møtet i 2011, Rema 1000s påpekning av «hva vi ble enige om» i e-post til Coop kort tid etter møtet, samt Coops konkrete angivelse av enighetens innhold i informasjonsskrivet 2. februar 2011 til butikkene, underbygger at klagerne, også Rema 1000, på møtet oppnådde en felles forståelse om aksept for bruk av skanner og tidsbegrensning for opphold i en butikk for en arbeidsdag (7 ½ time) med inntil 2 personer.⁷¹ Det har etter Konkurransklagenemndas syn formodningen klart imot seg at Coop og Rema 1000 i den konteksten e-postene er sendt, ville ha ordlagt seg på denne måten dersom de ikke mente at det var oppnådd enighet om disse punktene. Nemnda finner det derfor ikke tvilsomt at også Rema 1000 var part i avtalen som ble inngått på møtet i 2011.
- (193) Konkurransklagenemnda har vurdert betydningen av at Rema 1000 og Coop i mars 2012 på nytt ble uenige om rammene for prisinnhenting, men uten at dette endrer nemndas konklusjon. Nemnda har i den sammenhengen også tatt i betraktning at Rema 1000 i etterfølgende e-poster har ordlagt seg på en måte som kan forstås slik at Rema 1000 ikke la til grunn at det ble oppnådd en felles forståelse om bruk av skannere og timeantall i møtet i 2011, se blant annet Rema 1000s e-post 28. mars 2012 til Coop:

«Slik jeg forstår blir prisjegerne møtt med en gitt grense på antall timer. I Bransjenormen står det ikke noe om antall timer, men at vi skal oppføre oss, ikke forstyrre kunder/drift og ellers ta hensyn. Vet at vi har hatt en dialog tidligere på timer og antall personer mellom oss, men at det er dere som har satt et slikt krav på egne vegne. Jeg er enig i at vi skal tilstrebe, og det har vi også gjort hele tiden, minst mulig forstyrrelser og timebruk i butikkene. Denne gangen er prisinnhenting noe mer omfattende, men dette blir ikke en «standard» fra vår side. Vi ferdigstiller denne runden i dag hvis vi ikke blir stengt ute – men da trenger jeg rask tilbakemelding.

Jeg håper på fleksibilitet og imøtekommelse slik at vi slipper å komme tilbake til et stadie hvor vi teller minutter hver eneste gang – med det resultat at vi stenger hverandre ute. Jeg har også fått tilbakemelding fra flere butikker over tid hvor prisinnhenting fra deres side går godt ut over Coop sine timeantall – dette har jeg latt fortsette så lenge det ikke har forstyrret driften/kundene.»⁷²

- (194) Etter Konkurransklagenemndas syn må det imidlertid legges betydelig vekt på at Rema 1000s uttalelser er gitt i ettertid og som svar på Coops syn på partenes tidligere felles forståelse. Rema 1000s formulering må etter nemndas syn forstås i lys av at Coop og Rema 1000 på dette tidspunktet på nytt var blitt uenige om tilgangen til konkurrentenes butikklokaler for prisinnhenting, og at Rema 1000 hadde behov for å posisjonere seg i diskusjonene som pågikk med de øvrige klagerne. Rema 1000s argumentasjon i denne e-posten og andre e-poster gjengitt i Konkurransetilsynets vedtak, se blant annet avsnitt 416, 420 og 425, viser at de på nytt ønsket å utfordre

⁷¹ Formuleringen «informere om det vi ble enige om», ble også benyttet av [REDACTED] (Rema 1000) i e-post 2. februar 2011 til [REDACTED] og [REDACTED] (begge NorgesGruppen), etter at Rema 1000s prisjegere var blitt nektet adgang til to Meny-butikker, jf. Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 367, jf. vedlegg 167.

⁷² Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 404, jf. vedlegg 187, e-postkorrespondanse mellom [REDACTED] (Coop) og [REDACTED] (Rema 1000).

Coops forståelse, særlig når det gjelder spørsmålet om det kunne oppstilles timesbegrensning per butikk. Nemnda kan derfor ikke se at disse etterfølgende e-postene fra Rema 1000 er egnet til å svekke bevisverdien av de tidsnære e-postene fra 2011, som underbygger at det ble oppnådd enighet om rammene for prisinnhenting som beskrevet i Coops informasjonsskriv 2. februar 2011, jf. avsnitt 179 over.

- (195) Som følge av uenigheten i 2012, ble det *på nytt avholdt møte i Bransjenormgruppen 21. august 2012*. Av referat fra dette møtet fremgår det at partene var blitt enige om at punkt 5.4 i Bransjenormen skulle forstås på følgende måte:

«Bransjenormens parter skal ha tilgang til å foreta prissjekk som nevnt i pkt. 5.4 med inntil 20 timer per uke, beregnet pr enkeltstående butikk, uavhengig av antall besøk som foretas i den enkelte butikk i løpet av en uke.»

- (196) Av referatet fremgikk det samtidig at dette var å anse som en midlertidig ordning for seks måneder.

- (197) Når det gjelder innholdet i avtalen inngått i dette møtet 21. august 2012, viser Konkurransetilsynet særlig til e-post 4. september 2012 fra NorgesGruppen etter at Virke hadde bekreftet at alle partene hadde godkjent referatet fra møtet, hvor det blant annet fremgår:

«Hei, da har alle impliserte aktører godkjent referatet fra møtet 21. august 2012. I tråd med bestemmelse i referatets innhold iverksettes en midlertidig ordning hvor bransjenormens ptk 5.4 [sic] skal praktiseres slik:

Bransjenormens parter skal ha tilgang til å foreta prissjekk som nevnt i ptk. 5.4 [sic] med inntil 20 timer pr uke, beregnet pr enkeltstående butikk, uavhengig av antall besøk som foretas i den enkelte butikk i løpet av en uke. For øvrig gjelder bransjenormens overhengende prinsipp: «For at prissammenligninger skal være praktisk gjennomførbare må det ikke lages vansker for konkurrenters innsamling av priser i butikkene. Den som skal innhente priser bør henvende seg til tilgjengelig leder i butikken (den som leder på det aktuelle tidspunktet)», jf. ptk 5.4. [sic]

Ordningen gjelder fra dagens dato (4. september) til 4. mars 2013.

Vi vil sende det godkjente referatet til Konkurransetilsynet til orientering.»⁷³

- (198) Virke oversendte i e-post 5. september 2012 det omforente referatet fra møtet til Konkurransetilsynet.

- (199) Etter Konkurransklagenemndas syn er det ikke tvil om at klagerne på møtet 21. august 2012 kom frem til en enighet om tilgang til konkurrentenes butikklokaler for prisinnhenting, som er en avtale i konkurranselovens forstand. Nemnda viser til at alle klagerne erkjenner at det i dette møtet ble oppnådd enighet om vilkårene for prisinnhenting mellom partene, slik referatet gjengitt over gir uttrykk for. Klagernes innsigelser og anførsler gjelder i det alt vesentlige Konkurransetilsynets forståelse av

⁷³ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 447, jf. vedlegg 214, e-post fra [redacted] (NorgesGruppen) til [redacted] med flere i NorgesGruppen.

innholdet, karakteren og virkningen av avtalen som ble inngått på dette møtet, noe nemnda kommer tilbake til i de påfølgende punktene nedenfor.

- (200) Oppsummert finner Konkurransklagenemnda det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at klagerne, i begge møtene som fant sted i henholdsvis 2011 og 2012, oppnådde enighet om tilgang til konkurrentenes butikker for innhenting av priser. Enigheten som ble oppnådd på møtene, er etter sin art og karakter en avtale i konkurranselovens forstand. Det er derfor ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til om samarbeidet som ble innledet på møtene i 2011 og 2012, alternativt eller i tillegg til avtale, oppfylte vilkårene for samordnet opptreden etter konkurranseloven. Nemnda vil presisere at den med dette ikke har tatt stilling til Konkurransetilsynets vurdering og konklusjon om at samarbeidet også oppfyller vilkårene for samordnet opptreden.
- (201) Konkurransklagenemnda vil i de påfølgende punktene nedenfor ta stilling til innholdet og praktiseringen av avtalen som ble inngått i 2011, senere utvidet i 2012.

7.5.3 Innholdet i samarbeidet

- (202) Konkurransklagenemnda bemerker innledningsvis at det i klagen er gitt til dels omfattende redegjørelser og anførsler som skal underbygge at samarbeidet om prisinnhenting er inngått, og praktisert, i en annen kontekst enn den Konkurransetilsynets vedtak bygger på. Klagerne anfører i forlengelsen av dette at samarbeidet som ble innledet i 2011 og 2012, ikke har hatt det innholdet Konkurransetilsynet har lagt til grunn i vedtaket.
- (203) Klagerne anfører at de også uten avtalen hadde fri tilgang til konkurrentenes butikker for å drive prissjekking i medhold av «bakgrunnsretten», og at Bransjenormen punkt 5.4 kun kodifiserer denne retten. Når klagerne fastsatte antall timer for prissjekking, først til 7,5 timer per butikk inntil en arbeidsdag (2011), og senere 20 timer per uke for hver enkeltstående butikk (2012), medførte dette, ifølge klagerne, kun en begrensning av denne frie adgangen til å drive prisinnhenting, og en operasjonalisering av et ulovfestet unntak for driftsforstyrrelser i konkurrentenes butikker. Klagerne bestrider at det på møtene ble inngått en felles forståelse om gjensidig, løpende og omfattende prisinnhenting. Ifølge klagerne hadde det enkelte foretaket egne insentiver til å drive prisinnhenting, og beslutningen om å hente inn priser var basert på ensidige og autonome beslutninger i det enkelte foretaket.
- (204) Konkurransklagenemnda trekker ikke i tvil at klagerne hadde, og fortsatt har, selvstendige insentiver til å innhente priser hos konkurrentene i dagligvaremarkedet. Insentivene klagerne viser til, springer blant annet ut av konkurranseforholdene i dagligvaremarkedet og foretakenes ulike prisløfter overfor kundene, særlig i lavprissegmentet. At dagligvareforetakene innhenter hverandres priser, er verken unaturlig eller i seg selv ulovlig. Denne saken handler imidlertid ikke om prisinnhenting i seg selv, men om klagerens *samarbeid om* prisinnhenting.
- (205) Basert på opplysningene i Konkurransetilsynets vedtak og i klagen legger Konkurransklagenemnda videre til grunn at det også før inngåelsen av samarbeidet i begrenset grad ble innhentet konkurrentpriser gjennom prisjegervirksomhet, i tillegg til informasjonsutveksling gjennom AC Nielsen, se blant annet Konkurransetilsynets vedtak punkt 5.6. Bevisene i saken tilsier at det var noe prisinnhenting ved bruk av egne prisjegere før 2010, og at aktiviteten økte i tiden før

samarbeidet, blant annet som følge av at Rema 1000 startet prosjektet «[redacted]» i 2009 og fra [redacted] tok i bruk skannere, jf. punkt 2.3.8 samt punkt 8.4.6 om alternativsituasjonen.

- (206) Det fremstår som usikkert hvor omfattende klagerne egen prisinnhenting var før avtalen i 2011, herunder hvor mange priser som ble innhentet med bruk av egne prisjegere per uke, og hvor hyppig innhenting fant sted. Bevisene i saken underbygger imidlertid at omfanget var lite, slik det er lagt til grunn i Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 273. Konkurransetilsynets redegjør i punkt 2.3.8 for klagerne prisinnhenting i tiden etter AC Nielsen-saken og før avtalen i 2011. Konkurransetilsynets har tatt i betraktning Rema 1000s fremlegging av Stavanger Aftenblads artikkel 15. desember 2008, hvor det blant annet fremgår: «Mens [regionsjef i REMA 1000] sjekker opp mot 300 priser hos konkurrentene ukentlig, gjør Rema 1000 i Oslo undersøkelser for hele sortimentet».⁷⁴ Artikkelen underbygger at det også skjedde noe innhenting av priser med egne prisjegere før samarbeidet. Sammenlignet med omfanget av klagerne prisinnhenting i perioden 2011 til 2018, jf. Konkurransetilsynets vedtak punkt 5.8.5, må omfanget av klagerne prisinnhenting på dette tidspunktet likevel karakteriseres som svært beskjedent.
- (207) Etter Konkurransetilsynets syn underbygger tidsnære bevis, i form av e-postkorrespondanse internt i foretakene og mellom foretakene, at det var reell og sterk uenighet mellom klagerne om hvor langt Bransjenormen punkt 5.4 og bakgrunnsretten ga adgang til innhenting av priser i konkurrentenes butikker. Nemnda viser til bevisene gjengitt i Konkurransetilsynets vedtak punkt 5.7.3 (perioden før møtet i 2011) og punkt 5.7.6 (perioden før møtet i 2012).
- (208) De tidsnære bevisene viser at det før møtet 19. januar 2011 var sterk uenighet mellom klagerne, spesielt mellom Coop og Rema 1000. Uenigheten gjaldt særlig metoden (bruk av skanner), samt hyppigheten og omfanget av innhenting av priser i konkurrentenes butikker, se for eksempel korrespondanse gjengitt i Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 303, 305, 308, 311, 314, 316, 332, 333, 338, 345, 346, 347, 348, 353 og 356. Det fremgår av korrespondansen at både Coop og Rema 1000, som følge av uenigheten, nektet hverandres prisjegere tilgang til sine butikker.
- (209) Som illustrasjon på uenigheten mellom klagerne før møtet i 2011 refereres Coops svar 13. desember 2010 til Bransjenormgruppen, hvor det blant annet fremgår:

«Coop har ikke brutt bransjenormen! Vi har stoppet Remas innhenting i primært en Coop Extra butikk. Etter at Rema hadde oppholdt seg med flere prisjegere i butikken i 3 dager valgte vi å avvise dem. Dette er slik vi oppfatter det ikke en prisinnhenting for bruk i prissammenligning, men en omfattende kartlegging av priser og varer. Det vi oppfatter som avvikende fra normen er følgende:

Et svært stort omfang varer som registreres

Frekvensen på oppholdet, tilstedeværelse over flere dager og i strekk. Dette blokkerer for egne aktiviteter og prisendringer ut i markedet

⁷⁴ Rema 1000s klage punkt 17.2, jf. vedlegg 9.

Bruk av nye tekniske hjelpemidler

På grunnlag av dette har vi ikke brutt bransjenormen ved denne avvisningen. Her er formålet trolig et annet enn å sammenligne priser. Vi vil ønske prisjegere velkommen i alle våre butikker hvor det gjøres normale handlinger eller registreringer. Omfattende registreringer og vedvarende opphold i våre butikker ønsker vi ikke å akseptere. Vårt primære anliggende er at en slik adferd vil være direkte til hinder for sunn konkurranse mellom aktørene.

Vi kjenner oss ikke igjen i Remas påstander om vår registrering av priser hos konkurrentene. Som dere trolig [sic] er kjent med har vi perioder kjørt prissammenligninger på mellom 20 og 30 varer mot Rema for våre Coop Ekstra butikker. Våre prisinnhenting for dette formålet er derfor svært begrenset og selvsagt gjennomført innen bransjenormen.

Vi forholder oss til bransjenormen og prøver etter beste evne å praktisere både egen prisinnhenting og besøk fra konkurrenter etter beste evne.»⁷⁵

(210) Rema 1000 besvarte 14. desember 2010 Coops henvendelse til Bransjenormgruppen, og fremhevet:

«Jeg har følgende kommentarer til Coop sin presisering:

- Et svært stort omfang som registreres: Det står ikke definert i bransjenormen at det er en begrensning på hvor store sammenligningskurvene skal være eller hvor mye man kan sjekke og hvilke varer man trekker ut fra det. Videre uttaler dere selv i media og markedsføring at dere bruker REMA 1000 sine priser som utgangspunkt for å sette egne priser i Extra – da må dere jo sjekke en meget stor andel av vårt sortiment minst hver uke (2.000-5.000 varelinjer).
- Frekvensen på oppholdet, tilstedeværelse over flere dager og i strekk. Dette blokkerer for egne aktiviteter og prisendringer ut i markedet: Vi forsøker å «avlaste» ved å gå i forskjellige butikker, men dere har få Extra-butikker. Vi skal bli enda bedre til å skifte på butikker vi registrerer priser. Hvordan dette blokkerer egne prisendringer i markedet på kan jeg ikke forstå.
- Bruk av nye tekniske hjelpemidler: Dette har ingen relevans i denne sammenhengen. Registrering av priser er registrering av priser.

Vi forsøker å «avlaste» noen av de mer utsatte butikkene videre fremover, og vi avstår fra å stenge Coop-representanter ute fra REMA 1000-butikker ift registrering av priser.

Håper dette fører til at vi ikke møter «stengte dører» i Coop sine butikker.»⁷⁶

⁷⁵ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 345, jf. vedlegg 151, e-post fra [redacted] (Coop) til Bransjenormgruppen.

⁷⁶ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 347, jf. vedlegg 152, e-postkorrespondanse mellom deltakerne i Bransjenormgruppen.

- (211) Coop utdypet sitt syn 16. desember 2010 til Bransjenormgruppen og ba samtidig om møte i gruppen for å avklare prisjegernes adgang i konkurrentenes butikker. Det ble fremhevet følgende:

«Etter at konkurrenten har jobbet 3-4 dager i vår butikk med registreringer synes vi at det var gått for langt. Disse registreringene er åpenbart ikke kun ment til bruk i prissammenligninger, men også som informasjon for å styre egne priser. I så måte favnes et slikt samarbeid ikke av bransjenormen for sammenlignende markedsføring av priser.

Vi gjentar at vi ikke har stengt våre butikker for prisregistreringer ihht normen, men har inntil videre valgt å stoppe konkurrentens langvarige opphold i våre butikker for å gjennomføre dette.

Vi oppfatter at det ikke bare pågår en dialog mellom Coop og Rema om disse problemstillingene, men også mellom andre konkurrenter. På grunnlag av den rådende situasjon anbefaler vi derfor at det holdes et møte mellom partene for å drøfte praksis hvordan innhenting av priser håndteres i hverandres butikker. Fortrinnsvis uke 2-3.

Oppfordrer på våre vegne HSH til å ta initiativ til et slikt møte.»⁷⁷

- (212) Også NorgesGruppen reagerte på Rema 1000s prisinnhenting. I NorgesGruppens e-post 15. desember 2010 til Rema 1000 ble det blant annet fremhevet:

«[...] mht. bransjenormen så mener jeg i likhet med COOP, at normen legger noen klare føringer dersom det skal brukes til sammenlignende reklame. For internt bruk derimot, så gjelder vel strengt tatt ikke bransjenormen i det hele tatt, da er det heller hva konkurransemyndighetene måtte mene som er relevant.»⁷⁸

- (213) På tilsvarende måte viser tidsnære bevis før møtet 21. august 2012 at det også da var sterk uenighet mellom klagerne, og da fortsatt særlig mellom Coop og Rema 1000. Uenigheten gjaldt fortsatt særlig hyppigheten og omfanget av innhenting av priser i konkurrentenes butikker, se for eksempel korrespondanse gjengitt i Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 403, 404, 405, 407, 408, 413, 416, 422, 423, 425, 429 og 433. Det fremgår også av denne korrespondansen at både Coop og Rema 1000, som følge av uenigheten, fortsatte å nekte hverandres prisjegere tilgang til sine butikker.

- (214) Som illustrasjon på den fortsatte uenigheten før møtet i 2012 refereres Rema 1000s e-post 7. mai 2012 til Coop, hvor det fremgår:

«Dette er en ytterligere innskjerping fra deres side, og jeg kan ikke se dette på noen annen måte enn at dette er for å begrense vår mulighet til å sjekke priser hos Coop til det minimale – for igjen i praksis å hindre reell konkurranse.

⁷⁷ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 348, jf. vedlegg 152, e-postkorrespondanse mellom deltakerne i Bransjenormgruppen.

⁷⁸ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 353, jf. vedlegg 156, e-postkorrespondanse mellom [REDACTED] (Rema 1000) og [REDACTED] (NorgesGruppen).

Generelt er det ikke noe i bransjenormen eller i loven som setter slike begrensninger som dere kommuniserer her. Nå opplever jeg at dette er dratt så langt fra deres side at jeg er nødt til å ta dette videre for å hindre en slik konkurransebegrensende praksis. Dere får gi meg en rask tilbakemelding på om dere står ved den nåværende praksisen, Hvis dere fortsatt gjør det så tar jeg det umiddelbart videre.

Jeg håper dette kan løses uten at vi nå igjen dras inn i en ny prosess.»⁷⁹

(215) I en intern e-post i Coop 8. mai 2012 ble e-posten fra Rema 1000 kommentert slik:

«For vår del er det ikke noen føringer uten om at vi mener det bør håndteres slik at det ikke er til sjenanse for våre kunder og ikke hemmer våre butikkmedarbeidere i deres arbeid. Den praksis det ble lagt opp til ved påske tider virket for oss tilfredsstillende. Det vil si at vi tillot inntil 2 personer som kunne oppholde seg i butikken opptil 7,5 timer hver pr uke. Det er viktig at dette blir enkelt å håndtere for begge parter.

Det viktigste her blir vel å få [REDAKTERT] sin vurdering, slik at våre regler ikke brytes av oss selv.»⁸⁰

(216) Coop skrev deretter i e-post samme dag til Rema 1000:

«Vi opplever at dette er i tråd med den praksis vi muntlig var enige om i felles møte med FO. Jeg kan heller ikke se at dette er konkurransehemmende. 2 fulle arbeidsdager i en konkurrents butikk er vel ikke å stenge noen ute slik vi ser det.

Fint om du fremfører hva dere mener vil være en høvelig praksis som kan kommuniseres både prisjegere og butikker.

Hører fra deg igjen.»⁸¹

(217) Rema 1000 besvarte henvendelsen i e-post 15. mai 2012 til Coop, og fremholdt:

«Det jeg reagerer på er begrensningen på ett besøk – uansett tid. Dere vet like godt som meg at det er enkeltvaregrupper som endrer pris oftere enn en gang i uka, som igjen gjør at begrensningene dere setter er konkurransehemmende.

Dette er jeg nødt til å få løst opp da dette hindrer konkurranse.»⁸²

(218) Coop utdypet sitt syn i e-post 1. juni 2012 til Rema 1000, slik:

«Som dere vet er Coop svært opptatt av en velfungerende konkurranse mellom aktørene. Vi mener den praksis vi har lagt opp til er i henhold til intensjonene vi

⁷⁹ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 416, jf. vedlegg 192, e-postkorrespondanse mellom [REDAKTERT] (Rema 1000) og [REDAKTERT] (Coop).

⁸⁰ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 417, jf. vedlegg 192, e-postkorrespondanse mellom [REDAKTERT] og [REDAKTERT] (begge Coop).

⁸¹ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 419, jf. vedlegg 193, e-postkorrespondanse mellom [REDAKTERT] (Coop) og [REDAKTERT] (Rema 1000).

⁸² Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 420 jf. vedlegg 192, e-postkorrespondanse mellom [REDAKTERT] (Coop) og [REDAKTERT] (Rema 1000).

diskuterte i vårt felles møte. Vi har gitt butikkene våre tydelige og ryddige retningslinjer for hvordan vi åpner våre butikker for at konkurrenter kan kartlegge våre priser. Først og fremst er dette fordi vi har et ønske om ikke å forstyrre driften i butikkene for mye, og at butikkene har enkle retningslinjer å forholde seg til.

Dere mener at dette er konkurransehemmende. Vår oppfatning er at en for hyppig registrering av priser medfører det motsatte og kan oppfattes som en form for prisutveksling/prissamarbeid, og dermed være konkurransehemmende (Ref konkurransetilsynets tidligere avgjørelser). Vi deler således ikke deres syn i denne saken.»⁸³

(219) Også i NorgesGruppen var det diskusjoner om omfanget av prisjegervirksomheten. I NorgesGruppens e-post 14. juni 2012 til Coop, fremgår det:

«Viser til vår prat tidligere i uken, og vi har diskutert denne problemstillingen med våre kjeder. Vi har forståelse for at dette kan oppleves som belastende for Coop Extra grunnet butikkmassen.

Vi deler imidlertid begge syn, og vår grunnleggende holdning er full åpenhet i forbindelse med prissjekk.

Vi møtes til en åpen diskusjon om dette temaet hos Virke i august.»⁸⁴

(220) Videre fremgår det av en intern e-post 20. august 2012 i NorgesGruppen at:

«Vi har en viss

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

⁸³ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 423, jf. vedlegg 195, e-postkorrespondanse mellom [Redacted] (Coop) og [Redacted] (Rema 1000).

⁸⁴ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 429, jf. vedlegg 200, e-postkorrespondanse mellom [Redacted] (NorgesGruppen) og [Redacted] (Coop).

»⁸⁵

- (221) Det samlede bevisbildet, hvorav en del sentrale e-poster er gjengitt ovenfor, etterlater ikke tvil om at samarbeidet ga klagerne gjensidig tilgang til hverandres butikker for omfattende prisinnhenting. Etter Konkurransklagenemndas syn kan klagerens anførsel om at samarbeidet kun begrenset adgangen til å innhente priser relativt til Bransjenormen og bakgrunnsretten, klart ikke føre frem.
- (222) Den tidsnære e-postkorrespondansen vist til i avsnittene 209 til 220 over underbygger med tyngde at heller ikke klagerne mente, eller var enige om, at bakgrunnsretten ga dem adgang til innhenting av priser i konkurrentenes butikker. Som det fremgår av bevisene, ble prisjegerne før møtene i 2011 og 2012 tvert imot nektet adgang til konkurrentenes butikker på grunn av uenighet mellom partene om omfanget av prisinnhenting. Dette viser at klagerne mente de hadde rett til å nekte konkurrentenes prisinnhenting i sine butikker, og at de uansett håndhevet dette i praksis.
- (223) Selv om partenes oppfatninger og praksis ikke har avgjørende betydning for hvordan bakgrunnsretten er å forstå, er det likevel av betydning at partenes nektning av konkurrenters prisinnhenting er i samsvar med den forståelse av bakgrunnsretten som Konkurransklagenemnda drøfter og legger til grunn nedenfor. Etter nemndas syn innebar avtalen inngått i 2011, senere utvidet i 2012, at klagerne erstattet usikkerhet, og uenighet, om adgangen til prisinnhenting i konkurrentenes butikker, med en operasjonell og felles forståelse hvor de ga hverandre gjensidig tilgang. Se nærmere om dette i punkt 8.4.6.5, Fra konkurranse til samarbeid om prisinnhenting.
- (224) Konkurransklagenemnda finner videre at avtalen inngått i 2011, senere utvidet i 2012, ikke kun innebar en begrensning av Bransjenormen punkt 5.4 for ikke å skape utilbørlig forstyrrelse av ordinær butikkdrift, slik klagerne anfører.
- (225) Konkurransklagenemnda trekker ikke i tvil at uenigheten mellom Rema 1000 og Coop forut for avtalen i 2011, som senere ble utvidet i 2012, også skyldtes at Extra-butikkene ble utsatt for en særlig belastning som følge av Rema 1000s prisinnhenting.⁸⁶ Coop hadde på dette tidspunktet få Extra-butikker, og Rema 1000s prisinnhenting var konsentrert om noen få butikker flere dager i strekk.
- (226) Det fremgår imidlertid av de tidsnære bevisene vist til over i avsnittene 209 til 220 at uenigheten mellom klagerne, og dermed også formålet med avtalen inngått i 2011, senere utvidet i 2012, gikk klart *ut over* å forhindre forstyrrelser av butikkdriften. Blant annet fremgår det at Coop og Rema 1000, og til dels også NorgesGruppen, i korrespondansen ga uttrykk for uenighet, eller tvil, om fri prisinnhenting av konkurrentenes priser var til fordel eller ulempe for konkurransen. Coop ga eksplisitt uttrykk for at en for fri tilgang til konkurrentenes priser kunne oppfattes som en form for «prisutveksling» og være konkurransehemmende, jf. særlig avsnitt 218 over. Selv om NorgesGruppen utad ga uttrykk for at de var tilhenger av «full åpenhet ved prissjekk», viser intern korrespondanse at det var

⁸⁵ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 433, jf. vedlegg 203, e-postkorrespondanse mellom [redacted] og [redacted] (NorgesGruppen).

⁸⁶ Rema 1000s klage punkt 24.6 og Coops klage punkt 6.6.2, jf. også avsnitt 358.

[redacted], jf. særlig avsnitt 219 sammenholdt med avsnitt 220 over hvor det blant annet fremgår:

[redacted]

(227) Coop anfører at e-posten 13. desember 2010, jf. avsnitt 209 over, lest i riktig og sammenhengende kontekst, viser at de [redacted]

[redacted] Det er i denne forbindelsen vist til to interne e-poster i Coop, begge 13. desember 2010:

«Hei

Her er min umiddelbare reaksjon at vi uansett har en dårlig sak... Jeg sier det selv om jeg/vi ser at en slik massiv innhenting av priser KAN gjøre det lettere å harmonere priser/ redusere reel [sic] og ubuden konkurranse

Men det blir nok underordnet mot en annen retorikk – og det er at vi med å nekte Rema å sjekke prisene våre (alle sammen for den del) -. Så er vi redd for økt konkurranse.

Hvis argumentene rundt denne innsamlingen kan redusere/ødelegge for konkurransen mellom de fire stor må vi i alle fall ha mer kjøtt på beinet/forklaringer for at det skal vinne omverdenens gunst hvis saken lekkes til media på et eller annet vis. Noe jeg ikke ser bort fra at det er i Remas interesse å gjøre.»⁸⁷

I den andre e-posten fremgår det:

«Hei

[redacted]

Har selvsagt sjekket synspunkter hos konkurrenter og er sikker på at dette vil være en diskusjon som vil engasjere alle. Hva utfallet blir av disse diskusjonene er åpent.

⁸⁷ Coops klage avsnitt 334 og Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 346.

Imøteser råd om det er ønskelig å håndtere denne saken på andre måter.»⁸⁸

- (228) Konkurransklagenemnda har vurdert Coops anførsel og de interne e-postene det vises til, men finner ikke at dette gir grunnlag for noen endret vurdering. Nemnda trekker ikke i tvil at e-postene lest i sammenheng underbygger at Coop internt *også* var bekymret for at Rema 1000 kunne skape et bilde i pressen av at Coop var imot konkurranse, og derfor hadde en strategi for å demme opp mot det, jf. formuleringen i den interne e-posten «Men dette blir nok underordnet mot en annen retorikk...». De interne e-postene sår likevel ikke tvil om at det Coop hevdet utad 13. desember 2010 om at for vid adgang til prisinnhenting «... vil være direkte til hinder for sunn konkurranse ...», var klagerens oppriktige syn.
- (229) Konkurransklagenemnda finner samlet sett at de tidsnære bevisene i saken vist til i avsnittene 209 til 220 over, med tyngde underbygger at forstyrrelser i butikkdriften ikke var den eneste eller dominerende begrunnelsen for avtalen om gjensidig tilgang som ble inngått i 2011 og senere utvidet i 2012. Anførlene i klagen kan på dette punktet derfor ikke føre frem.⁸⁹
- (230) Under enhver omstendighet er det ikke grunnlag for å forstå avtalene inngått i 2011 og 2012 som kun en begrensning av Bransjenormen. Det fremgår av de tidsnære bevisene vist til i avsnittene 209 til 220, samt i punkt 7.5.2, at en viktig bakgrunn for uenigheten mellom Coop og Rema 1000 var at Rema 1000s prisjegere fra [REDAKERT] begynte å bruke skannere, samt at formålet med prisinnhenting gikk fra bruk for sammenlignende reklame til bruk for intern prissetting. Selv om det ikke er et skarpt skille mellom disse to formålene med prisinnhenting, dreier det seg prinsipielt om to ulike formål, der behovet for prisinformasjon er ulikt.
- (231) Bransjenormen regulerer kun innhenting av priser for sammenlignende reklame. Det vises til presentasjonen av Bransjenormen i punkt 2.3.9. Selv om adgangen til prisinnhenting i Bransjenormen punkt 5.4 er generelt og vagt utformet, tilsier både formålet med prisinnhenting angitt i normens punkt 2 – bruk i sammenlignende reklame – og normens øvrige bestemmelser, at adgangen til prisinnhenting er knyttet opp til dette formålet. Også Bransjenormens forhistorie tilsier en slik forståelse. Adgangen til å innhente prisinformasjon i Bransjenormen er videre konservativ. Det anbefales for eksempel i normens punkt 5.2 at innsamlingen av priser «foretas av profesjonell og objektiv tredjepart» og at det «kreves ekstra stor varsomhet ved egen gjennomføring». Videre fremgår det i punkt 5.3 at «den beste og sikreste måten å foreta undersøkelsene [vil] være å foreta reelle innkjøp slik at kvitteringene utgjør dokumentasjon».
- (232) Både utvidelsen av formålet med prisinnhenting – bruk i intern prissetting – og tilgangen til konkurrentenes butikker fastsatt i avtalen inngått i 2011 og senere utvidet i 2012, underbygger med styrke at avtalen ikke kan anses som en begrensning av Bransjenormen punkt 5.4. Tidsnær dokumentasjon underbygger at heller ikke klagerne mente at innhenting av priser hos konkurrentene for bruk i egen prissetting var regulert i Bransjenormen, se blant annet e-postene gjengitt i avsnittene 211 og 212, hvor Coop og NorgesGruppen gir klart uttrykk for dette. Videre vises det som

⁸⁸ Coops klage avsnitt 337, jf. vedlegg 41.

⁸⁹ Coops klage avsnitt 359 og Rema 1000s klage punktene 24.7-24.9.

illustrasjon til Coops interne e-postutveksling 22. august 2012 hvor avtaleutvidelsen i 2012 ble drøftet, og hvor det blant annet fremgår:

«Ok for meg. I praksis så er dette full åpning da ☺»⁹⁰

- (233) Etter Konkurranseskjennemndas syn innebar klagerne felles forståelse på møtene i 2011 og 2012 en avtale om tilgang til innhenting av tilnærmet ubegrensede mengder priser i konkurrentenes butikker. Nemnda finner det videre klart at foranledningen til møtene – den sterke uenigheten mellom klagerne om rammene for prisinnhenting med blant annet gjensidig utkastelse av prisjegere – samt den tidsnære dokumentasjonen det er vist til i avsnittene 209 til 220 over, viser at avtalen var betinget av gjensidig tilgang til hverandres butikker for innhenting av priser. Avtalen innebar dermed, til forskjell fra situasjonen uten avtale, at partene etablerte et samarbeid om prisinnhenting i hverandres butikker. Se nærmere punkt 8.4.6.5 Fra konkurranse til samarbeid om prisinnhenting.
- (234) Etter inngåelsen av samarbeidet eskalerte omfanget av prisinnhentingens betydelig gjennom hele samarbeidsperioden. Det vises særlig til Konkurransetilsynets vedtak punkt 5.8.5, figur 8, 9 og 10, som viser estimerte innhentede priser per uke for de tre klagerne. Som det fremgår, økte Coops innhenting av priser per uke fra [redacted] i 2011 [redacted] i 2018, NorgesGruppens innhenting fra [redacted] i 2011 [redacted] i 2018, og Rema 1000s innhenting fra [redacted] i 2012 [redacted] i 2018.
- (235) Antallet innhentede priser per uke er betydelig og går markant ut over behovet for prisinnhenting til sammenlignende reklame. I lys av Rema 1000s anførsler om at forskrift om sammenlignende reklame forutsetter en rett til å innhente priser for prissammenligning og markedsføring, bemerkes, som redegjort for i punkt 2.3.10, at verken forskriften eller EU-direktivet som forskriften bygger på, inneholder krav eller forutsetninger om prisinnhenting med det omfang, hyppighet og detaljeringsgrad som ble følgene av det etablerte samarbeidet.

7.5.4 Klagerne etterlevelse av samarbeidet

- (236) Konkurranseskjennemnda finner det ikke tvilsomt at klagerne prisinnhenting hos konkurrentene i samarbeidsperioden bygget på avtalen som ble inngått i 2011 og utvidet i 2012. Dette underbygges klart av tidsnær dokumentasjon. I Konkurransetilsynets vedtak er det lagt til grunn følgende om klagerne etterlevelse av samarbeidet:

«Tidsnære bevis fra perioden saken gjelder, viser at partene etterlevde det de ble enige om i møtene 19. januar 2011 og 21. august 2012. Rammene for prisinnhenting som partene ble enige om i disse møtene, ble brukt som grunnlag for organiseringen av partenes prisinnhenting og i intern opplæring av prisjegere, jf. kapittel 5.7.9. Enigheten ble videre brukt for å sikre egne prisjegere tilgang til enkeltbutikker dersom prisjegerne ble kastet ut eller ble nektet adgang til konkurrentenes butikker, jf. kapittel 5.7.9. Etter møtene 19. januar 2011 og 21. august 2012 hentet partene inn en omfattende og økende mengde varelinjepriser fra konkurrentenes butikker, jf. kapittel 5.8 og kapittel 5.11. Partenes prisjegere hentet inn varelinjepriser ved hjelp av skannere og overførte de innhentede varelinjeprisene til kjedenes egne datasystemer, jf. kapittel 5.8.2, 5.8.3 og 5.8.4.

⁹⁰ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 442, jf. vedlegg 209, e-post fra [redacted] til [redacted] (begge Coop).

Kjedene fikk dermed raskt oversikt over konkurrentenes priser og prisendringer. Den innhentede informasjonen om konkurrentenes priser ble brukt aktivt av alle partene i egen prissetting gjennom samarbeidsperioden, jf. kapittel 5.10 og 5.11.

Selv om partene ikke visste nøyaktig hvor mye informasjon de andre partene hentet inn fra konkurrentenes butikker, er det på det rene at partene var klar over at konkurrentenes innhenting var omfattende, og at egne priser og prisendringer raskt ble oppdaget av konkurrentene og brukt i deres prissetting. Dette fremgår blant av kapittel 5.7.6 og kapittel 5.11.

Den løpende og omfattende informasjonsinnhenting som faktisk fant sted etter enighetene som ble oppnådd i møtene i 2011 og 2012, var betinget av at partene ga hverandre tilgang til omfattende prisinnhenting i konkurrentenes butikker, og at partenes prisjegere ikke ble nektet adgang til eller kastet ut av konkurrentenes butikker. I flere tilfeller der konkurrentenes prisjegere ble kastet ut eller nektet adgang til partenes butikker, selv om de holdt seg innenfor de rammene partene ble enige om i 2011 og 2012, ble disse butikkene fra sentralt hold instruert om å gi konkurrentenes prisjegere slik tilgang. Hver av partene har dermed i perioden etter møtene i 2011 og 2012 akseptert at konkurrentene hentet inn omfattende mengder prisinformasjon fra partenes butikker. Denne informasjonsinnhenting ble akseptert av partene under forutsetning om at tilgangen var gjensidig, og at partene derfor ville ha en tilsvarende tilgang til omfattende prisinnhenting i konkurrentenes butikker. Partene har dermed uttrykkelig eller stilltiende, samtykket til den prisinnhenting som faktisk fant sted i perioden etter møtene i 2011 og 2012.»⁹¹

(237) Klagernes interne e-postkorrespondanse underbygger at klagernes gjensidige innhenting av priser i samarbeidsperioden bygget på avtalen. Det vises i denne sammenhengen til internkorrespondansen gjengitt i Konkurransetilsynets vedtak punkt 5.7.9, hvor det blant annet kommer frem at prisjegerne skulle vise til avtalen ved gjennomføring av prisinnhenting hos konkurrentene. Konkurransetilsynet oppfatter klagerne slik at det ikke bestrides at avtalen er benyttet som grunnlag for prisinnhenting.⁹² Det anses derfor tilstrekkelig å vise til noen av e-postene som illustrasjon på hvordan det internt hos klagerne ble kommunisert at avtalen utgjorde det sentrale grunnlaget for prisinnhenting.

(238) I intern e-post i Rema 1000 10. september 2012 til prisjegerne fremgår det blant annet:

«Endret bransjeavtale:

Til informasjon så er det nå inngått en bransjeavtale som opphever begrensningene vi nå har hatt ved prissjekk hos Coop Extra. Det er ikke lenger en begrensning på antall besøk kun en begrensning på max 20 timer per uke per butikk. Denne klarer vi å holde oss innenfor (dette er noe jeg har kontroll på ved oppsett av arbeidsplan). Dette innebærer at dere nå ikke skal bli avvist i butikk,

⁹¹ Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 1628-1630.

⁹² I Coops og NorgesGruppens klager er dette ikke direkte omtalt. I Rema 1000s klage avsnitt 596 fremgår det blant annet «[...] 20-timersregelen var en enkel, operasjonell begrensning som ble benyttet og som ikke skapte uenigheter knyttet til hvor lang tid som var belastende for den enkelte butikk. Den har derfor blitt benyttet og respektert av Partene siden.»

da vi uten problemer bør holde oss under max begrensningen på 20 timer per uke. Dersom dere skulle oppleve å bli avvist i butikk må dere høflig vise til bransjeavtalen, og skulle dere likevel ikke få innpass må dere melde tilbake til oss.

Som før er det fortsatt like viktig å opptre høflig og representere REMA 1000 på en god måte når dere er ute i butikk. Minner om følgende punkter:

Før prissjekk

Henvend deg til ansatt når du kommer i butikk – spør om å få snakke med butikksjef eller annen ansvarlig. Spør om det er greit at du sjekker priser i butikken.

[...]

Henvis høflig til bransjenormen – hvor alle kjeder har sagt seg enige i at de ulike kjedene kan sjekke priser i hverandres butikker.

Dersom dette ikke endrer butikkens oppfatning – Bytt butikk

Meld tilbake til REMA 1000 v [REDACTED].»⁹³

- (239) Etter at NorgesGruppens prisjegere var blitt kastet ut av en av Rema 1000s butikker, var det 12. mars 2015 e-postkorrespondanse mellom NorgesGruppen og Rema 1000. NorgesGruppen skrev blant annet:

«Hei, i dag ble våre prissjekkere kastet ut av butikksjefen (han var høflig). Argumentet var at han hadde fått beskjed om tretimers grense av regionsjef/kontor.

I 2012 ble vi enige om 20timer per uke. Dere bruker mer enn tretimer ([sic] hos oss. Dette henger ikke på greip med det dere sier om åpenhet så jeg ber om at dere raskt melder tilbake til oss hva dette betyr.

Vi vil relativt umiddelbart gjøre tilsvarende dersom vi ikke får svar fra dere.»

I svar fra Rema 1000 samme dag fremgår det:

«Hei [REDACTED],

Vi har tatt kontakt med den butikk det gjelder og det skal selvfølgelig ikke skje. REMA 1000 skal forholde seg til avtalen om 20 timer per uke per butikk.

Butikken er gjort oppmerksom på dette, så prisjegeren er selvfølgelig velkommen til å sjekke priser på Billingstadsletta i henhold til avtale.

⁹³ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 467, jf. vedlegg 228, e-postkorrespondanse mellom [REDACTED] (Rema 1000) og prisjegerne.

Beklager hendelsen».⁹⁴

- (240) Klagerne anfører at det enkelte foretaket hadde selvstendige og autonome insentiver til å hente inn priser hos konkurrentene ved bruk av blant annet prisjegere også uten avtalen, eller uavhengig av avtalen. Konkurransetilsynets nemnda bemerker at når klagerne faktisk har etterlevd avtalen i samarbeidsperioden, er det uten betydning for vurderingen av samarbeidskriteriet hvorvidt klagerne også uten avtalen – eller uavhengig av avtalen – *kunne* ha innhentet tilsvarende, eller tilnærmet tilsvarende, mengder priser i konkurrentenes butikker på selvstendig grunnlag. Konkurranserettens avtalebegrep er som nevnt i punkt 7.4 fleksibelt og omfatter alle former for en felles forståelse mellom konkurrenter, uten noen krav til en skriftlig nedfelling eller formalisering av enigheten. Slik nemnda ser det, er det en klar sammenheng mellom avtalen om tilgang og klagerne påfølgende prisinnhenting. Samarbeidets innhold inkluderer dermed også prisinnhenting. Spørsmålet om hva situasjonen ville ha vært uten avtalen om gjensidig tilgang, er relevant i forbindelse med vurderingen av alternativsituasjonen under konkurransebegrensningskriteriet, jf. punkt 8.4.6. Den økte sikkerheten om konkurrentadferd som samarbeidet ga hver av klagerne, kunne imidlertid under ingen omstendigheter ha vært oppnådd i alternativsituasjonen, jf. punkt 8.4.6.

7.5.5 Samarbeidet la til rette for informasjonsutveksling

- (241) Konkurransetilsynet legger til grunn at klagerne gjennom samarbeidet oppnådde en deling av informasjon tilsvarende den man oppnår med mer tradisjonelle former for informasjonsutveksling. Som følge av det mener Konkurransetilsynet at samarbeidet utgjorde en form for informasjonsutveksling som må vurderes i lys av prinsippene for vurdering av slik adferd i EU/EØS-rettspraksis og Kommisjonens horisontale retningslinjer.⁹⁵ På bakgrunn av innholdet og særtrekkene i klagerne samarbeid, slik det redegjøres for ovenfor i punkt 7.5.3, legger Konkurransetilsynet i vedtaket blant annet til grunn:

«Samarbeidet etablerte dermed en stabil tilgang for hver av partene til hyppig innhenting av omfattende mengder prisinformasjon hos konkurrentene, og partene fikk en felles forståelse om at slik informasjon ville bli innhentet. Fordi partene, som rasjonelle markedsaktører, hadde insentiver til å bruke tilgjengelig informasjon om konkurrenters priser i egen prissetting, jf. avsnitt (1842) over, må partene også ha forstått at den innhentede informasjonen ville bli brukt i konkurrentenes egen prissetting. At partene forstod dette, understøttes videre av at partene gjennom prisinnhenting kunne observere at konkurrentene responderte på partenes egne og andre konkurrenters prisendringer, jf. avsnitt (1839), kapittel 11.2.8.2 og kapittel 5.11.

Samarbeidet adskilte seg i sin form fra en tradisjonell informasjonsutveksling ved at partenes prisjegere selv innhentet varelinjepriser fra konkurrentenes butikker istedenfor å sende informasjon til hverandre eller dele informasjonen mellom seg på andre måter. Samarbeidet har likevel klare likhetstrekk med mer tradisjonelle former for informasjonsutveksling, ved at samarbeidet ga partene løpende tilgang til informasjon om konkurrentenes priser. Det er videre på det

⁹⁴ Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 486-487, jf. vedlegg 244, e-post fra henholdsvis [redacted] (NorgesGruppen) og [redacted] (Rema 1000).

⁹⁵ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 1853.

rene, som påvist over, at partene var klar over at konkurrentene innhentet store mengder prisdata i deres butikker.»⁹⁶

- (242) Klagerne bestrider at samarbeidet kan likestilles med informasjonsutveksling. Rema 1000 anfører blant annet at samarbeidet som Konkurransetilsynet finner bevist, er et samarbeid om «muliggjøring» av tilgang til informasjonsinnhenting, og at dette er vesensforskjellig fra informasjonsutveksling. Ifølge Rema 1000 er det en viktig forskjell at kun en mulighet til informasjonsinnhenting gjør at det enkelte foretak ikke vet hvilken informasjon de andre foretakene har innhentet. Dette er i motsetning til informasjonsutveksling, hvor man vet nøyaktig når og hvilken informasjon konkurrentene mottar. Coop anfører blant annet at Konkurransetilsynets forståelse innebærer at enhver ensidig markedsovervåkning eller innhenting av prisinformasjon vil bli betraktet som ulovlig informasjonsdeling, så lenge det foreligger et eller annet samarbeid som kan knyttes indirekte til markedsaktørenes ensidige innhenting.
- (243) Konkurransetilsynet bemerker at klagerne avtale fra 2011, som ble utvidet i 2012, ikke eksplisitt gjelder *informasjonsutveksling eller informasjonsdeling*, verken direkte eller indirekte via tredjepart. Avtalen gir, som det er redegjort for over i punkt 7.5.3, klagerne en gjensidig adgang til å innhente priser direkte i konkurrentenes butikker, men oppstiller ingen plikt til dette. Avtalen medfører derfor, *isolert sett*, ikke at klagerne får direkte kunnskap om hvilke priser, eller i hvilket omfang priser innhentes av konkurrentene. Avtalens innhold og karakter er derfor annerledes enn de typiske formene for samarbeid om direkte eller indirekte informasjonsutveksling mellom konkurrenter som er eksemplifisert i HRL punkt 6. For eksempel fremgår det i retningslinjene avsnitt 368:

“Information may be exchanged directly between competitors (in the form of a unilateral disclosure or in a bi- or multilateral exchange), or indirectly, by or through a third party (such as a service provider, platform, online tool or algorithm), via a common agency (for example, a trade association), via a market research organization, via suppliers or customers of the parties to the exchange, or via a website or press release. The exchange may take place between undertakings that compete in respect of the same brand (intra-brand competition) or between undertakings that compete under different brands (inter-brand competition). This Chapter applies to direct and indirect forms of information exchange and information exchanges between intra- and inter-brand competitors.”

- (244) Som påpekt av Konkurransetilsynet i *Bokbase-saken* er det også en kvalitativ forskjell mellom informasjonsinnhenting og informasjonsdeling:

«Dersom informasjon om konkurrenters priser og produktvalg må innhentes selv av en bedrift, vil innholdet i informasjonen utgjøre privat informasjon. Dersom en bedrift eksempelvis innhenter informasjon om konkurrentenes priser manuelt ved å gå rundt i deres butikker eller på deres nettsider, vil konkurrentene ikke vite hvilke produkter bedriftene har innhentet informasjon om, og hvor detaljert bedriftens informasjon er.

⁹⁶ Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 1848-1849.

Dersom det hersker usikkerhet rundt hvilke opplysninger konkurrenter har innhentet, samt hvilke produkter de har plassert i samme kategori, vil koordinering mellom konkurrenter bli vanskeligere. Dersom aktørene ønsker å koordinere priser i en produktkategori, kan slik stilltiende koordinering bli vanskelig dersom aktørene har ulik oppfatning om hvilke produkter som inngår i samme kategori. Dersom aktørene isteden deler informasjonen i en database, vil denne usikkerheten kunne elimineres. Alt annet likt, vil dette gjøre koordinering enklere å gjennomføre.»⁹⁷

- (245) Konkurransklagenemnda er imidlertid enig med Konkurransetilsynet i at vurderingen av samarbeidets art og innhold ikke kan begrenses til en vurdering av hva avtalen mellom klagerne *formelt* går ut på. Samarbeidets karakter må fastsettes ut ifra samarbeidets *reelle innhold* slik det er praktisert av klagerne i samarbeidsperioden.⁹⁸ Som påpekt i punkt 7.4 over, vil innholdet i et samarbeid mellom konkurrenter, særlig om det foreligger avtale i praksis kunne være flytende, blant annet fordi den konkurransebegrensende adferden over tid kan variere og ha ulik intensitet.
- (246) Konkurransklagenemnda har kommet til at det at klagerne i 2011 og 2012 inngikk en avtale med konkurrentene i seg selv utvilsomt er informasjonsdeling. Nemnda kommer tilbake til vurderingen av konkurransefølsomheten i denne informasjonen i punkt 7.5.6 og 7.5.7, samt i vurdering av alternativsituasjonen i punkt 8.4.6.
- (247) Spørsmålet om samarbeidet reelt sett er informasjonsutveksling, bygger på en konkret vurdering av samarbeidets karakter, partenes gjensidige praktisering av samarbeidet og virkningen av samarbeidet, samt det faktum at det er inngått en avtale om gjensidig informasjonstilgang, jf. nedenfor i punkt 7.5.7. Konkurransklagenemnda er følgelig ikke enig i Coops anførsel om at enhver ensidig markedsovervåkning eller innhenting av prisinformasjon med Konkurransetilsynets konklusjon skal betraktes som ulovlig informasjonsdeling når partene har inngått et samarbeid som legger til rette for ensidig prisinnhenting.
- (248) Konkurransetilsynet legger i vedtaket blant annet til grunn følgende i vurderingen av om samarbeidet er en form for informasjonsutveksling:

«Som rasjonelle markedsaktører hadde partene insentiver til å bruke informasjon om konkurrenters priser i egen prissetting. Når samarbeidet la til rette for mer innhenting av prisinformasjon hos konkurrenter, fikk derfor hver av partene insentiver til å benytte den avtalte tilgangen til å drive mer prisinnhenting hos konkurrentene. Hver av partene måtte dermed forstå at de andre partene hadde tilsvarende insentiv til å benytte den avtalte tilgangen til prisinnhenting.

Av diskusjonene mellom partene forut for enighetene i 2011 og 2012 fremgår det dessuten at gjensidighetselementet ved tilgangen var sentralt for partene, idet hver av partene kun ville gi konkurrentene tilgang til innhenting i sine butikker i den grad de fikk tilsvarende tilgang til innhenting hos konkurrentene, jf. avsnitt

⁹⁷ Konkurransklagenemndas vedtak V02-2023, (Bokbase), avsnittene 286 og 288.

⁹⁸ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 1841.

(1781) til (1792). Hver av partene må dermed ha forstått at konkurrentene ville benytte tilgangen til å hente inn varelinjepriser i et betydelig omfang.

Det er uomtvistet at partene faktisk har benyttet den avtalte tilgangen til å innhente priser i konkurrentenes butikker. Partene kunne også observere at konkurrentene faktisk benyttet tilgangen til å innhente priser. Selv om partene ikke visste nøyaktig hvor mye informasjon de andre partene hentet inn fra konkurrentenes butikker, er det på det rene at partene var klar over at konkurrentenes innhenting var omfattende, jf. avsnitt (1629). Partenes prisjegere var synlige for konkurrentene, idet prissjekkingen adskilte seg fra vanlig kundedferd, og prisjegerne oppholdt seg i butikken over flere timer for å sjekke priser, jf. avsnitt (529). Partene instruerte også egne prisjegere om regelen at prisjegerne burde notifikere butikksjefer før de begynte prisinnhenting i konkurrentenes butikker, jf. avsnitt (467) og (501) over.

Samarbeidet etablerte dermed en stabil tilgang for hver av partene til hyppig innhenting av omfattende mengder prisinformasjon hos konkurrentene, og partene fikk en felles forståelse om at slik informasjon ville bli innhentet. Fordi partene, som rasjonelle markedsaktører, hadde incentiver til å bruke tilgjengelig informasjon om konkurrenters priser i egen prissetting, jf. avsnitt (1842) over, må partene også ha forstått at den innhentede informasjonen ville bli brukt i konkurrentenes egen prissetting. At partene forstod dette, understøttes videre av at partene gjennom prisinnhenting kunne observere at konkurrentene responderte på partens egne og andre konkurrenters prisendringer, jf. avsnitt (1839), kapittel 11.2.8.2 og kapittel 5.11.»⁹⁹

(249) Etter Konkurransklagenemndas syn må det i vurderingen av om samarbeidet er informasjonsutveksling, legges betydelig vekt på at tidsnær dokumentasjon klart underbygger at klagerne, i sin praktisering av samarbeidet, la til grunn at også konkurrentene innhentet priser i deres butikker. Samarbeidet medførte økt transparens og forutsigbarhet om *når* konkurrentene innhentet priser, og *hvor mye* informasjon som ble innhentet. Dette hadde som konsekvens at det ble mindre usikkerhet om hvilken kunnskap konkurrentene hadde om hverandres priser til enhver tid. Samarbeidet ga klagerne økt visshet om konkurrentenes prisrespons, jf. punkt 7.5.6 nedenfor.

(250) Det er i Konkurransetilsynets vedtak punkt 5.11 gjengitt mange eksempler fra klagernes internkorrespondanse som underbygger at den kontakten som fant sted i form av gjensidig tilrettelegging for prisinnhenting i hverandres butikker, reelt sett var informasjonsutveksling. Konkurransklagenemnda finner det tilstrekkelig å gjengi noen utvalgte deler av internkorrespondansen hos klagerne for å *illustrere* hvordan klagernes praktisering av samarbeidet ble benyttet for å påvirke prissettingen hos hverandre. Disse eksemplene illustrerer også verdien for partene av at det var inngått avtale om tilgang til gjensidig informasjonsinnhenting. For en mer utfyllende oversikt over korrespondansen vises det til Konkurransetilsynets vedtak punkt 5.11.

⁹⁹ Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 1842, 1843, 1845 og 1848.

(251) I intern e-postutveksling 8. januar 2013 i Rema 1000 fremgår det:

[Redacted text block]

[Redacted text block]

Det er noen kritiske [Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

(252) I intern e-postutveksling 3. april 2013 i Rema 1000 fremgår det:

« [Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

«Jeg vil anbefale deg at du ordlegger deg annerledes i mailform enn det du gjør under. Ved en eventuell ettergang av konkurransetilsynet, så kan man få inntrykk av stilltiende prissamarbeid hvis man kun leser mailer under. Det er ikke lov og

¹⁰⁰ Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 726-729, jf. vedlegg 354, e-postkorrespondanse mellom [Redacted text block] og [Redacted text block] (begge Rema 1000).

vil kunne medføre omfattende reaksjoner/bøter, samt enorm negativt skade på merkevaren REMA 1000.»¹⁰¹

(253) I en presentasjon kalt [REDACTED] formidlet internt i Rema 1000 3. mai 2013, fremgår det blant annet:

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

(254) I «alternativ 2» fremgår det blant annet at [REDACTED]

[REDACTED]¹⁰²

(255) I intern e-postkorrespondanse 12. november 2013 i NorgesGruppen (Joker/Kjøpmannshuset), fremgår det:

«Rema har siste uke valgt å justere prisen på snus opp til kr 79,90. (bekreftet av [REDACTED] som svar på Rema i går.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]¹⁰³

(256) I intern e-postkorrespondanse 13. desember 2013 i Rema 1000 gis en oppsummering av prisnivået på frukt og grønt, og [REDACTED]
[REDACTED] I e-postkorrespondansen fremgår det blant annet:

«Angående [REDACTED].

Jeg har snakket med de fleste av dere i dag og oppsummerer de viktigste punktene kort under:

Dagens prisnivå [REDACTED]

¹⁰¹ Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 740-742, jf. vedlegg 361, e-postkorrespondanse mellom [REDACTED] og [REDACTED] (begge Rema 1000).

¹⁰² Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 749-750, jf. vedlegg 365, e-postkorrespondanse mellom [REDACTED] og [REDACTED] (alle Rema 1000) og vedlegg 366, intern presentasjon i Rema 1000 kalt «[REDACTED]».

¹⁰³ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 767, jf. vedlegg 379, e-postkorrespondanse mellom [REDACTED] og [REDACTED] (begge NorgesGruppen).

Prisnivået [redacted]
[redacted]

Mange av konkurrentene [redacted]
[redacted]

[redacted]
[redacted]

[redacted]

[redacted]
[redacted]

[redacted]»¹⁰⁴

(257) I intern e-postkorrespondanse i Coop 13. til 14. mai 2014 fremgår det blant annet:

«Region Nord ønsker [sic] endre disse produktene med utgangspunkt i Extra:

4686929 KOKT og KLAR FLØTEPOTET 1 KG

Ut 68,00

5240296 KOKT OG KLAR GOURM.MAND.500G

Ut 32,50

[redacted] det er da viktig at dere følger litt med for oss i tilfelle [redacted]
[redacted]

«Kan legge inn fra mandag.

Vi kan jo se om [redacted], og sette ned igjen hvis de ikke gjør det.»¹⁰⁵

(258) I en intern presentasjon i Coop fra begynnelsen av februar 2015 med tittelen «20150105 Prisplan første halvår 2015», formidlet internt i Coop, fremgår det at Coop [redacted]:

[redacted]
[redacted]

¹⁰⁴ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 768, jf. vedlegg 380, e-postkorrespondanse fra [redacted] til markedssjefer i Rema 1000 (alle Rema 1000).

¹⁰⁵ Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 796-797, jf. vedlegg 400, e-postkorrespondanse mellom [redacted] og [redacted] (begge Coop).

106

(259) I en intern e-postkorrespondanse 19. mars 2015 i Rema 1000 fremgår det blant annet at Rema 1000 planlegger å gjøre [redacted], men «at dette [redacted]

Som svar på spørsmål om varene som ble satt [redacted] i uke 11 [redacted], heter det:

«Alt ble [redacted]

107

(260) I intern e-postkorrespondanse 7. april 2015 i Rema 1000 fremgår det

«Vi har fått signaler fra noen regioner [redacted]

Om dere ønsker [redacted]

Pass selvsagt på å [redacted]

108

(261) I intern e-post 29. april 2015 i Rema 1000 med tittelen [redacted], fremgår det:

Men hva mener du [redacted]?

Jeg kommer bort (☹)»¹⁰⁹

(262) I intern e-post 20. oktober 2015 i Rema 1000 angående [redacted], fremgår det:

¹⁰⁶ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 874, jf. vedlegg 440.

¹⁰⁷ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 902, jf. vedlegg 457, e-postkorrespondanse mellom [redacted] og [redacted] (begge Rema 1000).

¹⁰⁸ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 923, jf. vedlegg 468, e-postkorrespondanse mellom [redacted] og [redacted] (begge Rema 1000).

¹⁰⁹ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 941, jf. vedlegg 477, e-postkorrespondanse mellom [redacted] og [redacted] (begge Rema 1000).

«Denne ligger [redacted]

Kan vi [redacted]

Virker rart [redacted]

¹¹⁰

(263) I intern e-post 28 oktober 2015 i Rema 1000 med tittelen «Til info: [redacted]
[redacted] fremgår det:

¹¹¹

(264) I en intern e-postkorrespondanse 5. til 11. februar 2016 i Rema 1000, fremgår det blant annet:

¹¹²

¹¹⁰ Konkurransetilsynets vedlegg avsnitt 1020, jf. vedlegg 528, e-postkorrespondanse fra [redacted] til pristeamet (alle Rema 1000).

¹¹¹ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 1029, jf. vedlegg 534, e-postkorrespondanse mellom [redacted] og [redacted] (begge Rema 1000).

¹¹² Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 1100-1102, jf. vedlegg 571, e-postkorrespondanse mellom [redacted] og [redacted] (begge Rema 1000).

(265) I en intern e-postkorrespondanse 21. og 22. desember 2016 i Rema 1000 fremgår det:

«Bra med engasjement og forstår bekymringen

[Redacted text block]

[Redacted text block]

(266) I en intern e-post 6. juli 2017 i Coop med tittelen «[Redacted] – VG børs», fremgår det:

«Det ser ut til at [Redacted]

[Redacted]

Dersom [Redacted]

[Redacted]

¹¹³ Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 1236-1237, jf. vedlegg 656, e-postkorrespondanse mellom [Redacted] og [Redacted] (begge Rema 1000).

Dersom [REDACTED]

114

(267) I intern e-post-korrespondanse 21. august 2017 i NorgesGruppen med tittelen [REDACTED], der blant annet [REDACTED], fremgår det:

« [REDACTED]

Svært viktig at vi får kartlagt mest mulig av disse før kl. 0900. Hvis ingen hever må vi ned på noen. Dette er VG børs varer.»

« [REDACTED]

»115

(268) I en intern e-post utveksling i Coop 6. februar 2018 med tittelen «Mail til [REDACTED]», fremgår det blant annet:

«Det ser ut til at vi har fått [REDACTED]

Allikevel ser vi at noen produkter fremdeles er problematiske. Det ser ut til at begge [REDACTED]

116

(269) Konkurransetilsynets vedtak tar i betraktning etterfølgende forklaringer på innholdet i deler av internkorrespondansen i forklaringsopptak av [REDACTED] (Coop) 7. mai 2019, av [REDACTED] (Coop) 8. mai 2019, av [REDACTED] (NorgesGruppen) 14. mai 2019, [REDACTED] (NorgesGruppen) 15. mai 2019 og [REDACTED] (Rema 1000) 20. mai 2019. Det samme gjelder den etterfølgende redegjørelsen fra noen av de involverte aktørene under den muntlige høringen, blant annet [REDACTED] (Rema 1000), [REDACTED] (NorgesGruppen) og [REDACTED] (Coop). Etter nemndas syn endrer ikke disse forklaringene den naturlige språklige eller kontekstuelle forståelsen av den interne tidsnære korrespondansen som er gjengitt i Konkurransetilsynets vedtak punkt 5.11 og illustrert i avsnittene 251 til 268 over. Slike etterfølgende forklaringer av personer

¹¹⁴ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 1348, jf. vedlegg 728, e-postkorrespondanse mellom [REDACTED] m.fl. (alle Coop).

¹¹⁵ Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 1363-1364, jf. vedlegg 734, e-postkorrespondanse mellom [REDACTED] og [REDACTED] (begge Kiwi/NorgesGruppen).

¹¹⁶ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 1507, jf. vedlegg 812, e-postkorrespondanse mellom [REDACTED] og [REDACTED] (begge Coop).

med personlig interesse i sakens utfall har videre generell lav bevisverdi, sammenlignet med det som følger av en naturlig forståelse av innholdet i tidsnære, notoriske bevis, jf. punkt 5 over.

- (270) Samarbeidet ga ikke klagerne nødvendigvis eksakt kunnskap om hvilken informasjon om egne priser konkurrentene hadde på ethvert tidspunkt. Dette fremgår av bevisene gjengitt i Konkurransetilsynets vedtak punkt 5.11 og illustrert i eksemplene over. Slik sett var informasjonsutvekslingen som følge av klagernes samarbeid potensielt mindre treffsikker og effektiv enn ved mer tradisjonelle former for informasjonsutveksling.
- (271) Konkurransklagenemnda finner likevel ikke at dette endrer samarbeidets karakter av å være informasjonsutveksling. Bevisene i saken viser at i dette markedet var klagernes kunnskap om prisinnhenting fra konkurrentene høy. Dette innebar at det var høy visshet om hvilken prisinformasjon konkurrentene faktisk hadde om hverandre. Etter hvert som prisskanning og innføring av elektroniske hylleforkanter la til rette for registrering av alle varene i en butikk, økte denne kunnskapen ytterligere, slik at det i praksis gjensto liten usikkerhet om hvilke priser som var innhentet. Det vises blant annet til [REDACTED] (Coop) forklaring under den muntlige høringen om at hele butikker ble skannet fordi det var enkelt og effektivt. Ensidigheten i selve prisinnhenting har dermed liten betydning for presisjonen av informasjonen som ble utvekslet.
- (272) Etter Konkurransklagenemndas syn underbygger den tidsnære dokumentasjonen med tyngde at klagerne, som følge av samarbeidet, hadde en *gjensidig forventning* om at også konkurrentene innhentet priser hyppig og i stort omfang, og at prisinformasjonen som ble innhentet, ble benyttet i konkurrentenes prissetting. Selve avtaleinngåelsen styrket denne gjensidige forventningen, og reduserte usikkerheten om hvordan konkurrentene ville opptre i markedet, særlig med hensyn til prissettingen.
- (273) Konkurransklagenemnda oppfatter at alle klagerne anfører at ettersom prisinnhenting i saken omhandler gjeldende priser som er synlige i butikkene, er informasjonen verken delt privat eller konkurransesensitiv, og at den derfor ikke rammes av forbudet mot informasjonsutveksling. NorgesGruppen viser blant annet til at den omstendighet at det ikke var praktisk og kostnadmessig mulig for kundene å skaffe like hyppig og omfattende informasjon om prisbildet som det klagerne hadde, ikke endrer på at prisene var offentlige. Det er videre vist til at selv om informasjon om konkurrentpriser har betydning for klagernes egen prissetting, betyr ikke det at informasjonen er konkurransesensitiv. Coop viser blant annet til at klagerne ikke har delt privat informasjon i en privat kanal. Det er videre vist til at gjeldende og offentlig tilgjengelig prisinformasjon etter sin art er genuint offentlig.
- (274) Konkurransklagenemnda finner ikke å kunne ta klagernes anførsler til følge. Klagerne viser til *Bokbase-saken*, hvor nemnda la vekt på at opplysningene ble gjort tilgjengelig for kunder og konkurrenter samtidig, og at det derfor ikke var tale om deling av informasjon i en privat kanal. Som påpekt over beror spørsmålet om samarbeidet er informasjonsutveksling, på en konkret vurdering av samarbeidets karakter. Denne vurderingen må bygge på de faktiske særtrekkene ved samarbeidet. Det samme gjelder vurderingen av om prisinformasjonen er konkurransesensitiv og delt i en privat kanal mellom klagerne.

- (275) At Konkurransklagenemnda i *Bokbase-saken* punkt 6.5 viste til at rettspraksis hovedsakelig angår direkte kontakt mellom foretak i form av hemmelige møter og/eller telefonsamtaler, og ikke utveksling i offentlig kanaler, betyr ikke at det kun er hemmelig informasjonsutveksling som oppfyller karakteristikken privat kanal. Nemndas uttalelse knyttet seg for det første til praksis hvor informasjonsutveksling har blitt ansett som formålsovertredelse. Det er ikke problemstillingen i denne saken. For det andre var rammene og innholdet i informasjonsutvekslingen i *Bokbase-saken* ikke sammenlignbar med innholdet i informasjonsutvekslingen i denne saken. I *Bokbase-saken* ble informasjon blant annet delt og gjort tilgjengelig for konkurrenter og kunder samtidig. Dette utgjør et vesentlig og, etter nemndas syn, avgjørende skille fra denne saken, hvor informasjonsutvekslingen har vært eksklusiv for klagerne, og hvor prisinformasjonen ikke ble delt med forbrukerne. Det er ikke tvilsomt at klagerne informasjonsutveksling har funnet sted i en privat kanal.
- (276) Informasjon om priser som utveksles mellom konkurrenter, er generelt ansett for å være strategisk og sensitiv informasjon, jf. blant annet HRL avsnitt 385. Selv om prisene som ble utvekslet mellom klagerne, var åpent tilgjengelige, finner Konkurransklagenemnda at prisene som ble utvekslet i samarbeidet, her var strategisk, konkurransesensitiv informasjon. Det vises til at informasjonsutvekslingen mellom klagerne, særlig sett hen til hyppigheten og det betydelige omfanget av fersk prisinformasjon som ble innhentet, medførte at klagerne priser til enhver tid var svært gjennomsluktige for konkurrentene. Samarbeidet ga klagerne økt visshet om konkurrentenes prisrespons og reduserte dermed usikkerheten om konkurrentenes fremtidige markedsadferd, jf. punkt 7.5.7 nedenfor.
- (277) Konkurransklagenemnda er ikke enig med Coop i at informasjonen som ble utvekslet, var objektive markedsdata som er umiddelbart tilgjengelige, jf. blant annet Underrettens avgjørelser i sak T-799/17 *Scania* og sak T-655/11 *FSL*.¹¹⁷ I *FSL* uttalte Underretten blant annet i avsnitt 323:
- “Likewise, the applicants’ claim that the price information was known by customers before it was transmitted to the competitors and, therefore, could be collected on the market must be rejected. That fact, if proved, does not mean that, at the time that the price lists were sent to the competitors, those prices already constituted objective market data that were readily accessible. The fact that those price lists were sent directly allowed the competitors to become aware of information more simply, rapidly and directly than they would via the market. Further, that prior notification allowed them to create a climate of mutual certainty as to their future pricing policies (see, to that effect, judgment of 8 July 2008 in Case T-54/03 *Lafarge v Commission*, not published in the ECR, paragraph 463).”
- (278) Det Underretten i *FSL* fremhever som sentralt i det siterte avsnittet, nemlig at informasjonsutvekslingen «...[a]llowed the competitors to become aware of information more simply, rapidly and directly than they would via the market», karakteriserer også informasjonsutvekslingen mellom klagerne i denne saken. Selv om samarbeidet ikke etablerte et system for direkte utveksling av priser, fikk

¹¹⁷ Sak T-799/17, *Scania AB and Others v European Commission (Scania)* og sak T-655/11, *FSL Holdings and Others v European Commission (FSL)*.

klagerne, som følge av samarbeidet, gjensidig kunnskap om konkurrentenes gjeldende priser som ga økt visshet om konkurrentrespons. Samarbeidet ga på denne måten klagerne kunnskap som reduserte usikkerheten om konkurrentenes markedsadferd, jf. punkt 7.5.7 nedenfor.

- (279) Selv om prisinformasjonen som ble innhentet, var gjeldende butikkpriser som i prinsippet er annonserte og offentlige i butikkene, vil forbrukerne ha begrenset mulighet til enkelt å holde seg generelt orientert om enkeltpriser og prisendringer, se også punkt 7.5.8 som viser til klagerne egne anførsler om dette. Etter Konkurransklagenemndas syn hadde forbrukerne derfor åpenbart ikke samme tilgang på disse prisene som klagerne. Det som fremheves i HRL avsnitt 388: «Information that has been put in the public domain for legitimate reasons – and therefore has become readily accessible (in terms of access costs) to all competitors and customers – is usually not commercially sensitive», er ikke treffende for den faktiske situasjonen for tilgangen til prisene i dagligvaremarkedet.
- (280) Konkurransklagenemnda er av den oppfatning at prisinformasjonen ble delt mellom klagerne i en privat kanal, og at dette gjorde prisene mer gjennomsiktede for tre konkurrenter i et oligopol. Klagerne fikk, som følge av informasjonsutvekslingen, bedre kunnskap og forutberegnelighet om konkurrentenes priser. Prisene som ble delt, kan derfor ikke anses for genuint offentlig informasjon, men var derimot privat strategisk, sensitiv informasjon, jf. HRL avsnitt 494, hvor det blant annet fremheves at: «Conversely, the exchange of current information may have restrictive effects on competition, especially if the exchange serves to artificially increase transparency for competitors rather than for consumers.»
- (281) Oppsummert finner Konkurransklagenemnda det klart at samarbeidets reelle innhold var privat utveksling av strategisk, konkurransesensitiv informasjon. Informasjonsutvekslingen som ble etablert gjennom samarbeidet ga klagerne økt visshet om konkurrentenes prisrespons, og la til rette for at klagerne gjennom egen prissetting også kunne løfte konkurrentenes priser, jf. punkt 7.5.6 nedenfor.
- (282) Konkurransklagenemnda bemerker at Konkurransetilsynets vedtak ikke bygger på at det er ført bevis for at klagerne har samarbeidet om å koordinere prisene med et system for overvåkning og sanksjonering. Det presiseres for ordens skyld at heller ikke nemnda har funnet det bevist at samarbeidet mellom klagerne har hatt en slik karakter.

7.5.6 Eksempler på hvordan samarbeidet om prisinnhenting ble brukt til å løfte prisene

- (283) Konkurransklagenemnda finner det hensiktsmessig her under gjennomgangen av samarbeidskriteriet å gjengi noen utvalgte deler av klagerne internkorrespondanse for å illustrere hvordan samarbeidet om prisinnhenting ble brukt for å løfte prisene. Selv om e-postene nedenfor er utslag av dette samme formålet, vil nemnda først gjengi et utvalg e-poster som handler om det Konkurransetilsynet kaller testing (avsnittene 284 til 290), for så å gjengi et utvalg av e-poster som handler om det Konkurransetilsynet kaller signalisering (avsnittene 291 til 300). For en mer utfyllende oversikt over korrespondansen, vises det til Konkurransetilsynets vedtak punkt 5.11. Se også nemndas gjennomgang av bevisene under vurderingen av virkningskriteriet i punkt 8.4.4.

(284) I intern e-postkorrespondanse i Rema 1000 15. september 2013, der det drøftes muligheten for å heve prisen på [REDACTED], fremgår det blant annet:

«Jeg ønsker i hvert fall [sic] gi [REDACTED]

Da er det greit at vi prøver [REDACTED]

118

(285) I intern e-postkorrespondanse 12. november 2013 i NorgesGruppen (Joker/Kjøpmannshuset) fremgår det:

«Rema har siste uke valgt å justere prisen på snus opp til kr 79,90. (bekreftet av [REDACTED] som svar på Rema i går.

»¹¹⁹

¹¹⁸ Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 1007-1009, jf. vedlegg 521, e-postkorrespondanse mellom [REDACTED] og [REDACTED] (begge Rema 1000).

¹¹⁹ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 767, jf. vedlegg 379, e-postkorrespondanse mellom [REDACTED] og [REDACTED] (begge NorgesGruppen).

(286) I en intern presentasjon i Coop fra begynnelsen av februar 2015 med tittelen «20150105 Prisplan første halvår 2015», formidlet internt i Coop, fremgår det at Coop [redacted] skulle foreta:

- I [redacted]
- I [redacted] ¹²⁰

(287) I intern e-postkorrespondanse 29. april 2015 i Rema 1000 drøftes muligheten for å [redacted], og det fremgår blant annet:

Jeg har fått godkjent fra [redacted] og [redacted] at jeg kan [redacted]
[redacted]

Disse er [redacted]
[redacted]

[...]

Vi tar først og fremst [redacted]
[redacted]

NB! [redacted] disse skal fortsatt [redacted], men vi vet at [redacted]
[redacted] Vi forsøker i alle fall 😊

[redacted]
[redacted]

...

[redacted] ¹²¹
[redacted]

(288) I intern e-post 20. oktober 2015 i Rema 1000 angående [redacted], fremgår det:

«Denne ligger [redacted]
[redacted]

Kan vi [redacted]

¹²⁰ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 874, jf. vedlegg 440.

¹²¹ Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 936-938, jf. vedlegg 477, e-postkorrespondanse mellom [redacted] og [redacted] (begge Rema 1000).

Virker rart at [REDACTED]»¹²²

(289) I intern e-postkorrespondanse i KIWI 21. august 2017 med tittelen [REDACTED]
[REDACTED], hvor [REDACTED], fremgår det:

[REDACTED]

Svært viktig at vi får kartlagt mest mulig av disse før kl. 0900. Hvis ingen hever
må vi ned på noen. Dette er VG børs varer.

[REDACTED]»¹²³

(290) I intern e-postkorrespondanse i Rema 1000 19. desember 2012 fremgår det blant
annet:

«Vi vet også at [REDACTED]

[REDACTED]¹²⁴

(291) I intern e-postutveksling 3. april 2013 i Rema 1000, fremgår det:

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

¹²² Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 1020, jf. vedlegg 528, e-postkorrespondanse fra [REDACTED] til pristeamet (alle Rema 1000).

¹²³ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 1363, jf. vedlegg 734, e-postkorrespondanse mellom [REDACTED] og [REDACTED] (begge KIWI).

¹²⁴ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 722, jf. vedlegg 351, e-postkorrespondanse mellom [REDACTED] og [REDACTED] med [REDACTED] i kopi (alle Rema 1000).

«Jeg vil anbefale deg at du ordlegger deg annerledes i mailform enn det du gjør under. Ved en eventuell ettergang av konkurransetilsynet, så kan man få inntrykk av stilltiende prissamarbeid hvis man kun leser mailer under. Det er ikke lov og vil kunne medføre omfattende reaksjoner/bøter, samt enorm negativt skade på merkevaren REMA 1000.»¹²⁵

(292) I intern e-postkorrespondanse i Rema 1000 30. april 2015, fremgår det blant annet:

[Redacted text block]

■

La oss finne

[Redacted text block]

■

Nei,

[Redacted text block]

¹²⁶

(293) I et saksdokument fra styret i Coop 15. desember 2015, fremgår det blant annet:

[Redacted text block]

»¹²⁷

(294) I Intern e-postkorrespondanse i Rema 1000 26. januar 2016 vedrørende priser på hvitt kjøtt, fremgår det blant annet:

[Redacted text block]

¹²⁸

(295) I intern e-postkorrespondanse i Rema 1000 28. januar 2016 med tittelen «Prisendringer ekstraordinær», fremgår det blant annet:

¹²⁵ Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 740-742, jf. vedlegg 361, e-postkorrespondanse mellom [Redacted] og [Redacted] (begge Rema 1000).

¹²⁶ Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 942-944, jf. vedlegg 478, e-postkorrespondanse mellom [Redacted] og [Redacted] (begge Rema 1000).

¹²⁷ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 1045, jf. vedlegg 541, Internt dokument i Coop kalt «Sak 115- [Redacted]», datert 15. desember 2015.

¹²⁸ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 1070, jf. vedlegg 555, e-postkorrespondanse mellom [Redacted] og [Redacted] (begge Rema 1000).

«Se oversikt. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]
»¹²⁹

(296) I en intern e-postkorrespondanse 21. og 22. desember 2016 i Rema 1000 fremgår det:

«Bra med engasjement og forstår bekymringen

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]
»¹³⁰

(297) I internt dokument i Coop med overskriften [REDACTED]
[REDACTED], vedlagt intern e-postkorrespondanse 9. januar 2017, fremgår
det blant annet:

¹²⁹ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 1067, jf. vedlegg 554, e-postkorrespondanse mellom [REDACTED] og [REDACTED] (begge Rema 1000).

¹³⁰ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 1236 og 1237, jf. vedlegg 656, e-postkorrespondanse mellom [REDACTED] og [REDACTED] (begge Rema 1000).

114

131

(298) I intern e-postkorrespondanse i Meny 15. mai 2017 med tittelen «Føringer prisjobb i morgen», fremgår det blant annet:

132

(299) I intern e-post-korrespondanse 21. august 2017 i NorgesGruppen med tittelen [REDACTED], der blant annet [REDACTED], fremgår det:

Svært viktig at vi får kartlagt mest mulig av disse før kl. 0900. Hvis ingen hever må vi ned på noen. Dette er VG børs varer.»

$$\left[\begin{array}{c} \vdots \end{array} \right]$$

» 133

(300) I en intern e-post utveksling i Coop 6. februar 2018 med tittelen «Mail til [REDACTED]», fremgår det blant annet:

«Det ser ut til at vi har fått [REDACTED]
[REDACTED]

Allikevel ser vi at noen produkter fremdeles er problematiske. Det ser ut til at begge

(301) Konkurranseskagenemnda bemerker at de bevisene som her er trukket frem, kun er noen illustrative utdrag fra klagerens internkorrespondanse. Som fremhevet av

¹³¹ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 1258, jf. vedlegg 672, internt dokument i Coop kalt «Dokument 1» og vedlegg 673, e-postkorrespondanse mellom [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] og [REDACTED] (alle Coop).

132 Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 1304, jf. vedlegg 703, e-postkorrespondanse mellom [redacted] og [redacted] (begge Meny/NorgesGruppen).

133 Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 1363 og 1364, jf. vedlegg 734, e-postkorrespondanse mellom [redacted] og [redacted] (begge Kiwi/NorgesGruppen).

134 Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 1507, jf. vedlegg 812, e-postkorrespondanse mellom [redacted] og [redacted] (begge Coop).

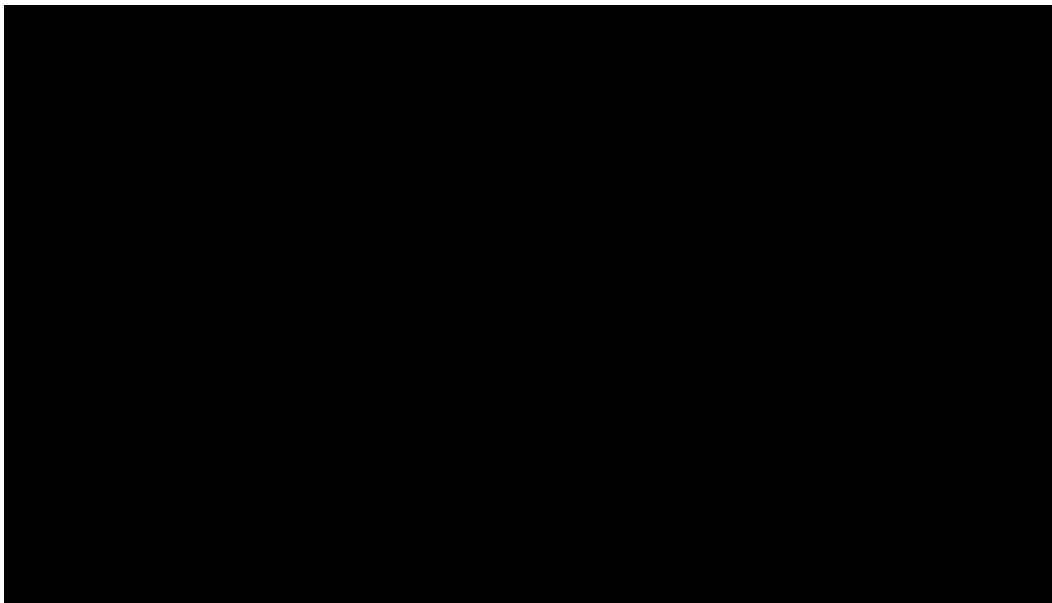
klagerne er det beslaglagt mye internkommunikasjon, og nemnda vil påpeke at store deler av denne ikke gir konkrete holdepunkter for forsøk på prisløft. Nemnda er også enig med klagerne i at internkorrespondansen må leses og vurderes i den konteksten den er fremsatt i, særlig holdt opp mot klagerne anførsel om at e-postene kun gir uttrykk for ordinær og selvstendig adferd i et marked preget av sterk priskonkurranse.

- (302) Etter Konkurransklagenemndas syn gir imidlertid bevisene det er vist til over, som er et illustrativt utdrag av klagerne internkorrespondanse, klare holdepunkter for at innholdet i samarbeidet la til rette for, og faktisk ble benyttet til, å løfte priser.
- (303) Konkurransklagenemnda viser til at klagerne i enkelte av e-postene referert over, selv benyttet betegnelsen «teste», «signal» eller å ta «initiativ» om ønsket prisøkning. Selv om slik ordbruk kan gi en indikasjon på klagerne intensjon, kan ordvalg i intern e-postkorrespondanse være mindre gjennomtenkt og skyldes tilfeldigheter. Ordvalget tillegges derfor isolert sett begrenset vekt. Viktigere i vurderingen er at innholdet i e-postkorrespondansen klart underbygger at samarbeidet ga klagerne bedre kunnskap og økte forventninger om konkurrentenes prisinnhenting og prisrespons, og at denne kunnskapen inngår som del av beslutningsgrunnlaget om å forsøke å løfte priser. Denne forventningen fremgår klart av e-postkorrespondansen gjengitt over, se som illustrasjon avsnittene 288, 290, 291 og 292. At prisløft i noen tilfeller ikke lyktes, med den følge at prisøkningen noen ganger ble reversert, blant annet fordi konkurrentene ikke «fanget opp» ønsket om prisøkning, underbygger dette ytterligere, se som illustrasjon avsnittene 287, 289 og 295.
- (304) Avtalens karakter – som var gjensidig privat utveksling av omfattende mengder prisinformasjon, jf. punkt 7.5.5 over – medførte økt gjennomsiktighet for konkurrentene på priser på enkeltprodukter og produktkategorier. Denne gjennomsiktigheten reduserte klagerne usikkerhet om hvordan konkurrentene responderte på prisøkninger, og ga dem mulighet til raskere å redusere prisene igjen dersom konkurrentene ikke fulgte prisøkningen i ønsket grad. På denne måten medførte samarbeidet økt visshet om konkurrentrespons.

7.5.7 Samarbeidet om prisinnhenting økte vissheten om konkurrentrespons

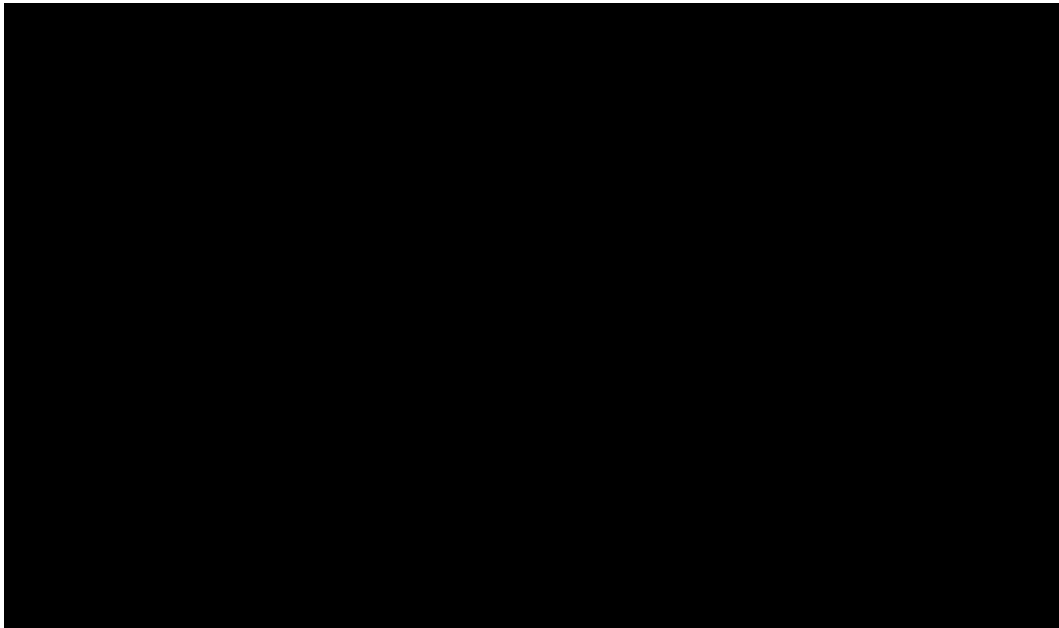
- (305) Konkurransklagenemnda har i punktene 7.5.2 til 7.5.6 over, vist at avtalen ga klagerne gjensidig tilgang til konkurrentenes butikker for innhenting av priser, og har flere steder påpekt at tilgangen til prisinformasjon økte vissheten om konkurrentrespons. Gjennom samarbeidet ble det avtalt at klagerne prisjegere kunne benytte skannere for registrering av priser. Timebegrensningen for prisjegerne, for eksempel 20-timers regelen, medførte i praksis at klagerne daglig kunne innhente tilnærmet ubegrensede mengder prisinformasjon hos konkurrentene. Den tekniske utviklingen etter avtaleinngåelsen, blant annet ved utrulling av elektroniske hylleforkanter hos noen av profilkjedene, effektiviserte ytterligere innsamlingen av priser. Det ble i praksis «full åpning», som beskrevet av Coop i intern e-post 22. august 2012, jf. avsnitt 232.
- (306) Som Konkurransklagenemnda har vist over i punkt 7.5.5, var samarbeidet privat informasjonsutveksling av omfattende mengder prisinformasjon som i sammenhengen her var konkurransesensitiv. Informasjonen ble ikke delt med forbrukerne.

- (307) Som fremhevet flere steder i punktene 7.5.2 til 7.5.6 over, gir klagerne avtale *i seg selv* privat informasjon om konkurrentenes markedsadferd som de ikke ville ha hatt uten avtalen. Avtalen medførte at klagerne visste at det forelå et samarbeid om prisjegervirksomheten og om den gjensidige prisinnhenting - som også påvirket konkurrentenes markedsadferd. Etter at avtalen var inngått, utviklet samarbeidet seg som følger:
- (308) *For det første* reduserte samarbeidet usikkerheten knyttet til faktisk tilgang til konkurrentenes butikker, og innebar dermed mindre økonomisk risiko knyttet til å bygge opp prisjegervirksomheten, ved blant annet å investere i utstyr (for eksempel skannere), ansette og lære opp prisjegere. Slik oppbygging var en nødvendig forutsetning for det omfanget prisinnhenting som fikk i løpet av samarbeidsperioden. Som det fremgår av Konkurransetilsynets vedtak punkt 5.8.5, økte antall årsverk knyttet til prisjegervirksomhet hos klagerne betydelig i samarbeidsperioden, se særlig Figur 3, 4 og 5 nedenfor.

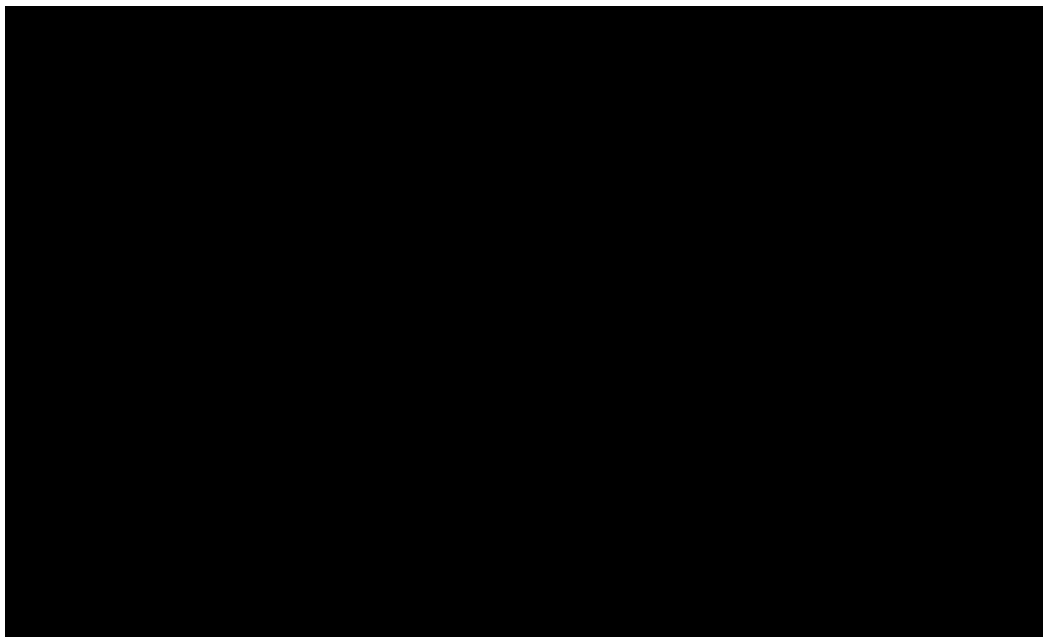


Figur 3 Utvikling i samlet antall årsverk knyttet til Coops prisjegere fra 2010 til 2019 (oppgitt i samlet stillingsprosent)¹³⁵

¹³⁵ Figur 5 i Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 548.



Figur 4 Utvikling i samlet antall årsverk knyttet til Norgesgruppens prisjegere fra 2010 til 2019 (oppgitt i samlet stillingsprosent)¹³⁶



Figur 5 Utvikling i samlet antall årsverk knyttet til Remas prisjegere fra 2010 til 2019 (oppgitt i samlet stillingsprosent)¹³⁷

(309) Også klagernes bruk av ressurser til opplæring av prisjegere og oppfølging fra ledelsesnivå ble intensivert i samarbeidsperioden, jf. blant annet forklaringen til [redacted] (NorgesGruppen) under den muntlige høringen.

¹³⁶ Figur 6 i Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 548.

¹³⁷ Figur 7 i Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 548.

- (310) Det er videre holdepunkter i den interne e-postkorrespondansen for at utrulling av elektroniske hylleforkanter i samarbeidsperioden i alle fall delvis ble gjort som følge av prisinnhenting regulert i avtalen. Som eksempel viser Konkurranseskjennemnda til at det ble fremmet forslag til styret i NorgesGruppen 28. september 2013 om investering i elektroniske hylleforkanter i Kiwi. Om bakgrunnen for investeringen heter det blant annet:

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

138

- (311) Konkurranseskjennemnda finner det ikke tvilsomt at avtalen i seg selv reduserte den økonomiske risikoen knyttet til oppbyggingen av prisjegervirksomheten, sammenlignet med en situasjon hvor klagerne måtte hente inn priser hos konkurrentene uten avtale, jf. vurderingen av alternativsituasjonen, særlig punkt 8.4.6.5 Fra konkurranse til samarbeid om prisinnhenting nedenfor. Som det er redegjort for ovenfor i punkt 7.5.2, var uenighet og gjensidig utkastelse av prisjegere fra butikkene en sentral årsak til at avtalen ble inngått. Den betydelige økningen i antall prisjegere, satsingen på opplæring av prisjegere og den betydelige økningen i antall innhentede priser etter avtaleinngåelsen og gjennom samarbeidsperioden, underbygger etter nemndas syn at avtalen styrket insentivene til å investere i prisjegervirksomhet.
- (312) *For det andre* la samarbeidet til rette for en profesjonalisert innhenting av privat informasjon hos konkurrentene. Dette la videre grunnlag for en mer utstrakt og forutsigbar bruk av prisinformasjonen i klageres løpende prissetting. Internkommunikasjonen redegjort for over i punkt 7.5.3 til 7.5.6 viser at de innhentede prisene ble benyttet som del av grunnlaget for foretakenes løpende prissetting. Prisjegervirksomheten ble videre sentralisert hos klagerne, for eksempel slik at dersom en enkelt butikkeier ikke aksepterte konkurrentens prisjeger, ble vedkommende instruert av ledelsen om å innrette seg etter det samarbeidet som var inngått, se nærmere ovenfor om involvering av ledelsesnivået i foretakene.

¹³⁸Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 474, jf. vedlegg 233, internt dokument i NorgesGruppen kalt «Sak 54/13 Forslag om investering i elektroniske hyllekantetiketter i Kiwi» til styremøte.

- (313) Selv om avtalen ikke påla klagerne å innhente priser hos konkurrentene, viser den betydelige økningen i innhentede priser i samarbeidsperioden at avtalen faktisk ble benyttet av alle partene som grunnlag for å innhente omfattende mengder detaljert og hyppig oppdatert prisinformasjon, se Konkurransetilsynets vedtak punkt 5.8.5 og punkt 7.5.4 over. Prisjegerne opptrådte åpent; blant annet skulle de kontakte butikkpersonalet ved ankomst. Videre viser internkorrespondansen i tiden etter avtaleinngåelsen og gjennom samarbeidsperioden at brudd på avtalen raskt ble avdekket og tatt opp med den aktuelle parten. Uenigheter ble deretter løst på ledelsesnivå i foretakene.
- (314) At vilkårene for å få tilgang hos konkurrentene var avtaleregulert, ga i seg selv klagerne privat informasjon i form av økt visshet om at alle foretakene til enhver tid hadde fersk og omfattende prisinformasjon om hverandre. Uavhengig av hvor mange priser det enkelte foretaket faktisk innhentet i samarbeidsperioden, ga samarbeidet klagerne gjensidig privat informasjon om konkurrentene som de ikke ville hatt uten avtalen, se nærmere i punkt 8.4.6 nedenfor om Konkurransklagenemndas vurdering av alternativsituasjonen, særlig punkt 8.4.6.5 Fra konkurranse til samarbeid om prisinnhenting.

7.5.8 Anførsel om at samarbeidet hadde en legitim begrunnelse – markedsføringshensyn, sammenlignende reklame og utviklingen i lavprissegmentet i samarbeidsperioden

- (315) Klagerne søker å legitimere informasjonsutvekslingen gjennom ulike anførsler om prisinnhenting som en alminnelig adferd mellom konkurrenter. Det vises til markedsføringshensyn og sammenlignende reklame som en del av konkurransen. I forlengelsen av anførselen om prisinnhenting med denne begrunnelsen, viser klagerne til utviklingen av lavprissegmentet i dagligvaremarkedet i Norge i samarbeidsperioden. Konkurransklagenemnda forstår disse anførslene slik at klagerne mener at samarbeidet var forankret i en legitim begrunnelse.
- (316) At konkurrerende bedrifter sjekker hverandres priser, er verken unaturlig eller i seg selv ulovlig. Som nevnt ovenfor i punkt 7.5.3, særlig avsnitt 204, er kjernen i denne saken imidlertid ikke prisinnhenting i seg selv, men dagligvareforetakenes samarbeid om prisinnhenting. Gjennom dette samarbeidet ga klagerne hverandre gjensidig tilgang til hyppig innhenting av store mengder priser i hverandres butikker.
- (317) Gjennom å samarbeide la foretakene til rette for en kraftig økning i omfanget av prisinnhenting. Klagerne fikk mer og hyppigere informasjon om hverandres priser og kunne dermed raskere oppdage og svare på hverandres prisendringer. Samarbeidet ga i tillegg en styrket gjensidig forståelse hos foretakene om hvordan prisjegervirksomheten foregikk, og hvilke og hvor mange priser som ble sjekket. Spørsmålet her er om samarbeidet kan legitimeres i hardere konkurranse med påfølgende gunstige konsekvenser for forbrukerne, slik klagerne hevder.
- (318) Bevisene etterlater ikke tvil om at informasjonsutvekslingen i samarbeidsperioden handler om å få best mulig samlet oversikt over konkurrentpriser uavhengig av det mer begrensede behovet for prisinnhenting knyttet til markedsføringshensyn og sammenlignende reklame. Konkurransklagenemnda har behandlet dette i punkt 7.5.3, særlig avsnittene 231 til 235 over.
- (319) I klagernes argumentasjon for å legitimere samarbeidet er det vist til økt prisbevissthet fra kundene, blant annet gjennom økt interesse for ulike

prissammenligninger som VG børs, og klagerne argumenterer for en sammenheng mellom økt prisinnhenting og økt priskonkurranse.¹³⁹ En grunnleggende forutsetning for anførselen, slik Konkurransklagenemnda ser det, er at samarbeidet om prisinnhenting gjorde forbrukerne bedre informert. Se nemndas gjennomgang nedenfor av skadeteorien, særlig punkt 8.4.3.1, se for eksempel avsnitt 424 om hvordan bedre informerte forbrukere utgjør en kraft som presser prisene ned. Jo mer forbrukerne vet om prisene, desto lettere er det for dem å finne de lave prisene, og desto lavere blir dermed prisene bedriftene setter.

(320) Klagerne har imidlertid selv redegjort for mekanismer i dagligvaremarkedet som gjør det vanskeligere for forbrukerne å være godt informert om priser. Flere av de kommersielle vitnene har forklart seg om viktigheten av kundenes *prisoppfattelse* relativt til kundenes kunnskap om faktiske priser.

(321) I klagen fra NorgesGruppen er dette for eksempel formulert på følgende måte:

«Selv om kundene kan være kjent med enkelte priser på varer de er spesielt opptatt av, er det ikke mulig for dem å holde oversikt over det faktiske prisbildet, dvs. faktiske prisforskjeller mellom ulike dagligvarekjeder på den handlekurven kunden skal kjøpe på en gitt handletur. Kundens valg av kjede bestemmes derfor ikke av hvilken kjede som faktisk har billigst pris på handlekurven kunden skal kjøpe, men av hvilken kjede kunden *oppfatter* at er billigst.»¹⁴⁰

(322) I forlengelsen av dette trekket ved dagligvaremarkedet er det vanskelig å se hvordan klagerne argumentasjon om at samarbeidet ga bedre informerte forbrukere, skal forstås. Informasjonsutvekslingen her handler om økt innsikt i konkurrentpriser. Økt innsikt i konkurrentenes priser kan gi konkurransefremmende virkninger dersom forbrukerne får økt informasjon om priser. Informasjonsutvekslingen gjennom samarbeidet økte imidlertid innsikten i konkurrentprisene mellom de tre klagerne, men denne utvekslingen omfattet ikke forbruker. Når forbrukerne ikke ble bedre informert som følge av samarbeidet, kan dermed heller ikke forsøket på å legitimere samarbeidet i hensynet til bedre informerte forbrukere føre frem.

(323) NorgesGruppens anførsel i klagen avsnittene 175 til 177 om at forbrukerne har begrenset prisinformasjon, både med og uten samarbeidet, og at Konkurransetilsynets skadeteori derfor er feil, er behandlet nedenfor i punkt 8.4.3.1, avsnitt 429.

(324) Som nevnt ovenfor handler ikke denne saken om økt prisinnhenting alene, men om samarbeidet om prisinnhenting, se også nedenfor punkt 8.4.3.4. Det har formodningen mot seg at rasjonelle aktører som konkurrerer, samarbeider med sikte på å øke priskonkurransen. Klagerne argumentasjon her er tydelig basert på prisinnhenting alene og ikke på samarbeid om prisinnhenting, som denne saken gjelder.

(325) All den tid argumentasjonen fra klagerne om utviklingen i lavprissegmentet i overtredelsesperioden og økt priskonkurranse er basert på prisinnhenting uten samarbeid, ser ikke Konkurransklagenemnda grunn til å gå nærmere inn på

¹³⁹ Se for eksempel Coops klage punkt 5.3 følgende.

¹⁴⁰ Klage fra NorgesGruppen punkt 6.2 avsnitt 50.

klagernes argumentasjon rundt dette som en legitimering av samarbeidet, se også punkt 8.4.3.4, særlig avsnitt 464 nedenfor. Anførselen om samarbeid for å øke konkurransen fører klart ikke frem. I vurderingen av alternativsituasjonen i punkt 8.4.6 vil nemnda se nærmere på årsakssammenheng der et realistisk og troverdig hypotetisk scenario om prisinnhenting med samarbeid sammenliknes med prisinnhenting uten samarbeid.

7.6 Oppsummering samarbeidskriteriet

- (326) Konkurransklagenemnda finner det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at klagerne gjennom avtale og praktiseringen av den har samarbeidet om å gi hverandre gjensidig tilgang til hyppig innhenting av omfattende mengder priser i hverandres dagligvarebutikker. Samarbeidet, som ble innledet med klagernes avtale 19. januar 2011 og utvidet 21. august 2012, pågikk minst frem til bevissikringen i april 2018.
- (327) Gjennom å samarbeide la foretakene til rette for en kraftig økning i omfanget av prisinnhenting. Foretakene fikk mer og hyppigere informasjon om hverandres priser og kunne dermed raskere oppdage og svare på hverandres prisendringer. Samarbeidet ga i tillegg en styrket gjensidig forståelse hos foretakene om hvordan prisjegervirksomheten hos konkurrentene foregikk, og hvilke og hvor mange priser som ble sjekket. Samarbeidet endret og styrket hvert foretaks forventninger om at konkurrentene raskere ville oppdage og svare på dets egne prisendringer.
- (328) Avtalen og praktiseringen av den var etter sitt innhold og karakter informasjonsutveksling. Prisinformasjonen som ble utvekslet, var i den konkrete konteksten konkurransesensitiv.
- (329) Selve inngåelsen av en avtale innebar utveksling av informasjon og ga alle klagerne privat informasjon om hverandre. Denne private informasjonen reduserte blant annet klagernes risiko ved investeringer for å gjennomføre den omfattende prisinnhenting, og økte forutsigbarheten om hvordan konkurrentene ville respondere ved prisendringer.
- (330) Klagerne har utvekslet informasjon i et samarbeid som har gitt dem økt visshet om konkurrentrespons, herunder gjensidig tilgang til omfattende, fersk og hyppig informasjon om hverandres priser. Informasjonen ble ikke delt med forbruker. Samarbeidet var ikke begrenset til markedsføringshensyn og sammenlignende reklame. Det er ikke godtgjort en legitim begrunnelse for samarbeidet. Samlet sett har samarbeidet økt vissheten om konkurrentrespons.

8 Konkurransbegrensningskriteriet

8.1 Konkurransetilsynets vedtak

- (331) Konkurransetilsynet behandler i vedtaket punkt 11 konkurransbegrensningskriteriet – vilkåret i konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 om at et samarbeid må ha konkurransbegrensende *formål* eller *virkning* for å rammes av bestemmelsene. Vilklårene er alternative, og vedtaket er basert på virkningsalternativet.
- (332) Vedtaket tar i avsnitt 1679 utgangspunkt i at et samarbeid, for å ha konkurransbegrensende virkning, må være «liable to have an appreciable adverse

impact on the parameters of competition, such as the price, the quantity and quality of the goods or services».¹⁴¹

- (333) Konkurransetilsynet viser i avsnitt 1680 til HRL avsnitt 30, som legger til grunn at et samarbeid vil anses å ha konkurransebegrensende virkning «dersom det har eller sannsynligvis vil ha en merkbar innvirkning på minst én relevant konkurranseparameter på markedet, som pris, produksjon, produktkvalitet, produktutvalg eller innovasjon».
- (334) Avsnitt 1681 viser til at forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid har til formål å beskytte ikke bare konkurrenters eller forbrukeres umiddelbare interesser, men også strukturen i markedet og dermed konkurranseprosessen som sådan.
- (335) Vedtaket viser videre til konkurranserettens grunnleggende prinsipp om at konkurrerende foretak skal fastsette sin markedsadferd på selvstendig grunnlag, jf. avsnittene 1682 og 1683, og at et samarbeid som reduserer minst ett av de involverte foretakenes uavhengighet i sin markedsadferd, kan ha konkurransebegrensende virkninger.
- (336) I avsnitt 1684 og punkt 11.1.3 viser Konkurransetilsynet til at både *faktiske og potensielle* virkninger kan rammes, forutsatt at det er tale om merkbare virkninger.
- (337) Videre fremgår det av vedtaket at det i en virkningsvurdering må gjennomføres en sammenligning av konkurransesituasjonen med samarbeidet, med konkurransesituasjonen slik denne ville ha vært i fravær av samarbeidet (alternativsituasjonen), jf. avsnitt 1685 og punkt 11.1.2.
- (338) Vedtaket avsnitt 1686 viser til at virkningsvurderingen skal bygge på en analyse av den konkrete sammenhengen samarbeidet inngår i, inklusiv den juridiske og økonomiske konteksten samarbeidet fungerer i, de varer og tjenester samarbeidet gjelder, og hvordan det relevante markedet er oppbygd og fungerer.
- (339) Vedtaket bygger på at samarbeidet i betydelig grad økte gjennomsliktigheten på pris mellom nære konkurrenter i et høyt konsentrert oligopol med høye etableringshindringer, og at klagerne gjennom samarbeidet delte strategisk, konkurransesensitiv informasjon som reduserte den enkelte parts usikkerhet om konkurrentens priser og dermed førte til redusert usikkerhet om markedets funksjon, jf. avsnitt 1876 og punkt 11.2.5. Basert på økonomisk teori og økonomiske resonnementer bygger vedtaket på at økt gjennomsliktighet på pris i et oligopol med priskonkurranse skaper forventninger hos bedriftene om at konkurrentene oftere og raskere vil følge prisendringer, og at dette vil styrke bedriftenes insentiver til å øke prisene, og svekke insentivene til å redusere prisene, jf. avsnitt 1887 og punkt 11.2.6.
- (340) I avsnitt 1687 viser vedtaket til at vurderingen av om negative virkninger på konkurransen er *sannsynlig* i det relevante markedet, må se hen til samarbeidets art og innhold, den faktiske og rettslige konteksten samarbeidet inngår i, og i hvilken grad foretakene som tar del i samarbeidet, sammen har eller oppnår en viss grad av

¹⁴¹ Sitatet er hentet fra sak C-382/12 P, MasterCard Inc. and Others v European Commission (*Mastercard*), avsnitt 93, som også er gjengitt innledningsvis i kapitler om virkning i to av standardverkene i konkurranseretten, Bellamy & Child (2019), *European Union Law of Competition*, 8. utgave, avsnitt 2.172 og Whish, R. og Bailey, D. (2024), *Competition Law*, 11. utgave, Oxford University Press, side 140.

markedsrett, og om samarbeidet bidrar til å skape, opprettholde eller forsterke markedsmakten, eller gjør det mulig for de deltakende foretakene å utnytte den.

- (341) I vedtaket fremhever Konkurransetilsynet at egenskaper ved dagligvaremarkedet, særlig høy markedskonsentrasjon og høye etableringskostnader, gjorde det enklere å gjøre prisinnhenting effektiv, se vedtaket avsnittene 1895 og 1904. I vedtaket er det relevante produktmarkedet avgrenset til dagligvarer solgt gjennom dagligvarebutikker og omfatter alle segmenter (hypermarked, supermarked, lavpris og nærbutikker) og et totalsortiment av dagligvarer, jf. Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 1722 til 1737. Se også punkt 6 over.

8.2 Konkurransetilsynets anførsler

- (342) Konkurransetilsynet anfører at klagernes anførsler bygger på uriktige premisser, og fastholder at det foreligger et omfattende rettskildemateriale som er relevant for tolkningen og anvendelsen av virkningskriteriet i saken. Videre fastholder Konkurransetilsynet at redusert usikkerhet om markedets funksjon er et relevant og sentralt vurderingstema under virkningskriteriet i denne saken, og den EU/EØS-rettspraksis som det er vist til i vedtaket, er egnet til å klargjøre vurderingstema under virkningskriteriet. Konkurransetilsynet imøtegår klagernes anførsler om betydningen av at skadeteorien i vedtaket ikke er anvendt i annen kjent rettspraksis og ikke omtalt i EU-kommisjonens retningslinjer, og anfører at det finnes relevant rettspraksis som viser at ensidige virkninger på insentiver i prisfastsettelsen kan anses som en konkurransebegrensende virkning.

8.3 Klagernes hovedanførsler

8.3.1 Coop

- (343) Konkurransetilsynet har ikke bevist med klar sannsynlighetsovervekt at samarbeidet har hatt en *faktisk* merkbar konkurransebegrensende virkning, og virkningsnormen er tolket feil, noe som har innvirket på Konkurransetilsynets konklusjon. Konkurransetilsynet har ikke foretatt en korrekt vurdering av en realistisk og troverdig alternativsituasjon, og kravet til årsakssammenheng mellom samarbeidet og negative virkninger på konkurransen er ikke oppfylt. Dette må føre til at vedtaket oppheves.
- (344) Subsidiært anføres at Konkurransetilsynets vurdering av virkningene av økt prisinnhenting er feil, og at det ikke foreligger grunnlag i økonomisk teori for de virkningene som vedtaket bygger på.
- (345) Coop anfører videre at bevisene i saken ikke gir støtte for at Konkurransetilsynets skadeteori har materialisert seg.
- (346) Videre anføres at Konkurransetilsynet ikke har gjort en systematisk analyse av klagenes interne kommunikasjon, og om denne har utviklet seg over tid.
- (347) Konkurransetilsynet aksepterer, ifølge Coop, at det fantes en restkonkurranse i markedet, og at konkurransen kan ha blitt hardere i lavprissegmentet i løpet av overtredelsesperioden. Coop anfører derfor at vedtaket bygger på en antagelse om at prisene kanskje ville ha vært enda lavere i alternativsituasjonen. Siden det ikke er foretatt en fullstendig vurdering av hvordan konkurransen ville ha vært i alternativsituasjonen, er kravet til klar sannsynlighetsovervekt åpenbart ikke oppfylt.

- (348) Selv om man skulle legge Konkurransetilsynets lovtolkning til grunn, slik at det skulle være tilstrekkelig med en *mulighet* eller *risiko for konkurranseskade*, er kravet til klar sannsynlighetsovervekt heller ikke under denne forutsetningen oppfylt.
- (349) Det anføres at det er i strid med legalitetsprinsippet å bygge på potensiell virkning.
- (350) Når det gjelder skadeteorien, anfører Coop at den er ny og ikke tidligere behandlet i rettspraksis eller økonomisk teori, og at den er så overordnet og generell at den ikke er egnet til å vise noen konkurranseskade.
- (351) Coop anfører at skadeteorien er basert på to ulike økonomiske forklaringer eller mekanismer: (a) samarbeidet endret konkurransedynamikken fra alminnelig konkurranse (simultan prissetting) til sekvensiell prissetting, og (b) foretakene konkurrerer alminnelig, men samarbeidet svekket graden av konkurranse ved å redusere foretakenes forventede volumeffekt av prisendringer. Coop anfører at ingen av disse mekanismene understøtter skadeteorien.
- (352) Videre anføres at en prisleder-prisfølger-dynamikk krever at prislederen er forpliktet til sine priser. Etter Coops syn er det ingen troverdig forpliktelse til priser i det norske dagligvaremarkedet. Coop anfører videre at det ikke er en klar rollefordeling mellom prisleder og prisfølger i markedet.
- (353) Coop anfører at rapportene fra Konkurransetilsynets sakkyndige, professor Joseph Harrington (heretter Harrington), er et viktig grunnlag for Konkurransetilsynets skadeteori, men at Harringtons modell har flere urealistiske og uriktige premisser som ikke reflekterer hvordan konkurransen i markedet fungerer.
- (354) Videre anfører Coop at empiriske studier gir resultater som står i motsetning til eller er inkonsistente med Konkurransetilsynets skadeteori.

8.3.2 NorgesGruppen

- (355) Bevisene i saken viser normal og lovlig markedsatferd, og at samarbeidet ikke har hatt konkurransebegrensende virkninger. Det strenge beviskravet som følger av rettspraksis om at det må foreligge «tungtveiende, nøyaktige og samstemmende» bevis for at samarbeidet faktisk har hatt konkurransebegrensende virkninger, er ikke oppfylt.
- (356) Vedtaket mangler dokumentasjon i form av prisanalyser, marginutvikling eller markedsandelendringer som kunne indikert redusert konkurranseintensitet. Tvert imot viser uavhengige analyser fra fagøkonomiske sakkyndige at prisutviklingen i det aktuelle tidsrommet er forenlig med effektiv konkurranse, herunder hyppige og raske prisreduksjoner, manglende parallellitet i prisøkninger, og nedadgående pristrender.
- (357) [REDAKERT] Også veksten i lavprissegmentet og endringer i forbrukernes prisoppfatning støtter samme konklusjon. Isolerte interne uttalelser om ønske om høye priser anses som uttrykk for rasjonell markedsatferd, og kan ikke tillegges vekt som bevis for konkurransebegrensende virkning. Kravet til klar sannsynlighetsovervekt for at samarbeidet har hatt en konkurransebegrensende virkning, er derfor ikke oppfylt.

- (358) NorgesGruppen anfører videre at dagligvareforetakene ville hatt omfattende og systematisk oppdatert prisinformasjon også i fravær av samarbeidet, slik at konkurransesituasjonen uansett ville vært den samme. Samarbeidet hadde ikke en vesentlig effekt på foretakenes forventninger til konkurrentenes responstid ved prisendringer. I en hypotetisk alternativsituasjon uten samarbeid ville dagligvareforetakene forventet tilsvarende rask respons fra konkurrentene. Prisinnhenting ville dessuten uansett ha foregått uavhengig av et samarbeid, fordi butikkene ikke har hjemmel til å nekte konkurrenters prisjegere adgang, med mindre dette er til vesentlig hinder for butikkdriften.
- (359) Dersom Konkurransetilsynets skadeteori hadde vært korrekt, ville foretakene hatt insentiver til å akseptere prissjekking for å muliggjøre raskere prisrespons og dermed høyere prisnivåer. NorgesGruppen hadde dessuten, uten et samarbeid, kapasitet til omfattende prisinnhenting gjennom sine egne prisjegere. NorgesGruppen kunne realistisk ha innhentet om lag [REDACTED] priser ukentlig uten å oppholde seg mer enn 30 minutter i hver butikk, som omtrent tilsvarende antallet priser NorgesGruppen innhentet i perioden vedtaket gjelder, og overstiger betydelig antall priser som Coop innhentet.
- (360) Vedtaket er mangelfullt fordi det ikke inneholder noen konkret vurdering av hvor mye prisinformasjon som realistisk kunne ha vært innhentet gjennom alternative metoder.
- (361) Skadeteorien er feil. Økonomisk teori tilsier ikke at samarbeidet svekket insentivene til å redusere priser eller styrket insentivene til å øke dem. Skadeteorien stemmer heller ikke med faktum i saken. Foretakene ville ikke ha vunnet flere kunder på å redusere priser eller tapt færre kunder ved å øke dem i alternativsituasjonen.

8.3.3 Rema 1000

- (362) Konkurransetilsynet har ikke vist at økt prisinnhenting er egnet til å begrense konkurransen. Skadeteorien og de påståtte insentivvirkningene mangler støtte i etablert økonomisk teori, sakens faktum, og empiri. Den anførte skadeteorien har heller ikke støtte i rettspraksis eller retningslinjer.
- (363) Skadeteorien er ny og ukjent og kan ikke legges til grunn.
- (364) Konkurransetilsynet har ikke analysert alternativsituasjonen, det vil si hvordan konkurransen ville ha utviklet seg i fravær av det påståtte samarbeidet. Partene ville ha hatt tilnærmet samme mengde prisinformasjon uten det påståtte samarbeidet.
- (365) Skadeteorien bygger på sekvensiell prissetting. Denne teorien hviler på en kritisk nødvendig forutsetning om forpliktelse til priser. Denne forutsetningen er ikke vanlig i økonomisk teori og er heller ikke oppfylt i dette markedet.
- (366) Det er heller ikke rett som Konkurransetilsynet anfører at «en viss grad av forpliktelse» er tilstrekkelig for de anførte skadevirkningene. Rema 1000 anfører videre at teorien heller ikke er egnet til å si noe om virkningene av raskere respons.
- (367) Økt prisinnhenting og raskere respons på prisendringer har ikke noen betydning for prisnivået i økonomisk teori med simultan prissetting. Rema 1000 anfører videre at prisene som er beskrevet i skadeteorien, ikke er stabile likevektspriser, og at det ikke er rimelig å anta at disse prisene og prisingsinsentivene vil materialisere seg.

- (368) Videre anfører Rema 1000 at empiriske studier gir resultater som står i motsetning til eller er inkonsistente med Konkurransetilsynets skadeteori.
- (369) Konkurransetilsynet har ikke bevist at det påståtte samarbeidet hadde en merkbar konkurransebegrensende virkning.

8.4 Konkurransesklagenemndas vurdering

8.4.1 Innledning

- (370) Klagerne har fremsatt flere innvendinger mot Konkurransetilsynets vurdering av at klagerne samarbeid har hatt konkurransebegrensende virkning. Innvendingene er på flere punkter sammenfallende, mens noen er spesifikke for den enkelte klager. Spørsmålet om kriteriet konkurransebegrensende virkning (virkningskriteriet) er oppfylt skal, på samme måte som de øvrige vilkår i konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, vurderes særskilt for den enkelte klager. Vurderingen av om virkningskriteriet er oppfylt, vil likevel i stor grad bygge på bevis og andre omstendigheter som må ses i sammenheng, og som derfor får betydning for alle klagerne. Konkurransesklagenemnda finner det derfor formålstjenlig å foreta en samlet vurdering av om virkningskriteriet er oppfylt for alle klagerne, likevel slik at klagerne individuelle innsigelser vil bli behandlet fortløpende som del av vurderingen.
- (371) I punkt 7 har Konkurransesklagenemnda redegjort for innholdet i samarbeidet mellom klagerne. Nemnda har funnet det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at samarbeidet innebar informasjonsutveksling som økte vissheten om konkurrentresponsen. Informasjonen ble ikke delt med forbrukerne. Spørsmålet i det videre er om samarbeidet var konkurransebegrensende.
- (372) Det følger av konkurransebegrensningskriteriet i konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 at et samarbeid må ha konkurransebegrensende *formål* eller *virkning* for å rammes av bestemmelsene. Vilåårene er alternative, og Konkurransetilsynets vedtak er basert på virkningsalternativet. Som kjent er det ikke nødvendig å påvise konkurransebegrensende virkning ved formålsovertredelser, men konkurransemyndigheter vil likevel, avhengig av de konkrete omstendighetene, gå inn på konkurransebegrensende virkninger også i saker med formålsovertredelser. Rettslig og økonomisk kontekst er en del av formålsvurderingen. Det er en glidende overgang mellom adferd som er konkurransebegrensende etter sitt formål, og adferd som rammes etter konkurransebegrensende virkning.
- (373) Klagerne inngang til konkurransebegrensningskriteriet i saken, herunder forsøket på å trekke et skarpt skille mellom formåls- og virkningssaker, har, slik Konkurransesklagenemnda ser det, ikke grunnlag i rettskildene. Når adferd rammes som en formålsovertredelse, anses virkningene som tilstrekkelig skadelige for konkurransen, til at det ikke er nødvendig å gå detaljert inn på vurdering av virkningene i den konkrete saken. Dette effektiviserer håndhevelsen av konkurransereglene. Hensynet til effektiv håndhevelse av konkurransereglene gjelder imidlertid også i virkningssaker, se nærmere i punkt 8.4.2 nedenfor, blant annet om at potensielle virkninger er tilstrekkelig i en virkningssak.
- (374) Et sentralt punkt i klagerne anførsler om manglende konkurransebegrensende virkning knytter seg til vedtakets skadeteori. Før Konkurransesklagenemnda drøfter

disse anførselene nærmere, er det hensiktsmessig å tydeliggjøre hvilken rolle skadeteorier, og de fagøkonomiske vurderinger som kan inngå i slike, spiller i en konkurranserettslig virkningsvurdering.

- (375) Utgangspunktet for virkningsvurderingen er at konkurranseloven § 10 er en rettslig norm. EU-domstolen har imidlertid understreket at en virkningsvurdering «must be based on a thorough analysis of the economic and legal context in which the agreements at issue in the main proceedings occur and the specificities of the relevant market».¹⁴² I sentral juridisk konkurranserettsteori er det uttalt ved vurderingen av om et samarbeid er omfattet av virkningsalternativet, «it is usually necessary to consider five factors», hvorav den ene faktoren er «a theory of harm, that is to say, a theory as to how and why an agreement and/or clause is likely to have negative effects on competition».¹⁴³
- (376) I en annen sentral konkurranserettslig fremstilling¹⁴⁴ er «a theory of harm» forklart som

«a plausible economic narrative that explains how and why it is thought that an agreement will have adverse effects on competition. It has been suggested that a ‘well-developed theory of harm’ should: (i) articulate how competition and, ultimately, consumers will be harmed relative to an appropriate counterfactual; (ii) be coherent as a matter of economic logic; (iii) be consistent with the incentives that the parties face; and (iv) be consistent with, or at least not inconsistent with, the available empirical evidence».

- (377) Rettskildene krever ikke at konkurransemyndighetene oppstiller en skadeteori som et absolutt vilkår, men en skadeteori vil kunne være ett av flere momenter i virkningsvurderingen, slik Konkurransetilsynet redegjør for i innstillingen avsnitt 93.
- (378) Konkurransklagenemnda bemerker at både klagerne og Konkurransetilsynet viser til nemndas tidligere uttalelse om konkurranseøkonomiske vurderinger i Konkurransklagenemndas vedtak V-03/2019, (*KKN-Telenor*), avsnitt 120. Denne uttalelsen knytter seg riktignok til beviskrav, men uttalelsen om at «fagøkonomiske, vurderingspregede resonnementer og avveininger [...] må ansees å utgjøre integrerte deler av normanvendelsen», har etter nemndas oppfatning betydning også for forståelsen av hvilken rolle skadeteorier skal og bør spille i virkningsvurderingen. Også uttalelsen om at «konkurranseøkonomiske teorier, resonnementer og vurderinger må være forankret i et relevant og etterprøvbart faglig fundament», er etter nemndas vurdering uttrykk for at skadeteorier bare er ett av flere momenter som inngår i konkurransebegrensningskriteriet.
- (379) Når det gjelder betydningen av økonomiske modeller og økonomisk analyse som empiriske bevis i virkningsvurderingen, er Konkurransklagenemnda av den oppfatning at også slike faktorer inngår som integrerte elementer i normanvendelsen, i tråd med den siterte uttalelsen fra *KKN-Telenor* avsnitt 120. Etter nemndas vurdering følger det også direkte av alternativet «potensiell virkning», som det er

¹⁴² Sak C-345/14, SIA „Maxima Latvija” v Konkurences padome (*Maxima Latvija*), avsnitt 29.

¹⁴³ Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, 11. utgave, 2024, side 141.

¹⁴⁴ Bellamy & Child, *European Union Law of Competition*, kapittel 2.173, side 177, med referanse til Zenger & Walker, «Theories of Harm in European Competition Law: A Progress Report» i Bourgeois & Waelbroeck (red.), *Ten Years of Effects-based Approach in EU Competition Law* (2012), sidene 185–209.

nærmere redegjort for i punkt 8.4.2 nedenfor, at verken økonomiske modeller eller empirisk etterprøving er elementer som konkurransemyndighetene *må* utarbeide eller gjennomføre for å kunne etablere konkurranseskade under virkningsalternativet. En annen sak er om partene fremlegger slike bevismomenter til støtte for at det ikke foreligger konkurransebegrensende virkning; konkurransemyndighetene vil da etter omstendighetene ha plikt til å vurdere hvilken betydning slike bevismomenter skal tillegges i den samlede vurderingen.¹⁴⁵ For øvrig vil også slike bevismomenter måtte underlegges en nærmere kvalitativ vurdering, jf. nemndas vurderinger av de sakkyndiges økonomiske modeller og empiriske analyser i punktene 8.4.3.5 og 8.4.5 nedenfor.

- (380) Markedskarakteristika for dagligvarebransjen er viktig for å vurdere virkningen av samarbeidet i en konkret sak. I sin gjennomgang av disse karakteristikaene beskriver Konkurransetilsynet et marked der partene i 2018, det siste året denne saken omfatter, hadde en samlet markedsandel på 96,2 prosent; se vedtaket punkt 11.2.4. Markedet hadde det året en HHI på nærmere 3300. Konkurransetilsynet slutter seg til Konkurransetilsynets vurdering om at markedet var og er preget av høy konsentrasjon og betydelige etablerings- og ekspansjonshindre. Det norske dagligvaremarkedet er dermed sårbart for konkurransebegrensninger.

8.4.2 Rettslige utgangspunkter og rammer for virkningsvurderingen – særlig om potensielle virkninger

8.4.2.1 Noen generelle utgangspunkter

- (381) Konkurransetilsynet bemerker innledningsvis at Konkurransetilsynets vedtak bygger på en riktig forståelse av de rettslige utgangspunktene for en virkningsvurdering, jf. punkt 8.1 foran. Alle de tre klagerne har anførsler som går i retning av at virkninger må konkretiseres og underbygges av etablert økonomisk teori eller empiriske studier, mens Konkurransetilsynet anfører at potensielle og faktiske virkninger er to selvstendige alternativer som hver for seg er tilstrekkelig til at virkningsalternativet er oppfylt.
- (382) Konkurransetilsynet skal først gå nærmere inn på klagerne anførsler knyttet til «potensielle virkninger» (punktene 8.4.2.1 til 8.4.2.5), og deretter i punkt 8.4.2.6 knytte noen merknader til klagerne anførsler til rettskildene som vedtaket bygger på.
- (383) Konkurransetilsynet finner det åpenbart at virkningskriteriet ikke innebærer et krav om å bevise *faktisk* virkning. Det følger av etablert rettspraksis at virkninger kan være *enten* av faktisk *eller* av potensiell art – et prinsipp som ble slått fast allerede for mer enn 30 år siden.¹⁴⁶ I *John Deere* anførte saksøker at «Article [101(1)] does not prohibit purely potential effects on competition».¹⁴⁷ EU-domstolen uttalte til dette at «[a]rticle [101(1)] does not restrict such an assessment to actual effects alone; it must also take account of the agreement's potential effects on competition ...».¹⁴⁸ Begrunnelsen for at også potensiell virkning omfattes, er hensynet til effektiv håndheving av konkurransereglene og beskyttelse av konkurranseprosessen, som

¹⁴⁵ Se for eksempel EU-domstolens avgjørelse i sak C-413/14 P, *Intel Corp. v European Commission (Intel)*.

¹⁴⁶ Se sak C-7/95 P *John Deere*, avsnittene 71-77 med videre henvisninger, samt sak 157/92/EF, EFT 1992L 68, *UK Tractor* avsnitt 51.

¹⁴⁷ Sak C-7/95 P *John Deere*, avsnitt 71.

¹⁴⁸ Sak C-7/95 P *John Deere*, avsnitt 77.

tilsier at konkurransemyndighetene skal kunne gripe inn mot mulig konkurranseskade. Dette kan være inngrep før konkurranseskaden inntreffer, men også inngrep mot potensiell konkurranseskade uten at denne kvantifiseres.

- (384) At virkningskriteriet omfatter både faktisk og potensiell virkning som to selvstendige alternativer, følger også av nyere EU/EØS-rettspraksis.¹⁴⁹
- (385) Verken de nevnte avgjørelsene eller HRL avsnitt 32(d) oppstiller imidlertid noen nøyaktig definisjon eller forklarer det nærmere innholdet av hva som ligger i kriteriet «potensiell virkning». Slik Konkurransklagenemnda forstår «potensiell virkning», sikter dette til samarbeidets skadepotensial, dvs. om samarbeidet innebærer en potensiell skade på konkurransen i det aktuelle markedet. Selve sontringen mellom «actual» og «potential» virkning, som kommer til uttrykk blant annet i avgjørelsene referert til foran og i HRL avsnittene 32(d) og 421, tilsier at det er *skadepotensialet* i seg selv som må stå sentralt i vurderingen. Også bruken av ordet «sannsynligvis» («liable to», «likely to»)¹⁵⁰ peker i retning av skadepotensialet som det sentrale vurderingstemaet. Nemnda viser til den HRL 2011 avsnitt 28: «Restrictive effects [...] are likely to occur where it can be expected with a reasonable degree of probability that, due to the agreement, the parties would be able to profitably raise prices ...». Nemnda finner på denne bakgrunnen at Coop ikke kan høres med sine anførsler om skillet mellom «faredelikt» og «skadedelikt» som fremholdt i merknadene 22. juni 2025 etter høringen, avsnitt 17.
- (386) Konkurransklagenemnda bemerker, som Konkurransetilsynet anfører, at «potensielle virkninger» også må ses i sammenheng med kravet til årsakssammenheng mellom samarbeidet og konkurranseskaden. I kravet til årsakssammenheng ligger det ikke noe vilkår om å påvise den faktiske virkningen – det er tilstrekkelig å påvise at den konkurranseskadelige virkningen er potensiell, og ikke den samme som i det kontrafaktiske scenariet, se nærmere i punkt 8.4.6 nedenfor om alternativsituasjonen.
- 8.4.2.2 *Er kriteriet «potensielle virkninger» begrenset til spørsmålet om samarbeid bare kan medføre konkurranseskade i fremtiden?*
- (387) Klagernes anførsler reiser spørsmål om vilkåret «potensiell konkurranse» bare er relevant for en vurdering av om samarbeidet kan medføre konkurranseskade i fremtiden.
- (388) Etter Konkurransklagenemndas vurdering følger det klart av EU/EØS-rettspraksis, slik Konkurransetilsynet anfører, at konkurransemyndighetene ikke er avskåret fra å basere konkurranseskade på potensielle virkninger selv om den omtvistede avtalen er implementert og vedtaket truffet etterpå. Nemnda viser særlig til at en lignende anførsel ble uttrykkelig avvist av EU-domstolen i *Servier*, avsnittene 347 følgende, særlig avsnitt 352, sammenholdt med avsnittene 345 i.f. og 349 om Underrettens rettsanvendelse, som ble satt til side av EU-domstolen. EU-domstolen uttalte at Underretten

¹⁴⁹ Jf. sak C-345/14 *Maxima Latvija*, avsnitt 30, sak C-176/19 P, *Commission v Servier and Others (Servier)*, avsnitt 352, sak C-333/21, *European Superleague Company (Superliga)*, avsnittene 166 og 169–170 og sak C-124/21, *International Skating Union v Commission (ISU)*, avsnittene 106 og 109–111.

¹⁵⁰ Sak C-124/21 *ISU*, avsnitt 119, sak C-333/21 *Superliga*, avsnitt 170, HRL avsnitt 30.

«by holding [...] that the case-law according to which an agreement between undertakings may be characterised as a restriction of competition by effect by reason of its potential effects ceases to be applicable once that agreement has been implemented, on the ground that the actual effects of that agreement on competition can be observed, the General Court based its reasoning on an imperfect understanding of the *raison d'être*, object and functioning of the counterfactual method, ...»¹⁵¹

(389) Tilsvarende synspunkt er fulgt opp av EU-domstolen i sak C-606/23 *Kia Auto*.¹⁵²

(390) Konkurransklagenemnda finner det på denne bakgrunnen klart at konkurranseskade kan etableres på grunnlag av samarbeidets potensielle virkninger, og at potensielle virkninger kan være et *tilstrekkelig* grunnlag, selv om det aktuelle samarbeidet er gjennomført og har foregått over tid.

8.4.2.3 Gjelder det begrensninger for når det er rettslig adgang til å bygge på potensielle virkninger som grunnlag for konkurranseskade?

(391) Coop har, i sin klage punktene 10.2.5 til 10.2.7 og i sine merknader 22. juni 2025, gjort gjeldende at vedtaket legger til grunn feil norm, idet virkningsalternativet hevdes ikke å dekke *risiko for skade*. Etter Coops forståelse må det oppstilles begrensninger for under hvilke forhold det er rettslig adgang til å bygge på potensielle virkninger som grunnlag for konkurranseskade. Argumentasjonen er i det vesentlige basert på *Servier*, og det anføres at Konkurransetilsynet har lagt en feil forståelse av dommen til grunn for sitt vedtak. I oppsummeringen av Coops forståelse av normen er det i klagen avsnitt 625 anført at virkningsvilkåret, etter en vurdering av konkurransesituasjonen med og uten avtalen, krever at avtalen med *klar sannsynlighet* medfører *faktiske virkninger* på konkurransen. I avsnitt 626 er det oppsummert at EU-domstolens uttalelser i *Servier* om potensielle virkninger knytter seg til hvilke bevis som kan hensyntas i *bevisvurderingen*. Coops anførsler går ut på at det kun er relevant å bygge på potensielle virkninger for å etablere konkurranseskade når det ikke er mulig å observere eller empirisk påvise faktiske virkninger, for eksempel ved eliminasjon av en potensiell konkurrent fra markedet.

(392) Konkurransetilsynet anfører at potensielle virkninger alltid er relevant, og tilstrekkelig, til å påvise konkurranseskade, men at det uansett ikke er avgjørende for saken da faktiske virkninger er påvist.

(393) Konkurransklagenemnda finner det av flere grunner klart at Coops anførsler om at vedtaket legger feil norm til grunn, ikke kan føre fram. Hovedinnvendingen er at Coops tolkning av dommen ikke lar seg harmonere med *Servier*-sakens faktum. For det første kan det etter nemndas vurdering ikke utledes av dommen at faktiske virkninger er nødvendig for å etablere konkurranseskade. Coops isolerte lesing av *Servier* avsnitt 344 lar seg ikke forene med dommens påfølgende avsnitt 345 til 353, som etter nemndas syn innebærer at EU-domstolen ikke har utelukket «potensielle virkninger» fra selve inngrepsnormen. Argumentasjonen synes på dette punktet å ikke ta hensyn til at alternativsituasjonen per definisjon er hypotetisk. At EU-domstolen ikke mente å utelukke «potensielle virkninger» fra selve inngrepsnormen (virkningsvurderingen), følger også av nyere storkammeravgjørelser, med den

¹⁵¹ Sak C-176/19 P *Servier*, avsnitt 349.

¹⁵² Sak C-606/23, Tallinna Kaubamaja Grupp and KIA Auto (*Kia Auto*). Se avsnittene 32–33 og 37.

betydelige større rettskildevækt disse må tillegges. EU-domstolen uttalte 21. desember 2023 i *ISU* at

«[t]he concept of conduct having an anticompetitive ‘effect’, for its part, comprises any conduct which cannot be regarded as having an anticompetitive ‘object’, provided that it is demonstrated that that conduct has as its actual or potential effect the prevention, restriction or distortion of competition, which must be appreciable [...]»¹⁵³

(394) Uttalelsen ble gjentatt likelydende i EU-domstolens dom to dager senere, 23. desember 2023, *Superliga*,¹⁵⁴ og opprettholdt i dom 5. desember 2024, *KIA Auto*.¹⁵⁵

(395) Konkurransklagenemnda bemerker at Coops forståelse av *Servier* ikke lar seg forene med EU-domstolens nyere avgjørelse i *KIA Auto*. Denne dommen inneholder ingen reservasjoner i retning av at «potensiell konkurranse» bare er aktuelt i situasjoner hvor det ikke er mulig å påvise faktiske virkninger, eller i saker som gjelder eliminering eller hindring av potensiell konkurranse. Slike reservasjoner, eller andre uttalelser som oppstiller begrensninger i den rettslige adgangen til å basere konkurranseskade på potensielle virkninger, finnes heller ikke i HRL. Tvert imot viser *KIA Auto* det motsatte av hva Coop anfører: Med henvisning til *Servier* uttales det i *KIA Auto*, avsnitt 32, at alternativsituasjonen i sin karakter er hypotetisk, og at potensielle virkninger er relevante også for samarbeid som har løpt over tid. At hindring av potensielle konkurrenters adgang til markedet er nevnt i dommen avsnitt 36 som et *eksempel* på hvor potensielle virkninger er tilstrekkelig, er nettopp et ikke-uttømmende eksempel (jf. formuleringen «inter alia») på tilfeller hvor det kan være aktuelt å bygge konkurranseskaden på «potensiell konkurranse».

(396) Et annet aspekt er at hensynet til konkurransereglens effektivitet, effektiv håndheving og reell beskyttelse av konkurranseprosessen som sådan, taler mot den forståelsen av virkningskriteriet som særlig Coop har argumentert for. Konkurransklagenemnda viser i denne forbindelse til sak C-151/19 P *Krka*,¹⁵⁶ hvor EU-domstolen stilte seg avvisende til Underrettens tolkning, «which would reduce the full effectiveness of the prohibition [...], and would seriously undermine the implementation of EU competition law, [...]».¹⁵⁷ At konkurransereglene har til formål å beskytte konkurransen som sådan, ikke bare de umiddelbare interessene til konkurrenter og forbrukere, er sikker rett, se sak C-8/08 *T-Mobile*,¹⁵⁸ sak C-883/19 *P HSBC Holdings*¹⁵⁹ og *Forlagssaken*.¹⁶⁰

8.4.2.4 Legalitetsprinsippet

(397) Konkurransklagenemnda finner at klagerne ikke kan høres med anførselen om at det er i strid med legalitetsprinsippet å bygge på virkninger som er potensielle,

¹⁵³ Sak C-124/21 *ISU*, avsnitt 109.

¹⁵⁴ Se sak C-333/21 *Superliga*, avsnitt 169.

¹⁵⁵ Se sak C-606/23 *Kia Auto*, avsnitt 28.

¹⁵⁶ Sak 151/19 P, *Commission v Krka (Krka)*

¹⁵⁷ Sak 151/19 P *Krka*, avsnitt 180.

¹⁵⁸ Sak C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (T-Mobile)*, avsnitt 38.

¹⁵⁹ Sak C-883/19 P, *HSBC Holdings and Others v Commission (HSBC Holdings)*, avsnitt 121.

¹⁶⁰ HR-2021-1086, (*Forlagssaken*), avsnitt 77.

jf. Grunnloven § 113, som krever at myndighetenes inngrep overfor den enkelte «må ha grunnlag i lov».

- (398) Til støtte for anførselen har Coop særlig vist til HR-2021-2275, (*Pelagia*). Høyesterett uttalte at «[p]å området for det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet utgjør lovens ordlyd ikke bare den sentrale tolkningsfaktoren, men den danner også rammen for regelfortolkningen».¹⁶¹
- (399) Konkurransklagenemnda viser til at lovens ordlyd – «virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen» – vanskelig kan forstås slik at det ikke kan bygges på virkninger som er potensielle, særlig i lys av at bestemmelsen må tolkes i tråd med relevant EU/EØS-rettspraksis om den parallelle bestemmelsen i TFEU artikkel 101(1). Nemnda viser her til vurderingen av potensielle virkninger foran i punkt 8.4.2.2 og 8.4.2.3. Nemnda finner på denne bakgrunn Coops anførsler knyttet til *ordlyden* i konkurranseloven § 10 som lite treffende. At *Pelagia* ikke omhandlet en pønalt reaksjon, i motsetning til vår sak, jf. Coops fra-det-mer-til-det-mindre-betraktning, gir ikke grunn til å forstå eller tillegge ordlyden i § 10 noen annen eller snevrere ramme for regelfortolkningen, slik Coops argumentasjon synes å måtte forstå.
- (400) Konkurransklagenemnda anser dette uansett ikke avgjørende, idet andre og nyere uttalelser fra Høyesterett synes å ha distansert seg fra den siterte uttalelsen i *Pelagia*. Nemnda viser særlig til HR-2025-563-A, (*Elopak*), der Høyesterett, med henvisning til Rt-2014-1281, (*Z-huset*), uttalte at «[l]ovens ordlyd står med andre ord sentralt, men er ikke nødvendigvis avgjørende».¹⁶² I den nevnte avgjørelsen *Z-huset* uttalte Høyesterett at
- «[l]egalitetsprinsippet [...] innebærer at lovens ordlyd står sentralt ved tolkningen. Men tolkningstvil må løses ut fra hva som er best i samsvar med en avveining av samtlige rettskildefaktorer og som sikrer tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet for borgerne.»¹⁶³
- (401) Selv om de nevnte avgjørelsene stammer fra skatterettens område, slik Coop har påpekt, er uttalelsene etter Konkurransklagenemndas vurdering likevel av generell interesse også for forvaltningsområder som åpner for illeggelse av administrative sanksjoner som er å anse som straff etter EMK.
- (402) Konkurransklagenemnda finner dette uansett ikke avgjørende, ettersom det i lys av EU/EØS-rettspraksis ikke kan ses å foreligge noen tolkningstvil knyttet til spørsmålet om at virkningsvurderingen kan bygge på potensiell virkning. Nemnda er følgelig ikke enig i at *ordlyden* stiller krav om at samarbeidet må ha en påviselig negativ effekt, slik Coop anfører i supplerende merknader etter høringen. Nemnda finner det heller ikke treffende å beskrive § 10 som et skadedelikt, i motsetning til et faredelikt, slik Coop anfører. I lys av det samarbeidet og dets potensielle virkninger som nemnda med klar sannsynlighet har funnet bevist, finner nemnda ikke grunn til å gå nærmere inn på Coops supplerende anførsler i avsnittene 17 til 20, idet disse bygger på en forståelse av vedtaket som det etter nemndas vurdering ikke er dekning for. Nemnda finner heller ikke holdepunkter for at

¹⁶¹ HR-2021-2275, (*Pelagia*), avsnitt 60.

¹⁶² HR-2025-563-A, (*Elopak*), avsnitt 56.

¹⁶³ Rt-2014-1281, (*Z-huset*), avsnitt 48.

Konkurransetilsynets i vedtaket har blandet sammen tolkningen av rettsregelen og bevisvurderingen, slik Coop anfører.

- (403) For øvrig har Høyesterett uttalt seg på lignende måte i relasjon til lovkravet i Grunnloven og etter EMK på straffeprosessens område, jf. Rt-2014-1105, *Kommunikasjonskontroll*: «Loven må være så tilgjengelig og presis som forholdene tillater»,¹⁶⁴ en uttalelse som det igjen ble henvist til i HR-2016-2017-A.¹⁶⁵ Konkurranseskjennemnda kan ikke se at Coops anførsler relatert til disse to avgjørelsene gir grunn til noen annen vurdering av § 10 i relasjon til legalitetsprinsippet. Også i juridisk teori er det uttalt at ordlyden ikke setter noen absolutt ramme for hjemmelstolkningen.¹⁶⁶
- (404) Konkurranseskjennemnda legger etter dette til grunn at konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 oppfyller kravet til klar lovhjemmel, og at det ikke er i strid med legalitetsprinsippet å bygge på virkninger som er potensielle.

8.4.2.5 Oppsummering

- (405) Konkurranseskjennemnda legger til grunn, i den videre vurderingen av om samarbeidet beskrevet i punkt 7 hadde konkurransebegrensende virkninger, at spørsmålet kan avgjøres på grunnlag av samarbeidets potensielle virkninger.

8.4.2.6 Relevante rettskilder for virkningsvurderingen

- (406) Klagerne anfører at rettskildene som vedtaket bygger på, blant annet i punkt 11.1, ikke er relevante for den konkurransebegrensende virkningen som vedtaket legger til grunn fordi disse gjelder andre typer samarbeid og skadehypoteser enn det vedtaket gjelder. I tilknytning til dette er det anført at skadeteorien i vedtaket ikke er anvendt i annen kjent rettspraksis, og heller ikke omtalt i EU-kommisjonens retningslinjer. Det er videre anført at det ikke finnes relevant rettspraksis som viser at ensidige virkninger på insentiver i prisfastsettelsen kan være konkurransebegrensende. Klagerne gjør gjeldende at det ikke kan hentes veiledning fra saker om konkurransebegrensende formål eller saker under virkningskriteriet knyttet til koordinering og utestengende virkninger.
- (407) Konkurransetilsynet har stilt seg avvisende til klagerens anførsler.
- (408) Konkurranseskjennemnda bemerker at de rettskildene som virkningsvurderingen i vedtaket bygger på, gir uttrykk for generelle rettssetninger i konkurranseretten og er relevante for tolkningen av og subsumsjonen under virkningskriteriet i saken.
- (409) Til klagerens anførsel om at skadeteorien eller den atferden som vedtaket griper inn mot, ikke er et kjent typetilfelle fra rettspraksis eller er omtalt i HRL, bemerker Konkurranseskjennemnda at dette ikke er et rettslig vilkår som kan tolkes ut av forbudet mot konkurransebegrensende virkning. Nemnda slutter seg her til Konkurransetilsynets påpekning om at konkurranserettens forbudsbestemmelser utvikles gradvis fra sak til sak. Samtlige saker om formålsovertredelser som Konkurransetilsynet har vist til på dette punktet, viser at verken EU-domstolene eller Høyesterett har oppstilt noen vilkår om at det konkrete samarbeidet som vedtaket har

¹⁶⁴ Rt-2014-1105, (*Kommunikasjonskontroll*), avsnitt 30.

¹⁶⁵ HR-2016-2017-A, avsnitt 58.

¹⁶⁶ Jf. Eckhoff/Smith, *Forvaltningsrett*, 12. utgave, Juridika 2022, side 389.

slått ned på, må sammenfalle med et allerede kjent typetilfelle.¹⁶⁷ Klagernes tolkningsalternativ ville, slik Høyesterett uttalte i *Forlagssaken*, «sette en helt kunstig og statisk ramme for bestemmelsens nedslagsfelt».¹⁶⁸

- (410) Selv om rettspraksisen vist til i forrige avsnitt gjelder formålsovertredelser, finner Konkurransklagenemnda ingen holdepunkter for at ikke det samme må gjelde desto mer for tolkningen og anvendelsen av virkningskriteriet. Særlig tydelig kommer dette til uttrykk i Underrettens avgjørelse i sak T-35/92 *John Deere v. Commission*,¹⁶⁹ som var den første informasjonsutvekslingssaken som ikke gjaldt priser. Underretten fant at informasjonsutvekslingen hadde en konkurransebegrensende virkning.¹⁷⁰ Det sentrale i Underrettens resonnement var at informasjonsutvekslingen innebar redusert usikkerhet om markedets funksjon, særlig på grunn av opplysningenes hyppighet og karakter, noe som gjorde det mulig for den enkelte næringsdrivende mer presist å forutsi sine konkurrenters atferd, og derved redusere eller fjerne den usikkerhet som ellers ville ha eksistert.
- (411) Virkningskriteriet kan derfor ikke tolkes slik at det ikke kommer til anvendelse på nye typetilfeller, nye faktiske situasjoner eller former for atferd som ikke tidligere er slått ned på i rettspraksis, eller som ikke uttrykkelig er omtalt i HRL.
- (412) Når det gjelder klagernes øvrige anførsler referert til i avsnitt 406 foran, viser Konkurransklagenemnda til vurderingene av samarbeidets reelle innhold under samarbeidskriteriet i punkt 7.5 ovenfor og samarbeidets skadelige natur i punkt 8.4.3 nedenfor. I lys av nemndas bevisvurdering og vurderinger av samarbeidets potensielle konkurransebegrensende virkning, finner nemnda det unødvendig å gå nærmere inn på anførslene knyttet til klagernes distinksjon mellom informasjonsutveksling og informasjonsinnhenting. Det samme gjelder anførselen om at samtlige saker Konkurransetilsynet viser til, er basert på skadeteori om koordinerte eller utestengende virkninger, og ikke til ensidige virkninger av prisinnhenting som i denne saken.
- (413) Konkurransklagenemnda legger etter dette til grunn at rettskildene som Konkurransetilsynets vedtak er basert på, er relevante kilder for tolkningen og anvendelsen av virkningskriteriet.

8.4.3 Vurdering av konkurransekaden

8.4.3.1 Om skadeteorien og etablert økonomisk teori

- (414) Klagerne anfører at Konkurransetilsynets skadeteori er ny og ikke basert på etablert økonomisk teori.¹⁷¹ Konkurransklagenemndas syn er tvert imot at skadeteorien

¹⁶⁷ Sak C-591/16 P, H. Lundbeck A/S and Lundbeck Ltd v European Commission (*Lundbeck*), sak C-124/21 P *ISU*, sak C-333/21, *Superliga*, sak C-194/14 P, *AC Treuhand v Commission*, sak C-457/10 P, *AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v European Commission (AstraZeneca)*, sak C-48/22 P, *Google and Alphabet v Commission (Google Shopping)* og HR-2021-1086 (*Forlagssaken*).

¹⁶⁸ HR-2021-1086, (*Forlagssaken*), avsnitt 81.

¹⁶⁹ Sak T-35/92, *John Deere Ltd v Commission of the European Communities (John Deere v Commission)*.

¹⁷⁰ Sak T-35/92 *John Deere v Commission*, avsnittene 51-53.

¹⁷¹ NorgesGruppen anfører for eksempel i sin klage: «Skadehypotesen i saken har altså ikke støtte i økonomisk teori», og «Den etablerte økonomiske teorien støtter ikke Vedtakets skadehypotese», se klagen avsnittene 22 og 169. Coop viser i sin klage blant annet til «skadeteoriens manglende grunnlag i etablerte kilder» og anfører videre blant annet at Konkurransetilsynet ikke har «vist til etablert økonomisk teori som grunnlag for

nettopp *er* basert på etablert økonomisk teori, og at den bygger på økonomiske prinsipper og resultater som hver for seg er vel etablerte innenfor økonomisk teori. Nemnda vil utdype dette synet på klagerens anførsler ved å dele opp behandlingen av Konkurransetilsynets skadeteori i åtte elementer.

- (415) De seks første punktene nedenfor beskriver prissetting i dette markedet uavhengig av et samarbeid. I syvende og åttende punkt behandles samarbeidets rolle. Gjennomgangen er på et overordnet og skjematisk nivå for å tydeliggjøre de grunnleggende elementene i Konkurransetilsynets skadeteori.
- (416) Punkt (i). Utgangspunktet er at en bedrift kommer i en situasjon der den skal fastsette prisen på en vare. Dersom den fastsetter en annen pris enn varen hadde fra før, har bedriften foretatt en prisendring.
- (417) Det er etter Konkurransetilsynets vurdering ikke nødvendig å ha en fullstendig teori om hvorfor en bedrift tar opp til vurdering å fastsette eller endre prisen på en vare. Konkurransetilsynet skriver i vedtaket avsnitt 1879 at en bedrift vil endre prisen på en vare dersom prisendringen øker bedriftens lønnsomhet. Nemnda legger til grunn at det ikke er nødvendig å ha en nærmere forklaring på hvorfor en prisendring finner sted.
- (418) Konkurransetilsynet viser til at en bedrift kan komme i en situasjon der den vurderer om en varepris skal endres, av ulike årsaker: det kan være av årsaker som er eksogene til bedriftene i markedet, årsaker som skyldes en av bedriftens konkurrenter, eller årsaker som skyldes indre forhold i bedriften. Eksempler på årsaker som er eksogene til markedet, er de fleste endringer i kostnader eller etterspørsel, slik som endret innkjøpspris. Eksempel på forhold som skyldes en konkurrent, er at konkurrenten har endret prisen på samme eller en relatert vare. Eksempler på årsaker som skyldes indre forhold i bedriften, kan være endret strategi i bedriften eller et forsøk på å løfte prisen på en vare. De tidsnære bevisene i vedtaket inneholder mange eksempler på at slike prisendringer fant sted i samarbeidsperioden. Noen av disse eksemplene er tatt inn i punkt 7.5.6 over.
- (419) Punkt (ii). At en bedrift endrer prisen på en vare, gjør at konkurrentene tenker over om de som respons skal endre sine priser på samme eller relaterte varer, som beskrevet i forrige avsnitt. Man kan eventuelt anse at prisendringen gjør at en konkurrent selv endrer prisen i tråd med profittmaksimerende atferd, som beskrevet i vedtaket avsnitt 1879.
- (420) Punkt (iii). Responsen fra konkurrentene på en prisøkning er at de selv øker sine priser på samme vare. Responsen på en prisreduksjon er at de reduserer sine priser. Det er velkjent fra økonomisk teori at bedrifters priser beveger seg i samme retning i et marked som dette. Dersom en bedrift setter ned en varepris, vil konkurrentene ha insentiver til å sette ned sine priser på den samme varen, og tilsvarende dersom vareprisen økes. I samfunnsøkonomiske termer er bedriftenes priser strategiske komplementær; se for eksempel Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, 1988, MIT Press, sidene 205 til 208.

skadeteorien i Vedtaket», se klagen avsnittene 64 og 799. Rema 1000 anfører i sin klage blant annet: «For det tredje har Vedtakets nyetablerte skadeteori ingen dekning i etablert økonomisk teori», se klagen avsnitt 4.

- (421) Det er i punkt 7 over dokumentert, gjennom tidsnære bevis, mange tilfeller der partene responderte på konkurrentenes prisendringer, og forventet at konkurrentene responderte på egne prisendringer. Konkurransklagenemnda understreker at følgestrategier ville ha vært til stede også uten samarbeidet, siden bedriftene responderte på hverandres priser uavhengig av samarbeidet; se blant annet diskusjonen om sekvensiell prising i punkt 8.4.3.2 nedenfor. Konsekvensen av den strategiske komplementariteten mellom bedriftenes priser og bedriftenes følgestrategier er at en prisendring hos én bedrift leder til prisendringer hos de andre bedriftene i samme retning.
- (422) Punkt (iv). Hver bedrift foretrekker som hovedregel at alle bedriftenes priser blir høyere, fremfor at de blir lavere. Dersom alle bedriftene beveger sine priser for en vare i samme retning, er det bedre for den enkelte bedriften at disse prisene blir høyere enn at de blir lavere. Dersom bedriftene for eksempel hadde identiske priser på varen før prisendringen og identiske priser etter en prisøkning, vil hver bedrift selge mindre enn før, men den økte marginen som resultat av en høyere pris gjør at bedriftens profitt er høyere – i hvert fall så lenge den høyere prisen er under monopolprisen.
- (423) Punkt (v). Å sette prisen ensidig opp på en vare vil som hovedregel være mer lønnsomt for en bedrift enn å sette den ned. Setter bedriften opp prisen, vil konkurrentene – i den grad de observerer prisendringen – følge etter med å øke sine priser, i henhold til punkt (iii) over, og bedriften vil øke sin lønnsomhet, i henhold til punkt (iv) over. Tilsvarende vil en reduksjon i bedriftens pris i hovedsak føre til at alle bedriftene får lavere priser og lavere lønnsomhet.
- (424) Punkt (vi). Jo mer kunnskap forbrukerne har om bedriftenes priser, desto lavere vil prisene være. Dersom forbrukerne observerer alle priser, og dermed også blir oppmerksomme på alle prisendringer umiddelbart, vil presset mot lave priser være så stort at det ikke vil lønne seg med prisøkninger som ikke er basert på reelle endringer i kostnader eller etterspørsel. Dersom forbrukernes informasjon derimot er begrenset, er ikke konkurransepresset like sterkt, og prisene vil legge seg på et høyere nivå.
- (425) Punkt (v) og punkt (vi) kan sees på som to krefter som virker på prisene i et marked. Den ene kraften er forbrukernes prisinformasjon, som bidrar til et press nedover i prisene: Jo mer forbrukerne vet om bedriftenes priser, desto lettere er det for dem å finne de lave prisene, og desto lavere blir dermed prisene bedriftene setter. Den andre kraften er bedriftenes visshet om hverandres prisrespons. Jo større denne vissheten er, desto sikrere er bedriften på at prisene den setter, blir observert av konkurrentene. Som punkt (iii) viser, vil konkurrentene sette sine priser høyere dersom bedriften setter sine priser opp, og motsatt vil de sette sine priser lavere dersom bedriften setter sine priser ned. Som punktene (iv) og (v) viser, er det som hovedregel lønnsomt for bedriften å sette egen pris opp dersom dette blir observert av de andre bedriftene som dermed setter sine priser opp. Konkurransklagenemnda viser igjen til drøftingen av sekvensiell prising i punkt 8.4.3.2 nedenfor. Se også Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 1881 til 1886.
- (426) Punktene (i) til (vi) over er til stede i varierende grad i de aller fleste markeder. I punkt (vii) og punkt (viii) nedenfor kommenteres samarbeidets betydning for skadeteorien.

- (427) Punkt (vii). Et samarbeid som i denne saken gir partene økt visshet om konkurrentrespons, herunder gjensidig tilgang til omfattende, fersk og hyppig informasjon om hverandres priser. Samarbeidet styrker hvert foretaks forventninger om at konkurrentene raskere vil oppdage og svare på dets egne prisendringer.
- (428) Samarbeidet har dermed som virkning at kreftene omtalt i punkt (v) over, som beskriver hvordan bedriftenes informasjon om hverandres priser fører til at de følger hverandres prisendringer, får relativt større betydning enn kreftene omtalt i punkt (vi), som beskriver at forbrukernes prisinformasjon presser bedriftenes priser nedover. Denne endringen i relativ betydning skyldes at prisinformasjonen som bedriftene samler inn om hverandre, ikke blir delt med forbrukerne. Dermed har samarbeidet potensiale til at bedriftene i sin prissetting legger mer vekt på at konkurrentene ville ha informasjon om disse prisene, enn på at forbrukerne vil ha denne informasjonen. Se for øvrig nærmere forklaring i avsnittene 432 og 433 nedenfor.
- (429) Dette leder til neste og siste punkt. Men først vil Konkurransesklagenemnda kommentere NorgesGruppens anførsel i klagen avsnitt 175 til 177 om at forbrukerne har begrenset prisinformasjon, både med og uten samarbeidet, og at Konkurransetilsynets skadeteori derfor er feil. Nemnda er enig i at begrenset prisinformasjon blant forbrukerne ikke er en effekt av samarbeidet, men er ikke enig i at skadeteorien derfor er feil. Nemnda legger til grunn at samarbeidet førte til en frekvens og et omfang av prisinnhenting blant partene som gjorde at forskjellen mellom partenes og forbrukernes informasjon økte.
- (430) Punkt (viii). Samarbeidet i denne saken gjorde at partenes insentiver til å sette opp prisene økte, mens insentivene til å sette dem ned ble redusert.
- (431) Som forklart i punkt (vii) over styrket samarbeidet hvert foretaks forventninger om at konkurrentene raskere ville oppdage og svare på dets egne prisendringer. Nettopp dette var årsaken til at samarbeidet hadde konkurransebegrensende virkning. For det første ble det mindre fristende å kutte priser: Et foretak forventet i større grad at konkurrentene raskere ville oppdage et priskutt og så kutte sine priser, og dermed regnet foretaket med å vinne færre kunder på å kutte prisen. For det andre ble det på tilsvarende måte mer fristende å løfte priser: Et foretak forventet i større grad at konkurrentene raskere ville oppdage et prisløft og så løfte sine priser, og dermed regnet foretaket med å tape færre kunder på å løfte prisen. At det var mindre fristende å kutte priser og mer fristende å løfte priser, ga til sammen et press mot et høyere prisnivå. Dermed hadde samarbeidet skadevirkning på konkurransen i dagligvaremarkedet.
- (432) For å illustrere og eksemplifisere hvordan samarbeidet endret dagligvareforetakenes prisingsinsentiver som beskrevet i punkt (viii), finner Konkurransesklagenemnda det nyttig å se hen til foretakenes priskalkyler; det vil si de konkrete beregningene og vurderingene som foretakene gjør når de skal sette pris på en vare. En slik priskalkyle inneholder typisk flere faktorer (blant annet varens innkjøpskostnad og forbrukernes etterspørsel etter varen) som vektlegges i ulik grad. Priskalkylen kan dermed visualiseres som et hierarki av punkter der det øverste punktet tillegges mest vekt og punktene nedover i hierarkiet gradvis tillegges mindre vekt. Det opplyses for ordens skyld at eksemplet her er abstrakt og ment som en illustrasjon, ikke et bevist faktum i saken.

- (433) Som diskutert over innhentet dagligvareforetakene informasjon om hverandres priser og svarte på hverandres prisendringer i markedet. Konkurrentenes prisrespons var derfor et relevant punkt i foretakenes priskalkyler, både før og etter at samarbeidet ble inngått. Samarbeidet medførte imidlertid at konkurrentenes prisrespons typisk ble en *viktigere* faktor i priskalkylene; altså at dette punktet ble «flyttet oppover» i hierarkiet. Samarbeidet gjorde konkurrentenes prisrespons viktigere, både fordi det ga økt sikkerhet og forutberegnelighet rundt prisinnhenting (for eksempel om at priser faktisk ble sjekket, og når de ble sjekket), og fordi det medførte hyppigere og mer omfattende prisinnhenting (og dermed raskere forventet prisrespons i snitt). Samarbeidet gjorde med andre ord at partenes informasjon om hverandres prisrespons ble mer pålitelig, noe som gjorde det rasjonelt å vektlegge denne responsen i priskalkylene, slik en rekke tidsnære bevis gjennomgått i punkt 7 viser. Dette gjorde videre at partene fikk svakere insentiver til å kutte priser og sterkere insentiver til å heve priser, som diskutert nærmere over.
- (434) Selv om kombinasjonen av momentene diskutert over – som til sammen utgjør en oversikt over Konkurransetilsynets skadeteori – kan være ny, hviler skadeteorien på kjent og grunnleggende økonomisk teori. Konkurransesklagenemnda finner det ikke overraskende at skadeteorien ikke tidligere har blitt behandlet i litteraturen, da den er utledet fra forhold i dette konkrete markedet og dette konkrete samarbeidet. Det er ikke uvanlig at det i konkurransesaker må tas stilling til en typisk «ny» adferd i markedet, som i så tilfelle må analyseres innenfor etablert økonomisk teori og innenfor rammen av de alminnelige konkurransereglene. Nemndas vurdering er altså at Konkurransetilsynet har anvendt etablert økonomisk teori for å analysere de konkurransemessige effektene av samarbeidet.
- (435) Konkurransesklagenemnda viser særlig til at det er helt sentralt i økonomisk teori at en bedrift avveier de to effektene av en prisendring – effekten den har på volum solgte enheter, og effekten den har på inntjeningsmarginen per enhet – når de setter priser; se for eksempel Cabral, *Introduction to Industrial Organization*, 2. utgave, MIT Press, 2017, kapittel 3.2, sidene 43 til 52, og Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, 1988, kapittel 1.1.1, sidene 66 til 69. Denne avveieingen er i kjernen av Konkurransetilsynets analyse.
- (436) Teorien om bedrifters prissetting, som vedtakets skadeteori baserer seg på, er helt grunnleggende, og er ikke avhengig av noen enkelt modell i den store porteføljen av økonomiske modeller som det konkurranseøkonomiske fagfeltet består av. Nemnda konstaterer at det viktigste samfunnsøkonomiske grunnlaget for skadeteorien er det Konkurransetilsynet selv uttrykker i vedtaket avsnittene 1879 og 1880:

«En rasjonell bedrift vil endre pris dersom prisendringen øker egen lønnsomhet. Lønnsomheten av prisendringer avhenger av prisendringens påvirkning på salgsvolum og marginer. En bedrift vil øke prisene dersom den forventer at gevinsten fra høyere marginer overstiger tapet fra lavere volum. Tilsvarende vil en bedrift redusere prisene hvis den forventer at gevinsten fra økt volum overstiger tapet fra lavere marginer.

Etter en prisendring vil bedriftens lønnsomhet normalt øke i størrelsen på prisendringen og synke i reduksjonen i salgsvolumet som prisendringen

medfører. Både egne og konkurrentenes priser påvirker etterspørselen etter den enkelte bedrifts produkter. Dersom bedriften øker prisene i forhold til konkurrentenes priser, vil en andel av kundene respondere med å kjøpe mer fra konkurrentene. Når etterspørselen etter konkurrentenes produkter øker som følge av dette, får konkurrentene insentiver til å følge prisøkningen og selv øke prisene.»

(437) Når det gjelder bruken av ulike økonomiske modeller i vurderingen av Konkurransetilsynets skadeteori vil Konkurransklagenemnda for det første vise til den britiske statistikeren George E.P. Box' budskap, gjengitt av Harrington, se innstillingen vedlegg 1: «All models are wrong, but some are useful.» Det sentrale i skadeteorien er gjengitt over. Forståelsen av den blir ikke hjulpet i særlig grad av referanser i vedtaket til to-trinnsmodeller som Stackelberg og prislederskap. Samtidig er det ikke treffende når klagerne argumenterer mot vedtakets skadeteori ved å anføre at den rette modellen for dette markedet er en med simultane trekk, og ikke en med sekvensielle trekk; se for eksempel NorgesGruppens klage punkt 9.4.4. Se mer i punkt 8.4.3.2 og punkt 8.4.3.5 nedenfor om nemndas syn på dette.

(438) Konkurransklagenemnda vil for det andre sitere fra Harrington, som i notat av 3. juli 2025 skriver:

«The development of a mathematical theory can take years and the complexity of a phenomenon can exceed economists' analytical capabilities. Fortunately, the development of a mathematical theory has not been an impediment for progress as sound economic reasoning can be conducted without mathematics.»

(439) Behovet for å endre en varepris oppstår etter Konkurransklagenemndas syn ikke fordi man er prisleder eller lignende, og dermed har en naturlig rolle som den som handler først, men fordi det blir nødvendig å avgjøre om man skal endre prisen i en situasjon der noe skjer i eller rundt bedriften. Samtidig er noe av det som kan skje rundt bedriften, at en av konkurrentene endrer sin pris. Det er dette som gir seg utslag i både prisendringer og responser på prisendringer. Å forklare hvordan bedriftene tenker om egen prissetting, blir best forklart med generelle økonomiske betraktninger som i vedtaket avsnitt 1879 og 1880, gjengitt over, heller enn i matematiske modeller.

(440) Konkurransklagenemnda legger videre til grunn at man i en vurdering av skadeteorien gjør feil om man baserer seg i for stor grad på likevektsanalyser fra økonomisk teori. Et vanlig grep i samfunnsøkonomisk analyse er hva som kalles «ceteris paribus», på norsk «alt annet like». I en ceteris paribus-analyse ser man på effekten i en økonomisk teoretisk modell av én enkelt endring av situasjonen. I vår sammenheng vil man se på effekten på likevektsprisene i markedet av en enkelt endring i en eksogen størrelse. Dette blir noen ganger beskrevet som at man ser på effekten på prisene på lang sikt av en endring. Hvis man vil studere effekten av samarbeidet i denne saken, sammenligner man da disse langsiktsprisene med dette samarbeidet med langsiktsprisene uten samarbeidet. Mens ceteris paribus-analyser er sentrale for å bringe fremgang i samfunnsøkonomisk teori, må man etter nemndas syn være forsiktig med å tenke i slike baner i vurderingen av konkrete saker etter konkurranseloven generelt, og denne saken spesielt. Det vil over noen tid være mange eksterne faktorer som påvirker prisene. Å kun se på effekten av endringen i

én ekstern faktor, alt annet like, vil være utilstrekkelig for å se den endelige rekkevidden av den initiale endringen. Nemnda viser til Harrington, som i innstillingen vedlegg 1 fotnote 32 uttrykker lignende tanker.

- (441) Foranlediget av klagernes anførsler vil Konkurransklagenemnda understreke at nemnda ikke legger til side bruk av økonomisk teori som grunnlag for avgjørelsen i denne saken. Som gjennomgått tidligere må den økonomiske analysen ikke være basert på matematiske modeller, men kan også bygge på fundamentale økonomiske sammenhenger, som for eksempel på avveiningen her, beskrevet i skadeteorien, mellom margin og volum. Etter nemndas vurdering fremkommer det klart av Konkurransetilsynets vedtak at vurderingene av samarbeidets skadepotensial bygger på slike fundamentale økonomiske sammenhenger.
- (442) I forlengelsen av diskusjonen om skadeteorien og økonomisk teori vil Konkurransklagenemnda også kommentere klagernes anførsler knyttet til asymmetriske prisingsinsentiver. Klagerne anfører at skadeteorien predikerer asymmetriske prisingsinsentiver, i betydningen at partene har sterkere insentiver til å øke prisene enn til å senke prisene. Ifølge klagerne mangler dette støtte i økonomisk teori, som heller typisk predikerer symmetriske prisingsinsentiver.¹⁷²
- (443) Konkurransklagenemnda ser det slik at forskjellen mellom skadeteorien og klagernes anførsler skyldes forskjellige oppfatninger av hva som ligger i begrepet symmetriske prisingsinsentiver. Dersom en bedrift opplever en endring i en ekstern faktor og derfor vil endre prisen, vil prisendringen, i henhold til mange modeller i økonomisk teori, være like stor for en gitt endring i den eksterne faktoren, enten denne endringen er positiv eller negativ. Dette synes å være hva klagerne legger i begrepet symmetriske prisingsinsentiver. Men etter nemndas mening er dette ikke hva Konkurransetilsynets skadeteori dreier seg om. Skadeteorien sier at samarbeidet ga bedriftene sterkere insentiver til å øke prisene og svakere insentiver til å redusere prisene. Nemnda slutter seg til vedtaket i at det er riktig å kalle dette asymmetriske prisingsinsentiver. Slike asymmetriske insentiver er til stede uansett i et marked som det norske dagligvaremarkedet. Men asymmetrien i insentivene ble forsterket av samarbeidet.

8.4.3.2 *Sekvensiell prising og forpliktelse*

- (444) Klagerne anfører at Konkurransetilsynets skadeteori hviler på en antagelse om sekvensiell prissetting, og at denne antagelsen ikke er realistisk for dette markedet. Etter klagernes syn gir teorien for simultan prissetting (Bertrand-konkurranse) i stedet en mer treffende beskrivelse av markedet.¹⁷³
- (445) Som forklart i punkt 8.4.3.1 over finner Konkurransklagenemnda at et sentralt punkt i skadeteorien er at dagligvareforetakene kan observere og svare på hverandres priser i markedet over tid. Dette er ikke mulig hvis bedriftene setter priser som i Bertrand-modellen, og på den måten er nemnda enig i at skadeteorien bygger på en form for sekvensialitet (eller dynamikk) i prissettingen. For nemnda er det likevel et viktig poeng at skadeteorien ikke hviler på en forutsetning om sekvensiell prising i snever

¹⁷² Se blant annet Coops klage avsnitt 815, NorgesGruppens klage punkt 9.4.2 og Rema 1000s klage punkt 9.2 og 9.3.

¹⁷³ Se for eksempel NorgesGruppens klage punkt 9.4.4 og Rema 1000s klage punkt 9.1 og punkt 9.4.

forstand, slik dette gjerne blir modellert i den økonomiske litteraturen, for eksempel ved såkalt «Stackelberg-konkurranse» eller i modeller med en forutbestemt og fast gjentatt trekkrekkefølge; ofte kalt modeller med «prislederskap». Etter nemndas syn er skadeteorien, som det fremgår av punkt 8.4.3.1, mer allmenngyldig enn som så; det essensielle er at en bedrift som skal sette pris, tenker på hvordan konkurrentene vil svare med sine priser. Nemnda vil i det følgende uansett diskutere sekvensiell og simultan prissetting, ettersom dette er et sentralt tema i saksdokumentene og ble viet mye tid under den muntlige høringen.

- (446) Både simultan og sekvensiell prissetting er kjent fra økonomisk teori. Konkurransklagenemnda er enig med klagerne i at simultan prising er en vanligere antagelse i litteraturen enn sekvensiell prising. Dette har imidlertid ikke avgjørende betydning, da det må vurderes konkret i denne saken hvilken antagelse som gir det mest treffende analytiske rammeverket.
- (447) Et avgjørende moment i vurderingen av om det er rimelig å bruke simultan eller sekvensiell prissetting som analyseramme, er muligheten for at bedriftene i markedet vil motta informasjon om hverandres priser før de setter sine egne priser. Hvis bedriftene aldri mottar informasjon om hverandres priser, vil de sette sine egne priser kun med utgangspunkt i sine forventninger om rivalenes priser. I slike situasjoner kan simultan prising være en hensiktsmessig beskrivelse. I markeder hvor bedriftene henter inn eller mottar informasjon om hverandres priser før de selv setter priser, kan sekvensiell (eller dynamisk) prising ofte være en dekkende beskrivelse.
- (448) I det norske dagligvaremarkedet foregikk det prisinnhenting også før samarbeidet ble innledet; se for eksempel Konkurransklagenemndas diskusjon av alternativsituasjonen i punkt 8.4.6 nedenfor. I tillegg mottok foretakene jevnlig prisinformasjon fra AC Nielsen. Nemnda finner derfor at markedet, allerede før samarbeidet ble inngått, er bedre beskrevet som et marked med sekvensiell prising enn et marked med simultan prising. Uten at det er nødvendig for nemndas vurdering bemerkes også at dette synet stemmer overens med NorgesGruppens sakkyndige professor Kai-Uwe Kühns forklaring under den muntlige høringen. Etter høringen har NorgesGruppen og Kühn inngitt et skriftlig notat hvor Kühn har distansert seg fra dette momentet i sin forklaring.¹⁷⁴ Nemnda finner dette påfallende og legger uansett mest vekt på Kühns umiddelbare forklaring under den muntlige høringen og svar på oppfølgende spørsmål fra nemnda om akkurat dette. Nemnda finner uansett ikke grunn til å gå nærmere inn på dette notatet fra Kühn, da det ikke har betydning for nemndas vurdering av sekvensiell prising i markedet.
- (449) Som en konsekvens av at Konkurransklagenemnda finner at en form for sekvensiell prising gir den mest hensiktsmessige rammen for den økonomiske analysen, anser nemnda klagerens anførsler basert på simultan Bertrand-konkurranse som ikke relevante. Dette gjelder for eksempel Rema 1000s anførsler rundt effektene av økt prisinnhenting og responshastighet, redusert usikkerhet og økonomiske sjokk (herunder diskusjon av symmetriske prisingsinsentiver) i Bertrand-modellen.¹⁷⁵
- (450) Ved å legge til grunn at det eksisterte en form for sekvensialitet eller dynamikk i foretakenes prissetting også før samarbeidet ble inngått, stiller

¹⁷⁴ Se NorgesGruppens supplerende merknader etter muntlig høring vedlegg 1.

¹⁷⁵ Se Rema 1000s klage punkt 9.2 og punkt 9.3.

Konkurransklagenemnda seg samtidig bak et annet viktig moment i Konkurransetilsynets skadeteori, nemlig at samarbeidet påvirket prisingsinsentiver (herunder strategisk komplementaritet og såkalte «leder/følger»-effekter) som allerede var til stede i markedet. Nemnda er følgelig uenig i klagerne anførsler om at skadeteorien kan ses som en teori om at samarbeidet *endret* dynamikken i markedet fra simultan til sekvensiell prising.¹⁷⁶

- (451) I forlengelsen av forrige avsnitt vil Konkurransklagenemnda kommentere et tema som ble diskutert under den muntlige høringen: om skadeteorien predikerer at det finnes et «knekkpunkt», det vil si et terskelnivå for mengden innhentet prisinformasjon hvor markedsdynamikken går fra simultan til sekvensiell prising, og hvor prisinnhenting dermed går fra å være ikke konkurransebegrensende til å være konkurransebegrensende. Nemnda er uenig i denne forståelsen av skadeteorien. Som diskutert over, er nemndas syn at markedet hadde en form for sekvensiell prising også før samarbeidet ble inngått, og at skadeteorien handler om at samarbeidet påvirket insentiver som allerede var til stede i markedet. Slik nemnda ser saken, gir det derfor ikke mening å snakke om et knekkpunkt der prisinnhenting blir konkurransebegrensende, eller å argumentere for at man ikke kan vurdere om skadeteorien har vært virksom uten å kjenne til et slikt knekkpunkt, se også drøftelsen i punkt 8.4.6 nedenfor om alternativsituasjonen.
- (452) I situasjoner der bedrifter setter priser sekvensielt og kan svare på hverandres priser, er et viktig moment om bedriftene er forpliktet til prisene de velger i et visst tidsrom. Konkurransklagenemnda vil i det følgende drøfte klagerne anførsler knyttet til slik prisforpliktelse.
- (453) I løpet av saken har prisforpliktelse blitt omtalt og operasjonalisert på flere ulike måter, blant annet som forsinkelse eller treghet i foretakenes interne prissetting, og en mer generell persistens eller rigiditet i priser på markedsnivå. Det sentrale spørsmålet her er likevel ikke hvordan man kan tenke på prisforpliktelse teoretisk, men om en antagelse om prisforpliktelse er rimelig å legge til grunn for å beskrive det norske dagligvaremarkedet.
- (454) Konkurransklagenemnda finner at de tidsnære bevisene gjennomgått i punkt 7 klart viser at foretakene hadde interne diskusjoner om hvilke priser de skulle sette på enkeltvarer. I disse prosessene drøftet de ansatte blant annet forhold som fortjeneste, konkurrentpriser og pristester, både horisontalt og vertikalt i organisasjonshierarkiet. Dette viser at disse interne prosessene tok noe tid, og dermed medførte at det var en viss treghet i foretakenes prissetting. Slike diskusjoner foregikk i både NorgesGruppen, Rema 1000 og Coop, og det må derfor legges til grunn at hver part forventet at det ville være en viss treghet også i de andre partenes prissetting. På bakgrunn av dette finner nemnda det rimelig å legge til grunn at det var prisforpliktelse i form av treghet i prissettingen i markedet i den relevante perioden.
- (455) Klagerne anfører at prisforpliktelse ikke eksisterer i dagligvaremarkedet fordi foretakene kan endre prisene når og så raskt de selv ønsker.¹⁷⁷ Dette gjelder særlig etter innføringen av elektroniske hylleforkanter, som gjør at prisene kan endres digitalt ved et tastetrykk. Konkurransklagenemnda er enig i at tiden det tar å endre

¹⁷⁶ Se for eksempel Coops klage avsnittene 786, 790 og 802 og NorgesGruppens klage avsnitt 20.

¹⁷⁷ Se for eksempel Coops klage avsnittene 831-834 og Rema 1000s klage avsnitt 30.

en pris «fysisk», er relevant for treggheten i prissettingen, og dermed den implisitte prisforpliktelsen, i et marked. Jo raskere og enklere prisene kan endres, desto mindre er treggheten. Det er imidlertid en feilslutning å si at dersom prisene kan endres svært raskt, for eksempel digitalt, impliserer dette at det ikke er noen prisforpliktelse. Som forklart over, gir bedriftsinterne diskusjoner om priser og prisstrategi opphav til pristregghet og prisforpliktelse. Muligheten til å endre priser svært raskt fjerner ikke behovet for eller insentivene til å ha slike diskusjoner. Slik nemnda ser denne konkrete saken, var tiden som gikk med til diskusjoner om prising internt i foretakene, en langt viktigere årsak til tregghet i prisfastsettelsen, enn tiden det tok å faktisk endre pris når foretakene først hadde bestemt seg for hvilken pris de skulle endre til. De tidsnære bevisene gjennomgått i punkt 7 over viser for øvrig en rekke tilfeller av slik tregghet i prisfastsettelsen.

(456) Konkurranselagenemnda finner det i tillegg vanskelig å rasjonalisere dagligvareforetakenes prisjegervirksomhet uten å legge til grunn at foretakene forventet at prisene som ble observert, faktisk ville være gjeldende i et visst tidsrom. Foretakene brukte betydelige ressurser på prisinnhenting, blant annet i form av lønn til prisjegere og tidsbruk på rensing av innkomne prisdata, og vektla informasjonen som ble samlet inn, i sin egen prissetting. Dette viser at foretakene ikke anså innkommet prisinformasjon som «utdatert», men tvert imot antok at informasjonen de fikk, var relevant fordi konkurrentene med rimelig sannsynlighet fortsatt hadde disse prisene, og altså ikke allerede hadde foretatt ytterligere prisendringer. Dette samsvarer blant annet med Coops kommersielle vitne [REDACTED] forklaring under den muntlige høringen og gjennomgangen av tidsnære dokumentbevis i punkt 7.

(457) Klagerne anfører videre at når det gjelder foretakenes responstid og prisforpliktelsen i markedet, fremstår Konkurransetilsynets skadeteori paradoksal: På den ene siden krever teorien en antagelse om prisforpliktelse, som skyldes tregghet i prissettingen. På den andre siden sier skadeteorien at samarbeidet økte responshastigheten; det vil si, reduserte treggheten.¹⁷⁸ Konkurranselagenemnda er uenig i at dette er et paradoks. Samarbeidet økte responshastigheten, men eliminerte ikke treggheten: Selv om samarbeidet gjorde at foretakene kunne respondere raskere på hverandres prisendringer, og derved styrket deres gjensidige forståelse av at prisendringer ville bli respondert på raskere, fortsatte foretakene med stadig mer omfattende prisinnhenting utover i samarbeidsperioden. Som redegjort for i forrige avsnitt, viser den omfattende og ressurskrevende prisjegervirksomheten at dagligvareforetakene forventet en viss tregghet i hverandres prissetting. Nemnda vil også påpeke at skadeteorien ikke forutsetter en eksakt grad av prisforpliktelse. I samsvar med skadeteorien økte foretakenes responshastighet, samtidig som det gjensod en viss grad av pristregghet, slik at prisingsdynamikken i markedet var sekvensiell av natur.

8.4.3.3 Betydningen av volumeffekter i prisfastsettelsen

(458) Et annet viktig utgangspunkt i Konkurransetilsynets skadeteori er at dagligvareforetakene la vekt på kortsiktige volumeffekter i sin prissetting. Dette innebærer at foretakene la til grunn at de kunne tiltrekke seg nye kunder (øke volumet) ved å kutte prisen på en vare, og at de ville tape kunder (miste volum) ved å øke prisen. Klagerne anfører at slike kortsiktige volumeffekter ikke var relevante i

¹⁷⁸ Se for eksempel NorgesGruppens klage avsnitt 184.

foretakenes prisfastsettelse, men at foretakene i stedet la vekt på andre hensyn, for eksempel kundenes langsiktige prisoppfattelse, som formes blant annet av resultater i pristester, og årlige mål for omsetning og driftsresultat.¹⁷⁹

- (459) Konkurranseskilagenemnda vil her først påpeke at det at en bedrift som skal sette pris, tar hensyn til avveininger rundt volum (og margin) på kort sikt, er helt fundamentalt i økonomisk teori.¹⁸⁰ Slike avveininger er også sentrale i annen konkurranseøkonomisk teori og praksis, for eksempel i prispressanalyser i fusjonssaker. Volumeffekter vil derfor svært sjelden være irrelevante.
- (460) Konkurranseskilagenemnda er enig med klagerne i at forbrukernes langsiktige prisoppfattelse var et moment foretakene måtte ta hensyn til i prisfastsettelsen. Som nærmere redegjort for i neste avsnitt, finner nemnda det imidlertid klart at også kortsiktige volumeffekter hadde betydning. Slik nemnda ser det, ligger det ingen motsetning i dette: Foretakenes priskalkyler var komplekse, og både langsiktig prisoppfattelse og kortsiktige volumeffekter var relevante – om enn i ulik grad, på ulike varer, til ulike tider.
- (461) Konkurranseskilagenemnda finner at dokumentbevisene klart viser at dagligvareforetakene tok hensyn til kortsiktige volumeffekter i prisfastsettelsen. For eksempel fremgår det av bevisene at foretakene var bekymret for å ligge for høyt i pris på enkeltvarer på kort sikt, av hensyn til både sine kunder og konkurrenter. Det fremgår også av bevisene at foretakene anså det som en mulighet å vinne kunder ved å ha lavere pris enn konkurrentene. Se ovenfor i punkt 7, Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 1912 til 1914 og Konkurransetilsynets avsluttende merknader punkt 3.3. Nemnda legger betydelig mer vekt på de tidsnære dokumentbevisene enn på vitneforklaringene fra den muntlige høringen, for eksempel ved NorgesGruppens sakkyndige, professor Nils-Henrik Mørch von der Fehr, som påstod at kortsiktige volumeffekter var irrelevante i dette markedet.

8.4.3.4 *Anførsler knyttet til prisinnhentingens rolle og effekter*

- (462) Klagerne har flere anførsler knyttet til prisinnhentingens faktiske rolle og effekter i markedet. For det første anfører klagerne at prisinnhenting er vanlig adferd i markeder med priskonkurranse.¹⁸¹ For det andre anfører klagerne at prisinnhenting er en særlig viktig faktor i lavprissegmentet, og at opptrappingen av prisinnhenting før og under samarbeidsperioden skyldes at lavprissegmentet ble relativt viktigere.¹⁸² For det tredje anfører Rema 1000 at den økte prisinnhenting også bidro til å øke veksten i lavprissegmentet, noe som skjerpet priskonkurransen i markedet samlet sett.¹⁸³ Konkurranseskilagenemnda vil i det følgende kommentere disse anførselene.
- (463) Selv om prisinnhenting i det norske dagligvaremarkedet fremstår som uvanlig systematisk og omfangsrik, er Konkurranseskilagenemnda enig med klagerne i at prisinnhenting er vanlig adferd i markeder med priskonkurranse. Som nemnda har påpekt flere ganger dreier denne saken seg ikke om prisinnhenting i seg selv, men om klagernes samarbeid om prisinnhenting. Det er samarbeidets potensielle

¹⁷⁹ Se for eksempel NorgesGruppens klage punkt 8 og Coops klage punkt 10.7.4.2.

¹⁸⁰ Se for eksempel Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, 1988, kapittel 1.1, og drøftelsen i punkt 8.4.3.1 over.

¹⁸¹ Se for eksempel NorgesGruppens klage avsnitt 75, Coops klage avsnitt 281 og Rema 1000s klage punkt 2.3.

¹⁸² Se for eksempel Coops klage punkt 5.1 og NorgesGruppens klage punkt 9.7.4.

¹⁸³ Se Rema 1000s klage punkt 2.6.

konkurransebegrensende virkning som skal vurderes, ikke virkningen av prisinnhenting eller økt prisinnhenting som sådan. Som en konsekvens av dette kan nemnda videre ikke se at foretakenes motivasjon for å trappe opp prisinnhenting – for eksempel fordi lavprissegmentet ble viktigere – forandrer på vurderingen av samarbeidets potensielle konkurransebegrensende virkning i denne saken. Se også nemndas vurdering i punkt 7.5.8 over.

- (464) Når det gjelder den tredje anførselen over, finner Konkurransklagenemnda, som Rema 1000, at lavprissegmentet har vokst i samarbeidsperioden. Nemnda finner imidlertid ikke at dette gir grunnlag for å etablere en årsakssammenheng mellom den økte prisinnhenting og veksten i lavprissegmentet. Etter nemndas syn er det like sannsynlig at denne veksten i stedet skyldes andre forhold; for eksempel at forbrukerne fikk styrkede preferanser for å handle dagligvarer i lavprisbutikker i årene etter finanskrisen, eller at tilbudet av andre tilgjengelige produkter vokste, noe som gjorde at forbrukerne ønsket å bruke en mindre andel av sin inntekt på dagligvarer.¹⁸⁴ Nemnda finner videre at eventuelle endringer i lavpriskjedenes profil under samarbeidsperioden (for eksempel en gradvis økning av vareutvalget) også vil kunne bidra til å skape en mer kompleks sammenheng mellom størrelsen på lavprissegmentet og konkurransesituasjonen i markedet samlet sett. Under enhver omstendighet finner nemnda at heller ikke denne anførselen har betydning for vurderingen av samarbeidets potensielle konkurransebegrensende virkning.

8.4.3.5 *Anførsler knyttet til matematiske modeller utarbeidet av de økonomisk sakkyndige*

- (465) Både Konkurransetilsynet og klagerne har henvist til matematiske, økonomiske modeller. Det er i hovedsak to slike modeller som har vært utarbeidet for å belyse effektene av prisinnhenting på foretakenes ensidige prisingsinsentiver. Det er for det første en «statisk» modell for prissetting og prisinnhenting som har vært analysert av både Konkurransetilsynets og Rema 1000s sakkyndige,¹⁸⁵ og for det andre to nært beslektede modeller med gjentatt prissetting («dynamiske» modeller), signert NorgesGruppens sakkyndige.¹⁸⁶ Nemnda vil i det følgende knytte noen kommentarer til disse modellene og anførselene knyttet til dem.
- (466) For det første kommer klagerne med flere anførsler til modellen som Harrington har utarbeidet.¹⁸⁷ Det sentrale resultatet i denne modellen er at en høyere frekvens av prisinnhenting gir et høyere prisnivå. Klagerne anfører at dette resultatet ikke er robust for plausible endringer i modellens forutsetninger. Klagerne anfører også at modellens forutsetninger uansett ikke stemmer overens med det norske

¹⁸⁴ Disse momentene ble blant annet trukket frem av Coops kommersielle vitne [redacted] under den muntlige høringen.

¹⁸⁵ Denne modellen har vært analysert og diskutert av Rema 1000s sakkyndige professor Øystein Foros og medforfattere i en rapport fra 2022, jf. Rema 1000s tilleggsmerknader til varselet vedlegg 7, av Harrington i hans 2022-rapport, jf. vedtaket vedlegg 54, av Foros og medforfattere i en rapport fra 2023, jf. Rema 1000s tilsvarende til varselet vedlegg 1, av Harrington i hans 2023-rapport, jf. vedtaket vedlegg 57, av Foros og medforfattere i en rapport fra 2025, jf. Rema 1000s klage vedlegg 1, og av Harrington i hans 2025-rapport, jf. innstillingen vedlegg 1.

¹⁸⁶ Se rapporten fra von der Fehr og NorgesGruppens sakkyndige professor Tommy S. Gabrielsen, jf. NorgesGruppens klage vedlegg 6, og rapporten fra NorgesGruppens sakkyndige Elias Braunfels med medforfattere, jf. NorgesGruppens klage vedlegg 8.

¹⁸⁷ Se for eksempel Coops klage punkt 10.6.4 og NorgesGruppens klage avsnittene 11-14. Anførselene gjelder særlig delpunkt 4.3 og 9.1 i Harringtons 2022-rapport, jf. vedtaket vedlegg 54, og punkt 4 i Harringtons 2023-rapport, jf. vedtaket vedlegg 57.

dagligvaremarkedet. Etter klagerens syn kan denne modellen dermed ikke underbygge Konkurransetilsynets skadeteori.¹⁸⁸

- (467) Som diskutert i punkt 8.4.3.1 over finner Konkurransklagenemnda at skadeteorien i denne saken er basert på grunnleggende økonomiske resonnementer, ikke på matematiske modeller. Det er for nemnda et klart skille mellom skadeteorien og modellen omtalt i forrige avsnitt, blant annet fordi skadeteorien dreier seg om foretakenes samarbeid om prisinnhenting, mens modellen ser på effekten av prisinnhenting i seg selv. Nemnda finner følgelig at verken denne modellen eller diskusjoner rundt dens beskaffenhet er relevant for å belyse skadeteorien i saken. Dette gjelder også den skriftlige utvekslingen mellom Konkurransetilsynets og Rema 1000s sakkyndige rundt prisforpliktelse/forsinkelse i modellen. Nemndas syn på spørsmålet om prisforpliktelse er redegjort for i punkt 8.4.3.2 over.
- (468) For det andre har NorgesGruppen kommet med anførsler basert på modellene utarbeidet av deres sakkyndige.¹⁸⁹ Disse anførselene er særlig knyttet til hvordan økt respons hastighet – som for eksempel kan skyldes økt prisinnhenting – slår ut i disse modellene. NorgesGruppen anfører blant annet at økt respons hastighet ikke har noen effekt på prisnivået i likevekt, men kun medfører at likevekten nås raskere.¹⁹⁰ NorgesGruppen anfører også at økt respons hastighet gjør at prisene faller raskere og mer inn mot en prissammenligning som VGs matbørs, i motsetning til hva Konkurransetilsynets skadeteori predikerer.
- (469) Slik Konkurransklagenemnda har redegjort for skadeteorien over, er heller ikke disse modellene relevante for vurderingen. Videre er nemnda enig i hovedtrekkene i Konkurransetilsynets innvendinger mot disse modellene og analysene.¹⁹¹ Nemnda viser også til drøftingen i punkt 8.4.3.1 av betydningen av likevektsanalyse i denne saken.

8.4.3.6 Økonomisk litteratur om informasjonsutveksling i oligopol

- (470) Klagerne anfører at det finnes en økonomisk faglitteratur om effektene av informasjonsutveksling i oligopolmarkeder som Konkurransetilsynet ikke har vektlagt i vedtaket.¹⁹² Klagerne har påpekt at denne litteraturen finner at informasjonsinnhenting- og utveksling ikke har noen «førsteordens» ensidige virkninger på prisnivået, i motsetning til hva skadeteorien sier.¹⁹³
- (471) En viktig forskjell mellom denne litteraturen og skadeteorien i denne saken ligger i hva slags informasjon som utveksles: Litteraturen fokuserer på informasjon om etterspørsel eller kostnader, mens skadeteorien dreier seg om informasjon om priser. Konkurransklagenemnda finner at denne forskjellen gjør at denne litteraturen ikke er relevant for å belyse effekten av samarbeidet i denne saken. Mer spesifikt finner nemnda at det ikke kan sluttet fra denne litteraturen at utveksling av prisinformasjon

¹⁸⁸ Se blant annet NorgesGruppens klage punktene 9.4.6 og 9.4.7, Coops klage punkt 10.6.4 og Rema 1000s klage avsnitt 208.

¹⁸⁹ Se NorgesGruppens klage punkt 9.4.

¹⁹⁰ Coop og Rema 1000 har også kommet med denne anførselen, men da i kontekst av Bertrand-modellen. For Konkurransklagenemndas vurdering av Bertrand-modellens relevans i denne saken, se punkt 8.4.3.2 over.

¹⁹¹ Se innstillingen punktene 4.3.6.3 og 4.3.6.4 og Konkurransetilsynets avsluttende merknader punkt 3.1.

¹⁹² Jf. Kühn og Vives, "Information exchanges among firms and their impact on competition", Office for official publications of the European Communities, 1995.

¹⁹³ Se for eksempel NorgesGruppens klage avsnitt 17 og Coops klage avsnitt 62.

også vil være konkurransenøytralt, slik litteraturen finner når det gjelder utveksling av informasjon om etterspørsel eller kostnader.

8.4.3.7 *Har klagernes markedsandeler vært stabile?*

- (472) Konkurransetilsynet fremholder at NorgesGruppen, Coop og Rema 1000 har hatt relativt stabile markedsandeler siden 2010.¹⁹⁴ Klagerne anfører derimot at markedsandelene ikke har vært stabile, men at det har vært betydelige endringer i løpet av denne perioden, særlig i lavprissegmentet.¹⁹⁵
- (473) Om markedsandeler kan sies å ha vært stabile eller ikke, beror på en skjønnsmessig vurdering. Konkurransetilsynet finner at selv om det har vært noen endringer i lavprissegmentet, særlig som følge av at ICA forlot markedet i 2015, må markedsandelene på foretaksnivå kunne regnes for å ha vært relativt stabile. Nemnda stiller seg med dette bak Konkurransetilsynets fremstilling i vedtaket avsnittene 158 til 160. Hvis klagernes anførsel om stabilitet i markedsandeler skal forstås slik at den er en innsigelse mot skadeteorien, påpeker nemnda at stabiliteten i markedsandelene ikke har innvirkning for vurderingen av samarbeidets konkurransebegrensende virkning. Dette følger av nemndas gjennomgang av skadeteorien i punkt 8.4.3.1.

8.4.4 Nærmere om den rettslige og faktiske konteksten for skadeteorien

- (474) Konkurransetilsynet mener imidlertid ikke med dette at en oppstilt skadeteori som oppfyller kravet om å være tilstrekkelig forankret i økonomisk teori, ikke også må forankres i det faktum som finnes bevist i den konkrete saken. Skadeteorien kan ikke bare gi uttrykk for generelle anerkjente økonomiske sammenhenger. Disse økonomiske sammenhengene må også være til stede mellom de aktuelle samarbeidspartene i det aktuelle markedet. Dette kan formuleres slik at selv om potensielle virkninger er tilstrekkelig, må skadeteorien være praktisk operativ i saksforholdet. Formulert motsatt betyr nemndas forståelse her at skadeteorien ikke kan være kun teoretisk og hypotetisk.
- (475) Konkurransetilsynet viser til nemndas gjennomgang av skadeteorien over, se særlig punkt 8.4.3.1, og også punkt 8.4.3.2 og punkt 8.4.3.3. Konkurransetilsynet har i vedtaket punkt 11.2.8 forankret skadeteorien konkret i sakens faktum. Konkurransetilsynet gjør dette gjennom uttalelser i partenes forklaringsopptak og dokumenter fra bevissikringen, som med kvalifisert sannsynlighetsovervekt viser hvordan samarbeidet var operativt og innvirket på konkurransen i markedet. For vurderingen av bevisene for hvordan samarbeidet medførte at partene kunne følge konkurrentenes prisendringer oftere og raskere, se vedtaket punkt 11.2.8.2. For vurderingen av bevisene om hvordan samarbeidet skapte forventninger om at konkurrentene oftere og raskere ville følge prisreduksjoner, og dermed hvordan samarbeidet svekket partenes insentiver til å redusere pris, se vedtaket punkt 11.2.8.3. Tilsvarende forankres skadeteorien i sakens faktum i vedtaket punkt 11.2.8.4 om hvordan samarbeidet skapte forventninger om at konkurrentene oftere og raskere ville følge prisøkninger, og dermed styrket partenes insentiver til å øke pris. Endelig viser vedtaket punkt 11.2.8.5 hvordan samarbeidet medførte at partene

¹⁹⁴ Se Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 158-160.

¹⁹⁵ Se for eksempel NorgesGruppens klage avsnitt 66.

kunne utnytte konkurrentenes raske responstid til å teste prisøkninger i markedet. I vedtaket punkt 11.2.8.6 fremgår den faktiske forankringen for at partene som en følge av samarbeidet mer effektivt kunne signalisere ønsker om prisøkninger i markedet. Se også Konkurransklagenemndas gjennomgang av samarbeidets innhold i punkt 7.5.3 over.

- (476) Konkurransklagenemnda slutter seg til bevisgjennomgangen i vedtaket på disse punktene. Det samlede bevisbildet i saken etterlater ikke tvil om at skadeteorien samsvarer med markedsforholdene i dagligvaremarkedet, både strukturen i markedet og klagerne opptreden. Nemnda finner dermed, i likhet med Konkurransetilsynet, skadeteorien både aktuell og faktisk operativ i markedet. Når nemnda i punkt 8.4.5 nedenfor behandler anførsle fra klagerne om betydningen av økonomiske, empiriske analyser i virkningsvurderingen, legger nemnda vekt på at vedtaket har en grundig og omfattende gjennomgang av hvert ledd i skadeteorien opp mot de faktiske forhold som er funnet bevist med kvalifisert sannsynlighet. Nemnda ser bort fra at klagerne, både skriftlig og muntlig etter at Konkurransetilsynet varslet om overtredelsen, bestrider disse grunnleggende elementene i dagligvaremarkedet, herunder insentivene ved egen opptreden i markedet som de tidsnære bevisene i saken tydelig underbygger.

8.4.5 Den rettslige og økonomiske betydningen av klagerne økonomiske empiriske analyser

- (477) Konkurransetilsynets vedtak inneholder ikke empiriske analyser basert på data for priser eller prisinnhenting.
- (478) Klagerne har derimot lagt frem en rekke slike analyser: NorgesGruppen har lagt frem en [REDACTED],¹⁹⁶ en hendelsesanalyse utarbeidet av deres sakkyndige, von der Fehr og Gabrielsen samt Oslo Economics,¹⁹⁷ og analyser av priser rundt VGs matbørs;¹⁹⁸ Coop har lagt frem analyser fra Copenhagen Economics;¹⁹⁹ og Rema 1000 har lagt frem analyser utarbeidet av deres sakkyndige, professor Richard Friberg og professor Frode Steen.²⁰⁰ Konkurransklagenemnda vil i det følgende diskutere betydningen av disse analysene og anførsler knyttet til empirisk analyse i saken mer generelt.
- (479) Konkurransklagenemnda vil først bemerke at det følger av EU/EØS-rettspraksis at det ikke er krav om at Konkurransetilsynet må påvise faktiske konkurransebegrensende virkninger – for eksempel gjennom empiriske analyser – for å kunne fastslå at samarbeidet mellom foretakene var ulovlig. Nemnda viser her til Konkurransetilsynets vedtak punkt 11.1.1 samt nemndas egen diskusjon av potensielle virkninger i punkt 8.4.2 over. Når klagerne har valgt å utarbeide flere og til dels omfattende empiriske analyser, bygger det, slik nemnda ser det, på en feilaktig forståelse av de rettslige kravene i en sak om konkurransebegrensende virkning. Klagerne anførsler om krav til faktisk virkning er grundig tilbakevist av nemnda. På denne bakgrunnen mener nemnda at klagerne empiriske analyser generelt er lite treffende for spørsmålene i denne konkrete saken.

¹⁹⁶ Se NorgesGruppens klage vedlegg 11.

¹⁹⁷ Se NorgesGruppens klage vedleggene 9 og 10.

¹⁹⁸ Se NorgesGruppens klage vedleggene 7 og 8.

¹⁹⁹ Se Coops klage vedlegg 1.

²⁰⁰ Se Rema 1000s klage vedlegg 2.

- (480) Selv om et slikt rettslig krav ikke foreligger, kan empiriske analyser likevel være relevante i konkurransesaker generelt, også i denne saken. For Konkurransklagenemnda er det sentrale spørsmålet om klagernes empiriske analyser, enkeltvis eller samlet, er av en slik karakter at de rokker ved konklusjonen om at samarbeidet hadde en konkurransebegrensende virkning.
- (481) Konkurransklagenemnda finner at klagernes empiriske analyser *ikke* er av en slik karakter at de rokker ved denne konklusjonen. Nemnda baserer sitt syn både på vurderinger av hver enkelt analyse og på en helhetsvurdering av alle klagernes analyser samlet sett. Nemndas vurderinger av de konkrete analysene samsvarer i all hovedsak med Konkurransetilsynets vurderinger og kritikk; se vedtaket punkt 11.3.4 og 11.3.5, innstillingen punkt 4.3.9 og Konkurransetilsynets avsluttende merknader punkt 4.
- (482) Selv om Konkurransklagenemnda stiller seg bak Konkurransetilsynets vurdering av klagernes empiriske analyser, vil nemnda tilføye noe til en relatert anførsel fra klagerne, som handler om selve muligheten for å teste skadeteorien empirisk. Mer spesifikt anførte Coop under den muntlige høringen at «Resonnementet kan enkelt testes empirisk».²⁰¹ Som redegjort for under, deler nemnda ikke denne oppfatningen.
- (483) For det første, og som allerede diskutert i punkt 8.4.3 over, finner Konkurransklagenemnda at en viktig konkurransebegrensende virkning av samarbeidet var at det svekket foretakenes insentiver til å kutte prisene. En slik svekkelse av insentivene kan blant annet ha forekommet ved at foretakene ikke foretok priskutt som de ville ha foretatt i fravær av samarbeidet. Denne forståelsen av skadeteorien [redacted] se avsnitt 220 over. At konkurranseskaden delvis oppstod ved at priser *ikke* endret seg, gjør isolert sett empirisk analyse basert på historiske prisdata mindre treffende for å dokumentere skaden.
- (484) For det andre finner Konkurransklagenemnda at det er flere andre forhold rundt samarbeidet og markedet som gjør det utfordrende å teste skadeteorien empirisk. Dette gjelder særlig dersom man – i tråd med «gullstandarden» innenfor moderne empirisk økonomi – ønsker å finne den *kausale* effekten av samarbeidet på prisene. Noen eksempler på slike forhold er at økningen i prisjegervirksomheten skjedde gradvis og ikke som et plutselig «hopp», og at det skjedde flere andre ting i samarbeidsperioden som også kan ha påvirket prisene; blant annet at ICA forlot markedet (hvilket endret konkurransesituasjonen), at den norske kronen svekket seg (hvilket endret innkjøpskostnadene), og at antallet pristester økte (hvilket endret forbrukernes prisbevissthet).²⁰²
- (485) For det tredje bemerker Konkurransklagenemnda at Coops anførsel under den muntlige høringen står i motsetning til deler av de skriftlige klagen. Et eksempel finnes i Coops egen klage avsnitt 1161, der det anføres at Konkurransetilsynet ikke er forpliktet til å dokumentere en faktisk virkning av samarbeidet på pris. Coop skriver her at «dette vil i realiteten være umulig, ettersom alternativsituasjonen ikke kan fastlås [sic] med sikkerhet». Andre generelle utfordringer knyttet til å teste

²⁰¹ Se punkt 1.3 («Sakens hovedspørsmål») i disposisjonen til felles innledning for klagerne.

²⁰² Se også Konkurransetilsynets vedtak avsnittene 2178-2186.

skadeteorien empirisk drøftes i Rema 1000s klage avsnitt 360 og 362. Om man ser bort fra Coops anførsel under høringen, synes det dermed å være enighet mellom klagerne, Konkurransetilsynet og nemnda om at det er vanskelig å teste skadeteorien empirisk.

8.4.6 Alternativsituasjonen

8.4.6.1 Innledning

- (486) En virkningsvurdering under konkurranse-loven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 forutsetter at det er årsakssammenheng mellom konkurranseskaden og samarbeidet.
- (487) Klagerne og Konkurransetilsynet har langt på vei sammenfallende syn på de rettslige utgangspunktene for vurderingen av årsakssammenheng, men har ulike syn på de konkrete vurderingene. I det følgende gjennomgår Konkurransklagenemnda kort de rettslige utgangspunktene som gjelder for fastleggelsen av alternativsituasjonen. Deretter foretar nemnda selve vurderingen av om det foreligger årsakssammenheng.

8.4.6.2 Rettslige utgangspunkter

- (488) Analysen av et kontrafaktisk scenario – alternativsituasjonen – handler om å etablere et hypotetisk scenario uten samarbeidet, for å vurdere spørsmålet om årsakssammenheng. Dersom konkurranseforholdene vil svekkes i like stor eller større grad uten samarbeidet, er kravet til årsakssammenheng ikke oppfylt, og det er følgelig ikke grunnlag for å konstatere overtredelse av konkurranse-loven. For å kunne ta stilling til om det er en årsakssammenheng mellom samarbeidet og konkurranseforholdene, må markedet med samarbeidet sammenlignes med konkurranseforholdene i markedet uten samarbeidet. Alternativsituasjonen må være basert på en sannsynlig og forsvarlig vurdering, men den vil være et hypotetisk scenario som ikke lar seg observere. Det hypotetiske scenariet skal være realistisk og troverdig.

- (489) EU-domstolen uttalte i sak C-306/20 *Visma*,²⁰³ at

«[t]he purpose of the counterfactual scenario is to establish the realistic possibilities with respect to the economic operators' conduct in the absence of the agreement at issue and to determine how the market will probably operate and be structured if that agreement is not concluded».²⁰⁴

- (490) En lignende formulering gjenfinnes hos Kommisjonen i sak AT. 39686 *Teva Cephalon*, der det sentrale er å sammenligne konkurransen med «the degree of competition that would have existed if the agreement had not been concluded, in other words how competition ‘*would have operated in the market*’ absent the agreement» (kursiv i originaldokumentet).²⁰⁵

- (491) EU-domstolen uttalte i *Servier*, at en slik kontrafaktisk metode innebærer at det ikke er mulig på samme tidspunkt å observere markedssituasjonen både med og uten det omtvistede samarbeidet.²⁰⁶ Det må derfor foretas en sammenligning mellom

²⁰³ Sak C-306/20, SIA „Visma Enterprise” v Konkurences padome (*Visma*).

²⁰⁴ Sak C-306/20 *Visma*, avsnitt 76.

²⁰⁵ AT. 39686 *Teva Cephalon* avsnitt 1020.

²⁰⁶ Sak C-176/19 *Servier*, avsnitt 341.

situasjonen som kan observeres med samarbeidet, og situasjonen slik den ville ha vært i fravær av samarbeidet. Metoden krever altså at situasjonen slik den forelå med samarbeidet, skal sammenlignes med et hypotetisk scenario, et scenario som ikke har blitt realisert.

(492) Det følger videre av EU/EØS-rettspraksis at det i virkningsvurderingen er nødvendig å ta i betraktning de konkrete rammene samarbeidet inngår i, de varer eller tjenester det gjelder, samt hvordan markedet er oppbygget og reelt fungerer. Av dette følger det at det hypotetiske, kontrafaktiske scenariet som legges til grunn i fravær av samarbeidet, skal være realistisk og plausibelt, dvs. troverdig, jf. sak C-307/18 *Generics*,²⁰⁷ avsnittene 115–120.

(493) En viktig presisering ble blant annet uttalt fra EU-domstolen i *Servier*. Domstolen sier der at

«[...] the counterfactual method is not intended to predict what a party's conduct would have been if it had not concluded an agreement with its competitor or competitors, but to highlight a causal relationship between that agreement and a deterioration in the competitive situation on the market, on the basis of a counterfactual scenario which, although hypothetical, must nevertheless be realistic and credible».²⁰⁸

(494) Konkurransklagenemnda legger derfor til grunn at spørsmålet om det foreligger årsakssammenheng mellom samarbeidet som er funnet bevist, og konkurranseskaden som følger av skadeteorien, medfører visse begrensninger i hva som kreves belyst og bevist i alternativsituasjonen. For å etablere en årsakssammenheng er det ikke nødvendig å fastlegge nøyaktig hva partenes atferd ville ha vært i fravær av samarbeidet. Det er tale om en rettslig norm, i motsetning til et vitenskapelig eller empirisk krav til årsakssammenheng.

8.4.6.3 Faktiske utgangspunkter

(495) Utgangspunktet for sammenligningen er det samarbeidet som Konkurransklagenemnda har funnet bevist, slik det er redegjort for i punkt 7 over. Innledningsvis bemerkes at i enhver virkningssak der konkurransemyndighetene har funnet bevist et samarbeid mellom konkurrenter, vil de samarbeidende foretakene ha insentiver til å anføre at de samme virkningene i markedet ville oppstått ved ensidige handlinger, altså uten at foretakene samarbeidet. Det avgjørende for sammenligningen med et hypotetisk scenario, slik nemnda ser det, vil alltid være en konkret vurdering av det aktuelle samarbeidet i det aktuelle markedet som er funnet bevist, opp mot den aktuelle konkurranseskaden.

(496) Et helt generelt utgangspunkt er, som ellers i konkurranseretten, at foretakene anses som rasjonelle aktører. Det har formodningen mot seg at rasjonelle aktører vil bruke tid og ressurser på et samarbeid med sine nærmeste konkurrenter som ikke har noe innhold eller noen virkning.

(497) Vurderingen av alternativsituasjonen skal foretas med utgangspunkt i situasjonen slik den var før samarbeidet (inkludert rettslig og økonomisk kontekst). Det er

²⁰⁷ Sak 307/18, *Generics (UK) Ltd and Others v Competition and Markets Authority (Generics)*.

²⁰⁸ Sak C-176/19 *Servier*, avsnitt 353, jf. avsnitt 340.

partenes realistiske handlingsalternativer under disse omstendighetene som må vurderes i et hypotetisk scenario. Både før og etter samarbeidet er konteksten at klagerne er de største dagligvareforetakene i Norge og hverandres nærmeste konkurrenter. Konkurranseskaklagenemnda viser til vedtakets beskrivelse av dagligvaremarkedet som et høyt konsentrert oligopol med betydelige etableringshindringer. Nemnda legger til grunn at dagligvaremarkedet i Norge både før og etter samarbeidet var sårbart for konkurransebegrensninger.

- (498) Når det gjelder konkurransesituasjonen før samarbeidet, viser Konkurranseskaklagenemnda i hovedsak til vedtaket avsnitt 1766 følgende, herunder redegjørelsen for bruken av AC Nielsen som en uavhengig tredjepart, som klagerne benyttet blant annet for å innhente konkurrentpriser se også over i punktene 2.3.8 og 2.3.10. Vedtaket redegjør detaljert for AC Niensens rolle i markedet og behovet hos klagerne for å innhente konkurrentpriser, blant annet til bruk i sammenlignende reklame se også nemndas bevisvurdering i punkt 7.5.3 og 7.5.8. Som det fremgår av nemndas vurdering av bevisene var både prisinnhenting gjennom tredjepart og egen prisinnhenting før samarbeidet startet i 2011, begrenset.
- (499) Bevisene i saken viser at det enkelte foretakets prisjegervirksomhet før samarbeidet var individuell og uavhengig. Under høringen forklarte for eksempel de kommersielle vitnene fra Rema 1000 seg om foretakets vellykkede prisjegervirksomhet som en del av Rema 1000s lavpriskonsept og deres kapring av markedsandeler.²⁰⁹ Prisjegervirksomheten før samarbeidet ble forklart som at den utgjorde en del av det som kan omtales som partenes konkurranseevne relativt til konkurrentene.
- (500) I klagen fra Coop redegjøres det for behovet hos dette foretaket og hos Norgesgruppen for å svare på denne konkurranseutfordringen fra Rema 1000. Forut for samarbeidet omtaler Coop i klagen prisinnhenting som en del av «markedsdynamikken», og «[e]n sentral drivkraft var at Remas intensiverte prisinnhenting medførte at de andre kjedene også måtte øke sin prisinnhenting for å holde seg konkurransedyktige.»²¹⁰
- (501) Det sentrale i spørsmålet om årsakssammenheng er derfor de endringene som selve samarbeidet medførte. Det er ikke tvilsomt, slik Konkurranseskaklagenemnda har fått saken opplyst fra klagerne selv og gjennom dokumentbevisene, at prisjegervirksomheten før samarbeidet ble gjennomført mer individuelt og mer uavhengig for hver av foretakene, sammenlignet med situasjonen etter at samarbeidet ble etablert.
- (502) Når konkurranseskaden handler om økt visshet om konkurrentrespons, se over i punkt 8.4.3.1, handler spørsmålet om årsakssammenheng særlig om samarbeidet endret på vissheten om konkurrentrespons, herunder om responsen ville komme raskere. Ettersom konkurrentrespons blant annet er et element i prissettingen, må informasjonsverdien for slik respons gjennom å samarbeide sammenlignes med situasjonen uten samarbeid, se over i avsnittene 432 og 433.

²⁰⁹ Se også Coops klage avsnitt 694 følgende.

²¹⁰ Jf. Coops klage avsnitt 694.

- (503) Konkurransklagenemnda er enig med klagerne i at også uten samarbeidet ville foretakene ha hatt informasjon om konkurrentrespons. Nemnda er også enig med klagerne i at partene ville ha brukt denne informasjonen i prissettingen. Spørsmålet når det gjelder årsakssammenheng, er imidlertid ikke om konkurrentrespons inngår i prissettingen, eller om klagerne ville ha hatt informasjon om konkurrentrespons også uten samarbeidet. Spørsmålet er om samarbeidet, gjennom den informasjonsutvekslingen nemnda har funnet bevist i punkt 7.5.5, har økt vissheten for hvert av foretakene om konkurrentresponsen, med de følgene som er vist i nemndas gjennomgang av virkningen på konkurransen.
- (504) Årsaksvurderingen her er derfor sammensatt og krever en nærmere vurdering av særlig to forhold.
- (505) For det første påvirkes sammenligningen med alternativsituasjonen av betydningen det har for klagerne at selvstendig og individuell opptreden i markedet er erstattet med et samarbeid. Samarbeidet gir, som nevnt i punkt 7.5, en økt visshet om konkurrentrespons. Selve samarbeidet betyr at hver av klagerne har delt informasjon med konkurrenter. Klagerne vet at de selv er med i et samarbeid, og de vet at de andre partene i samarbeidet vet at de er med i samarbeidet, noe som har informasjonsverdi. Økt visshet omfatter også den faktiske prisinnhenting, ettersom denne adferden utgjør en del av samarbeidets innhold, jf. punkt 7.5.3. Uavhengig av om den løpende prisinnhenting utføres av hvert foretaks egne prisjegere, inngår dermed også denne aktiviteten som en del av samarbeidet.
- (506) For det andre påvirkes sammenligningen med alternativsituasjonen av hvor fersk, hyppig og oppdatert informasjon klagerne ville ha hatt om hverandres priser uten samarbeidet. Dette igjen påvirkes blant annet av den betydningen samarbeidet hadde for organiseringen og bruken av prisjegerkorpsset og den utviklingen det er redegjort for i Konkurransetilsynets vedtak og ovenfor i punkt 7.5, særlig i punktene 7.5.3 og 7.5.8 over. En avtale om sikker tilgang til konkurrentenes butikker for prisinnhenting finnes ikke i alternativscenariet. I fravær av en avtale ville klagerne hatt en annen usikkerhetsgrad når det gjaldt for eksempel tilgangen til konkurrentenes butikker, se gjennomgangen av bevisene i punkt 7.5, herunder konflikter og uenighet rundt dette. For denne vurderingen legger nemnda ikke til grunn at klagerne i alternativsituasjonen ikke ville hatt noen tilgang til konkurrentenes butikker.

8.4.6.4 *Klagers anførsel om krav til kvantifisering av «lovlig» prisinnhenting*

- (507) Klagerne legger vekt på at Konkurransetilsynet må angi en størrelse på hvor mye informasjon partene lovlig kan innhente, og når slik informasjonsinnhenting er ulovlig konkurransebegrensende. Argumentasjonen rundt et påstått krav om kvantifisering av såkalt lovlig prisinnhenting er også anvendt for å få opphevet pålegget om opphør, se punkt 15 nedenfor.
- (508) Konkurransklagenemnda er enig med Konkurransetilsynet i at kravet til et realistisk og troverdig kontrafaktisk scenario ikke innebærer at det må bevises nøyaktig hva partenes atferd ville ha vært i fravær av samarbeidet, og at det heller ikke gjelder noe krav til å kvantifisere hvor mye informasjon partene ville hatt uten samarbeidet. Slik nemnda ser det, er det tilstrekkelig for kravet til årsakssammenheng å vise at virkningene ikke ville ha oppstått, eller ville ha oppstått i merkbart mindre omfang, dersom samarbeidet tenkes bort.

- (509) Konkurransklagenemnda deler dermed ikke klagerne syn på inngangen til vurderingen av alternativsituasjonen gjennom et slikt krav til kvantifisering, herunder at det er en konkret grense for mengden innhentet prisinformasjon fra konkurrenter som må påvises i denne saken. Nemnda understreker at overtredelsen ikke gjelder prisinnhenting som sådan, men *samarbeidet* mellom klagerne om prisinnhenting. Nemnda anser rammen for vurderingen av alternativsituasjonen å være en sammenligning mellom situasjonen med et samarbeid mellom tre konkurrenter i et oligopol, og en situasjon der alle tre parter opptrer individuelt og uavhengig. Se for øvrig nemndas drøftelse av et «knekkpunkt» for prisinnhenting i punkt 8.4.3.2.
- (510) I en slik sammenligning er det relevant å fastlegge innholdet i samarbeidet mer i detalj. Konkurransklagenemnda har beskrevet dette under gjennomgangen i punkt 7 av samarbeidskriteriet. Det er dette samarbeidet om prisinnhenting som ikke finnes i alternativsituasjonen.

8.4.6.5 Fra konkurranse til samarbeid om prisinnhenting

- (511) Situasjonen forut for samarbeidet oppsummeres på følgende måte av Coop:

«Fra slutten av 2010 hadde Rema allerede et velutviklet system for innsamling av konkurrentenes priser, med egne prisjegere. Dette innebar at Rema var bedre informert om prisene i markedet enn både Coop og NorgesGruppen, og derfor hadde et konkurransefortrinn.»²¹¹

- (512) Konkurransklagenemnda viser også til vedtaket avsnitt 374 følgende, som gjengir bevis knyttet til NorgesGruppens respons på Rema 1000s konkurransefortrinn med en strategi om å forbedre prisovervåkingssystemet deres kraftig.
- (513) Bevisene vist til i vedtaket avsnitt 376 viser at NorgesGruppen var opptatt av Rema 1000s konkurransefortrinn for prisinnhenting gjennom bruk av teknologi, herunder skannere. Det vises i den forbindelse til intern e-postkorrespondanse i NorgesGruppen 15. desember 2010, hvor det blant annet ble stilt spørsmål om bruken av skanner:

[Redacted text block]

²¹²

- (514) Gjennomgangen av e-post i vedtaket illustrerer også at NorgesGruppen var opptatt av hvordan de kunne samle inn prisinformasjon gjennom Nielsen like raskt som Rema 1000: «[u]tfordringen er da om Nielsen da kan samle inn prisinformasjon like raskt som det Rema og Rimi gjør».²¹³ Videre fremgår det at NorgesGruppen ikke kan bruke dårligere teknologi enn Rema 1000, ettersom Rema 1000 allerede har et «konkurranseforsprang».

²¹¹ Coops klage avsnitt 695.

²¹² Vedtaket avsnitt 376, jf. vedlegg 153, e-post fra [Redacted] (NorgesGruppen) til [Redacted] (begge Kiwi).

²¹³ Vedtaket avsnitt 323, jf. vedlegg 137.

- (515) Coop oppsummerer i klagen situasjonen i markedet før samarbeidet på følgende måte:

«Sett under ett innebar markedsutviklingen i tiden forut for møtene om Bransjenormen i 2011 og 2012 at Partene hver for seg fikk klare incentiver til å øke sin individuelle prisinnsamling. Utviklingen ble drevet frem av Remas innovative tilnærming til prisinnsamling, og Coop og NorgesGruppens respektive respons.»²¹⁴

- (516) Samarbeidet har, slik Konkurransklagenemnda ser det, endret på dette elementet i markedet, fra konkurranse til samarbeid om prisinnhenting. Når samarbeid erstatter konkurranse, oppstår en endret situasjon. I det følgende gjennomgås noen av disse endringene.
- (517) Situasjonene med og uten samarbeid er forskjellige ved at prisjegervirksomheten i seg selv gjennom samarbeidet blir et tema for direkte diskusjon mellom konkurrenter. Situasjonene med og uten samarbeid er ulike fordi rammer for en slik virksomhet styrker forventninger om at rammene vil utnyttes, og at alle partene er klare over at de vil utnyttes.
- (518) Videre er samarbeid om faktiske fremgangsmåter for prisjegervirksomheten, som for eksempel bruk av skanner, tilgjengelig tid i butikkene, osv., egnet til å gi mer presis informasjon om prisinnhenting fra konkurrentene, sammenlignet med situasjonen uten et samarbeid. Presisjonsnivået på informasjonen øker ettersom prisinnhenting utvikles til å være en «skanning av hele butikken», som uttrykt blant annet under høringen. Slik Konkurransklagenemnda forstår faktum her, betyr skanning av hele butikken i praksis at hver av klagerne *vet* hvilken prisinformasjon konkurrenten har innhentet. Fremgangsmåten visker dermed ut forskjellen mellom å samarbeide gjennom å sende egne prisjegere inn i konkurrentens butikk, og å samarbeide gjennom å faktisk utveksle prisene. Sagt på en annen måte vil skanning av alle prisene i en butikk bety at hver part har presis informasjon om hvilken informasjon konkurrenten har, slik samarbeidet var innrettet. Det vises til en mer fullstendig gjennomgang av dette i punkt 7.5.5.
- (519) Videre er situasjonen med og uten samarbeid vesensforskjellig når det gjelder redusert risiko for å bygge opp og utvide prisjegervirksomheten. Med samarbeidet fjernes for eksempel langt på vei risikoen for at prisjegerne blir nektet adgang til eller kastet ut av konkurrentenes butikklokaler, se mer om dette over i punkt 7.5.7. Dette gjelder selv om det også var eksempler på at butikkeiere kastet ut prisjegere under samarbeidet. Slike forsøk ble slått ned på fra sentralt hold i foretakene, og informasjonen om samarbeidets virkninger for hver butikksjef ble utarbeidet og distribuert for å unngå slike situasjoner.
- (520) Samarbeidet økte også «sentraliseringen» av prisjegervirksomheten i hvert av foretakene. Den beveget seg mot toppledelsen i selskapene. Under høringen ble det forklart hvordan foretakene laget informasjonsmateriale, distribuerte dette materialet og instruerte butikksjefene med pålegg om å gi konkurrentene tilgang.

²¹⁴ Coops klage avsnitt 702.

- (521) Som drøftet i punkt 8.4.3.1 handler skadeteorien i saken om prisinnhenting som metode for å kunne utlede noe om konkurrenters respons til bruk i et foretaks prissetting. All utvekslet informasjon i et samarbeid som gir hver av partene en økt visshet om konkurrentresponsen, er dermed relevant og blir potensielt viktig strategisk informasjon. Når samarbeidet for eksempel gir rammer for bruk av skanner i prisinnhenting, sier det noe presist om gjennomføringen av prisinnhenting som det ellers ville vært mer usikkerhet om. Dette igjen gir mer presisjon til informasjonen rundt hvordan konkurrentene ville respondere, sammenlignet med et fravær av samarbeid. Det vises også til redegjørelsen over om betydningen av å skanne hele butikker og den presisjonen det ga for hvilken informasjon konkurrenten satt med.
- (522) Samarbeidet ga en stabil flyt av ferskere, mer omfattende og hyppigere prisinformasjon fra konkurrenter, slik vedtaket legger til grunn. Å gå fra konkurranse til samarbeid om prisinnhenting har gitt klagerne økt visshet om konkurrentresponsen.
- (523) Med den vurderingen av alternativsituasjonen som Konkurransklagenemnda har redegjort for knyttet til samarbeidets betydning for økt visshet om konkurrentrespons, er det ikke nødvendig for nemnda å gå mer detaljert inn i vedtakets drøfting av de fire ulike alternativsituasjonene i vedtaket punkt 11.2.3. Konkurransetilsynet foretar der en vurdering av fire alternative måter å innhente prisinformasjon på, gjennom 1) prisjegervirksomhet uten avtale, 2) innhenting via tredjepart, 3) egne innkjøp, og 4) overvåkning på internett, jf. avsnittene 1798 til 1812. Konkurransetilsynets konklusjon i vedtaket avsnitt 1813 er at «partenes realistiske handlingsalternativer i fravær av et samarbeid ville gitt dem betydelig mindre omfattende, fersk og hyppig oppdatert informasjon om konkurrentenes priser enn de innhentet med samarbeidet». Denne konklusjonen deler nemnda.

8.4.6.6 Oppsummering – årsakssammenheng

- (524) Konkurransklagenemnda slutter seg etter dette til vedtakets konklusjon om at det foreligger en årsakssammenheng mellom samarbeidet og konkurransekaden. Uten samarbeidet ville partene ha opptrådt uavhengig, og alternativsituasjonen ville ikke ha gitt den vissheten om konkurrentresponsen som samarbeidet ga.
- (525) Det er ikke nødvendig for Konkurransklagenemnda å kommentere klagerens fremleggelse av en juridisk betenkning om tilgang til butikker fra professor emeritus Ernst Nordtveit (heretter Nordtveit) og hans tilleggskommentar til betenkningen.²¹⁵ Kravet til årsakssammenheng er oppfylt uavhengig av hvordan Nordtveits utredning og konklusjoner vurderes. Utredningen drøfter tilgang til butikklokaler for prisinnhenting, men nevner ikke samarbeid om prisinnhenting som denne saken gjelder. Foranlediget av at klagerens anførsler har tillagt betenkningen stor betydning, vil nemnda likevel drøfte den juridiske holdbarheten av betenkningen og tilleggskommentaren til denne, idet nemnda ikke deler de rettslige vurderingene som Nordtveit gir uttrykk for.

²¹⁵ NorgesGruppens klage vedlegg 3: Ernst Nordtveit, «Eigedomsretten som grunnlag for regulering av tilgang til butikklokale», 16. februar 2025 (heretter Nordtveit 1); og NorgesGruppens merknader til innstillingen vedlegg 2: Ernst Nordtveit, «Eigedomsretten som grunnlag for regulering av tilgang til butikklokale – merknader til Konkurransetilsynet sine kommentarer av 14.03.2025» (heretter Nordtveit 2).

8.4.6.7 Merknader til Nordtveits betenkning

- (526) Klagerne anfører, med utgangspunkt i den alminnelige eiendomsretten, at det foreligger en fri adgang for konkurrenter til å oppsøke konkurrerende dagligvareforetaks butikker for innhenting av priser, og at de derfor ville kunne ha innhentet like mye prisinformasjon uten som med samarbeidet.
- (527) Konkurransetilsynet bestrider partenes standpunkt og viser til Høyesteretts uttalelser i Rt-2011-780, *Vindmølle*.²¹⁶ Eiendomsretten er der beskrevet som en rett til å råde over fast eiendom «så langt dette ikke er forbudt ved lov eller strider mot rettigheter som tilkommer andre». Høyesterett uttalte videre at «[e]iendomsretten har også en negativ side, ved at eieren kan hindre andre i å disponere og bruke tingen og eiendommen». Konkurransetilsynet viser også til uttalelsen i Falkanger & Falkanger, *Tingsrett*, 9. utgave (2022) side 41: «Den private grunneier kan etter forgodtbefinnende nekte andre tilkomst til sin eiendom [...]».
- (528) Nordtveit uttaler at dette er i tråd med det rettslige utgangspunktet for hans utredning, men at det er et «for bastant og enkelt [utgangspunkt] for løysing av dei komplekse rettsspørsmåla ein står overfor i spenningsfeltet mellom eigedomsretten og reglar som regulerer forretningsdrift av den typen ein står overfor her».²¹⁷ Nordtveit uttaler også at det er et «forfeila og uhaldbart» standpunkt å legge til grunn at eiendomsretten gir full og uhindret rett til å nekte folk adgang til en eiendom som er tatt i bruk som dagligvareforretning, og at det grunnleggende utgangspunktet om eiendomsretten «i alle fall ikkje [løyser] alle spørsmål om tilgang til slike lokale».²¹⁸
- (529) Konkurransetilsynet vil etter dette ta stilling til hvilken rolle eiendomsretten spiller for adgangen til å regulere fysisk tilgang til butikker som er åpne for allmennheten. Med «eiendomsrett» siktes det her i vid forstand til den fysiske og juridiske rådigheten over butikklokalet, enten denne følger av en eiendomsrett eller en leierett til lokalet. Butikklokalene som de tre dagligvareforetakene disponerer under sine ulike kjedekonsepter, er eiet av enten foretakene eller franchisetakerne som driver butikkene, eller leiet fra andre. I det følgende omtales de som driver butikkene, som «butikkeiere».
- (530) Spørsmålet er om det foreligger rettsgrunnlag som er til hinder for at butikkeierne kan nekte prisjegere adgang til butikklokalene, eller som er til hinder for å vise bort prisjegere som har kommet inn i lokalene.
- (531) Konkurransetilsynet tar utgangspunkt i at det ikke eksisterer lovfestede regler eller norsk rettspraksis som regulerer spørsmålet om hvor langt en butikkeier kan begrense tilgangen til sine butikker, eller nedlegge forbud mot visse typer aktivitet der. Spørsmålet er om det finnes unntak fra det rettslige utgangspunktet som er referert foran. Selv om den sterke reguleringen av eiendomsretten i nyere tid innebærer en innsnevring av eierrådigheten, legger nemnda til grunn at det ikke eksisterer en fri tilgang til andres bygninger, utover det som eieren tillater, og i alle fall ikke i strid med forbud eller oppsatte stengsler.

²¹⁶ Rt-2011-780, (*Vindmølle*), avsnitt 59.

²¹⁷ Nordtveit 2, avsnitt 3.

²¹⁸ Nordtveit 2, avsnitt 4.

- (532) Konkurransklagenemnda er enig i Nordtveits synspunkt om at det å ta et lokale i bruk som butikk, og særlig en dagligvarebutikk, innebærer en viss oppgivelse av rådigheten over lokalet, i form av en aksept fra eiers side om at publikum kan oppsøke butikken, og kan oppholde seg der. Det er selve målet for butikkdriften at kunder skal oppsøke butikken og gjennom innkjøp få dekket sine behov og samtidig bidra til omsetningen. Nemnda legger også til grunn, og det er heller ikke omtvistet, at en butikkeier har rett til å gripe inn mot aktivitet som forstyrrer virksomheten, eller som innebærer skade på bygning eller inventar.
- (533) Konkurransklagenemnda er også enig i synspunktet om at utestenging av bestemte grupper eller personer ute fra butikker krever et *konkret og saklig grunnlag*. Et slikt prinsipp kan blant annet forankres dels i prinsippet om *kontraheringsplikt*, og dels i forbud mot *diskriminering* av grupper eller personer.
- (534) Konkurransklagenemnda finner imidlertid ikke betraktningene knyttet til *kontraheringsplikt* treffende for spørsmålet om adgangen til å nekte prisjegere tilgang til butikklokalene. Grunnen er for det første at prisjegere verken handler eller har intensjon om å handle i butikken. For det andre gir betenkningen knyttet til kontraheringsplikten ikke noe svar på hva som *kan* kvalifisere til saklig grunn for utestengelse. Det er derfor overraskende når den siste setningen i avsnittet som omhandler *normen saklig grunn*, konkluderer med at «[o]msynet til å hindra at konkurrentar får innsyn i butikken sine prisar vil ikkje vere ein sakleg grunn til å halda andre bort frå butikken».²¹⁹ Betenkningen skifter på dette punktet fra en drøftelse av selve normen, til konkret subsumsjon, uten å redegjøre for hvilke konkrete momenter som anses avgjørende for at det *ikke* foreligger saklig grunn til utestengelse. Konklusjonen på dette punktet fremstår derfor som et rent postulat som nemnda ikke kan tillegge vekt.
- (535) Konkurransklagenemnda stiller seg ellers helt uforstående til at kontraheringsplikten skulle gå så langt som at enhver har tilgang til salgslokalet dersom det er åpenbart at vedkommende ikke er en reell eller potensiell kunde. Rettskildene som betenkningen viser til på dette punktet, er alle knyttet til forutsetninger om at det er tale om reelle kjøp/salg – noe som ikke er tilfelle for prisjegere. Disse rettskildene gir heller ikke noe svar på i hvilke tilfeller adgangsnekt kan være legitimt.
- (536) Konkurransklagenemnda kan heller ikke se at Høyesteretts dom i Rt-2014-36, *Alpinanlegg*, gir noe relevant bidrag til tilgangsspørsmålet. Begrunnelsen er at saken blant annet gjaldt spørsmål om en kommersiell skiskole kunne kreve adgang til et alpinanlegg for sine instruktører til vanlig forbrukerpris – et spørsmål Høyesterett besvarte benektende. Saken gjaldt altså en konflikt om reelle transaksjoner, og på hvilke vilkår disse kunne kreves gjennomført. Nemnda bemerker dessuten at en kontraheringsplikt ikke er ubegrenset, og det er ingen tvil om at næringsdrivende kan stille vilkår, forutsatt at de er rimelige.²²⁰ At kontraheringsplikten kan underlegges begrensninger, tilsier desto mer at den næringsdrivende må kunne oppstille minst like sterke, og kanskje sterkere, begrensninger overfor personer som ikke er reelle kunder. Nemnda antar derimot at reglene om sammenlignende reklame, jf. punkt 2.3.10, bygger på forutsetninger om en viss tilgang til konkurrenters butikklokaler

²¹⁹ Nordtveit 2, avsnitt 16.

²²⁰ Se Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett*, 1989, side 43.

for å kunne gjennomføre sammenlignende pris-markedsføring på en måte som er i tråd med forskrift om sammenlignende reklame, slik blant annet Rema 1000 anfører. Nemnda kan imidlertid ikke se at reglene om sammenlignende reklame kan forstås slik at konkurrenter skal ha fri adgang til andre konkurrenters lokaler for fullstendig prisregistrering til enhver tid.

- (537) Med unntak av den begrensningen som følger av adgangen til å drive prissammenlignende reklame, legger Konkurransklagenemnda etter dette til grunn at den alminnelige kontraheringsplikten i næringslivet ikke kan utgjøre et rettslig grunnlag for at butikkeiere ikke kan nekte prisjegere tilgang til sine butikklokaler, så lenge de ikke har til hensikt å foreta, eller foretar, reelle innkjøp.
- (538) Konkurransklagenemnda finner heller ikke at et *krav til saklig grunn*, eller *ikke-diskriminerende grunnlag*, som vilkår for å nekte bestemte personer eller grupper tilgang, bidrar til å avklare adgangsspørsmålet i denne saken. *Supporter-dommen*, LH-2024-95581, som betenkningen viser til, kaster ikke nevneverdig lys over problemstillingen, utover at den stadfester at det kan gjelde et krav til saklighet, og at dommen stiller krav til saksbehandlingen i saker om utestengelse. Avgjørelsen har ut over dette høyst begrenset overføringsverdi til vår sak.
- (539) Konkurransklagenemnda finner heller ikke at argumenter knyttet til kjøpesenter som sosial møteplass²²¹ er treffende. Grunnen er at spørsmålet om å nekte adgang for prisjegere, ikke gjelder adgang til selve *kjøpesentrene*, men derimot til *butikklokaler* for de enkelte dagligvareforetakene, som typisk befinner seg i mer avgrensede områder innenfor et kjøpesenter. Alminnelige butikklokaler er i langt mindre grad sosiale møteplasser enn hva tilfellet er for kjøpesentre. Prisjegerens formål med å oppsøke butikker er uansett ikke å dekke behovet for en sosial møteplass.
- (540) Konkurransklagenemnda kan etter dette ikke se at det er dekning i rettskildene for Nordtveits konklusjon om at «[u]tgangspunktet må såleis vera at ein butikkeigar har sterkt avgrensa høve til å regulera kven som får tilgang til butikken, utan at det ligg føre ein sakleg grunn som knyter seg til drifta av butikken og tryggleiken for kundar og tilsette».²²² Nemnda kan uansett ikke slutte seg til de videre synspunktene om forståelsen av hva som kan utgjøre saklig grunn for tilgangsnektelse – 1) prisjegervirksomheten som en *driftsforstyrrelse* (Nordtveit 1, avsnittene 41 til 48), og 2) prisjegervirksomheten som et inngrep i *beskyttelsen av egen prisinformasjon* (Nordtveit 1, avsnittene 49 til 59).
- (541) Når det gjelder *driftsforstyrrelser*, bemerker Konkurransklagenemnda at prisjegerens opphold i butikkene avviker vesentlig fra ordinære kunders atferd, både kvantitativt og kvalitativt. Betenkningens sammenligning av trafikken fra ordinære kunder med den merbelastningen som følger av prisjegerens opphold i butikkene, er derfor ikke treffende. Nemnda stiller seg også undrende til betenkningens uttalelse om at 20 timer per uke per butikk muligens kan være uttrykk for en øvre grense. Synspunktet er ikke forankret i konkrete rettsgrunnlag, og det er i det hele påfallende at vurderingen konkluderer med et timetall som tilsvarer den rammen som ble satt i enigheten som ble oppnådd mellom partene i 2012. Betenkningen tar i vurderingen av driftsforstyrrelser heller ikke opp til vurdering andre elementer, som for eksempel

²²¹ Nordtveit 1, avsnitt 31.

²²² Nordtveit 1, avsnitt 32.

det mulige ubehaget for ansatte ved å måtte dele arbeidsplassen sin med konkurrenters representanter over et betydelig antall timer i uken. Dommen fra LB-2000-1322, som betenkningen viser til, har etter nemndas vurdering ingen overføringsverdi til vår sak.

- (542) Konkurranseskilagenemnda finner heller ikke vurderingen av prisjegervirksomheten som *innngrep i beskyttelsen av egen prisinformasjon* treffende.²²³ Kjernen i problemstillingen, som ikke er berørt, gjelder de konkurranserettslige problemene som utløses av samarbeid om prisjegervirksomhet, slik de er nærmere beskrevet i nemndas gjennomgang av samarbeids- og virkningskriteriet i punktene 7 og 8. Spørsmålet om tilgang til butikker står etter nemndas syn i en helt annen stilling når det gjelder tilgang for konkurrenters representanter, sammenlignet med tilgang for andre personer eller grupper av personer. Innenfor det konkurranseperspektivet som Nordtveit skisserer, er det etter nemndas vurdering en helt legitim adferd for butikkeiere å skjerme både egen prisinformasjon (og annen informasjon) overfor konkurrenter, utover det som dekker et legitimt behov for prissammenligning, selv om det er prisinformasjon som er offentlig tilgjengelig. Særlig gjelder dette i lys av at butikkeierne er klar over at de store mengdene prisinformasjon som innhentes svært hyppig, ikke bare skal brukes til prissammenligning i markedsføringsøyemed, som var Bransjenormens opprinnelige og uttalte formål, men også benyttes av konkurrentene som beslutningsgrunnlag i deres egne interne prissetting og prisstrategier. Etter nemndas oppfatning gir konkurranserettens grunnleggende krav til at konkurrenter skal opptre uavhengig, og med det sikre at det hersker en usikkerhet om markedets funksjon, tilstrekkelig legitim grunn til å begrense konkurrenters tilgang til egne butikker.
- (543) Rettskildene som er anført om «det relasjonelle eidegomsbegrepet»,²²⁴ inkludert en juridisk artikkel²²⁵ og en rekke sentrale høyesterettsavgjørelser²²⁶ der Høyesterett har avgjort eiendomsrettslige spørsmål på grunnlag av vurderinger av reelle hensyn og interesseavveininger, har minimal relevans og overføringsverdi til spørsmålet om adgangen til å nekte konkurrenters prisjegere tilgang til egne butikklokaler. Heller ikke Høyesteretts dom i HR-2021-2510-A, (*El-sparkesykkel på kommunal grunn*), som Nordtveit anser «[m]est direkte relevant for spørsmålet i denne saka», har nevneverdig overføringsverdi. Grunnen er blant annet at det er en vesensforskjell mellom privateide butikklokaler og kommunalt eid grunn som er avsatt til offentlig ferdsel.
- (544) Forskjellen ligger både i vedtakets art, i vedtakets formål og ikke minst i at det kommunale forbudet mot å bruke kommunal grunn til kommersiell utleie av el-sparkesykler, grep inn i borgernes bruk av retten til å ferdes på *offentlig veg* – noe som tilsa at forbudet ikke kunne hjemles i kommunens eierrådighet over egen grunn. Selv om hensynet til konkurranse kan anføres til støtte for informasjonsinnhenting, trekker det samme hensynet i motsatt retning dersom informasjonsinnhenting får et omfang og en karakter som reelt sett utgjør en utveksling av konkurransesensitiv

²²³ Nordtveit 1, avsnittene 49–59, og Nordtveit 2, avsnittene 12–15.

²²⁴ Nordtveit 2, avsnittene 7–11.

²²⁵ Ernst Nordtveit og Ingunn Myklebust, «Metodiske utfordringar i tingsretten», i Johan Giertsen m.fl., *Rett i vest. Festskrift til 50-årsjubileet for jurist-utdanningen ved Universitetet i Bergen*, Fagbokforlaget 2019, side 461–476 (på sidene 468–470).

²²⁶ Rt-1915-704, på side 706, Rt-1985-1128, (*Rugsunddommen*), på side 1132, Rt-1967-920, (*Hålandsdaldommen*), Rt-2004-1985, (*barns fiskerett*), Rt-2007-102, (*Ulrichsendommen*).

informasjon. Etter Konkurransklagenemndas vurdering er derfor ikke hensynet til konkurranse noe tungtveiende argument for fri adgang til konkurrenters butikker – snarere tvert imot.

- (545) Når det gjelder den franske dommen fra Cour de Cassation av 4. oktober 2011 som klagerne har påberopt til støtte for at prisjegere ikke kan nektes tilgang til konkurrenters butikker, kan Konkurransklagenemnda ikke se at dommen har noen relevans eller overføringsverdi for vår sak. Saken gjaldt spørsmål om en butikk kunne nekte konkurrenter å sende ansatte for å registrere priser på utvalgte produkter, selv om Code de commerce § 410-2 (den franske handelsloven) ga konkurrentene en slik rett. Dommen gjaldt imidlertid bare spørsmålet om adgangen til å «registrere prisen på enkelte produkter», ikke som i vår sak skanning av store mengder varer i konkurrentens butikk. Dommens begrunnelse, som er kort, hviler på hensynet til å kunne drive prissammenligning av utvalgte produkter, og drøfter ikke, og tar heller ikke stilling til, spørsmålet om mulige konkurranseskadelige virkninger av omfattende prisinnhenting gjennom et samarbeid av den karakter som saken her gjelder.
- (546) Konkurransklagenemnda konkluderer etter dette med at klagernes anførsler om at det i utgangspunktet gjelder rett til uinnskrenket adgang til dagligvarebutikker, og at Bransjenormen bare var en begrensning i denne adgangen, ikke kan føre frem.

8.5 Oppsummering konkurransebegrensningskriteriet

- (547) Konkurransklagenemnda finner med dette at konkurransebegrensningskriteriet i konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 er oppfylt. Nemnda finner at Konkurransetilsynet i vedtaket legger riktig rettslig utgangspunkt for vurderingen til grunn.
- (548) Konkurransklagenemnda er enig i vedtakets skadeteori og finner at konkurranseskaden er forankret i veletablerte og anerkjente økonomiske sammenhenger. Det er samarbeid om prisinnhenting skadeteorien handler om, ikke prisinnhenting i seg selv.
- (549) Konkurransklagenemnda finner forankring i sakens bevis for at skadeteorien er operativ og reell mellom de aktuelle partene i det aktuelle markedet. Klagernes empiriske analyser forandrer ikke på dette.
- (550) Konkurransklagenemnda har i vurderingen av konkurransebegrensende virkning lagt vekt på den konkrete rettslige og faktiske konteksten, særlig at samarbeidet var mellom tre konkurrenter i et høyt konsentrert oligopol med høye etableringshindringer.
- (551) Konkurransklagenemnda har funnet årsakssammenheng mellom samarbeidet og konkurranseskaden som følge av den økte vissheten om konkurrentresponsen som oppstod gjennom samarbeidet, herunder at responsen ville komme raskere.
- (552) Vedtaket legger korrekt til grunn at informasjonsutvekslingen i saken oppfyller vilkåret om å ha konkurransebegrensende virkning.

9 Fortsatt og sammenhengende overtredelse

(553) Konkurransetilsynet legger i vedtaket avsnitt 2290 til grunn at:

«[d]et er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at partenes samarbeid om å gi hverandre gjensidig tilgang til innhenting av omfattende mengder varelinjepriser i hverandres dagligvarebutikker utgjør én fortsatt og sammenhengende overtredelse.»

(554) Klagerne fremsetter ikke særskilte innsigelser til Konkurransetilsynets vurdering av dette vilkåret. Konkurransesklagene nemnda legger imidlertid til grunn at klagerens anførsler knyttet til vurderingen av samarbeidskriteriet, jf. punkt 7 ovenfor, skal forstås slik at det også bestrides at det foreligger én fortsatt og sammenhengende overtredelse.

(555) Læren om fortsatt og sammenhengende overtredelse innebærer at samarbeid om en overordnet plan som manifesterer seg gjennom flere enkeltstående handlinger med samme konkurransebegrensende formål eller virkning, kan ses under ett som én sammenhengende overtredelse i stedet for flere enkeltstående overtredelser.²²⁷ I EU/EØS-rettspraksis er det stilt tre kumulative vilkår for å kunne konstatere én fortsatt og sammenhengende overtredelse:

1. De enkeltstående handlingene må være en del av en felles overordnet målsetning.
2. Hver av partene må bevisst ha bidratt til den felles overordnede målsetningen.
3. Hver av partene må ha vært klar over eller burde ha vært klar over de andre partenes bidrag til overtredelsen.²²⁸

(556) Som påpekt av Konkurransesklagene nemnda i vedtak V04/2021, (*Verisure*), avsnittene 390 til 392, beror spørsmålet om det foreligger én fortsatt og sammenhengende overtredelse, på en konkret vurdering:²²⁹

«I henhold til EU-rettspraksis er følgende momenter relevante i vurderingen av om det foreligger en fortsatt og sammenhengende overtredelse:

- a) Om overtredelsen gjelder de samme produkter eller tjenester.
- b) Om den overordnede målsetningen er den samme.
- c) Om det er de samme foretak som har deltatt.
- d) Om fremgangsmåten har vært den samme.
- e) Om det er de samme personene som har vært involvert.
- f) Om det geografiske omfanget har vært det samme. [Fotnote utelatt.]

Hvorvidt det foreligger en fortsatt og sammenhengende overtredelse beror på en konkret vurdering, der også andre momenter enn de som er listet opp over, kan

²²⁷Sak C-204/00 P *Aalborg Portland m.fl.*, avsnitt 258, sak C-105/04 P, CEF City Electrical Factors BV and CEF Holdings Ltd v Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied and Technische Unie BV (*Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel*), avsnitt 110, sak C-626/13 P, Villeroy & Boch AG v European Commission (*Villeroy & Boch*), avsnitt 60 og sak T-240/17, Campine NV and Campine Recycling NV v European Commission (*Campine*), avsnitt 232.

²²⁸Forente saker T-204/08 og T-212/08, Team Relocations NV (T-204/08) and Amertranseuro International Holdings Ltd, Trans Euro Ltd and Team Relocations Ltd (T-212/08) v European Commission (*Team Relocations*), avsnitt 37.

²²⁹ Konkurransesklagene nemndas vedtak V04/2021, (*Verisure*).

være relevante. Det er heller ikke nødvendig at alle momentene foreligger i den enkelte sak.

Dersom vilkårene er oppfylt, kan partene bli ansvarlig ikke bare for deres egen opptreden, men også opptreden til andre deltakere i samarbeidet. [Fotnote utelatt.] Læren om fortsatt og sammenhengende overtredelse innebærer at konkurransemyndighetene kan anta at overtredelsen og foretakenes deltakelse i overtredelsen har fortsatt uavbrutt selv om det ikke foreligger konkrete bevis for overtredelsen i en periode. Forutsetningen er at enkeltelementene i overtredelsen forfølger det samme formålet og faller innenfor rammen av en fortsatt og sammenhengende overtredelse. Denne konklusjonen må støttes av objektive og konsistente indisier som viser at det eksisterer en overordnet plan. [Fotnote utelatt.] Foretaket kan tilbakevise denne presumsjonen ved å vise til indisier eller bevis som tilsier at overtredelsen eller foretakets deltakelse i overtredelsen ikke pågikk i den aktuelle perioden.»

- (557) Den rettslige gjennomgangen i *Verisure* av vilkårene for fortsatt og sammenhengende overtredelse er også dekkende for Konkurransklagenemndas vurdering i denne saken.
- (558) Beviskravene for å konstatere én fortsatt og sammenhengende overtredelse er de samme som for de øvrige vilkårene for at det foreligger overtredelse av konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, jf. punkt 5 over.
- (559) I den konkrete vurderingen viser Konkurransklagenemnda til at alle klagerne var parter i avtalen som ble inngått 19. januar 2011, og utvidelsen i 2012. Alle klagerne har i hele samarbeidsperioden benyttet avtalen som grunnlag for prisinnhenting, se særlig punkt 7.5.4. Samarbeidet har gitt klagerne økt visshet om konkurrentrespons, herunder gjensidig tilgang til omfattende, fersk og hyppig informasjon om hverandres priser, jf. punkt 7.6 (oppsummeringen). Som vist i punkt 12.3.3 nedenfor, finner nemnda det heller ikke tvilsomt at klagerne, gjennom personer som handlet på foretakenes vegne, handlet forsettlig, og derfor var klar over samarbeidets innhold.
- (560) Etter Konkurransklagenemndas syn etterlater bevisgjennomgangen ingen tvil om at klagerne i hele samarbeidsperioden har hatt en overordnet felles målsetting om å legge til rette for et samarbeid med det innholdet og de konkurransebegrensende virkningene som er beskrevet i punktene 7 og 8. Praktiseringen av samarbeidet etterlater heller ingen tvil om at klagerne i hele samarbeidsperioden var klar over sine egne bidrag i samarbeidet, og at de også var klar over, eller i det minste burde vært klar over, de øvrige klagernes bidrag. Den økte vissheten om konkurrentresponsen var til stede gjennom hele samarbeidsperioden.
- (561) Konkurransklagenemnda konkluderer derfor med at det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at klagernes samarbeid, som ble innledet ved avtaleinngåelsen 19. januar 2011 og pågikk minst frem til bevissikringen i april 2018, er én fortsatt og sammenhengende overtredelse.

10 Merkbarehetskriteriet

- (562) Klagerne har gjort gjeldende at selv om Konkurranseskklagenemnda skulle komme til at det foreligger et konkurransebegrensende samarbeid, er ikke merkbarehetskriteriet oppfylt. Nemnda finner det klart at denne anførselen ikke kan føre frem.
- (563) For at samarbeidet skal utgjøre en overtredelse av konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, må samarbeidets negative innvirkning på konkurransen være merkbar. Kravet om at konkurransen må begrenses merkbart, innebærer en avgrensning mot samarbeid med en ubetydelig innvirkning på konkurransen. Merkbarehetskravet gjelder også når det er spørsmål om det foreligger potensielle konkurransebegrensende virkninger.²³⁰
- (564) Partenes markedsposisjon og deres betydning for markedet er sentralt ved vurderingen av merkbarhet. Partene har gjennom hele samarbeidsperioden hatt en svært høy samlet markedsandel, jf. punkt 2 og 8.4.3. Det aktuelle markedet er et høyt konsentrert oligopol. Markeder med slike karakteristika er generelt sårbare for konkurransebegrensninger. Følgelig skal det lite til for at en konkurransebegrensende adferd vil ha merkbar negativ virkning på konkurransen. Det konkrete samarbeidet tilsier at økt visshet om konkurrentrespons ikke hadde ubetydelig innvirkning på konkurransen. Samarbeidet virket over en lang periode på over syv år, jf. punkt 7.5 over. Videre dekket samarbeidet et bredt sortiment hos klagerne. Samarbeidet innvirket på klagerne prissetting, jf. punkt 8.4. Fra bevisene fremgår det at kun noen øre differanse i pris på en vare hadde stor betydning, blant annet som følge av de store volumene. I tillegg hadde den økte vissheten om konkurrentrespons virkning både i form av at den svekket insentivene til prisnedsettelse og styrket insentivene til prisøkninger.
- (565) Konkurranseskklagenemnda finner etter dette at merkbarehetskriteriet er oppfylt.

11 Konkurranseloven § 10 tredje ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 – mulige effektivitetsgevinster

- (566) Klagerne anfører ikke uttrykkelig at vilkårene i konkurranseloven § 10 tredje ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 er oppfylt, og påberoper heller ikke bevis som direkte kan forstås i denne retning. Klagerne anfører imidlertid at det foreligger konkurransefremmende virkninger av samarbeidet. Konkurranseskklagenemnda forstår disse anførselene fra klagerne slik at de påståtte konkurransefremmende virkningene av samarbeidet både anføres for å legitimere samarbeidet, se punkt 7.5.8, og som grunnlag for at vilkårene i konkurranseloven § 10 tredje ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 er oppfylt.
- (567) Etter konkurranseloven § 10 tredje ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 kan et konkurransebegrensende samarbeid som rammes av forbudet i første ledd, likevel anses som lovlig dersom fire kumulative vilkår er oppfylt. For at bestemmelsen skal komme til anvendelse, må det påvises at de påståtte konkurransefremmende virkningene oppveier de konkurranseskadelige virkningene. De påståtte effektivitetsgevinster må derfor dokumenteres slik at det er mulig å kontrollere gevinstenes art, forbindelsen mellom samarbeidet og gevinstene, sannsynligheten for

²³⁰ Sak C-606/23 *Kia Auto*, avsnitt 33.

og omfanget av hver av de påståtte gevinstene, samt hvordan og når hver av de påståtte effektivitetsgevinstene skulle oppnås.

- (568) Samarbeidet må for det første bidra til å «bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling». For det andre kreves det samtidig at forbrukerne sikres en «rimelig andel av de fordeler som er oppnådd», og for det tredje må konkurransebegrensningen være «absolutt nødvendig». Dette innebærer en vurdering av om klagerne kunne oppnådd de påståtte effektivitetsgevinstene på en annen, mindre konkurransebegrensende måte. Endelig kreves det at foretakene ikke får mulighet til å utelukke konkurranse for en «vesentlig del» av de produktene det gjelder.
- (569) Det er de foretakene som ønsker å påberope seg unntaket i konkurranseloven § 10 tredje ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, som må godtgjøre at alle vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.
- (570) I økonomisk teori er konkurransefremmende virkninger av økt innsikt i konkurrentenes priser ofte knyttet til at forbrukerne får økt informasjon om priser. Forbrukerne ble imidlertid ikke bedre informert som følge av dette samarbeidet. Informasjonsutvekslingen gjennom samarbeidet økte innsikten i konkurrentprisene mellom tre konkurrerende foretak i et oligopol, men denne utvekslingen omfattet ikke forbrukerne. Til tross for dette anfører klagerne at informasjon om konkurrentenes priser, og dermed økt visshet om konkurrentrespons, stimulerer til sterkere konkurranse. Klagerne viser til at foretak som bygger profil på løfter om å ha de laveste prisene, raskt vil redusere egen pris når de oppdager at konkurrentene har lavere pris. Det hevdes derfor at mer informasjon om konkurrentenes priser vil føre til raskere prisreduksjoner. Klagerne anfører videre at samarbeidet bidro til negative prisspiraler, der prisene ble presset nedover i lengre perioder.
- (571) Konkurransklagenemnda er ikke enig i anførselene fra klagerne om at samarbeidet hadde konkurransefremmende virkninger, slik at klagerne raskere reduserte sine priser som følge av informasjonsutvekslingen som fant sted under samarbeidet.
- (572) Konkurransklagenemnda viser til at økt visshet om konkurrentrespons, herunder mer informasjon om konkurrentenes priser gjennom å samarbeide om prisinnhenting, virket konkurransebegrensende. Som vist i punkt 8.4.3 over, var samarbeidet mellom klagerne skadelig for konkurransen fordi den styrkede forventningen om at konkurrentene oftere og raskere fulgte prisendringer, svekket klagernes insentiver til å redusere pris og styrket klagernes insentiver til å øke pris. Det er ikke dokumentert fra klagerne side at økt visshet om konkurrentrespons gjennom et samarbeid om prisinnhenting har konkurransefremmende virkninger. Klagerne måtte ha tatt utgangspunkt i det konkrete samarbeidet som saken gjelder, når de eventuelt skulle ha argumentert for konkurransefremmende virkninger. Det er ikke positive og negative effekter av økt prisinnhenting uten samarbeid som skal veies opp i denne saken, som klagerne og deres økonomiske sakkyndige bygger sine anførsler på.
- (573) Klagerne anfører at regelverket for sammenlignende reklame krever at foretak må hente inn omfattende og løpende oppdatert dokumentasjon på prisene i markedet for å kunne benytte seg av lavprisløfter og sammenlignende reklame. Konkurransklagenemnda forstår anførselen slik at klagerne hevder at et samarbeid

om prisinnhenting, med tilgang til omfattende mengder konkurrentpriser, er nødvendig for å kunne dokumentere sammenlignende reklame og klagerne lavprisløfter. Videre anfører klagerne at lavprisprofiler er positive for konkurransen.

- (574) Som det fremgår av punkt 2.3.10 og 7.5.3, inneholder ikke reglene om sammenlignende reklame krav eller forutsetninger om at foretakene må samarbeide om prisinnhenting, for å kunne benytte lavprisløfter i reklamen. Videre er Konkurransklagenemnda enig med Konkurransetilsynet i at klagerne lavprisløfter uansett er rundt formulert, og relative, i den forstand at de kun indikerer at prisene er «lave» eller billige; se vedtaket punkt 13.2. Det er ikke ført bevis for at klagerne, annet enn kun sporadisk, benyttet seg av direkte sammenlignende reklame med fokus på å annonsere prisforskjeller mellom et mindre utvalg produkter til forbruker; se også vedtaket punkt 5.9. Samarbeidet var, som gjennomgangen i punkt 7.5 over viser, av en helt annen karakter og av et helt annet omfang enn for bruk i direkte prissammenligning og reklame overfor forbruker. Igjen er det ikke prisinnhenting uten et samarbeid som skal vurderes. Nemnda kan ikke se at klagerne har forsøkt å argumentere for at et samarbeid om prisinnhenting var nødvendig for at de skulle kunne gi lavprisløfter eller opptre i samsvar med markedsføringsloven.
- (575) Klagerne viser videre til at økt informasjonsutveksling om konkurrentpriser gjorde profilkjeder som fokuserer på lavpris, mer troverdige, og dermed muliggjorde sterkere konkurranse i lavprissegmentet. Konkurransklagenemnda kan ikke se at klagerne har dokumentert at samarbeid om prisinnhenting, med de konkurransebegrensende virkningene nemnda har funnet, var en forutsetning for eller ga insentiv til etablering eller vekst i lavprissegmentet.
- (576) Ettersom klagerne ikke har påvist effektivitetsgevinster av å samarbeide om prisinnhenting, har klagerne heller ikke godtgjort at vilkårene i konkurranseloven § 10 tredje ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 er oppfylt.

12 Skyldkravet

12.1 Innledning

- (577) Konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a oppstiller både objektive og subjektive vilkår for illeggelse av overtredelsesgebyr.
- (578) De objektive vilkårene går ut på at det objektivt sett må foreligge overtredelse av én eller flere av de opplistede bestemmelsene – i vår sak konkurranseloven § 10. Hjemmelen for illeggelse av overtredelsesgebyr gjelder tilsvarende ved overtredelse av forbudet i EØS-avtalen artikkel 53, jf. EØS-konkurranseloven § 6 første ledd. Konkurransklagenemnda legger til grunn at samhandelskriteriet er oppfylt, jf. punkt 4 over.
- (579) Konkurransetilsynet legger til grunn at alle klagerne objektivt sett har handlet i strid med konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53.
- (580) De subjektive vilkårene stiller krav om at overtredelsen må være begått «forsettlig eller uaktsomt». Konkurransetilsynets vedtak bygger på at alle de tre klagerne har handlet forsettlig. Atferden må være utvist av en person som handler på vegne av foretaket, men det er ikke et vilkår at handlingene er utført av foretakets ledelse, jf. NOU 2003: 12 Ny konkurranselov, punkt 6.4.3 side 130.

- (581) Coop og Rema 1000 anfører at skyldkravet ikke er oppfylt, og at det ikke foreligger verken forsett eller uaktsomhet.
- (582) Coop og Rema 1000 anfører at forsettet må dekke den konkurransebegrensende virkningen av samarbeidet.
- (583) Coop og Rema 1000 anfører at skyldkravet ikke er oppfylt for verken samarbeidskriteriet eller konkurransebegrensningskriteriet.
- (584) Coop og Rema 1000 anfører at de har vært åpne om praksisen med prisinnhenting, at Konkurransetilsynet har hatt kunnskap om praksisen uten å reagere, og at dette viser at de ikke har utvist skyld.
- (585) Coop og Rema 1000 anfører at det uansett foreligger grunnlag for å konstatere straffrihet på grunn av rettsuvitenhet.
- (586) Konkurransesklagemennda skal i det følgende drøfte om vilkåret om subjektiv skyld er oppfylt.

12.2 Rettslig utgangspunkt

- (587) Skyldkravet og skyldformen forsett har vært grundig behandlet i tidligere saker for Konkurransesklagemennda. I *Verisure* presenterte nemnda de rettslige utgangspunktene for forsettskravet slik:²³¹

«Konkurransesklagemennda legger til grunn at forsettskravet i konkurranseloven § 29 skal forstås på samme måte som i straffeloven § 22, og at sannsynlighetsforsett som definert i bokstav b gjennomgående vil være tilstrekkelig for å kunne ilegge gebyr. Det vises til Brosaken hvor det fremgår at det:

‘... kreves sterke holdepunkter for å forstå uttrykket på annen måte enn i strafferetten, hvor denne skyldformen er hentet fra. Alminnelig forsett, herunder sannsynlighetsforsett, vil derfor i slike tilfeller gjennomgående være tilstrekkelig’. [Fotnote utelatt.]

I forlengelsen av dette understreket Høyesterett i Brosaken at *‘skylden – her som ellers – må dekke alle vilkårene i sanksjonsbestemmelsen’*, og videre at foretaket *‘må ha vært klar over, eller i det minste holdt det for mest sannsynlig at, de samarbeidet [...] på en måte som var egnet til merkbart å begrense konkurransen’*. [Fotnote utelatt.]

Konkurransesklagemennda bemerker at dekningsprinsippet innebærer at forsettet må dekke gjerningsbeskrivelsen i konkurranseloven § 10 første ledd. Forsettet må dekke de *faktiske forhold* som medfører at samarbeidskriteriet er oppfylt. [...] For at det skal foreligge en sammenhengende overtredelse av konkurransereglene, må forsettskravet være oppfylt i hele perioden det angivelig ulovlige samarbeidet skal ha funnet sted.»

²³¹ Konkurransesklagemenndas vedtak V04/2021, (*Verisure*), avsnittene 454-456.

- (588) Konkurransklagenemnda la etter dette til grunn at forsettet må dekke alle de objektive elementene i gjerningsbeskrivelsen, det vil si at det ble etablert et samarbeid, og hvilket innhold samarbeidet hadde.

12.3 Konkurransklagenemndas vurdering

12.3.1 Innledning

- (589) Konkurransklagenemnda har ikke tidligere tatt stilling til hva forsettet må dekke i saker om konkurransebegrensende *virkning*. Foranlediget av partenes argumentasjon er det spørsmål om forsettskravet står i noen annen stilling i saker om konkurransebegrensende virkning enn i formålssaker.

12.3.2 Nærmere om det rettslige innholdet i forsettskravet i konkurransesaker

12.3.2.1 Spørsmålet om hva forsettet må dekke

- (590) Coop og Rema 1000 gjør gjeldende at forsettet må dekke den konkurransebegrensende virkningen av samarbeidet.
- (591) Konkurransetilsynet legger i vedtaket avsnittene 2356 og 2357 til grunn at vurderingen av om et samarbeid har en konkurransebegrensende virkning, i likhet med formålsvurderingen, må være «en rettslig vurdering basert på juridiske betraktninger og økonomisk teori og analyser». Konkurransetilsynet anfører at «... skylden ikke kan knyttes til den rettslige karakteristikken ‘konkurransebegrensende virkning’», og at skylden derfor også i virkningssaker «vil [...] måtte knytte seg til de faktiske omstendighetene som er nødvendige for å konstatere at det foreligger et samarbeid med konkurransebegrensende virkning».
- (592) I lys av at både faktiske og potensielle virkninger anses relevante for vurderingen av om et samarbeid har konkurransebegrensende virkning, jf. vedtaket avsnitt 1684, legger Konkurransetilsynet til grunn at det for å påvise en forsettlig overtredelse under virkningsalternativet «... er tilstrekkelig at forsettet dekker de faktiske omstendighetene som er nødvendige for å konstatere at samarbeidet har potensiell konkurransebegrensende virkning», jf. avsnitt 2357.
- (593) Rema 1000 anfører, i tilknytning til avgjørelsene i *Gran & Ekran, Taxi-saken, Elproffen* og *Verisure*, at «en samlet lesing av disse tilsier at det er adskillig grunn til å nyansere Konkurransetilsynets rettslige utgangspunkter – i alle fall ved virkningsovertredelser». ²³² Rema 1000 anfører samme sted at det «[t]radisjonelt [...], også i Høyesteretts praksis, har vært oppstilt et krav om skyld og forsett også i relasjon til samarbeidets skadepotensial». Anførselen er videre at dette utgangspunktet har blitt innsnevret i nyere praksis fra Konkurransklagenemnda ²³³ og juridisk teori, ²³⁴ «uten at det i denne praksisen gis noen særskilt begrunnelse for hvorfor uttalelser i tidligere praksis, særlig fra Høyesterett, ikke tillegges mer vekt».
- (594) Rema 1000s argument for at virkningsovertredelser står i en særstilling i vurderingen av hva forsettet skal dekke, er basert på fire ulike argumenter: 1) at tidligere praksis om dette spørsmålet gjelder formålsovertredelser (hvor skadepotensialet lett lar seg

²³² Rema 1000s klage avsnitt 675.

²³³ Jf. Konkurransklagenemndas vedtak V04/2021, (*Verisure*).

²³⁴ Jørn Jacobsen og Erling Hjelmeng, «Skyldkravet i konkurranseretten – mot et objektivt ansvar for systemsvikt?», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2021/1.

påpeke) og dermed ikke tar stilling til de særlige forholdene som gjelder ved virkningsovertredelser, 2) at dette heller ikke er tilstrekkelig hensyntatt av Konkurransetilsynet i dets utlegning av rettskildene, 3) at det i den juridiske teorien Konkurransetilsynet viser til, i hovedsak er skyldkravet ved formålsovertredelser som diskuteres, og 4) at kjennetegnene ved virkningsovertredelser (konkret vurdering av om samarbeidet har eller sannsynligvis vil ha en merkbar negativ virkning på markedet) har mange likhetstrekk med de faktiske omstendighetene som forsettet skal dekke. Sistnevnte anføres til støtte for at forsettet også skal dekke økonomiske vurderinger og analyser av samarbeidets virkning.

- (595) Når det gjelder det første argumentet, kan Konkurranseskilagenemnda ikke se at det er noen særlig grunn til å skille mellom formåls- og virkningsovertredelser i spørsmålet om hva forsettet skal dekke, alene fordi tidligere praksis bare gjelder saker om formålsovertredelser. At det ikke har foreligget rene virkningssaker som har bragt spørsmålet om hva forsettet skal dekke, på spissen, innebærer ikke i seg selv at dekningsprinsippet – spørsmålet om hva den subjektive skylden må dekke for at det skal foreligge forsett – har et forskjellig innhold i de to kategoriene. Nemnda bemerker at begge alternativene har til oppgave å beskytte virksom konkurranse, og at det ikke nødvendigvis er nevneverdige faktiske forskjeller mellom de to kategoriene.
- (596) At Konkurransetilsynet i sin utlegning av rettskildene ikke har tatt hensyn til denne forskjellen, er heller ikke noe reelt argument for at dekningsprinsippet har et annet innhold i virkningssakene. Når det gjelder det tredje momentet, at juridisk teori bare diskuterer skyldkravet i relasjon til formålsovertredelser, er dette en riktig beskrivelse. Konkurranseskilagenemnda finner imidlertid grunn til å peke på at det i en juridisk fagartikkel, som det ikke er vist til i vedtaket, er uttalt at de betraktningene som gjelder for formålsovertredelser, har overføringsverdi både til § 11-saker (misbruk av dominans) og virkningssaker.²³⁵
- (597) Rema 1000 peker på at mens det «... ved formålsovertredelser er etablerte generelle økonomiske teorier som danner grunnlaget for å konstatere overtredelse, er det ofte mer konkrete, faktumspesifikke økonomiske vurderinger som ligger til grunn for å konstatere virkningsovertredelser», noe som anføres som et argument for at det er en særlig grunn til at fagøkonomiske vurderinger må dekkes av forsettet i virkningssaker. Rema 1000 viser også til HR-2020-1790-U, som anføres for å underbygge synspunktet.
- (598) Konkurranseskilagenemnda bemerker at dekningsprinsippet ikke kan ses å stå i noen annen stilling i konkurransesaker enn i alminnelige straffesaker, siden skyldkravet skal forstås på samme måte som i strafferetten. Dekningsprinsippet i strafferetten innebærer at den subjektive skylden må dekke alle faktiske forhold som er av betydning for om handlingen er straffbar, jf. Rt-2015-1124, avsnitt 11. Overført til konkurranseretten må det tas stilling til hva som er de faktiske forholdene i saken som har betydning for om et samarbeid er i strid med det relevante forbudet, i denne saken konkurranse-loven § 10 første ledd. I praksis om formålsovertredelser har det vært lagt til grunn at det ikke gjelder et vilkår om at skylden må dekke den rettslige karakteristikken konkurransebegrensende formål, jf. *Verisure*, avsnittene 460 til 461.

²³⁵ Ronny Gjendemsjø, «Skyldkravet i konkurranseretten: Hva skal forsettet dekke?», i *Tidsskrift for forretningsjus* 2021, side 234 (på side 259).

I *KKN-Telenor*, avsnitt 120, ble det lagt til grunn at fagøkonomiske, vurderingspregede resonnementer og avveininger må anses å utgjøre integrerte deler av normanvendelsen – et standpunkt som klagerne gjentatte ganger har vist til i andre sammenhenger. I samme avgjørelse er det lagt til grunn at det er tilstrekkelig at foretaket har kjent til de faktiske forholdene for å kunne konstatere at skyldkravet er oppfylt, jf. *KKN-Telenor*, avsnitt 525. Ved prøvingen av nemndas vedtak sluttet lagmannsretten seg til nemndas utdyping av skyldkravet, slik dette fremgår av LG-2019-137886-2, punkt 8, jf. *KKN-Telenor*, avsnittene 510 til 518 og avsnittene 522 til 532, se særlig avsnitt 525.

- (599) Etter Konkurransesklagenemndas vurdering har Høyesteretts avgjørelse i den tilknyttede tvisten om bevisfremleggelse ingen overføringsverdi til spørsmålet om hva forsettet skal dekke.²³⁶ Dokumentene som tvisten om bevisfremleggelse gjaldt, inneholdt riktig nok fagøkonomiske vurderinger som kunne kaste lys over soliditeten og konsistensen i de tilsvarende vurderingene som var gjort i den saken, og ble av den grunn rubrisert som «bevis om faktiske forhold som kan være av betydning for avgjørelsen av saken». Denne klassifiseringen av dokumentbevisene har imidlertid ikke relevans for forståelsen av faktiske elementer i forbudsbestemmelsens gjerningsbeskrivelse, som forsettet skal dekke. At dokumentene kunne inneholde klarlegging av forretningsmessige sammenhenger og mekanismer av fagøkonomisk karakter, som i relasjon til bevisreglene (dokumentfremleggingsplikten) ble beskrevet å være av faktisk, ikke rettslig art, er et helt annet spørsmål enn om det må foreligge forsett med hensyn til de konkurranseskadelige virkningene av et ulovlig samarbeid. Av samme grunner har diskusjonen om grensen mellom faktum og jus²³⁷ i relasjon til skyldkravet marginal interesse i saken. Grunnen er at samarbeidet som nemnda har funnet bevist, jf. punkt 7 og den konkrete subsumsjonen i relasjon til skyldkravet nedenfor i punkt 12.3.3, innebærer at det er utvist forsett om de sentrale faktiske omstendighetene. Heller ikke i annen nyere juridisk teori er det holdepunkter for den forståelsen av dekningsprinsippet som Coop argumenterer for, snarere tvert imot. Hjelmeng/Jacobsen uttaler at

«[v]ed virkningsalternativet vil skylden også måtte knytte seg til de faktiske omstendigheter som begrunner en konklusjon om konkurransebegrensende virkning. Etter virkningsalternativet kreves det ikke at det kan påvises faktiske skadevirkninger på konkurransen. Tvert imot er det tilstrekkelig at konkurransen potensielt begrenses. Like fullt vil skylden her måtte omfatte de faktiske omstendighetene som gjør det mulig å konkludere med en slik potensiell virkning. Der det er sammenhenger som økonomisk teori har oppstilt som danner grunnlaget for å etablere en potensiell konkurranseskade, kan det ikke kreves at foretakene kjente eller burde kjent til disse. Det innebærer for eksempel at dersom det foreligger utveksling av prisinformasjon, vil vurderingen av hvorvidt denne i henhold til markedets struktur kan fjerne incentiver til å kutte priser, måtte anses som en rettslig vurdering. Skylden må da dekke forhold som markedets struktur (typisk antall aktører) og informasjonens art. Villfarelse om

²³⁶ HR-2020-1790-U, *Telenor*.

²³⁷ Se Ronny Gjendemsjø, «Skyldkravet i konkurranseretten: Hva skal forsettet dekke?», i *Tidsskrift for forretningsjus* 2021, side 234 (på side 250 følgende).

sammenhenger og modeller oppstilt i økonomisk teori må vurderes på linje med rettsuvidenheter».²³⁸

- (600) Konkurransklagenemnda finner det på denne bakgrunn klart at det ikke er dekning for anførsler om at den konkurransebegrensende virkningen må dekkes av forsett, jf. blant annet Coops klage punkt 11. I denne saken kommer spørsmålet som nevnt ikke på spissen fordi det etter nemndas vurdering er klart at samtlige parter har utvist forsett, jf. punkt 12.3.3 nedenfor.

12.3.2.2 Spørsmålet om hvem som må ha utvist forsett

- (601) Coop anfører at vurderingen av forsett uriktig knytter forsett til Coop som juridisk person, og at det ikke er foretatt en vurdering av forsett hos enkeltpersoner eller en klart avgrenset gruppe av personer hos Coop.
- (602) Konkurransetilsynet stiller seg avvisende til anførselen. Konkurransetilsynet viser til at vurderingen av forsett er basert på en omfattende mengde dokumentbeviser, inklusiv en rekke interne dokumenter hos Coop og de øvrige klagerne, som gjelder uttalelser fra enkeltpersoner som kan identifiseres med Coop, jf. vedtaket avsnittene 2362 til 2376. Konkurransetilsynet anfører at det ikke kan ha betydning at det i vurderingen i vedtaket er vist til «Coop» og ikke til «sentrale ansatte i Coop», for selve vurderingen i vedtaket av forsett er uansett knyttet til sentrale personer som kan identifiseres med Coop. Konkurransetilsynet viser også til at det i vedtaket er vurdert hvilke ansatte som har deltatt i samarbeidet på vegne av Coop, jf. vedtaket avsnittene 2450 til 2457.
- (603) Konkurransklagenemnda finner det klart at vedtaket ikke kan forstås slik at vurderingen av forsett er knyttet til Coop som juridisk person. Ett av alternativene i konkurranseloven § 29 første ledd er at forsett er utvist av «noen som handler på [foretakets] vegne». Nemnda bemerker at skyldvurderingen ikke knytter seg til de enkelte kjøpmenn og butikkeiere som eier eller driver de enkelte dagligvarebutikkene. Skyldvurderingen gjelder personer som kan identifiseres med Coop, sml. *KKN-Telenor*. Nemnda finner det åpenbart at samtlige av Coops representanter som var involvert i e-postutvekslingene nærmere omtalt under bevisvurderingen i punkt 7, hadde posisjoner, roller og oppgaver innenfor Coop som innebærer at de handlet på Coops vegne. Det foreligger derfor grunnlag for å identifisere disse personene med Coop. Det er for eksempel ingen tvil om at [redacted] handlet på vegne av Coop, og det er heller ingen tvil om at han var klar over de faktiske forholdene som ligger til grunn for vedtakets konstatering av at det forelå et samarbeid med konkurransebegrensende virkning. Nemnda viser særlig til at [redacted] i intern e-post til ledelsen i Coop Handel Norge i 2010 skrev at «[å] sitte med total innsikt i vare og pris bringer bransjen tilbake til situasjonen som Konkurransetilsynet satte ned vedtak mot med å nekte bruk av AC Nielsen databasen».²³⁹

²³⁸ Erling Hjelmeng og Jørn Jacobsen, «Skyldkravet i konkurranseretten – mot et objektivt ansvar for systemsvikt?», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2021, sidene 3–45 (på side 42).

²³⁹ E-post 13. desember 2010 fra [redacted] til en rekke ledere i Coop, se Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 344.

12.3.2.3 Spørsmålet om formulering av forsettskravet

- (604) Coop anfører at formuleringen av forsettskravet i vedtaket er feil og inkonsekvent. Forsettskravet er en rekke steder i vedtaket formulert som et krav om at partene «må ha vært klar over» de faktiske forholdene som ligger til grunn for konstatering av overtredelsen. Til støtte for anførselen viser Coop til at Høyesteretts tilsvarende formulering av forsettskravet i *Gran & Ekran* er en inkurie som avviker fra annen rettspraksis, der Høyesterett har uttalt at formuleringen «måtte ha» isolert sett kan tyde på en aktsomhets- og ikke en forsettsvurdering.²⁴⁰
- (605) Konkurransetilsynet stiller seg avvisende til anførselen. Konkurransetilsynet viser til at den samlede vurderingen i vedtaket viser at det er vurdert og konkludert med at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at hver av klagerne var klar over de faktiske forholdene som begrunner konstatering av et samarbeid med konkurransebegrensende virkning.
- (606) Konkurransesklagemennda finner det åpenbart at Coops anførsler om feil formulering av forsettskravet ikke kan føre frem. Som Konkurransetilsynet anfører, uttalte Høyesterett om formuleringen «måtte forstå» i de avgjørelsene Coop selv har vist til, at «[s]elv om formuleringen isolert sett ikke er korrekt, er det i rettspraksis lagt til grunn at det avgjørende ved bruk av slike uttrykk er hvordan domsgrunnene sett i sammenheng er å forstå».²⁴¹ Det følger også av annen rettspraksis fra strafferettens område at formuleringer av typen «måtte forstå» og «måtte ha vært klar over» etter omstendighetene må godtas, jf. Rt-1991-539 (side 540) og Rt-2010-2083-U, avsnitt 17-18. I Rt-1991-539 (side 540) uttalte Høyesterett at
- «[d]et avgjørende vil ikke være en slik enkeltformulering, men hvorledes premissene lest i sammenheng må forstås. Hvis det må legges til grunn at formuleringen ‘måtte forstå’ er et uttrykk for at retten har trukket den slutning at domfelte også har forstått, må dette etter omstendighetene godtas».
- (607) Tilsvarende resonnement må, etter Konkurransesklagemenndas mening, desto mer gjelde på konkurranserettens område, blant annet fordi formuleringen av skyldkravet, slik det ble formulert i *Gran & Ekran*, må forstås i lys av EØS-retten, slik det har vært tilkjennegitt i juridisk teori.²⁴²

12.3.3 Subsumsjonen under skyldkravet

- (608) Dokumentasjonen gjengitt og kommentert under behandlingen av samarbeidskriteriet i punkt 7 over, viser at sentrale og ledende ansatte i Coop, NorgesGruppen og Rema 1000 med klar sannsynlighetsovervekt forstod eller holdt det for mest sannsynlig at de inngikk og utvidet et samarbeid som innebar å gi hverandre gjensidig tilgang til innhenting av omfattende mengder priser i hverandres butikker. De var videre klar over at dette samarbeidet pågikk i hele perioden frem til bevissikring 11. april 2018.

²⁴⁰ Rt-2012-1153, avsnitt 61, Rt-2011-581, avsnitt 18 og Rt-1985-740.

²⁴¹ Rt-2012-1153, avsnitt 61, Rt-2011-581, avsnitt 18 og Rt-1985-740.

²⁴² Erling Hjelmeng/Jørn Jacobsen, «Skyldkravet i konkurranseretten – mot et objektivt ansvar for systemsvikt?», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2021, sidene 3–45 (på sidene 28–29).

- (609) Det er videre klart at de enten forstod eller holdt det for mest sannsynlig at samarbeidet økte gjennomsiktigheten på pris, og reduserte usikkerheten om markedets funksjon i et marked preget av høy konsentrasjon.
- (610) Gjennomgangen i punktene 7 og 8 viser at klagernes representanter med klar sannsynlighetsovervekt forstod, eller holdt det for mest sannsynlig, at samarbeidet styrket insentivene til å heve prisene, og svekket insentivene til å senke prisene. Bevisene viser også at samarbeidet faktisk ble benyttet slik.
- (611) Konkurransklagenemnda finner det i utgangspunktet tilstrekkelig å vise til at en rekke dokumenter i bevisene gjengitt og kommentert i punktene 7 og 8, både enkeltvis og samlet, viser at kravet til forsett er oppfylt. For å konkretisere vurderingen viser nemnda i det følgende til noen utvalgte eksempler.
- (612) En intern e-postutveksling 3. april 2013 mellom [redacted] og [redacted] i Rema 1000, gjengitt over i punkt 7.5.6 (avsnitt 291), gjelder [redacted] reaksjon på [redacted] e-post sendt ut samme dag til flere internt i Rema 1000. [redacted] omtalte her blant annet hvordan KIWI hadde [redacted] ved at KIWI [redacted] Litt senere i e-posten heter det at [redacted] Da denne e-posten ble videresendt samme dag til [redacted] ga han kort tid etter følgende svar til [redacted]:
- «Jeg vil anbefale deg at du ordlegger deg annerledes i mailform enn det du gjør under. Ved en eventuell ettergang av konkurransetilsynet, så kan man få inntrykk av stilltiende prissamarbeid hvis man kun leser mailer under. Det er ikke lov og vil kunne medføre omfattende reaksjoner/bøter, samt enorm negativt skade på merkevare[n] REMA 1000».
- (613) Konkurransklagenemnda finner det utvilsomt at denne e-postutvekslingen viser at Rema 1000s representanter forstod eller holdt det for mest sannsynlig at de var klar over de faktiske elementene som kreves for at den objektive gjerningsbeskrivelsen i konkurranseloven § 10 første ledd er oppfylt. Nemnda fester ikke lit til de etterfølgende forklaringene som er gitt i forklaringsopptak, jf. vedtaket avsnittene 742 og 743, da de både er gitt lenge etter de tidsnære bevisene og naturlig nok er preget av et ønske om å distansere seg fra påstander om samarbeid.
- (614) Når det gjelder NorgesGruppen, viser Konkurransklagenemnda til intern e-post 20. august 2012 fra [redacted] (Kiwi), gjengitt i avsnitt 220 foran. [redacted] svar på Coop Extras bekymringer om at Rema 1000s hyppige prisinnhenting var [redacted] viser at sentrale representanter for NorgesGruppen forstod eller holdt det for mest sannsynlig at de var klar over de faktiske elementene som kreves for at den objektive gjerningsbeskrivelsen i konkurranseloven § 10 første ledd er oppfylt. Nemnda viser særlig til uttalelsen
- [redacted]

- (615) Tilsvarende vurderinger gjør seg gjeldende for Coop. I forbindelse med konflikten mellom Rema 1000 og Coop om hvilke rammer Bransjenormen satte for innhenting av priser i konkurrentenes butikker, uttalte [REDACTED] i e-post 13. desember 2010 til en rekke ledere i Coop at «[å] sitte med total innsikt i vare og pris bringer bransjen tilbake til situasjonen som Konkurransetilsynet satte ned vedtak mot med å nekte bruk av AC Nielsen databasen».²⁴³ Selv om det er forskjeller mellom AC Nielsen-saken og denne saken, viser uttalelsen, og konteksten den er fremkommet i, at sentralt plasserte personer i Coop forstod eller holdt det for mest sannsynlig at de var klar over de faktiske elementene som kreves for at den objektive gjerningsbeskrivelsen i konkurranseloven § 10 første ledd er oppfylt.
- (616) Eksemplene over er bare tre av en rekke tilfeller hvor det ikke er tvil om at sentrale personer i de respektive foretakene forstod eller holdt det for mest sannsynlig at de var klar over de faktiske elementene som kreves for at den objektive gjerningsbeskrivelsen i konkurranseloven § 10 første ledd er oppfylt. En rekke andre eksempler i punkt 7 viser det samme, og Konkurransklagenemnda viser i denne forbindelse særlig til bevisene som er gjengitt og kommentert i punktene 7.5.6 og 7.5.7.
- (617) Oppsummert finner Konkurransklagenemnda det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at sentrale og ledende ansatte i Coop, NorgesGruppen og Rema 1000, som alle kan identifiseres med sine respektive arbeidsgivere, med klar sannsynlighetsovervekt forstod eller holdt det for mest sannsynlig at de var klar over de faktiske elementene som kreves for at den objektive gjerningsbeskrivelsen i konkurranseloven § 10 første ledd er oppfylt. De var videre klar over at dette samarbeidet og dets konkurransebegrensende elementer pågikk i hele perioden frem til bevissikring 11. april 2018.

12.3.4 Åpenhet om samarbeidet

- (618) Coop og Rema 1000 anfører at klagerne var åpne om samarbeidet, og at dette utelukker at kravet til skyld er oppfylt. Coop gjør gjeldende at Konkurransetilsynet har hatt inngående kjennskap til virksomheten med prisjegere i 20 år, og at det har vært dialog mellom partene og Konkurransetilsynet i hele perioden. Videre er det vist til Konkurransklagenemndas vedtak i *El-Proffen*²⁴⁴ og HR-2017-1229-A, (*Taxi-saken*)²⁴⁵ til støtte for at åpenhet om praksisen skal vektlegges i vurderingen av skyld.
- (619) Konkurransetilsynet viser i innstillingen avsnitt 497 til at anførslene om åpenhet i stor grad er sammenfallende med anførslene i klagerens merknader til Konkurransetilsynets varsel, som er vurdert i vedtaket avsnittene 2412 til 2420. Konkurransetilsynet gjør i innstillingen avsnitt 500 gjeldende at den anførte åpenheten ikke påvirker vurderingen og konklusjonen om at samtlige parter har utvist forsett om de faktiske omstendighetene.
- (620) Konkurransklagenemnda bemerker at det ikke prinsipielt er utelukket at åpenhet om en atferd kan få innvirkning på vurderingen av skyld. Dette beror imidlertid på en nærmere vurdering av de konkrete omstendighetene i den enkelte saken, slik det ble

²⁴³ Vedtaket avsnitt 334.

²⁴⁴ KTKN-2018-112 og KTKN-2018-113, 31. august 2018, (*El-proffen*).

²⁴⁵ HR-2017-1229-A.

lagt til grunn i *El-Proffen* og *Taxi-saken*. Utgangspunktet er at konkurranseloven er en forbudslov, som innebærer at det er foretakenes eget ansvar å handle i samsvar med loven. Nasjonale konkurransemyndigheter har følgelig ingen kompetanse til å godkjenne en konkret atferd, verken aktivt eller passivt, og klagerne kan derfor heller ikke ha noen berettigede forventninger om at den atferden det angivelig har vært åpenhet om, er lovlig. Nemnda viser i denne forbindelse til sak C-681/11 *Schenker*,²⁴⁶ avsnitt 42.

- (621) Konkurransklagenemnda kan imidlertid ikke se at åpenheten og kontakten med Konkurransetilsynet, beskrevet i vedtaket avsnitt 2414 til 2419, innebar at Konkurransetilsynet har blitt informert om at samarbeidet hadde den karakteren og det omfanget som nemnda har funnet bevist, jf. punkt 7 foran. For det første bemerkes at Konkurransetilsynets uttalelser til media i 2008 skjedde tre år før inngåelsen av samarbeidet, på et tidspunkt da prisinnhenting skjedde i et begrenset omfang og med begrenset hyppighet. Og som nemnda har påpekt flere ganger, handler denne saken om samarbeid om prisinnhenting, og ikke om prisinnhenting generelt uten et samarbeid. For det andre finner nemnda det klart at en orientering til Konkurransetilsynet om innhenting av priser til bruk i sammenlignende reklame, ikke kan vektlegges i relasjon til et samarbeid som ga økt visshet om konkurrentrespons som innebar en vesentlig endring av praktiseringen av Bransjenormens punkt 5.4, og som innbar gjensidig tilgang til hyppig innhenting av en omfattende mengde priser i hverandres butikker. Nemnda kan i det hele ikke se at det foreligger holdepunkter for at noen av klagerne har gitt informasjon til Konkurransetilsynet om den økte vissheten om konkurrentrespons, herunder at den omfattende mengden innhentede priser har inngått som helt sentrale faktorer i klagerne egne interne strategier for prissetting. Rema 1000s henvisning til møtereferater fra 2005 i forbindelse med AC Nielsen-saken har ikke noen relevans i denne sammenhengen. Når det gjelder klagerne svar på Konkurransetilsynets pålegg om informasjon i andre saker, kan nemnda heller ikke se at det er fremlagt dokumentasjon som tilsier at klagerne har spilt med åpne kort om økt visshet om konkurrentrespons, medregnet hvordan prisinnhenting ble benyttet i egne prisstrategier.
- (622) Konkurransklagenemnda bemerker for øvrig at Konkurransetilsynet i kommunikasjon med klagerne har understreket de potensielle konkurransebegrensende virkningene av informasjonsutveksling i dagligvaremarkedet. Kommunikasjonen har ikke vært begrenset til koordinering, slik Coop har anført, se formuleringene i Konkurransetilsynets brev sitert i punkt 2.4.2.
- (623) Etter Konkurransklagenemndas vurdering kommer omstendighetene og anførselene knyttet til åpenhet uansett ikke på spissen i saken, i lys av det konkrete samarbeidet som nemnda har funnet bevist, jf. punkt 7 over. Nemnda finner det på denne bakgrunnen klart, som Konkurransetilsynet anfører, at anførselene om åpenhet og at Konkurransetilsynet har vært løpende orientert om samarbeidet, gir et uriktig bilde av hvilken informasjon klagerne har gitt om hva samarbeidet bestod i.

²⁴⁶ Sak C-681/11, Bundeswettbewerbshörde and Bundeskartellanwalt v Schenker & Co. AG and Others (*Schenker*).

- (624) Klagernes anførsler om at åpenhet om samarbeidet innebærer at kravet til subjektiv skyld ikke er oppfylt, tas derfor ikke til følge.

12.3.5 Rettsuvitenhet

- (625) Coop og Rema 1000 anfører at flere av de forholdene som er påberopt til støtte for at det ikke foreligger forsett, tilsier at Coop og Rema 1000 har vært aktsomt rettsuvitende om overtredelsen, jf. Rema 1000s klage punkt 28.2.5.
- (626) Konkurransetilsynet bestrider at den høye terskelen for at rettsuvitenhet skal anses unnskyldelig, er overskredet, jf. vedtaket avsnittene 2428 til 2435 og innstillingen punkt 4.5.2.8.
- (627) Konkurransklagenemnda legger til grunn at terskelen for hva som skal til for å kvalifisere til en aktsom rettsuvitenhet, ligger høyt. Det rettslige utgangspunktet er at det kreves særlige omstendigheter for at en rettsuvitenhet kan anses som unnskyldelig og dermed frigjørende. Selv om konkurransereglene er kompliserte og det kan være vanskelig å ha fullstendig oversikt over dem, skal det mye til for at den som driver næringsvirksomhet, skal bli frifunnet på grunn av mangelfull kjennskap til de reglene som gjelder for virksomheten, og dette vil kun være aktuelt i helt spesielle tilfeller.²⁴⁷
- (628) Coop og Rema 1000 anfører for det første at åpenheten om samarbeidet utgjør et grunnlag for rettsuvitenhet. Konkurransklagenemnda er som nevnt i avsnitt 620 enig i at åpenhet om et samarbeid kan ha betydning for vurderingen av forsett, herunder om det foreligger unnskyldelig rettsuvitenhet. I lys av vurderingene i punkt 12.3.4, finner nemnda det imidlertid klart at anførselene om rettsuvitenhet basert på åpenhet om samarbeidet ikke kan føre frem.
- (629) Coop og Rema 1000 anfører for det andre at det foreligger rettsuvitenhet fordi overtredelsen hevdes å ligge utenfor kjerneinnholdet i konkurranseloven § 10 første ledd, og at lignende overtredelser ikke har blitt ansett som brudd på forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Konkurransklagenemnda finner det av flere grunner klart at anførselen ikke kan føre frem. Nemnda kan ikke se at klagerne har dekning for at overtredelsen ligger utenfor kjerneinnholdet i konkurranseloven § 10 første ledd. Som nemnda har gjennomgått i punkt 7.5 og 8.4 under samarbeids- og konkurransebegrensningskriteriene, er et samarbeid med informasjonsutveksling som gir økt visshet om konkurrentrespons, i kjernen av det forbudsbestemmelsen i konkurranseloven § 10 første ledd er ment å ramme. Som nemnda videre har redegjort for i punkt 8.4 om konkurransebegrensningskriteriet, gjelder det ikke noe krav om at det må påvises tidligere rettspraksis eller administrativ praksis for at en atferd kan utgjøre en overtredelse av konkurranseloven.
- (630) Coop og Rema 1000 anfører for det tredje til støtte for rettsuvitenhet at Konkurransetilsynets skadeteori ikke har dekning i rettspraksis eller økonomisk teori. Konkurransklagenemnda finner det her tilstrekkelig å vise til nemndas

²⁴⁷ Se Konkurransklagenemndas vedtak i V03/2019, *Telenor*, avsnittene 528 og 529. I Gulating lagmannsretts dom LG-2019-137886-2, som opprettholdt vedtaket, ble det i relasjon til forsettskravet uttalt at grensen mot unnskyldelig *rettsvillfarelse* «... ut fra sammenheng med strafferettsreguleringen hva gjelder forsettskravet som er forutsatt i Rt-2012-1556, [bør] korrespondere med grensen for ikke uaktsom uvitenhet om at handlingen er ulovlig, jf. strl. § 26» (dommen punkt 8, fjerde avsnitt).

vurderinger av partenes anførsler om skadeteorien i punktene 8.4.3 til 8.4.5, og anførslene fører derfor ikke frem.

- (631) Oppsummert finner Konkurransklagenemnda etter dette at argumentene knyttet til åpenhet om overtredelsen, forbudsbestemmelsens kjerne og skadeteoriens forhold til rettspraksis og økonomisk teori ikke når opp til den høye terskelen som gjelder for at en rettsuvidenhet kan anses som aktsom.

12.3.6 Uaktsomhet

- (632) Selv om det ikke er avgjørende for det resultatet Konkurransklagenemnda har kommet til, bemerker nemnda at de forhold og momenter som ligger til grunn for konklusjonene om at de tre klagerne alle har utvist forsett, innebærer at det i alle tilfeller er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at overtredelsene av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid er uaktsomme.
- (633) I vurderingen av ileggelse og utmåling av overtredelsesgebyr legger imidlertid Konkurransklagenemnda til grunn at overtredelsene er forsettlige.

12.4 Konklusjon – skyldkravet

- (634) Konkurransklagenemnda konkluderer etter dette med at alle tre klagerne gjennom hele samarbeidsperioden har handlet forsettlig, og følgelig at skyldkravet er oppfylt for alle.

12.5 Rettsstridsreservasjonen

- (635) Coop anfører at konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 må tolkes innskrenkende, i lys av den ulovfestede rettsstridsreservasjonen. Til støtte for anførselen viser Coop til Rt-2012-686, (*Trading Robot*). I saken ble to «day-tradere» frifunnet for brudd på verdipapirhandellovens forbud mot markedsmanipulasjon, hvor Høyesterett la vekt på at handlemåten var «allment akseptert i markedet».
- (636) Konkurransklagenemnda tar utgangspunkt i at det i norsk rett er antatt «å foreligge en generell rettsstridsreservasjon som innebærer at loven ikke får anvendelse der det må legges til grunn at ordlyden rekker lenger enn det som har vært meningen å ramme som straffbart», jf. *Trading Robot*, avsnitt 59.²⁴⁸ Rettsstridsreservasjonen er i strafferetten å anse som en straffrihetsgrunn som skal anvendes analogisk ved ileggelse av administrative forvaltningssanksjoner.²⁴⁹
- (637) Konkurransklagenemnda bemerker at Coops jevnføring med *Trading Robot*-saken på alle punkter er lite treffende. For det første kvalifiserer ikke samarbeidet som nemnda har funnet bevist, som «lovlig og rettmessig», som Coop anfører i klagen avsnitt 1223. Nemnda stiller seg for det andre uforstående til anførselen om at klagernes handlemåte er «allment akseptert i markedet». Denne anførselen står i klar motstrid til bekymringer knyttet til lovligheten av atferden, slik dette har kommet til uttrykk i tidsnære bevis. For det tredje er klagernes atferd heller ikke «med på å fremme lovens formål» (jf. *Trading Robot*, avsnitt 72), snarere tvert imot. For det fjerde er klagerne heller ikke «små aktører», og handlemåten har ikke «hatt lite

²⁴⁸ Rt-2012-686, (*Trading Robot*), avsnitt 59.

²⁴⁹ Prop. 62 L (2015–2016) Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.) side 79.

skadepotensiale for markedet som sådan» (jf. *Trading Robot*, avsnitt 74) – tvert imot har atferden vært egnet til å skade konkurransen i markedet.

- (638) Anførlene om innskrenkende fortolkning på grunn av rettsstridsreservasjonen tas etter dette ikke til følge.

13 Konkurransetilsynets saksbehandling

13.1 Innledning

- (639) Det følger av forvaltningsloven § 34 andre ledd og konkurranseloven § 39 tredje ledd at Konkurransklagenemnda har kompetanse til å behandle alle sider av saken, og kan ta hensyn til nye omstendigheter og bevis. Etter forvaltningsloven § 34 fjerde ledd har nemnda også kompetanse til å treffe nytt vedtak i saken. Det vil si at eventuelle saksbehandlingsfeil hos Konkurransetilsynet vil bli avhjulpet av saksbehandlingen i klageomgangen. Det forholdet at nemnda i andre saker etter en konkret vurdering har valgt å oppheve et vedtak og sende det tilbake til Konkurransetilsynet for ny behandling, forandrer ikke på dette utgangspunktet, jf. *Vy-saken* som klagerne viser til.²⁵⁰

- (640) Selv om saksbehandlingen i Konkurransklagenemnda kan avhjelpe eventuelle saksbehandlingsfeil i Konkurransetilsynet, vil nemnda likevel ta stilling til klagerens anførsler om at vedtaket må oppheves som følge av saksbehandlingsfeil hos Konkurransetilsynet. Det er anført flere saksbehandlingsfeil, og nemnda vil behandle disse fortløpende nedenfor. Ettersom retten til kontradiksjon ligger som et grunnhensyn og en overordnet føring for saksbehandlingen, vil nemnda først adressere klagerens felles og gjentatte anførsel om at denne retten er brutt.

13.2 Konkurransetilsynets anførsler

- (641) Konkurransetilsynet anfører at saksbehandlingen ikke lider av saksbehandlingsfeil, og avviser alle anklager om feil i saksbehandlingen. Kravene til forhåndsvarsling for illeggelse av overtredelsesgebyr er oppfylt, og klagerne har hatt god mulighet til å utøve kontradiksjon og effektivt forsvar. For å bedre innsynet er det opprettet såkalte «clean-teams». Denne løsningen balanserer hensynet til å kunne utøve kontradiksjon med hensynet til å beskytte forretningshemmeligheter. Det er ikke krav om å gjennomføre en muntlig høring i Konkurransetilsynet i sanksjonssaker. Rema 1000 har fått anledning til å uttale seg flere ganger muntlig og skriftlig i saken. Det foreligger ikke brudd på kravet om begrunnelse eller utrednings- og informasjonsplikten.

13.3 Klagerens anførsler

- (642) Rema 1000 og NorgesGruppen anfører at forhåndsvarslingen har vært mangelfull, fordi vedtaket baserer seg på en annen skadeteori enn varselet. Rema 1000 anfører at deres rett til kontradiksjon er svekket, blant annet fordi det tok lang tid før Rema 1000 fikk fullt partsinnsyn i varselet og sakkyndig rapport fra Harrington. Klagerne anfører videre at vedtaket ikke oppfyller kravet til begrunnelse, og at Konkurransetilsynet har brutt utrednings- og informasjonsplikten i forvaltningsloven § 17. Coop anfører at klagerens rett til forsvarlig kontradiksjon heller ikke er

²⁵⁰ Konkurransklagenemndas vedtak V01-2021, 12. februar 2021.

ivaretatt, fordi Konkurransetilsynet stadig justerer sin argumentasjon. Coop anfører at Konkurransetilsynet har endret sin begrunnelse etter at vedtak er fattet.

- (643) Rema 1000 og NorgesGruppen anfører at skadehypotesen i varselet bygget på koordinering, og at vedtaket derimot bygger på en skadehypotese om ensidige virkninger. En knapp og uklar skadehypotese som endres i saksgangen, leder til at klagerne er fratatt en effektiv mulighet til kontradiksjon. Coop anfører videre at det fagøkonomiske grunnlaget og materialiseringen av skadevirkningene i Konkurransetilsynets skadehypotese er uklare og motstridende, noe som igjen hindrer full kontradiksjon.
- (644) Manglende partsinnsyn i sakkyndigrapporter har videre vanskeliggjort kontradiksjonen. Nytt varsel i saken etter endringen der formålsovertredelse frafalles, oppfyller ikke kravene til varsel og gir dermed heller ikke mulighet til å utøve kontradiksjon. Rema 1000 anfører videre at retten til kontradiksjon er brutt som følge av avslag på muntlig høring for Konkurransetilsynet. Coop anfører at vedtakets oppbygning gjør innholdet lite tilgjengelig, at vedtaket ikke har en tydelig grense mellom rettslige utgangspunkter og vurderinger, og at Konkurransetilsynet ikke har foretatt noen vurdering av de enkelte bevisene i deres kontekst eller konkretisert hva bevisene skal belyse, noe som vanskeliggjør kontradiksjon.
- (645) Klagerne anfører at det foreligger brudd på utrednings- og informasjonsplikten. NorgesGruppen anfører at Konkurransetilsynet ikke har tilstrekkelig utredet om rask responstid var mulig og/eller relevant for prisfastsettelsen, noe som er en forutsetning for skadeteorien, og har heller ikke gjort en kvalitativ vurdering av om de konkurransebegrensende virkningene var merkbare. Rema 1000 anfører at simultan priskonkurranse skulle vært undersøkt grundigere, blant annet for å vurdere om dette er bedre egnet til å forklare foretakenes atferd enn teoriene for sekvensielt prislederskap, samt at Konkurransetilsynet ikke har undersøkt om bevisene kan tolkes på en alternativ måte enn den som er valgt i vedtaket.
- (646) Klagerne anfører at det er mangel ved begrunnelsen, blant annet for virkningsvurderingen. Vedtakets oppbygning gjør innholdet lite tilgjengelig.

13.4 Konkurransesklagenemndas vurdering

13.4.1 Innledning

- (647) Som nevnt i innledningen, punkt 13.1, vil Konkurransesklagenemnda behandle anførselene om at det foreligger brudd på saksbehandlingskrav i Konkurransetilsynets behandling av saken, selv om saksbehandlingsfeil i underinstansen generelt kan avhjelpes i behandlingen for klageinstansen. Grunnen til at slike anførsler behandles, er at brudd på enkelte saksbehandlingskrav kan være av en slik karakter at de bør lede til oppheving av vedtaket og eventuell ny behandling i Konkurransetilsynet. Ettersom nemnda ikke finner at saksbehandlingen her lider av saksbehandlingsfeil, er det ikke nødvendig for nemnda å gå nærmere inn på i hvilke tilfeller slike feil bør lede til en oppheving.
- (648) Retten til kontradiksjon er en grunnleggende rettsikkerhetsgaranti som skal sikres gjennom krav til saksbehandlingen etter forvaltningsloven, prinsippet om forsvarlig saksbehandling samt kravene etter EMK artikkel 6, gjennomført i norsk rett ved

menneskerettsloven.²⁵¹ Det sentrale formålet med denne garantien er å sikre en rettferdig rettergang, blant annet en rett til å få tilstrekkelig tid og muligheter til å forberede sitt forsvar.

(649) Det er ikke tvilsomt at Konkurransetilsynet i denne saken har gitt omfattende innsyn i sakens dokumenter ved løpende behandling av innsynskrav og utarbeidelse av partsoffentlige dokumenter. Det er videre opprettet «clean-teams» for å balansere behovet for å beskytte forretningshemmeligheter mot hensynet til at klagerne skal kunne forberede sitt forsvar.²⁵² De enkeltspørsmålene som oppstår i denne sammenhengen, handler mer om spredte anførsler om brudd som følge av at noen opplysninger er delvis unntatt innsyn, tiden det har tatt å behandle innsynsbejæringer, innsyn i foreløpige utkast til rapporter og avslag på anmodning om muntlig høring under Konkurransetilsynets behandling. Videre må Konkurransklagenemnda vurdere anførslene i lys av at det ble gitt innsyn i tidligere unntatte dokumenter gjennom nemndas avgjørelser 9. mai 2025 (2025/0425) og 12. mai 2025 (2025/0513). Se nærmere om disse dokumentene i punkt 1.

(650) I denne saken er det flere andre anførsler som er relatert til påstand om brudd på denne kontradiksjonsgarantien, blant annet knyttet til plikten til å varsle, plikten til å opplyse saken og til å gi begrunnelse. For vurderingen av om den grunnleggende retten til kontradiksjon i en sak med et administrativt overtredelsesgebyr er oppfylt, vil Konkurransklagenemnda først ta utgangspunkt i anførselen om at skadeteorien i saken er endret på en slik måte at denne grunnleggende garantien ikke er oppfylt. Ettersom forutsetningen for at anførslene om brudd på kontradiksjon her forutsetter at skadeteorien rent faktisk er grunnleggende endret i saksgangen, vil dette bli vurdert først. Deretter behandles anførslene fortløpende.

13.4.2 Retten til kontradiksjon og anførsel om endret skadeteori

(651) Til klagerens anførsel om endret skadeteori, viser Konkurransklagenemnda til varselet avsnitt 1204:

«Den økte gjennomsiktigheten på pris mellom partene som følge av samarbeidet fører videre til at dagligvarekjedene får en forventning om at konkurrentene raskere oppdager prisendringer og raskere følger prisendringer, og vil derfor potensielt endre partenes insentiver i prisfastsettelsen. For det første vil det at konkurrentene raskere følger prisreduksjoner redusere dagligvarekjedenes muligheter til å øke eget salg ved å sette ned prisene. Når dagligvarekjedene forventer at konkurrentene raskt vil følge en prisreduksjon, reduseres den enkelte kjedes insentiv til å sette ned prisen. For det andre vil det at konkurrentene raskere følger prisøkninger, øke sannsynligheten for å etablere et høyere prisnivå ved å selv sette opp priser. Dagligvarekjedene vil nesten umiddelbart kunne observere om konkurrentene følger prisøkningen, og vil kunne sette ned prisen igjen dersom konkurrentene ikke følger, slik at risikoen for å miste kunder er begrenset. Samarbeidet vil derfor gi dagligvarekjedene økte insentiver til å sette priser opp.»

(652) Konkurransklagenemnda finner at denne fremstillingen av skadeteorien ligger svært tett opp til fremstillingen i vedtaket. Nemnda legger etter dette følgende til grunn at

²⁵¹ LOV-1999-05-21-30.

²⁵² Se blant annet innstillingen avsnitt 607 følgende, med videre henvisninger.

Konkurransetilsynet ikke har endret skadeteorien nevneverdig mellom varselet og vedtaket. Nemnda finner videre at det i denne sammenhengen heller ikke har betydning at varselet i tillegg beskrev en skadeteori basert på koordinerte virkninger, all den tid skadeteorien for ensidige virkninger også var inkludert. Se for øvrig nemndas vurdering av skadeteorien i punkt 8.

- (653) Klagerne underbygger påstanden om at grunntrekkene i skadeteorien er endret slik at kontradiksjon ikke er ivaretatt, med en annen forståelse av vedtaket enn den Konkurransklagenemnda mener er riktig. En påstått endring av skadehypotesen fra koordinering til ensidig skadevirkning bygger, slik nemnda ser det, på klagerne egne feilaktige tolkninger av vedtaket, og kan dermed ikke gi grunnlag for at grunntrekkene i skadeteorien er faktisk endret.²⁵³
- (654) På denne bakgrunnen finner Konkurransklagenemnda at anførselen om at skadeteorien er endret på en slik måte at retten til kontradiksjon ikke er oppfylt, ikke kan føre frem.
- (655) Klagerne anfører videre at deres mulighet for kontradiksjon ikke ble ivaretatt fordi de først fikk innsyn i dokumenter som gjaldt korrespondanse mellom Konkurransetilsynet og Konkurransetilsynets sakkyndige gjennom Konkurransklagenemndas vedtak kort tid før muntlig høring.²⁵⁴
- (656) Konkurransklagenemnda er ikke enig i anførselen. For det første inneholder ikke dokumentene vesentlige nye opplysninger som leder til endringer i klagerne innvendinger til vedtaket. Disse dokumentene kan også forstås som supplerende bevis for en åpen og dermed objektiv og forsvarlig saksbehandling i Konkurransetilsynet.²⁵⁵ Nemnda vil i denne forbindelse påpeke at Konkurransetilsynet har en EØS-rettslig forpliktelse til å håndheve ulovlig samarbeid etter EØS-avtalen artikkel 53. Nemnda kan ikke se at Konkurransetilsynet har brutt grunnleggende saksbehandlingskrav, men har snarere lojalt fulgt opp denne forpliktelsen.
- (657) I vurderingen av om klagerne er gitt tilstrekkelig mulighet for kontradiksjon rundt disse dokumentene er det lagt vesentlig vekt på dokumentenes innhold. Den tid som har stått til rådighet for klagerne til å kommentere disse dokumentene etter at innsyn ble gitt, underbygger at innholdet ikke har tilført noe vesentlig nytt. På denne bakgrunnen kan nemnda ikke se at innsyn i disse dokumentene kort tid før den muntlige høringen utgjør et brudd på retten til kontradiksjon.

13.4.3 Retten til kontradiksjon og rett til varsel

- (658) Det følger av forvaltningsloven § 16 at parten skal varsles ved inngrepssaker som innledes av forvaltningen.²⁵⁶ Varsel skal gis før vedtaket treffes. Kontradiksjonshensyn tilsier at varsel bør gis så tidlig at parten får mulighet til å øve reell innflytelse på saksbehandlingen. Innholdsmessig krever bestemmelsen at varselet skal «gjøre greie for hva saken gjelder». Dette innebærer at forvaltningen

²⁵³ Se blant annet punkt 6 i Rema 1000s merknader til innstillingen.

²⁵⁴ Konkurransklagenemndas avgjørelser 9. mai 2025 (2025/0425) og 12. mai 2025 (2025/0513).

²⁵⁵ Det vises blant annet til Kühns forklaring under høringen om fremgangsmåten i saksbehandlingen av konkurransesaker da han arbeidet i Kommisjonen, en fremgangsmåte som synes generelt dekkende for konkurransemyndigheters arbeid med slike saker.

²⁵⁶ Se også forvaltningslovens § 17 som indirekte kan oppstille en lignende plikt.

må forklare hva saken gjelder, på en måte som parten forstår, og den må opplyse hva saksbehandlingen kan munne ut i. I tillegg må varselet ha et innhold som gir parten en oppfordring og en mulighet til å ivareta sine interesser, blant annet ved å kunne fremsette relevante innsigelser, jf. Rt-2002-683 på side 690.

- (659) Hensikten med varselet er å sikre at parten får mulighet til å ivareta sine interesser gjennom å uttale seg, gi opplysninger og legge frem bevis før vedtak fattes. Dette er en viktig del av kontradiksjonsprinsippet og sikrer en forsvarlig saksbehandling. Hva som kreves, må vurderes konkret, og kan variere fra saksområde til saksområde. Det sentrale er at varselet må ha et innhold som gir parten en oppfordring og en mulighet til å ivareta sine interesser, blant annet ved å kunne fremsette innsigelser som er relevante for vurderingstemaet i saken. Kravene til forhåndsvarsel er strengere i en sak der forvaltningen ilegger overtredelsesgebyr, enn i saker av mindre inngripende karakter eller saker der det ikke ilegges sanksjoner. Ved vurderingen av om forhåndsvarslingen har vært tilfredsstillende, kan det også tas hensyn til forvaltningens suppleringer under sakens gang, etter at et forhåndsvarsel er utstedt.
- (660) Varslene i saken har vært omfattende. Klagerne ble først varslet 15. desember 2020. Det er ikke uvanlig at forvaltningen gjør endringer i sine vurderinger etter første varsel. Alle klagerne innga kommentarer til det første varselet. I denne saken ble det sendt tilleggsvarsel 10. april 2024. Også dette har alle klagerne kommentert. Det har i tillegg vært avholdt en rekke møter mellom alle klagerne og Konkurransetilsynet. Konkurransklagenemnda finner det ikke tvilsomt at kravene til forhåndsvarsel etter forvaltningsloven § 16 er oppfylt. Det følger av dette at hensynet til kontradiksjon gjennom kravene til forhåndsvarsling er ivaretatt. I motsetning til det Rema 1000 anfører, legger nemnda til grunn at EØS-rettens krav til forsvarlig saksbehandling også er oppfylt.

13.4.4 Retten til kontradiksjon og plikten til å opplyse saken

- (661) Det følger av forvaltningsloven § 17 at Konkurransetilsynet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Utredningsplikten er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti og skal ivareta hensynet til sakens parter, sikre en forsvarlig saksbehandling og legge til rette for riktige vedtak. Utredningsplikten er relativ og avhenger av både sakens karakter og hva som er de relevante spørsmålene i saken. Kravene til bevis etter EMK artikkel 6 og uskyldspresumsjonen påvirker også kravet til sakens opplysning. Ettersom denne saken gjelder illeggelse av en administrativ sanksjon, stilles det strenge krav til sakens opplysning.
- (662) Klagerne anfører at mangler ved sakens opplysning leder til at Konkurransklagenemnda uansett må oppheve Konkurransetilsynets vedtak. I forlengelsen av dette anfører klagerne at saken heller ikke overfor nemnda er tilstrekkelig opplyst for et realitetsvedtak. Nemnda er ikke enig i disse anførselene, og finner at saken er tilstrekkelig opplyst, se også nemndas vurdering av anførsel om manglende objektivitet i punkt 13.4.6.

13.4.5 Rett til begrunnelse

- (663) Forvaltningsloven § 25 gir parter i en forvaltningssak rett til å få en begrunnelse for enkeltvedtak. Begrunnelsen skal gis samtidig med vedtaket, og hensikten er å sikre innsyn i vurderingene som ligger til grunn for vedtaket, og gjøre det mulig å forstå, akseptere eller eventuelt klage på avgjørelsen. Begrunnelsen skal opplyse om de

faktiske forhold som vedtaket bygger på, samt de reglene og hensynene som er lagt til grunn. Videre bør hovedhensynene som har vært avgjørende ved utøvelse av forvaltningsmessig skjønn, nevnes. Kravene til begrunnelse varierer utfra sakens karakter og hvor inngripende avgjørelsen er. Kravene til bevis etter EMK artikkel 6 og uskyldspresumsjonen påvirker også kravet til sakens begrunnelse. Ettersom denne saken gjelder illeggelse av en administrativ sanksjon, stilles det strenge krav til begrunnelsen.

- (664) Klagerne, særlig Coop, anfører som saksbehandlingsfeil at vedtaket lider av brudd på plikten til å gi en begrunnelse. Coop utlegger i den forbindelse begrunnelseskravet slik at det

«skal grunnleggende sett sikre materielt riktige avgjørelser – dersom det er feil eller uforklarligheter ved begrunnelsen, tilsier dette at avgjørelsen ikke er truffet på bakgrunn av en reell og samvittighetsfull vurdering. Begrunnelseskravet må på dette punktet ses i sammenheng med andre prosessgarantier som har til hensikt å oppnå samme effekt.»²⁵⁷

- (665) Med denne utleggingen av innholdet i begrunnelsesplikten etter forvaltningsloven forstår Konkurransklagenemnda anførselen slik at den oppsummerer en rekke innvendinger til vedtaket og i liten grad handler isolert om forvaltningsloven § 25. Nemnda viser derfor til flere vurderinger i vedtaket både om krav til bevis, om kontradiksjon og samlede vurderinger av vedtaket for å imøtegå denne anførselen.
- (666) Konkurransetilsynet redegjør i vedtaket punkt 5 grundig for de faktiske forholdene i saken. I vedtaket punkt 7 til 13 og 15 til 17 redegjør Konkurransetilsynet for de rettslige utgangspunktene som tilsynets vurderinger bygger på. Konkurransetilsynet foretar videre i vedtaket punkt 10.2 til 10.4 og 11.2 til 11.4 en grundig vurdering av samarbeids- og konkurransebegrensningskriteriene. De faktiske forholdene i saken vurderes opp mot de rettslige kriteriene. Konkurransklagenemnda finner det på denne bakgrunnen klart at klagerne har fått en begrunnelse som tilsvarende krav som stilles til inngripende forvaltningsavgjørelser, som et vedtak om administrativ sanksjon. Det er ikke tvilsomt at klagerne har hatt mulighet til å ivareta egne interesser. Nemnda kan ikke se at vedtaket mangler den begrunnelsen som forvaltningsloven § 25 og god forvaltningsskikk krever.

13.4.6 Anførsel om manglende objektivitet i saksbehandlingen

- (667) Klagerne, særlig Rema 1000, anfører at Konkurransetilsynet ikke har opptrådt objektivt i saksbehandlingen. Konkurransklagenemnda forstår dette som en anførsel om brudd på kravet til forsvarlig saksbehandling. Grunnlaget for den påstått manglende objektiviteten er knyttet særlig til Konkurransetilsynets bevisvurdering, der det blant annet hevdes at valg av bevis har vært selektivt og vurderingen feilaktig. Nemnda kommenterer i punkt 5 mer generelt klagernes innsigelser til bevisvurderingen, herunder standarden for vurderingen av bevis. Nemnda viser til denne gjennomgangen for tilbakevisning av flere av klagernes anførsler om bevisvurderingen.
- (668) Konkurransklagenemnda finner at Konkurransetilsynet har foretatt en grundig og reell vurdering av de ulike bevisene i saken og det samlede bevisbildet, samt

²⁵⁷ Coops klage punkt 2.1 følgende.

klagernes innvendinger. At Konkurransetilsynet vurderer bevisene annerledes enn klagerne, og vektlegger mer tidsnære bevis på bekostning av etterfølgende forklaringer, innebærer ikke at Konkurransetilsynet i vedtaket har unnlatt å vise til og drøfte bevis som er til klagernes fordel. Dette innebærer heller ikke selektivitet i bevisvurderingen.

- (669) Konkurransklagenemnda viser for øvrig til sin egen bevisvurdering og gjennomgang av saken. Nemnda har i tråd med rollen som klageorgan med full overprøvingsrett foretatt en selvstendig vurdering av bevisene i saken og av vilkårene i konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1. Konkurransetilsynet har i denne saken innhentet omfattende mengder informasjon fra klagerne i form av databaseslag, forklaringsopptak og svar med tilhørende vedlegg. Selv om nemnda ikke kan se at det er grunnlag for klagernes anførsel om saksbehandlingsfeil for manglende objektivitet i Konkurransetilsynet, vil uansett nemndas selvstendige vurdering av saken avhjelpe dette.
- (670) I forlengelsen av dette vil Konkurransklagenemnda knytte noen kommentarer til anførselen fra samtlige klagerne om at nemnda burde avstå fra å treffe et materielt vedtak i saken. Anførselen synes å bygge på at klagerne mener nemnda ikke har et tilstrekkelig grunnlag for å fatte et materielt vedtak. Nemnda har på vanlig måte vurdert sakens opplysning. Nemnda har ikke vært i tvil om vurderingen. Nemnda ser derfor ikke noen grunn til å avstå fra å fatte et materielt klagevedtak. At nemnda velger å henvise til Konkurransetilsynets vedtak når det er hensiktsmessig, er helt i tråd med rollen som klageorgan.
- (671) I anførselen om manglende objektivitet ligger også en referanse til at Konkurransetilsynet har endret og tilpasset skadeteorien underveis i prosessen uten at klagerne har blitt orientert. Konkurransklagenemnda deler ikke klagernes syn på endret skadeteori i strid med saksbehandlingskravene, slik det er redegjort for i punkt 13.4.2. Heller ikke dette grunnlaget for en påstått manglende objektivitet kan dermed føre frem.
- (672) I anførselen om manglende objektivitet ligger også en referanse til at Konkurransetilsynet ikke har ivaretatt klagernes rett til kontradiksjon. For Konkurransklagenemndas vurdering av retten til kontradiksjon vises det til gjennomgangen i punktene 13.4.2 og 13.4.3. Nemnda deler ikke klagernes syn på at retten til kontradiksjon ikke er blitt ivaretatt. Verken enkeltvis eller samlet er det grunnlag for klagernes anførsler om at vedtaket må oppheves som følge av brudd på kravet til forsvarlig saksbehandling.
- (673) Konkurransklagenemnda kan ikke se at vedtaket lider av saksbehandlingsfeil.

14 Utmåling av overtredelsesgebyr

14.1 Innledning

- (674) Konkurransklagenemnda har funnet det bevist at Coop, NorgesGruppen og Rema 1000 handlet i strid med forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1. Nemnda har videre funnet det bevist at overtredelsen er begått forsettlig. Som det fremgår av punkt 8, har nemnda konkludert med at informasjonsutvekslingen mellom Coop,

NorgesGruppen og Rema 1000 har gitt partene økt visshet om konkurrentrespons, med konkurransebegrensende virkninger i det norske dagligvaremarkedet.

- (675) Konkurransetilsynetsnemnda skal i det følgende ta stilling til spørsmålet om illeggelse av overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a.

14.2 Konkurransetilsynets anførsler

- (676) Konkurransetilsynet legger til grunn for utmålingen av overtredelsesgebyret at klagerne anførsler knyttet til overtredelsesgebyrene ikke belyser nye forhold som gir grunn til å foreta ytterligere undersøkelser i sakens anledning.
- (677) Konkurransetilsynet kan ikke se at det har fremkommet nye opplysninger som gir grunnlag for ytterligere reduksjon av overtredelsesgebyret enn den skjønnsmessige nedjusteringen på 90 prosent som Konkurransetilsynet legger til grunn i vedtaket. Konkurransetilsynet anfører at en ytterligere reduksjon ville ha medført et overtredelsesgebyr som ikke vil være tilstrekkelig avskrekkende.
- (678) Konkurransetilsynet har ved den skjønnsmessige nedjusteringen av de utmålte gebyrene, etter totrinnsmetoden i vedtaket, lagt vekt på både at gebyrene skal reflektere at overtredelsen er endret fra en formålsovertredelse til en virkningsovertredelse, og at Konkurransetilsynet ikke tidligere har ilagt overtredelsesgebyr i en sak om konkurransebegrensende virkning.

14.3 Klagerne anførsler

- (679) Klagerne anfører at det ikke skal ilegges overtredelsesgebyr i saken. Til støtte for dette viser klagerne til at saken utgjør en ny type overtredelse som aldri tidligere har blitt sanksjonert i Norge eller EU. Konkurransetilsynets skadeteori har ikke grunnlag i verken praksis eller økonomisk teori. I tråd med Kommisjonens policy bør man da avstå fra å illegge overtredelsesgebyr, eventuelt bør det kun ilegges gebyr av symbolsk størrelse. Rema 1000 viser til at Konkurransetilsynet aldri tidligere har ilagt gebyr for en virkningsovertredelse, og at dette også forekommer svært sjelden i EU.
- (680) Coop og Rema 1000 anfører at gebyret uansett er uproporsjonalt og må reduseres betraktelig. Coop viser til at myndighetene i enhver sak er forpliktet til å tilpasse overtredelsesgebyret ut fra overtredelsens art og proporsjonalitet, og at dette ikke er hensyntatt i relasjon til den påståtte overtredelsen. Konkurransetilsynet må i enda større grad hensynta at overtredelsen er endret fra en formålsovertredelse til en virkningsovertredelse. Selv om gebyrnivået skal sikre effektiv håndheving av konkurransereglene ut fra individualpreventive og allmennpreventive hensyn, gir ikke skjønnsfriheten Konkurransetilsynet adgang til å illegge et gebyr som går lenger enn det som er nødvendig for å ivareta disse hensynene. Etter Coops oppfatning viser tidligere praksis – sett i lys av de særlige forholdene i denne saken – at størrelsen på gebyret går vesentlig lenger enn det som er nødvendig.
- (681) Klagerne anfører videre at gebyret må frafalles fordi klagerne har vært åpne om samarbeidet og praksisen med prisinnhenting overfor Konkurransetilsynet og media, uten at Konkurransetilsynet har reagert.
- (682) Rema 1000 anfører at de bør få en vesentlig større reduksjon for sitt bidrag til etterforskningen enn den reduksjonen Konkurransetilsynet har gitt i sitt vedtak.

- (683) Rema 1000 anfører at grovhet på fem prosent er for høyt sammenlignet med Konkurransetilsynets utmåling i Telenorsaken, hvor Konkurransetilsynet satte grovheten til to prosent.
- (684) Rema 1000 anfører videre at det må differensieres mellom klagerne ved skjønnsmessig bortfall eller reduksjon.

14.4 Rettslige utgangspunkter

- (685) Det følger av konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a at et foretak kan ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket eller sammenslutningen av foretak, eller noen som handler på deres vegne, forsettlig eller uaktsomt overtrer konkurranseloven § 10.
- (686) Konkurranseloven § 29 andre ledd angir at det ved fastsettelse av gebyrets størrelse skal legges særlig vekt på «foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet», og eventuell lempning, som ikke er relevant i denne saken.
- (687) Forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr av 11. desember 2013 nr. 1465 (heretter «utmålingsforskriften») supplerer bestemmelsen og gir nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr. Utmålingsforskriften angir i § 3 andre ledd en rekke forhold som det særlig skal tas hensyn til ved overtredelsens grovhet, mens det i tredje til sjette ledd angis momenter som det kan legges vekt på i utmålingen. Det følger av forarbeidene til konkurranseloven at utmålingen av overtredelsesgebyr så langt som mulig bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS-konkurranseretten, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 118. Dette har blitt fulgt opp i Høyesteretts praksis, *Gran & Ekran*, jf. avsnittene 71 til 73. Utmålingsforskriften er ikke uttømmende.
- (688) Ved tolkningen av den norske utmålingsforskriften er det også relevant å se hen til ESAs og Kommisjonens retningslinjer fra 2006 om metoden for fastsettelse av bøter. Retningslinjene gir utfyllende veiledning om utmålingen.²⁵⁸
- (689) Konkurransklagenemnda er ikke bundet av Konkurransetilsynets utmåling og har full kompetanse, også i spørsmålet om det skal ilegges overtredelsesgebyr, jf. forvaltningsloven § 34 andre ledd. Nemnda må derfor foreta en selvstendig utmåling i lys av alle omstendigheter i saken, basert på det faktumet nemnda har funnet bevist.

14.5 Konkurransklagenemndas vurdering

14.5.1 Fastsettelsen av grunnbeløpet

14.5.1.1 Innledning

- (690) Klagerne anfører at det ikke skal ilegges overtredelsesgebyr i saken, blant annet fordi klagerne anser at overtredelsen utgjør en ny type overtredelse som aldri tidligere har blitt sanksjonert i Norge eller EU. Rema 1000 anfører også at Konkurransetilsynet aldri tidligere har ilagt gebyr for en virkningsovertredelse, og at dette også forekommer svært sjeldent i EU.

²⁵⁸ EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende, Kunngjøring fra EFTAs overvåkingsorgan 2006/EØS/63/03, Retningslinjer om metoden for fastsettelse av bøter ilagt i henhold til overvåknings- og domstolsavtalens protokoll 4 kapittel ii artikkel 23 nr. 2 bokstav a) og Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 OJ 2006 C 210/2.

- (691) Som det fremgår av Konkurransklagenemndas gjennomgang over, gjelder samarbeidet horisontal informasjonsutveksling mellom konkurrenter, hvor virkningen er basert på grunnleggende økonomisk teori. Dette er en kjent overtredelseskategori i konkurranseretten som er behandlet i en rekke saker tidligere.
- (692) Det at selve overtredelsen materialiserer seg gjennom faktiske handlinger som ikke tidligere har blitt sanksjonert, er etter Konkurransklagenemndas vurdering irrelevant for om overtredelsen skal sanksjoneres. Konkurranseretten er et dynamisk rettsområde hvor nettopp nye typetilfeller av overtredelser kan utgjøre alvorlige overtredelser. Også EU/EØS-rettspraksis viser at nye typetilfeller sanksjoneres med høye gebyr.²⁵⁹ Etter nemndas syn er det ikke tvilsomt at det skal ilegges overtredelsesgebyr i denne saken.
- (693) Konkurransklagenemnda viser til at konkurranseloven § 10, jf. § 29 første ledd, og EØS-avtalen artikkel 53 gjelder for både formålsovertredelser og virkningsovertredelser. Nemnda bemerker videre at reglene for utmåling av overtredelsesgebyr gir både Konkurransetilsynet og nemnda en betydelig skjønnsfrihet for å sikre at nivået i utmålingen, ut fra både individualpreventive og allmennpreventive hensyn, fører til en effektiv håndheving av konkurransereglene. Nemnda mener at det alltid må gjøres en konkret vurdering av den aktuelle overtredelsen for å fastlegge grovheten av overtredelsen. En slik konkret vurdering kan i prinsippet lede til at en virkningsovertredelse anses som en grovere overtredelse enn en formålsovertredelse.²⁶⁰
- (694) Foretakene kan heller ikke ha forventninger om at visse typer overtredelser vil bli sanksjonert med overtredelsesgebyr på et på forhånd definert nivå. Overtredelsesgebyr som utmåles, må være markerte og følbare for å oppnå en tilstrekkelig preventiv virkning, jf. *Gran & Ekran* avsnitt 88.
- (695) Konkurransklagenemnda tar i det følgende utgangspunkt i utmålingsforskriftens totrinnsmetode, jf. § 3 tredje til syvende ledd, som også ligger til grunn for Konkurransetilsynets utmåling. Metoden skal gjenspeile den økonomiske betydningen av overtredelsen og sikre hensynet til preventiv virkning. Totrinnsmetoden innebærer at det i trinn én fastsettes et grunnbeløp etter bestemmelsene i utmålingsforskriften § 3 andre til femte ledd. Grunnbeløpet kan deretter i trinn to justeres opp eller ned, avhengig av eventuelle skjerpende eller formildende omstendigheter i saken. Overtredelsesgebyret kan ikke overskride ti prosent av foretakets årlige omsetning, jf. utmålingsforskriften § 2 andre ledd.

²⁵⁹ Se som eksempel sak C-591/16 P *Lundbeck*, avsnittene 160 og 165.

²⁶⁰ Se tilsvarende betraktninger av Generaladvokat Bobek i sak C-28/18, *Gazdasági Versenyhivatal v Budapest Bank Nyrt. and Others (Budapest Bank)*, 5. september 2019, avsnitt 33: «Second, there is no automatic correlation between the qualification of an agreement as restrictive by object or by effect and the determination of the penalties that may be imposed upon the undertakings responsible. According to Article 23(3) of Regulation (EC) No 1/2003, ‘in fixing the amount of the fine, regard shall be had both to the gravity and to the duration of the infringement’. (13) Admittedly, agreements that are found to restrict competition by object are more likely to be considered as giving rise to serious infringements of competition law. Nevertheless, that is only the inevitable consequence of the fact that the concept of restrictions ‘by object’ is confined to forms of coordination that ‘reveal a sufficient degree of harm to competition’. (14) More importantly, it is by no means excluded that, on the one hand, certain restrictions by object might be considered, in the light of all relevant circumstances, to amount to infringements of a lesser gravity and, on the other hand, restrictions by effect might be deemed to constitute particularly serious infringements of competition law.»

- (696) ESAs retningslinjer for utmåling punkt 37 åpner opp for at denne metoden kan fravikes:

«Selv om disse retningslinjer fastsetter den generelle metode for fastsettelse av bøter, kan det være berettiget at denne metoden [...] fravikes om omstendighetene i en bestemt sak krever det eller det er nødvendig for å oppnå en tilstrekkelig avskrekkende virkning.»

14.5.2 Relevant omsetningsverdi

- (697) Anvendelse av tottrinnsmetoden bygger på at det i trinn én, etter utmålingsforskriften § 3 tredje ledd:

«kan tas utgangspunkt i omsetningsverdien av foretakets varer og tjenester som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter i det aktuelle geografiske området for det siste hele regnskapsåret foretaket deltok i overtredelsen».

- (698) For å fastlegge det såkalte grunnbeløpet i trinn én, kan det etter utmålingsforskriften § 3 tredje ledd andre punktum tas utgangspunkt i et beløp på inntil 30 prosent av denne omsetningsverdien. Bestemmelsen må anses som en konkretisering av prinsippet i konkurranseloven § 29 om at det skal legges særlig vekt på foretakets omsetning, og prinsippet om at overtredelsesgebyret skal gjenspeile den økonomiske betydningen av en overtredelse.

- (699) Konkurransetilsynet legger til grunn at all omsetning knyttet til salg av alle dagligvarer i partenes dagligvarebutikker, inkludert omsetning i franchisedrevne butikker og medlemslagenes butikker, skal legges til grunn som omsetningsverdi og dermed danne utgangspunkt for beregningen av grunnbeløpet i denne saken.

- (700) Konkurransetilsynet legger i likhet med Konkurransetilsynet til grunn at klagernes omsetning knyttet til salg av dagligvarer i dagligvarebutikker er direkte eller indirekte berørt av samarbeidet. Nemnda legger derfor også til grunn for beregningen av grunnbeløpet at all omsetning knyttet til salg av alle dagligvarer i partenes dagligvarebutikker, medregnet omsetning i franchisedrevne butikker og medlemslagenes butikker, skal legges til grunn som omsetningsverdi.

14.5.3 Siste regnskapsår

- (701) Det fremgår av utmålingsforskriften § 3 tredje ledd at det ved fastsettelsen av grunnbeløpet kan tas «utgangspunkt i omsetningsverdien [...] for det siste hele regnskapsåret foretaket deltok i overtredelsen», og tilsvarende i retningslinjene avsnitt 13.

- (702) Det følger imidlertid av EU/EØS-rettspraksis at dette ikke er en absolutt regel, og at den kan fravikes dersom siste regnskapsår ikke er representativt for overtredelsens omfang. Dette kommer blant annet til uttrykk i Underrettens sak T-540/08 *Esso Société*:²⁶¹

«According to the case-law, even though the Commission may, as a rule, rely on the last year of participation in the infringement as the reference period in order to calculate the value of sales, such a choice does not always have to be made.

²⁶¹ Sak T-540/08, *Esso and Others v Commission (Esso Société)*.

A method should be chosen that permits account to be taken of the size and economic power of each of the undertakings concerned, as well as of the scope of the infringement committed by each of them, in light of the economic reality as it appeared at the time the infringement was committed.»²⁶²

- (703) I tråd med dette fraviker Konkurransetilsynet i denne saken utgangspunktet fra utmålingsforskriften om å legge siste regnskapsår til grunn. Konkurransetilsynet viser til at alle tre klagerne hadde betydelig omsetningsvekst i overtredelsesperioden, dvs. i årene 2011 til 2017. Dette gjelder særlig for Coop, som kjøpte opp Ica i 2015. Konkurransetilsynet har derfor lagt til grunn at gjennomsnitt av partenes omsetning fra salg av dagligvarer i perioden 2011 til 2017, i større grad enn omsetningen for siste regnskapsår, vil gjenspeile den økonomiske betydningen av overtredelsen i denne saken.
- (704) Konkurransetilsynet vurderer at en slik gjennomsnittsberegning er til klagernes gunst, og er enig med Konkurransetilsynet i at en slik beregning også i større grad gjenspeiler den faktiske økonomiske betydningen av overtredelsen i denne saken.
- (705) For beregning av gjennomsnittlig omsetning for perioden 2011 til 2017 viser Konkurransetilsynet til tabell 17 i Konkurransetilsynets vedtak. Den relevante omsetningsverdien utgjør etter dette 36 556 000 000 kroner for Coop, 64 018 000 000 kroner for NorgesGruppen og 36 874 000 000 kroner for Rema 1000.

14.5.4 Momenter i utmålingen

14.5.4.1 Overtredelsens grovhet

- (706) Overtredelsens grovhet skal vektlegges ved utmålingen, jf. konkurranseloven § 29 andre ledd, jf. utmålingsforskriften § 3 første ledd. Overtredelsens grovhet kan uttrykkes i prosent av den relevante omsetningsverdien ved fastsettelsen av grunnbeløpet, i intervallet mellom 0 til 30 prosent, jf. utmålingsforskriften § 3 tredje ledd annet punktum. I utmålingsforskriften § 3 andre ledd er det angitt momenter som det særlig skal tas hensyn til i vurderingen av hvor grov overtredelsen er: overtredelsens art, overtredelsens faktiske innvirkning på markedet, størrelsen på det berørte markedet, utvist skyld, kombinerte markedsandeler til de berørte foretakene og om avtaler eller tiltak er gjennomført.
- (707) Konkurransetilsynet konkluderer ved utmålingen av overtredelsesgebyret med at grunnbeløpet det tas utgangspunkt i, bør ligge på fem prosent av det enkelte foretaks andel av den totale relevante omsetningsverdien. I vurderingen har Konkurransetilsynet i formildende retning lagt vekt på at klagerne ikke har forsøkt å holde samarbeidet skjult, samt at det ikke er en formålsovertredelse.
- (708) Konkurransetilsynet har funnet det bevist at klagerne har utvekslet informasjon i et samarbeid som har gitt dem økt visshet om konkurrentrespons, herunder gjensidig tilgang til omfattende, fersk og hyppig informasjon om hverandres priser. Nemnda legger i punkt 8 til grunn at samarbeidet har styrket klagernes insentiver til å øke prisene og svekket insentivene til å redusere prisene. Skadevirkningene av et slikt samarbeid i et høyt konsentrert oligopol er alvorlige.

²⁶² Sak T-540/08 *Esso Société*, avsnitt 95.

- (709) Klagerne hadde en samlet markedsandel på 96 prosent i perioden 2015 til 2020, og før Icas uttreden fra markedet hadde klagerne en samlet markedsandel på over 82 prosent. Konkurransetilsynets nemnda legger derfor til grunn at klagerne samlede markedsandel har vært svært høy i samarbeidsperioden.
- (710) Etter utmålingsforskriften § 3 andre ledd bokstav c skal det, ved vurderingen av overtredelsens grovhet, tas særlig hensyn til «størrelsen på det berørte markedet». Konkurransetilsynet legger til grunn at samarbeidet berørte markedet for salg av dagligvarer til forbruker gjennom dagligvarebutikker i hele Norge. Konkurransetilsynet legger likevel ikke særlig vekt på størrelsen av det berørte markedet i denne konkrete saken, fordi Konkurransetilsynet har tatt hensyn til den omsetningen som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter. Konkurransetilsynets nemnda legger tilsvarende til grunn. Nemnda bemerker likevel at tilnærmet samtlige forbrukere i Norge har vært berørt av samarbeidet i mange år.
- (711) Videre angir utmålingsforskriften § 3 andre ledd bokstav d at det ved vurderingen av overtredelsens grovhet skal tas særlig hensyn til «utvist skyld». Konkurransetilsynets nemnda har i punkt 12 lagt til grunn at alle tre klagerne gjennom hele samarbeidsperioden har handlet forsettlig, og følgelig at skyldkravet er oppfylt for alle. Overtredelsen er dermed utført forsettlig av alle tre klagerne.
- (712) Coop og Rema 1000 anfører at gebyret er uproporsjonalt og må reduseres betraktelig. Coop viser til at myndighetene i enhver sak er forpliktet til å tilpasse overtredelsesgebyret ut fra overtredelsens art og proporsjonalitet, og at dette ikke er hensyntatt i relasjon til den påståtte overtredelsen. Det er anført at utmålingen i enda større grad må hensynta at overtredelsen er endret fra en formålsovertredelse til en virkningsovertredelse.
- (713) Klagerne anfører videre at gebyret må frafalles fordi klagerne har vært åpne om samarbeidet og praksisen med prisinnhenting overfor Konkurransetilsynet og media uten at Konkurransetilsynet har reagert. Konkurransetilsynets nemnda viser til vurderingen av manglende åpenhet om samarbeidet i punkt 12.
- (714) Rema 1000 anfører at grovhet på fem prosent er for høyt sammenlignet med Konkurransetilsynets utmåling i Telenorsaken, hvor Konkurransetilsynet satte grovheten til to prosent.²⁶³ Rema 1000 anfører at det var et sentralt premiss for Konkurransetilsynets grovhetsvurdering i den saken at Telenor bevisst hadde gått inn for å begrense konkurransen. Rema 1000 gjør gjeldende at bruken av prisjegere har vært konkurransefremmende, og at dette tilsier at grovheten settes betydelig lavere enn to prosent ut fra likebehandlingshensyn. Konkurransetilsynets nemnda viser til vurderingen i punkt 7.5.8 av at samarbeidet ikke har vært konkurransefremmende.
- (715) Konkurransetilsynets nemnda finner etter dette ikke grunn til å fravike Konkurransetilsynets skjønnsmessige vurdering av overtredelsens grovhet.

14.5.4.2 Overtredelsens varighet

- (716) I henhold til utmålingsforskriften § 3 tredje og fjerde ledd vil gebyrets grunnbeløp bli fastsatt til en andel av den relevante omsetningsverdien, multiplisert med antall år foretaket har deltatt i overtredelsen. En slik multiplikator skal blant annet bidra til

²⁶³ Konkurransetilsynets vedtak i Telenor, KT-2018-20V, punkt 15.2.5.

at gebyret i størst mulig grad gjenspeiler den økonomiske betydningen av overtredelsen. Bestemmelsen angir videre en avrundingsmekanisme, hvor perioder på under seks måneder medregnes som et halvt år, og perioder på mer enn seks måneder, men under et år, medregnes som et helt år.

- (717) Konkurransklagenemnda legger til grunn at retningslinjene for utmåling er fraveket i rettspraksis, slik at varigheten ikke lenger avrundes oppover til nærmeste seks måneder, men at det i stedet brukes en multiplikator basert på den faktiske varigheten av overtredelsen, regnet i antall år og hele måneder. Denne praksisen legges til grunn for nemndas vurdering.²⁶⁴
- (718) Konkurransklagenemnda har i punkt 7 lagt til grunn at klagerne har deltatt i samarbeidet som ble innledet med klagernes avtale 19. januar 2011, og som pågikk minst frem til bevissikringen 11. april 2018.
- (719) Samarbeidet mellom klagerne varte dermed i til sammen 2640 dager, som gir en multiplikator, avrundet til to desimaler, lik 7,23. Konkurransklagenemnda vil etter dette først multiplisere den relevante omsetningsverdien med grovhetsprosenten fastsatt til fem prosent. Det beløpet vil deretter multipliseres med varigheten på 7,23 år.

14.5.4.3 Grunnbeløpets størrelse

- (720) På bakgrunn av det ovennevnte legger Konkurransklagenemnda til grunn en tilsvarende utregning for grunnbeløpets størrelse som Konkurransetilsynet, jf. tabell 18, punkt 17.2.7.4 i vedtaket.

Coop Norge SA

- (721) Gebyrets grunnbeløp fastsettes etter dette i utgangspunktet til fem prosent av den relevante omsetningsverdien, multiplisert med antall år overtredelsen har vart, som avrundet til to desimaler er 7,23. Dette beløpet utgjør 13 210 240 000 kroner for Coop.

NorgesGruppen ASA

- (722) Gebyrets grunnbeløp fastsettes etter dette i utgangspunktet til fem prosent av den relevante omsetningsverdien multiplisert med antall år overtredelsen har vart, som avrundet til to desimaler er 7,23. Dette beløpet utgjør 23 134 180 000 kroner for NorgesGruppen.

Rema 1000 Norge AS/Reitan AS

- (723) Gebyrets grunnbeløp fastsettes etter dette i utgangspunktet til fem prosent av den relevante omsetningsverdien, multiplisert med antall år overtredelsen har vart, som

²⁶⁴ Jf. Konkurransklagenemndas vedtak i Telenorsaken, *KKN-Telenor* - V-03/2019, 19. juni 2019, med videre henvisninger til Bellamy & Child, *European Union Law of Competition*, 8. utg 2018, side 1266, avsnitt 14.031, Jonathan Faull og Ali Nikpay, *The EU Law of Competition*, 3. utgave, 2014, avsnittene 8.574–8.575, og Kerse & Kahn, *EU Antitrust Procedure*, 7. utg. 2012, side 426 (avsnitt 7-087). Se også Gulating lagmannsretts dom i Telenorsaken, LG-2019-137886-2, punkt 10.2.

avrundet til to desimaler er 7,23, Dette beløpet utgjør 13 325 150 000 kroner for Rema 1000.

14.5.4.4 Justering av grunnbeløpet – skjerpende eller formildende omstendigheter

- (724) Utmålingsforskriften § 3 sjette ledd bokstav a til g lister opp momenter som i skjerpende eller formildende retning kan påvirke utmålingen av gebyret. Angivelsen av momentene er ikke uttømmende, og også andre momenter kan være av betydning.
- (725) Klagerne anfører, som nevnt over, at gebyret må frafalles fordi klagerne har vært åpne om samarbeidet og praksisen med prisinnhenting overfor Konkurransetilsynet og media uten at Konkurransetilsynet har reagert. Som det følger av vurderingen over, er ikke Konkurransklagenemnda enig i anførselen om åpenhet.
- (726) Rema 1000 anfører at det må differensieres mellom klagerne ved skjønnsmessig bortfall eller reduksjon. Konkurransklagenemnda kan ikke se at det er grunnlag for en slik anførsel om differensiering, jf. gjennomgangen i punkt 7 og punkt 8 over.
- (727) Konkurransetilsynet nedjusterer i sitt vedtak overtredelsesgebyret for Rema 1000 med tre prosent på bakgrunn av Rema 1000s bistand under etterforskningen. Rema 1000 anfører til dette at de bør få en vesentlig større reduksjon for sitt bidrag til etterforskningen enn den reduksjonen Konkurransetilsynet har gitt i sitt vedtak.
- (728) Rema 1000 viser i den forbindelse til at Rema 1000 gjorde Konkurransetilsynet oppmerksom på at det var en feil i Konkurransetilsynets databeslag, noe som gjorde syv av e-postboksene uleselige. Rema 1000 la til rette for oversendelse av nye kopier av dette materialet. Rema 1000 anfører at det aktuelle bevismaterialet kunne ha gått tapt dersom Rema 1000 ikke hadde oppdaget feilen og orientert Konkurransetilsynet, da de aktuelle kopiene som ble gjort tilgjengelig for Konkurransetilsynet, trolig ville ha blitt slettet. Disse opplysningene ville ikke vært kjent for Konkurransetilsynet uten Rema 1000s bistand, og etter Rema 1000s oppfatning må disse opplysningene anses som nye faktiske opplysninger i saken.
- (729) Konkurransetilsynet forklarer i vedtaket avsnitt 2601 at deler av det aktuelle bevismaterialet har vært av betydning for saken, men viser samtidig til at det å gjøre oppmerksom på en feil i et eksisterende beslag er noe ganske annet enn å legge frem bevis som ikke er en del av beslaget. Konkurransetilsynet har likevel hensyntatt momentet i formildende retning med tre prosent, og Konkurransklagenemnda kan ikke se at det er grunnlag for en ytterligere reduksjon for denne bistanden. Det beregnede gebyret etter tottrinnsmetoden for Rema 1000 blir dermed 12 925 395 500 kroner.
- (730) Konkurransklagenemnda kan ikke se at det foreligger øvrige formildende eller skjerpende omstendigheter i saken.

14.5.4.5 Nedjustering av gebyret og maksimalgrensen på ti prosent av foretakets årlige omsetning

- (731) Etter en konkret helhetsvurdering har Konkurransetilsynet redusert de beregnede overtredelsesgebyrene etter tottrinnsmetoden med 90 prosent for samtlige klagere. Konkurransetilsynet legger særlig vekt på forholdsmessighet, endringen til en virkningsovertredelse, og at Konkurransetilsynet ikke tidligere har ilagt overtredelsesgebyr i en virkningssak. Konkurransetilsynet vurderer at ved en 90 prosent reduksjon resulterer dette likevel i gebyrer som er markerte og følbare, slik

at det vil oppnås en betydelig avskrekkende virkning, samtidig som hensynet til forholdsmessighet ivaretas.

- (732) Konkurransklagenemnda legger til grunn Konkurransetilsynets skjønnsmessige nedjustering av gebyret med 90 prosent, som i alle fall ikke er for strengt.
- (733) Overtredelsesgebyret kan, som tidligere nevnt, ikke overstige ti prosent av foretakets samlede salgsinntekter det siste regnskapsåret, jf. utmålingsforskriften § 2 andre og tredje ledd.
- (734) Etter en reduksjon på 90 prosent for Coop blir nytt utmålt overtredelsesgebyr 1 321 024 000 kroner.
- (735) Etter en reduksjon på 90 prosent for NorgesGruppen blir nytt utmålt overtredelsesgebyr 2 313 418 000 kroner.
- (736) Etter en reduksjon på 90 prosent for Rema 1000 blir nytt utmålt overtredelsesgebyr 1 292 539 000 kroner.

14.5.5 Konklusjon – overtredelsesgebyrets størrelse

- (737) Konkurransklagenemnda har på grunnlag av gjennomgangen over kommet til at det skal utmåles et overtredelsesgebyr på 1 321 024 000 kroner for Coop, et overtredelsesgebyr på 2 313 418 000 kroner for NorgesGruppen og et overtredelsesgebyr på 1 292 539 000 kroner for Rema 1000/Reitan AS.

15 Pålegg om opphør

15.1 Innledning – Konkurransetilsynets vedtak

- (738) Konkurransetilsynet konkluderer i vedtaket punkt 15.2 med at det foreligger faktisk og rettslig grunnlag for å pålegge klagerne opphør av overtredelsen i henhold til konkurranseloven § 12.
- (739) I vedtakets slutning punkt 1 fremgår det i tråd med dette at

«Coop Norge SA, Norgesgruppen ASA og Rema 1000 Norge AS/Reitan AS pålegges å bringe til opphør samarbeidet som er beskrevet i dette vedtaket for det tilfelle at samarbeidet ikke er opphørt. Coop Norge SA, Norgesgruppen ASA og Rema 1000 Norge AS/Reitan AS pålegges videre å avstå fra å inngå eller opprettholde ethvert samarbeid som kan ha samme eller lignende formål eller virkning.»

15.2 Konkurransetilsynets anførsler

- (740) Under henvisning til at klagerne etter bevissikringen 11. april 2018 har fortsatt «bruk av prisjegere til omfattende prisinnhenting i hverandres butikker», beslutter Konkurransetilsynet å pålegge opphør av samarbeidet som er beskrevet i vedtaket, for det tilfellet at samarbeidet ikke er opphørt. Konkurransetilsynet viser til at en formell oppsigelse av Bransjenormens punkt 5 ikke er tilstrekkelig for at den felles forståelsen som er etablert mellom klagerne, opphører. En formell oppsigelse vil heller ikke være tilstrekkelig til at de konkurransebegrensende virkningene av samarbeidet opphører.

- (741) Konkurransetilsynet vurderer i tillegg at hensynet til faren for omgåelse og tilpasninger tilsier at det er nødvendig for å sikre påleggets effektivitet at pålegget også omfatter adferd som kan ha samme eller lignende formål eller virkning som samarbeidet som er beskrevet i vedtaket.
- (742) Konkurransetilsynet anser pålegget som forholdsmessig og viser til at de eventuelle negative virkningene av pålegget om opphør er begrensede, sammenlignet med de fordelene som pålegget gir med hensyn til å avbøte de konkurransebegrensende virkningene av klagerne samarbeid. I vurderingen har Konkurransetilsynet særlig lagt vekt på at de skadelige virkningene av klagerne samarbeid ikke vil opphøre på annen og mindre inngripende måte.

15.3 Klagernes anførsler

- (743) Coop og NorgesGruppen anfører at det ikke er grunnlag for pålegg om opphør av samarbeidet, ettersom klagerne allerede i november 2020 sa opp Bransjenormen punkt 5. Coop anfører i forlengelsen av dette at pålegget dermed ikke vil ha tilsiktet virkning, jf. Coops klage avsnitt 1239.
- (744) Coop og NorgesGruppen anfører videre at Konkurransetilsynet ikke har faktisk eller rettslig grunnlag for å pålegge klagerne å avstå fra å inngå eller opprettholde ethvert samarbeid som «kan ha samme eller lignende formål eller virkning».
- (745) Coop anfører at et slikt forbud er uavgrenset og inngripende, og at konkurranseloven § 12 ikke gir tilstrekkelig hjemmel for en slik vidtgående regulering.
- (746) NorgesGruppen viser til at pålegget om opphør er utformet til å avstå fra atferd eller handlinger som ikke har vært vurdert i vedtaket, nemlig samarbeid med konkurransebegrensende formål, og at et pålegg med dette innholdet ikke kan ilegges, jf. klagen avsnitt 351. NorgesGruppen viser videre til at Konkurransetilsynet kun har vist til formålssaker hvor det er pålagt opphør av samarbeid med «samme eller lignende formål eller virkning». Ifølge NorgesGruppen er det ikke grunnlag for å pålegge klagerne å avstå fra samarbeid som kan ha samme eller lignende «formål» når vedtaket ikke fastsetter hva som skal til for at samarbeidet skal ha til «formål» å begrense konkurransen.
- (747) Alle klagerne anfører at vedtaket uansett ikke gir noen konkret anvisning på hvor grensen går mellom lovlig informasjonsinnhenting og innhenting som påstås å være betinget av samarbeid.²⁶⁵ Klagerne anfører at det dermed ikke er mulig å identifisere grensen mellom lovlig og ulovlig adferd, og at det må tydeliggjøres hva overtredelsen består i.
- (748) Coop anfører at pålegget om opphør ikke er forholdsmessig, jf. klagen avsnitt 173.

15.4 Konkurransetilsynets vurdering

- (749) Ved brudd på konkurranselovens forbudsbestemmelser i §§ 10 og 11 kan Konkurransetilsynet pålegge foretakene å bringe overtredelsen til opphør, jf. konkurranseloven § 12.

²⁶⁵ Jf. Coops klage punkt 4.2 og Coops merknader til Konkurransetilsynets innstilling avsnitt 121, NorgesGruppens klage punkt 14 og Rema 1000s klage punkt 28.4.

(750) Konkurranseloven § 12 første ledd lyder som følger:

«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. Strukturelle tiltak kan bare pålegges dersom det ikke finnes like effektive atferdsregulerende tiltak, eller dersom et atferdsregulerende tiltak vil være mer byrdefullt for foretaket.»

(751) Etter EØS-konkurranseloven § 6 første ledd får bestemmelsen tilsvarende anvendelse ved brudd på EØS-avtalen art. 53 og 54. EFTAs overvåkingsorgan og Kommisjonen har tilsvarende hjemmel til å pålegge opphør av overtredelser etter forordning 1/2003 artikkel 7. Selv om det formelt sett ikke har skjedd en harmonisering av påleggskompetansen, er det på det rene at en rekke av de norske prosessreglene i konkurranseloven i større eller mindre grad speiler reglene i forordning 1. I forarbeidene er det uttrykkelig sagt at «[b]estemmelsene reflekterer [...] til en viss grad saksbehandlingsreglene i forordning 1/2003».²⁶⁶

(752) Selv om konkurranseloven § 12 ikke er identisk utformet som forordning 1/2003 artikkel 7, inneholder bestemmelsene i stor grad de samme elementene, hvilket tilsier at EØS-retten og den betydelige praksisen som foreligger rundt Kommisjonens kompetanse vil gi føringer for påleggskompetansen også etter konkurranseloven.²⁶⁷ I forarbeidene til konkurranseloven trekkes det løpende veksler på EU/EØS-retten, noe som underbygger denne oppfatningen.²⁶⁸

(753) Pålegg om opphør kan kombineres med overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven § 12 andre ledd.

(754) Ordlyden i konkurranseloven § 12 første ledd viser at det er et vilkår for å pålegge opphør at det har skjedd en overtredelse av en av forbudsbestemmelsene. Påbud i rent forebyggende øyemed hjemles følgelig ikke i bestemmelsen. Derimot er det på det rene at konkurranseloven § 12 hjemler forbud mot gjentakelse av handlinger i strid med loven, jf. NOU 2003:12 side 67. Det uttales her at «[e]t vedtak om pålegg om opphør innebærer både en konstatering av at det har funnet sted en lovstridig handling og samtidig et forbud mot gjentakelse eller fortsettelse av handlingen».

(755) Det følger videre av ordlyden i konkurranseloven § 12 første ledd at pålegget må være «nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør». Etter forordning 1/2003 artikkel 7 gjelder det også et krav om forholdsmessighet. Forarbeidene til konkurranseloven § 12 sier uttrykkelig at «[d]e alminnelige reglene om forholdsmessighet vil legge begrensninger på hvilke tiltak som tilsynet kan pålegge foretaket»,²⁶⁹ noe som tilsier at det også etter § 12 gjelder et prinsipp om forholdsmessighet.

²⁶⁶ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 197.

²⁶⁷ Se Graver og Hjelmeng, *Norsk konkurranserett* (2006), side 30, og Magnus Nergaard, «Konkurransemyndighetenes påleggskompetanse etter konkurranseloven og EØS-avtalen», i Kolstad (red.) *Misbruk av dominerende stilling – Studier i konkurranserett* (2007), sidene 391-464, på sidene 393-394.

²⁶⁸ Jf. NOU 2003:12 side 67 følgende og side 230, samt Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 69 følgende.

²⁶⁹ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 70.

- (756) Konkurransklagenemnda har, som det fremgår over, funnet bevist med klar sannsynlighetsovervekt at klagerne har deltatt i et ulovlig samarbeid etter konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1.
- (757) Konkurransetilsynet har pålagt klagerne å bringe samarbeidet, slik det er beskrevet i vedtaket, til opphør, samt å avstå fra å inngå eller opprettholde ethvert samarbeid som kan ha samme eller lignende formål eller virkning.
- (758) Coop og NorgesGruppen anfører at samarbeidet allerede er opphørt ved at klagerne har sagt opp Bransjenormen punkt 5. Ettersom det ikke var Bransjenormen punkt 5 i seg selv som utgjorde det ulovlige samarbeidet, er Konkurransklagenemnda enig med Konkurransetilsynet i at en formell oppsigelse av Bransjenormen punkt 5 ikke gir nødvendig sikkerhet for at klagerne faktisk har bragt den overtredelsen som denne saken gjelder, til opphør. Særlig gjelder dette når klagerne benekter at det foreligger en overtredelse. På denne bakgrunnen er det nemndas vurdering at Konkurransetilsynet har grunnlag for å pålegge opphør etter konkurranseloven § 12 «for det tilfelle at samarbeidet ikke er opphørt».
- (759) Coop og NorgesGruppen anfører videre at Konkurransetilsynet ikke har grunnlag for å pålegge klagerne å avstå fra å inngå eller opprettholde ethvert samarbeid som «kan ha samme eller lignende formål eller virkning».
- (760) Coop anfører at formuleringen er uavgrenset og inngripende, og at konkurranseloven § 12 ikke gir tilstrekkelig hjemmel for en slik vidtgående regulering. I forlengelsen av dette anfører Coop i klagen avsnitt 170 at det gjelder et krav om konkretisering, og at konkurranseloven § 12 forutsetter at «pålegg som regulerer fremtidig adferd innebefatter noe mer enn det som allerede følger av konkurranselovens forbudsbestemmelser, og som partene i Vedtaket allerede er pålagt å opphøre med».
- (761) Som det fremgår over, innebærer et vedtak om pålegg om opphør av en overtredelse at foretakene verken kan fortsette eller gjenta den aktuelle overtredelsen. Selv om et pålegg om opphør i seg selv innebærer et forbud mot gjentakelse av adferden som er konstatert ulovlig, er det en rekke eksempler på at Kommisjonen tar inn et tillegg i vedtaket som uttrykkelig forbyr enhver form for fremtidig avtale eller praksis med samme eller lignende formål eller virkning som den konstaterte overtredelsen, såkalte «like effects orders». Kommisjonen ønsker på den måten å hindre en fortsettelse eller gjentakelse av overtredelsen i samme skikkelse som det foretakene er ansett for å ha begått. Måten dette da typisk gjøres på, er at Kommisjonen først gir pålegg om å bringe de konstaterte overtredelsene til opphør, for så å komme med et tillegg om at foretakene «shall henceforth refrain in relation to their [operations] from any agreement or concerted practice which may have the same or similar object or effect».²⁷⁰ Det er et tilsvarende tillegg Konkurransetilsynet har inntatt i vedtakets slutning punkt 1, ved at Konkurransetilsynet har pålagt klagerne «å avstå fra å inngå eller opprettholde ethvert samarbeid som kan ha samme eller lignende formål eller virkning» som det overtredelsen i saken gjelder.

²⁷⁰ Dette eksempelet er hentet fra sak IV/31.553, *Welded steel mesh*. Se også Magnus Nergaard «Konkurransemyndighetenes påleggskompetanse etter konkurranseloven og EØS-avtalen», i Kolstad (red.) *Misbruk av dominerende stilling – Studier i konkurranserett* (2007), sidene 391-464, på side 440, fotnote 226, for flere henvisninger.

- (762) I Underrettens avgjørelse i sak T-305/94 m.fl. *LVM*,²⁷¹ uttalte Underretten om Kommisjonens kompetanse til å gi «like effects orders» at:

«[i]t is well established in the case-law that the application of Article 3(1) of Regulation No 17 may comprise both a prohibition on continuing certain activities, practices or situations which have been found to be unlawful (Commercial Solvents, paragraph 45; Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P RTE and ITP v Commission [1995] ECR I-743, paragraph 90) and a prohibition on adopting similar conduct in the future (Case T-83/91 Tetra Pak v Commission [1994] ECR II-755, paragraph 220).»²⁷² (Konkurransklagenemndas kursivering).

- (763) Det er etter Konkurransklagenemndas syn helt naturlig at slike «like effects orders» pålegges av konkurransemyndighetene. Det vil sjelden være slik at foretak gjentar eksakt den samme adferden i fremtiden. Det er altså ikke grunnlag for Coops anførsel i klagen avsnitt 170.

- (764) EU/EØS-rettspraksis viser at en forutsetning for å pålegge slike «like effects orders», er at pålegget er rent deklarativt – altså at det kun er tale om en konkret anvendelse av et allerede eksisterende forbud.

- (765) I sak T-34/92 *Fiatagri*²⁷³ hadde Kommisjonen fattet et vedtak der en avtale om informasjonsutveksling mellom fabrikanter og eneimportører av landbrukstraktorer i Storbritannia ble ansett å være i strid med EF artikkel 81 (1). I artikkel 3 i vedtaket ga Kommisjonen et pålegg om opphør av den ulovlige adferden, og deretter en «like effects order». To av avtalepartene, Fiatagri og New Holland Ford, anket vedtaket og anførte blant annet at det var vanskelig å forstå innholdet, og ikke mulig å fastslå rekkevidden av forpliktelsen som ble pålagt i vedtaket artikkel 3. Denne «like effect order» ble godtatt av Underretten med uttrykkelig henvisning til at den var av ren deklarativ karakter.²⁷⁴ Tillegget forbød en gjentakelse av den adferden som var slått fast at utgjorde en overtredelse av forbudsbestemmelsen, eller en adferd med lignende formål eller virkning. Vedtaket hadde dermed grunnlag i en konstatert overtredelse.

- (766) Underretten viste videre til at pålegget var tilstrekkelig klart utformet, ved at Kommisjonen tidligere i vedtaket på en tilstrekkelig klar måte hadde gitt uttrykk for hvilke omstendigheter som gjorde adferden ulovlig. Det ble videre også påpekt at hvis Kommisjonen ville forby en annen adferd i fremtiden, kunne den da direkte anvende forbudsbestemmelsen i traktaten. I sak T-136/94 *Eurofer*²⁷⁵ bekreftet Underretten disse synspunktene.

- (767) NorgesGruppen anfører at pålegget om opphør ikke kan være gyldig fordi Konkurransetilsynet har pålagt klagerne «å avstå fra samarbeid med samme eller

²⁷¹ Sak T-305/94, Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem SA, BASF AG, Shell International Chemical Company Ltd, DSM NV, DSM Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst AG, Société artésienne de vinyle, Montedison SpA, Imperial Chemical Industries plc, Hüls AG and Enichem SpA v Commission of the European Communities (*LVM*)

²⁷² Sak T-305/94 *LVM*, avsnitt 1249.

²⁷³ Sak T-34/92, Fiatagri UK Ltd and New Holland Ford Ltd v Commission of the European Communities (*Fiatagri*).

²⁷⁴ Sak T-34/92 *Fiatagri*, avsnitt 39.

²⁷⁵ Sak T-136/94, Eurofer ASBL v Commission of the European Communities (*Eurofer*).

lignende formål eller virkning», og ikke bare «virkning» – dette fordi vedtaket ikke dreier seg om en formålsovertredelse.

- (768) Konkurransklagenemnda mener at NorgesGruppen legger en for snever tolkning til grunn. Det fremgår klart av slutningens punkt 1, lest i sin helhet, gjengitt i avsnitt 12 over, at også den andre delen av pålegget viser tilbake til den overtredelsen som er beskrevet i vedtaket. Hensikten med pålegget i sin helhet er å bringe overtredelsen til opphør og å forhindre at tilsvarende eller lignende overtredelser blir gjentatt i fremtiden, uavhengig av om det er tale om en formåls- eller virkningsovertredelse.
- (769) Etter dette legger Konkurransklagenemnda til grunn at Konkurransetilsynet har kompetanse til å pålegge opphør av overtredelsen slik den er beskrevet i vedtaket, og også handlinger eller adferd som kan ha samme eller lignende formål eller virkninger i fremtiden.
- (770) Alle klagerne anfører at det ikke er mulig å forutse sin rettsstilling og innrette seg i henhold til pålegget, ettersom det er uklart hva overtredelsen består i og uklart hvor grensen mellom hva som er lovlig og ulovlig går, tilsvarende anførslene fra Fiatagri og New Holland Ford i saken referert til over. Blant annet anfører klagerne at Konkurransetilsynet ikke har konkretisert hvor grensen for «omfattende» prisinnhenting går, og at det heller ikke er konkretisert om klagerne er pålagt en aktivitetsplikt for å føre adgangskontroll i sine lokaler eller i form av å måtte kartlegge mengden og hyppigheten av prisinnhenting som skjer.²⁷⁶
- (771) Konkurransetilsynet viser i sin innstilling til at «[o]vertredelsen er beskrevet i detalj i vedtaket i sin helhet, og særlig i vedtakets kapittel 10 og 11», og at det i vedtaket ligger «klar og tydelig veiledning om hva tilsynet har oppfattet som problematisk etter konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53 nr.1.»²⁷⁷
- (772) Konkurransklagenemnda har, i likhet med Konkurransetilsynet, funnet det bevist at klagerne har utvekslet informasjon i et samarbeid som har gitt dem økt visshet om konkurrentrespons, herunder gjensidig tilgang til omfattende, fersk og hyppig informasjon om hverandres priser.
- (773) Konkurransklagenemnda har i punkt 8.4.6 om alternativsituasjonen, særlig i punkt 8.4.6.4, avvist klagernes krav til kvantifisering, herunder at det er en konkret grense for mengden innhentet prisinformasjon fra konkurrenter for å konstatere overtredelse i denne saken. Klagernes anførsler om at Konkurransetilsynet måtte ha angitt nøyaktig hvor mye markedsovervåking som vil være lovlig, er derfor ikke treffende. Vedtaket lest i sin helhet gir etter Konkurransklagenemndas vurdering klagerne tilstrekkelig veiledning til å kunne innrette seg i henhold til pålegget om opphør.
- (774) Det er heller ikke etter EU/EØS-rettspraksis oppstilt et krav om at konkurransemyndighetene skal veilede om hva som eventuelt ville ha vært lovlig, slik klagerne synes å legge til grunn. Konkurransklagenemnda finner i den forbindelse grunn til å nevne det alminnelige prinsippet om at ethvert foretak selv har ansvar for å vurdere hvorvidt deres markedsadferd er i tråd med konkurransereglene. I EU-retten er det videre et grunnleggende utgangspunkt i

²⁷⁶ Jf. NorgesGruppens klage avsnitt 355.

²⁷⁷ Konkurransetilsynets innstilling avsnitt 582.

rettspraksis at Kommisjonen ikke har kompetanse «to impose upon the parties its own choice from among all the various potential courses of action which are in conformity with the Treaty».²⁷⁸ I forarbeidene til konkurranseloven er det fremhevet at EU-rettens prinsipp om foretakets frihet til selv å velge hvordan forbudsreglene skal etterleves, også gjelder i relasjon til konkurranseloven § 12.²⁷⁹ I de tilfellene hvor det finnes forskjellige måter å bringe overtredelsen til opphør på, må pålegget derfor som utgangspunkt utformes slik at foretakene selv har mulighet til å velge hvordan de vil innrette seg for å stanse overtredelsen.²⁸⁰

- (775) Konkurransetilsynets formulering bidrar etter Konkurransklagenemndas vurdering til at påleggets virkninger tilpasses markedet. Formuleringen gir foretakene en frihet til å tilpasse seg forbudsreglene etter konkurranseloven og EØS-avtalen, og klagerne har på den måten frihet til selv å avgjøre hvordan de vil iverksette pålegget om opphør konkret og praktisk, noe også Konkurransetilsynet uttrykte i e-post til klagerne 1. oktober 2024. Nemnda finner etter dette at Konkurransetilsynets formulering av pålegget om opphør er i tråd med konkurranseloven § 12 og den praksis som foreligger i relasjon til tilsvarende bestemmelser i EU/EØS-retten.
- (776) Konkurransklagenemnda anser pålegget om opphør som forholdsmessig. Hensynet til å forhindre gjentakelse og omgåelse veier tungt i denne saken.

²⁷⁸ Jf. sak T-24/90, *Automec Srl v Commission of the European Communities (Automec)*, avsnitt 52.

²⁷⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 70.

²⁸⁰ Se Graver og Hjelmeng, *Norsk konkurranserett* (2006), side 33: «[F]oretakene [vil] ha betydelig grad av frihet med henblikk på hvordan de vil etterleve forbudsreglene. I mange tilfeller er det på det rene at det finnes mange alternative måter å bringe en eventuell overtredelse til opphør på. Prinsipielt sett kan tilsynet derfor ikke gi foretak som har overtrådt reglene et mindre spillerom for etterlevelse enn foretakene har i utgangspunktet». Se tilsvarende i Magnus Nergaard, «Konkurransemyndighetenes påleggskompetanse etter konkurranseloven og EØS-avtalen», i Kolstad (red.) *Misbruk av dominerende stilling – Studier i konkurranserett* (2007), sidene 391-464, på sidene 408-409.

16 Konklusjon

(777) Konkurransklagenemnda konkluderer etter dette med at pålegg om opphør opprettholdes, og at de ilagte overtredelsesgebyrene på 1 321 024 000 kroner – énmilliardtrehundreogtjueenmillionerogtjuefiretusen kroner - for Coop SA, 2 313 418 000 kroner – tomilliardertrehundreogtrentenmillionerfirehundreogattentusen kroner for NorgesGruppen ASA og 1 292 539 000 kroner - énmilliardtohundreogtittitomillionerfemhundreogtrettinitusen kroner - for Rema 1000 Norge AS/Reitan AS, for overtredelse av konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53, opprettholdes.

17 Avgjørelse

(778) Konkurransklagenemnda fatter etter dette følgende vedtak:

- 1. Klagen tas ikke til følge.**
- 2. Konkurransetilsynets vedtak V2024-4 av 21. august 2024 stadfestes.**

(779) Avgjørelsen er enstemmig.

(780) Konkurransklagenemnda har avgjort saken uten ugrunnet opphold og innen seks måneder fra klagen ble fremsatt, jf. konkurranseloven § 39 andre ledd. Eventuelt søksmål om nemndas vedtak skal anlegges for Gulating lagmannsrett innen tre måneder etter at underretning om vedtaket ble mottatt, jf. konkurranseloven § 39 tredje og fjerde ledd.

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur