

Er det behov for å regulere diskriminering i dagligvarebransjen?

BECCLE seminar om prisregulering av
dagligvarer, 6. mai 2022

Ronny Gjendemsjø, BECCLE og UiB

Innledning

- Når bør man regulere?
- Er det behov for å regulere prisdiskriminering eller ulike innkjøpspriser i dagligvarebransjen?
 - Hva er det man vil forby?
 - Hva er allerede forbudt?
- Hvordan begrenses muligheten til å regulere innkjøpspriser av EØS-avtalen?

Når bør/skal man regulere?

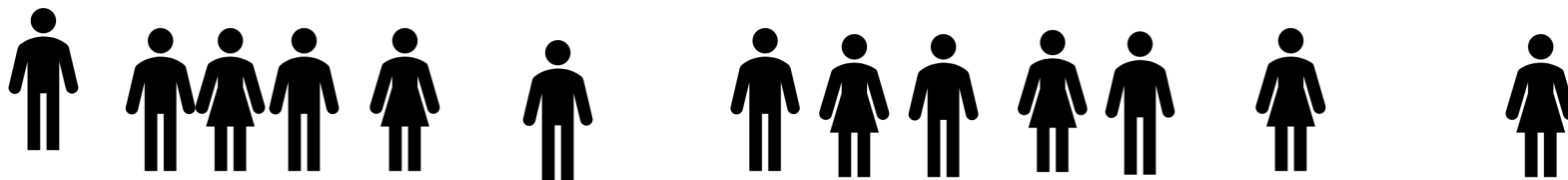
- Regulering i form av lovgivning eller forskrift er et godt virkemiddel for å unngå uønsket atferd eller å oppnå ønsket atferd
 - Vi kan forby uønsket atferd
 - Vi kan pålegge ønsket atferd
- Ikke nødvendig å forby atferd som allerede er ulovlig
 - Ikke nødvendig å pålegge atferd som allerede er påbudt.
- Noen ganger er regulering (kanskje?) motivert av et ønske om å vise politisk handlekraft

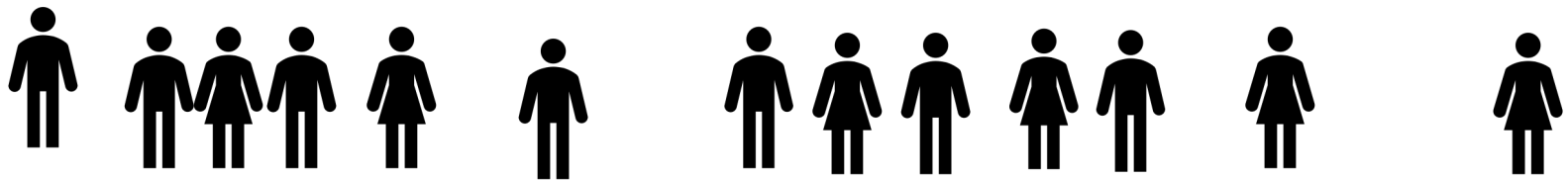
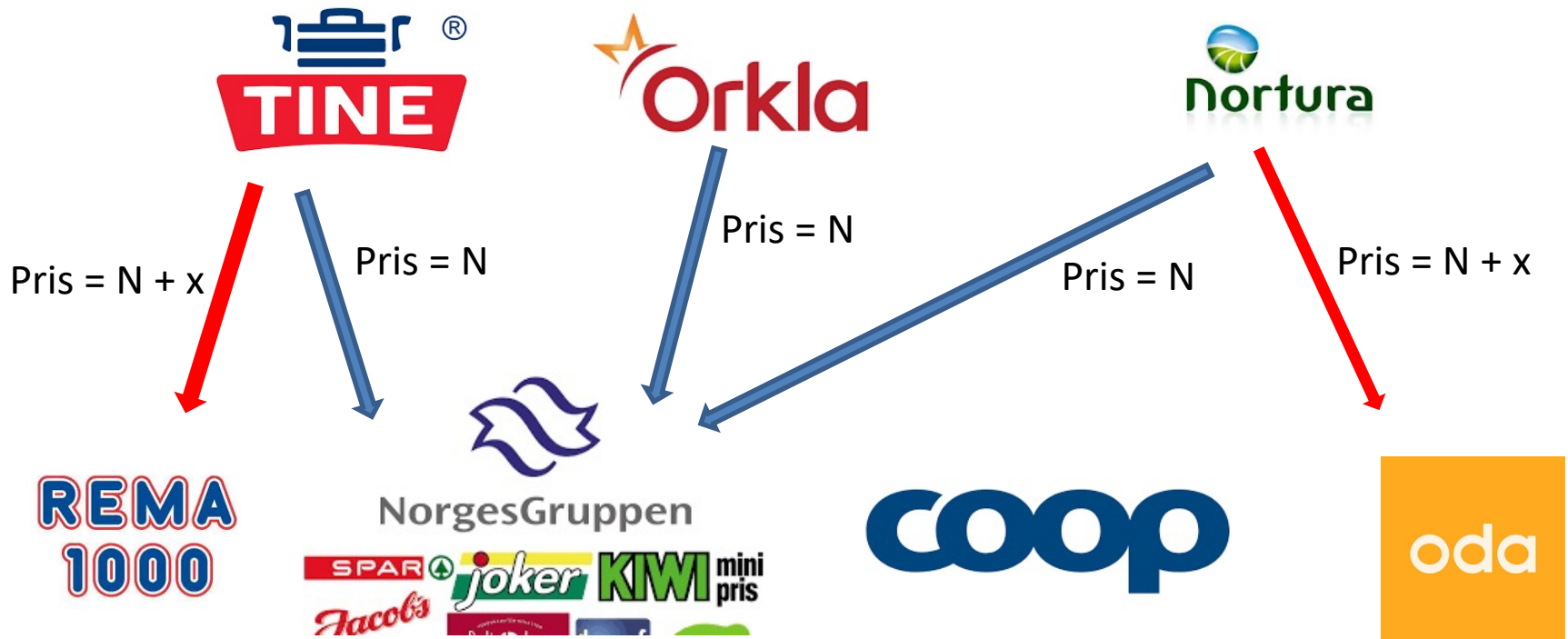
Hva er atferden man ønsker å forby eller påby når det gjelder innkjøpspriser

- Prisdiskriminering?
- Konkurransbegrensende prisdiskriminering?
- Ulike innkjøpspriser?
- Konkurransbegrensende ulike innkjøpspriser?



Grossistledd







Pris = $N + x$

Pris = N

Pris = N

Pris = N

Pris = $N + x$



NorgesGruppen





Pris = $N + x$

Pris = N

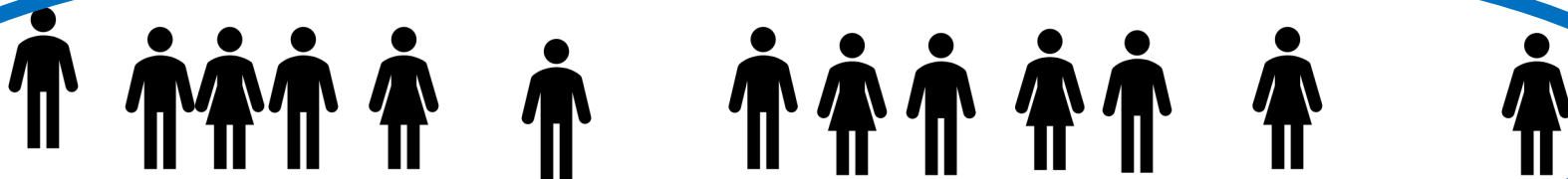
Pris = N

Pris = N

Pris = $N + x$



NorgesGruppen



Hva er atferden man ønsker å forby eller påby når det gjelder innkjøpspriser

- **Representantforslaget:**
- «Krav til at leverandører med vesentlig markedsrett skal tilby alle dagligvarekjeder og grossister like innkjøpsbetingelser, med mindre leverandøren kan dokumentere en saklig begrunnelse gjennom forskjeller i produksjons- eller distribusjonskostnader eller ulik verdi på konkrete motytelser.»
- «Krav til at leverandører med vesentlig markedsrett skal tilby dagligvarekjeder og grossister lik tilgang til ytelser og motytelser som bonuser, rabatter og rabattordninger, markedsføring- og kampanjestøtte eller økonomiske ytelser for kjøp av tjenester.»
- Krav om transparente vilkår

Hva er atferden man ønsker å forby eller påby når det gjelder innkjøpspriser

- Prisdiskriminering
- Konkurransbegrensende prisdiskriminering
- Ulike innkjøpspriser
- Konkurransbegrensende ulike innkjøpspriser



Pris = $N + x$

Pris = N

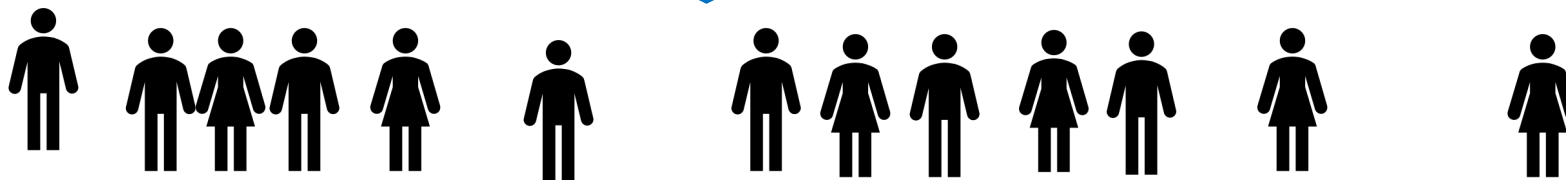
Pris = N

Pris = N

Pris = $N + x$



NorgesGruppen

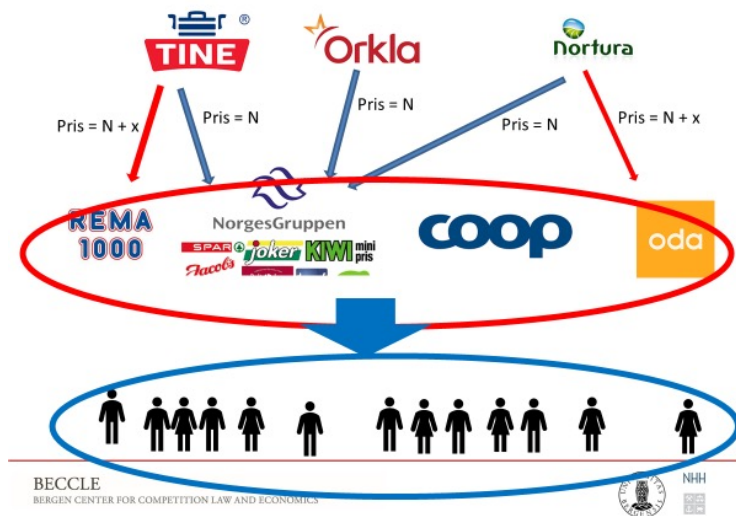


Hva er allerede forbudt?

- Konkurranseloven § 11 forbyr misbruk av en dominerende stilling
 - Noen av leverandørene til dagligvarekjedene er dominerende
- Som eksempel på misbruk av dominans lister bestemmelsen opp:
- «å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen»
- **Et forbud mot å diskriminere mellom handelspartnere, på en måte som påvirker konkurransen mellom handelspartnerne.**
 - sak C-525/16 MEO (ECLI:EU:C:2018:270), avsnitt 24
 - Se Hjelmeng «Det store forhandlingsspillet: vinnere, tapere og reguleringsbehovet», i Steen og Petterson (red.), *Mot bedre vitende i norsk matsektor*, Cappelen (2020), s. 215 (særlig s. 238 flg.)

Konkurranseregulerende diskriminering

- Diskriminering er å gi ulike vilkår for like ytelser
 - Det som i debatten gjerne omtales som usaklige prisforskjeller vil ofte kunne være omfattet.
 - Men hva er sammenlignbare eller like transaksjoner?
- Konkurransen mellom handelspartnerne må påvirkes
- Minimum et krav om at de ulike vilkårene hindrer en konkurrent i å konkurrere
 - Krav om systematisk diskriminering?
 - Hjelmeng (2020)
- Usikkert om det må påvises en skade for forbrukerne



Det konkrete representantforslaget

- Forbud mot diskriminering
 - Ikke krav om en nedstrøms konkurranseskade
 - Slik konkurranseskade synes å være forutsatt av forslagsstillerne
 - Fortsatt en utfordring knyttet til hva som er saklig begrunnelse for prisforskjeller.
 - Skal et slikt vilkår tolkes på samme måte som diskriminering i konkurranseretten?
- Forslaget «går lengre» enn konkurranseloven § 11
 - Er det en god ting for konkurransen?

Strider forslaget mot EØS-avtalen?

- EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd (og ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 3 nr. 2):
 - «Anvendelsen av norsk konkurranselovgivning må ikke føre til forbud mot **avtaler**, (...), som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53»
 - «Konkurransemyndighetene er ikke etter denne bestemmelse forhindret fra å anvende mer restriktiv norsk lovgivning som forbyr eller sanksjonerer foretaks **ensidige atferd**».
- Fritt frem å regulere ensidig atferd
- Kan ikke ha strengere regulering av avtaler enn det som følger av EØS-avtalen
 - Forutsatt at avtalene også påvirker samhandelen
 - Presumsjon for påvirkning for landsdekkende avtaler
 - Norsk importvern utelukker EØS-avtalen på en del produkter

Strider forslaget mot EØS-avtalen?

- Regulerer et forbud mot ulike innkjøpspriser avtaler eller ensidig atferd?
 - Ikke et skille som tilsvarer skillet mellom konkurranseloven § 10 og § 11
- Er diskrimineringen eller prisfastsettelsen **ensidig atferd**, eller er det **avtaler**?
 - Gitt at det er riktig at priser og rabatter er resultat av harde forhandlinger, er det vanskelig å komme utenom at den aktuelle atferden er avtaler.
 - Er det likevel en ensidig handling, å ikke gi samme rabatt til alle kontraktspartnere?

Strider forslaget mot EØS-avtalen?

- Er diskrimineringen eller prisfastsettelsen **ensidig atferd**, eller er det **avtaler**?
- Finnes det en mellomkategori i form av **ensidig bestemte avtalevilkår**?
 - Se «Utredning av muligheten for å etablere en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat som ikke rammes av konkurranse-loven § 11», punkt 2
 - <https://www.regjeringen.no/contentassets/eab200712f20412c997da6dee6ced5e6/utredning-av-inngrepshjemmel-mot-ensidige-handlinger-1.pdf>
 - Gjendemsjø og Herrera, «The Scope for National Regulation of Unfair Trading Practices», publisert i *Rett i Vest*, Fagbokforlaget (2019), side 293 (særlig punkt 4).
- Det er en risiko for at et diskrimineringsforbud vil stride mot EØS-retten

Pålegg/instruksjon om håndhevelse

- Stortingets instruks til regjeringen om å klargjøre overfor Konkurransetilsynet at:
- *«Det må legges til grunn at forskjeller i innkjøpspris fra dominerende leverandører, som ikke har en saklig begrunnelse gjennom forskjeller mellom kjedene i produksjons- eller distribusjonskostnader, eller ulik verdi på konkrete motytelser, skader konkurransen mellom kjedene.»*
- En instruks om hvordan enkeltsaker skal behandles?
- En instruks om lovtolkning?

Pålegg/instruksjon om håndhevelse

- Konkurranseloven § 9 annet ledd:
- «Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda er uavhengige forvaltningsorganer».
- Konkurranseloven § 9 tredje ledd
- «Kongen eller departementet **kan ikke instruere** Konkurransetilsynet eller Konkurransklagenemnda om behandlingen av enkeltsaker. Kongen eller departementet **kan heller ikke gi** Konkurransklagenemnda generelle instruksjoner om hvordan myndighet etter loven skal utøves»

Pålegg/instruksjon om håndhevelse

- Har Stortinget instruert regjeringen om å gjøre noe den ikke har lov til å gjøre ifølge en lov vedtatt av Stortinget?
- Hva skal regjeringen gjøre?
 - Handle i strid med konkurranseloven?
 - Handle i strid med instruksen fra Stortinget?
- Er instruksen ugyldig og dermed ikke bindende?