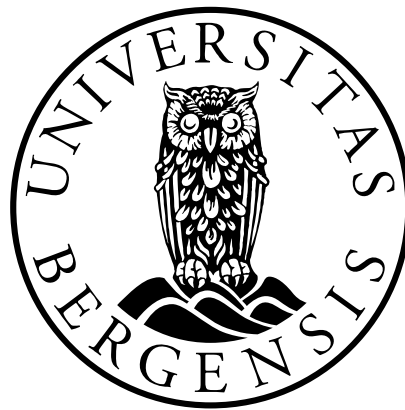


Hva innebærer et
prisdiskrimineringsforbud, og er det
hensiktsmessig?

*Grensene for prisdiskriminering i
dagligvaremarkedet*

Kandidatnummer: 14
Antall ord: 11 836



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN
[10.05.19]

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Innledning.....	2
1.1 Tema og problemstilling.....	2
1.2 Aktualitet.....	4
1.3 Det økonomiske bakteppet.....	5
2 Rettskilder og metode.....	7
2.1 Rettskildebildet.....	7
2.2 Metode.....	9
3 Dagligvaremarkedet og et prisdiskrimineringsforbud.....	11
3.1 Dagligvaremarkedet.....	11
3.2 Hva innebærer et prisdiskrimineringsforbud?.....	13
4 Regulering av prisdiskriminering.....	16
4.1 Innledning.....	16
4.2 Vilkårene.....	16
4.2.1 Foretak.....	16
4.2.2 Dominerende stilling.....	17
4.2.3 Utilbørlig utnyttelse.....	18
5 Nærmere om når leverandøren ha misbrukt sin stilling.....	20
5.1 Innledning.....	20
5.1.1 Det nærmere innholdet i hva som innebærer like ytelser.....	21
5.1.2 Det nærmere innholdet i hva som innebærer ulike vilkår.....	22
5.1.3 Sammenligning.....	24
5.1.4 «Konkurrencemæssig ulempe».....	25
6 Er et prisdiskrimineringsforbud hensiktsmessig?.....	30
6.1 Innledning.....	30
6.2 Hvorfor kan prisdiskriminering være et problem?.....	30
6.3 Hva med regulering av ikke-dominerende aktører?.....	30
6.4 Er et prisdiskrimineringsforbud for dominerende leverandører hensiktsmessig?.....	32
7 Avslutning.....	36
Litteraturliste.....	37

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne masteroppgaven er prisdiskriminering i dagligvaremarkedet. Problemstillingen er *hva vil et prisdiskrimineringsforbud for dominerende leverandører i verdikjeden for matvarer innebære, og er det hensiktsmessig?* I oppgaven vil jeg utdype hva et prisdiskrimineringsforbud kan innebære, hva det er og hvordan det posisjonerer seg i regelverket. For å vurdere om det er hensiktsmessig, vil det ses opp mot formålet med forbudet spesielt og konkurranseretten generelt. Dette kommer jeg tilbake til i løpet av oppgaven.

De siste årene har det vært et økende fokus på konkurranseforholdene i dagligvaremarkedet. Myndighetene har blant annet ønsket å sette fokus på reguleringstiltak for å unngå økende priser og dårligere vareutvalg. I Stortingets vedtak nr. 218 (2015-2016) av 11. desember 2015 er det blant annet uttalt følgende:

”Stortinget ber regjeringen styrke Konkurransetilsynets innsats overfor dagligvaremarkedet, og hvis behov, på egnet måte komme tilbake til Stortinget med forslag til endringer av konkurranseloven.”¹

Dette har videre blitt fulgt opp ved at Næringsdepartementet i juni 2018 ga Konkurransetilsynet i oppdrag å utrede et forbud mot prisdiskriminering for dominerende leverandører.² Dette blir også fulgt opp i Stortingsmelding nr. 9 (2018–2019).³

I 2017 kom Oslo Economics med rapporten ”Etableringshinder i dagligvaresektoren”⁴ som ble utarbeidet på oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet, hvor det blir diskutert å innføre en regulering mot prisdiskriminering. Flere aktører som Forbrukerrådet og Kolonial.no har også tatt til orde for en innføring av et prisdiskrimineringsforbud.⁵ Dette vil innebære et forbud mot

¹ Stortingets vedtak nr. 218 (2015-2016).

² Supplerende tildelingsbrev nr. 1 2018.

³ St.meld nr. 9 (2018-2019), *Handelsnæringen – når kunden alltid har rett* s. 119-121.

⁴ Oslo Economics, *Etableringshindringer i dagligvaresektoren* 2017.

⁵ Innst. 292 S s. 5 og se Aftenpostens nettsider, <https://www.aftenposten.no/okonomi/i/Mgpr6R/Flere-forslag-for-a-oke-konkurransen-i-dagligvaremarkedet>

at dominerende leverandører ”innen en gitt kategori”⁶ tar forskjellige priser fra kunder uten at prisforskjellen kan forklares med ulikheter i kostnader for å betjene de to kundene.⁷

Konkurransen og forhandling er en viktig del av dagligvaremarkedet. Aktører ønsker å oppnå best mulige priser for å være mest mulig konkurransedyktige. Selv om prisdiskriminering i seg selv etter dagens Konkurranselov ikke er ulovlig, setter den skranke for hva dominerende aktører i markedet kan bruke sin posisjon til å oppnå. Det er visse typer atferd fra dominerende aktører som regnes som så skadelig for konkurransen, at atferden ikke er tillatt. Slik atferd kalles å misbruke sin dominerende posisjon. Et av disse misbrukene kan bestå i å diskriminere på pris.

Konkurranseloven har to bestemmelser som setter skranke for diskriminering, lovens §§ 10 og 11. De inneholder henholdsvis et forbud mot å inngå avtaler som er diskriminerende og et forbud mot misbruk av dominerende stilling. Det er konkurranselovens § 11 som vil være det sentrale i denne oppgaven. Konkurranseloven § 11 setter en skranke for ”utilbørlig utnyttelse” av ”dominerende stilling” for ”foretak”.

Det er altså flere vilkår som må være oppfylte for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Det er imidlertid vilkåret ”utilbørlig utnyttelse” som er det sentrale i denne oppgaven, men fordi bestemmelsen legger opp til en helhetlig vurdering vil det også være relevant å komme inn på de andre vilkårene.

Bestemmelsen lister opp typer atferd i bokstav a-d som særlig kan anses som ”utilbørlig utnyttelse”. Formuleringen ”slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i” tilsier at listen ikke er uttømmende. Dette blir også bekreftet i forarbeidene⁸. Diskriminerende atferd faller inn under konkurranselovens § 11 c), som rammer det ”å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen”.

For å svare på problemstillingen i oppgaven, vil det være nødvendig å se nærmere på forholdene i det norske dagligvaremarkedet, dagens regulering av prisdiskriminering og utforske hvor grensene for prisdiskriminering går i dag.

⁶ Dokument 8:170 (2017-2018), Representantforslag fra stortingsrepresentantene Terje Aasland, Ingvild Kjerkol og Anette Trettebergstuen om balansert makt i verdikjeden for mat og dagligvarer.

⁷ Erling Hjelmeng og Lars Søgård, *Konkurransopolitikk*, Bergen 2014 s. 277.

⁸ Ot.prp nr. 6 (2003-2004) s. 225-226.

1.2 Aktualitet

Nordmenn bruker i snitt 11% av lønnen sin på dagligvarer, og det er det de bruker tredje mest penger på etter budsjettpostene ”bolig” og ”transport”.⁹ I tillegg består markedet årlig av en omsetning på 171,3¹⁰ milliarder kroner.¹¹ Dagligvaremarkedet er også et marked som alle benytter seg av, og det vil derfor alltid være et viktig marked for oss alle som forbrukere. Prisene på dagligvarer påvirker dermed økonomien til den enkelte forbruker.

I tillegg kan det trekkes frem med belegg i de overnevnte kildene at det de siste årene har vært og fortsatt er et voldsomt fokus på dette temaet fra regjeringens og lovgivers side.

Tatt i betraktning det store politiske fokuset på prisdiskriminering i dagligvaremarkedet er det skrevet lite om temaet. Erling Hjelmeng og Nils-Henrik M Von der Fehr har på oppdrag fra Norgesgruppen utredet et forbud mot prisdiskriminering i sin artikkel ”Forbud mot prisdiskriminering – en overordnet og prinsipiell analyse”.¹² Ellers kan det nevnes at Ronny Gjendemsjø og Ignacio Herrera Anhustegui har skrevet ”Utredning av muligheten for å etablere en inngrepshjæmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat som ikke rammes av konkurranseloven § 11”. I internasjonal litteratur er imidlertid prisdiskriminering viet en del oppmerksomhet.

Kanskje kan det lille omfanget av norske kilder knyttet til prisdiskriminering forklares med at temaet reiser spørsmål i skjæringspunktet mellom økonomi og juss, noe som gjør det vanskelig med en rendyrket *rettslig* problemstilling i forbindelse med temaet. Tatt i betraktning det store politiske fokuset, viktigheten av selve markedet og det lille kildeomfanget er det derfor veldig aktuelt å se nærmere på problemstillingen.

⁹ Se Statistisk sentralbyrås nettsider, ”Dette bruker nordmenn penger på”. <https://www.ssb.no/nasjonalregnskap-og-konjunkturer/artikler-og-publikasjoner/dette-bruker-nordmenn-penger-pa>

¹⁰ Tall fra 2017.

¹¹ Wifstad mfl., *Konkurranse i dagligvaremarkedet* 2018, s. 8.

¹² Det kan nevnes at Rema 1000 også har utarbeidet en rapport om de økonomiske sidene ved et prisdiskrimineringsforbud: ”Asymmetriske innkjøpspriser i dagligvaremarkedet – en vurdering av konsekvensene av et forbud mot prisdiskriminering fra dominerende leverandører”.

https://www.nhosh.no/contentassets/b3e107a9593e4b9c92850fb0d9a318a0/8033315_1_foros-kind-asymmetriske-innkjopspriser.pdf?fbclid=IwAR11zM5dhIiC3PJiAAp01E4HjjhCf2plHsstP2A46TBwRHB-LoPfRBs0I_o

1.3 Det økonomiske bakteppet

Oppgaven befinner seg i skjæringspunktet mellom juss og økonomi. Derfor er det viktig å si litt om det økonomiske bakteppet for oppgaven.

I økonomisk teori skilles det mellom forskjellige typer prisdiskriminering. Dette er første-, andre- og tredjegrads prisdiskriminering. Førstegrads prisdiskriminering kjennetegnes ofte som “perfekt prisdiskriminering”, og innebærer at selgeren setter prisen likt som det kjøperen er villig til å betale. Her er det individuelle karakteristikker som bestemmer prisen. Man anser typisk denne graden av prisdiskriminering som urealistisk da selger ikke kjenner hver enkelt kjøpers betalingsvillighet. Andregrads prisdiskriminering kjennetegnes av at man selger ulike produktpakker til ulike priser der kjøpergrupper med høy betalingsvillighet velger én type produktpakke mens kjøpergrupper med lavere betalingsvillighet velger en annen type produktpakke. Et typisk eksempel er at selger introduserer volumrabatter der prisen på varen varierer med antall kjøpte enheter. Tredjegrads prisdiskriminering innebærer prissetting etter grupper med kjente karakteristika. Dette gjelder for eksempel lavere priser for studenter, honnør osv.¹³ Dette skillet i økonomisk teori er viktig fordi det er ulike økonomiske modeller for de ulike typer diskriminering, og ulike prognoser for hva effekten av dem er.

I relasjon til dagligvaremarkedet er det særlig andregrads prisdiskriminering som gjør seg gjeldende fordi det også her er individuelle priser basert på kvantitet som gir utslag i stordriftsfordeler. Diskriminering er ofte et negativt ladet uttrykk, og det vil derfor gjerne bli sett på som noe negativt og noe som ikke er ønsket. I økonomisk teori er det imidlertid generelt antatt at andregrads prisdiskriminering er positivt for samfunnet.¹⁴ Positive effekter av prisdiskriminering kan for eksempel være at det bidrar til økt konkurranse, og dermed også lavere priser og økt produksjon.¹⁵ Videre kan andre effekter være at det bidrar til mer innovasjon og økte investeringer til fordel for forbrukerne.¹⁶ Erling Hjelmeng og Lars Søgård analyserer prisdiskriminering i Konkurransopolitikk, og de kommer også frem til at det ikke nødvendigvis er ugunstig med prisdiskriminering. Ifølge deres analyse kan både kunder og bedriften tjene på prisdiskriminering. De konkluderer også med at prisdiskriminering kan føre

¹³ Chris Pike, “Price Discrimination – Background note by the Secretariat 2016, s. 7 og Geradin, Damien and Petit, Nicolas, Price Discrimination Under Ec Competition Law: Another Antitrust Theory in Search of Limiting Principles.2005, s. 5

¹⁴ Chris Pike,2016, s. 5

¹⁵ Chris Pike 2016, s. 9

¹⁶ Chris Pike 2016, s. 9

til økt konkurranse. Det kan altså tenkes at prisdiskriminering fører til økt profitt samtidig som kundene samlet sett kommer bedre ut.¹⁷

Med bakgrunn i økonomisk teori kan man dermed argumentere for at prisdiskriminering ikke nødvendigvis alltid er negativt. Slik diskriminering er faktisk tvert imot i en viss grad egnet til å stimulere til økt konkurranse, og bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. I utformingen av regelverket er det derfor den negative og konkurransebegrensende effekt av prisdiskriminering man ønsker å ramme, og som man vil utelukke for å oppnå formålet med økt konkurranse.¹⁸

¹⁷ Erling Hjelmeng og Lars Søgard 2014, s.278-284.

¹⁸ Se også Norgesgruppen og Rema 1000 sine utredninger om prisdiskriminering:

https://www.nhosh.no/contentassets/b3e107a9593e4b9c92850fb0d9a318a0/8033315_1_foros-kind-asymmetriske-innkjopspriser.pdf?fbclid=IwAR11zM5dhIiC3PJiAAp0IE4HjjhCf2plHsstP2A46TBwRHB-LoPFRBs0I_o og

https://www.regjeringen.no/contentassets/4c26f095eaaa4f9c9d001762f78bcc72/norgesgruppen-asa---vedlegg.pdf?uid=Norgesgruppen_ASA_-_vedlegg.pdf

2 Rettskilder og metode

2.1 Rettskildebildet

Oppgaven tar utgangspunkt i konkurranselovens § 11. Det avgrenses mot konkurranseloven § 10 fordi samarbeidskriteriet sjelden vil være oppfylt ved prisdiskriminering, men stort sett oppfylt ved ensidige handlinger fra den som setter prisen.

Ordlyden i konkurranseloven § 11 er skjønnsmessig og må utfylles. Forarbeidene er generelle, vage og går hverken inn på dagligvaremarkedet spesielt eller nærmere inn på hvordan konkurranseloven § 11 bokstav c) skal forstås. Heller ikke domstolene eller Konkurransetilsynet har gitt noen avgjørelser som gir særlig avklaring her.

Vi befinner oss på området for norsk rett. Konkurranserettsområdet skiller seg imidlertid ut ved at ved at Norge, gjennom EØS-avtalen, gjør EFTA-landene til en integrert del av markedet og pålegger EFTA-landene til å ta inn en stor del av EU-retten og gjennomføre den i nasjonal rett.¹⁹ Norge har dermed avgitt suverenitet på dette området ved å ta på seg en rekke forpliktelser, i bytte mot å få være en del av det indre marked. EØS-avtalen innebærer også at EFTA Surveillance Authority (ESA) kan treffe vedtak direkte mot norske foretak. Vedtakene prøves i EFTA-domstolen som igjen ser til EU-domstolen i henhold til homogenitetsprinsippet som skal sikre like spilleregler i det indre marked. Dette innebærer at EØS-reglene skal tolkes likt i hele EØS-området (dvs. både i EU- og EFTA-landene). Konkurranseloven av 2004 innebærer at forbudsreglene i konkurranseloven §§ 10 og 11 er fullt ut kopiert i den nasjonale lovgivningen. Konkurranseloven § 11 er dermed ment å speile TEUV²⁰ artikkel 102 og EØS-avtalen § 54, og det vil dermed være hensiktsmessig å ha så like regler som mulig. Dette gjør at EU- og EØS-praksis vil være viktige rettskilder. Det fremkommer også av forarbeidene til konkurranseloven at ”forbudet i §11 svarer med nasjonale tilpasninger til EØS-avtalen artikkel 54. På samme måte som for § 10, vil praksis i EU og EØS være relevant ved tolkning av bestemmelsen, og veie tungt som rettskilde ved anvendelsen av den norske forbudsbestemmelsen”.²¹

¹⁹ Fredrik Sejersted, EØS-rett 2011, s. 86.

²⁰ Traktat om den europeiske unions virkeområde.

²¹ Ot. Prp. Nr. 6 (2003-2004) s. 225-226; Tilsvarende også lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2011 s. 610, Tinedommen, avsnitt 63-64.

Diskriminering har i EU-sammenheng sjeldent blitt brukt alene, men stort sett i sammenheng med andre typer misbruk. Da gjerne sammen med ekskluderende misbruk eller diskriminering på grunnlag av nasjonalitet.²² Nylig kom det en dom som omhandlet ren diskriminering i MEO-dommen.²³ Fordi kildeomfanget er tynt vil det åpne for å legge større vekt på kilder som vanligvis har lavere vekt.

Et annet spørsmål som reises på EU-rettens område, er hvilke begrensninger den eventuelt setter for en mulig nasjonal regulering med innføring av et prisdiskrimineringsforbud for dominerende leverandører. Gjendemsjø og Anchustegui har på oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet utredet adgangen til å etablere en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i dagligvaremarkedet som ikke rammes av konkurranseloven § 11. Det vil si at det også vil ramme leverandører som ikke er dominerende og som i dag faller utenfor konkurranseloven § 11. Denne vurdering er relevant for et eventuelt prisdiskrimineringsforbud fordi det vil innebære et generelt forbud mot ensidige handlinger fra dominerende leverandører.

Det rettslige grunnlaget som kan sette skranker for en egen norsk regulering er EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd. Etter bestemmelsen kan norske myndigheter fritt regulere ensidig adferd, men å anvende nasjonal lovgivning som er strengere enn EØS art. 53 på avtaler og samordnet praksis, som i utgangspunktet er til hinder for en strengere konkurranserettslig regulering av konkurranseloven § 10. Gjendemsjø og Anchustegui konkluderer med at bestemmelsen ikke er til hinder for å regulere ensidig adferd strengere, og dermed kan ensidig adferd reguleres strengere. I tillegg konkluderer de med at en eventuell hjemmel kan og burde hjemles i bestemmelsen i konkurranseloven § 14 om konkurransefremmende tiltak.

Utredningen viser dermed at det antageligvis er mulig innenfor rammene av forpliktelser til EU og EØS å regulere ensidige handlinger i nasjonal rett, og at det dermed også er innenfor å opprette et prisdiskrimineringsforbud for leverandører. Det er likevel et viktig poeng å påpeke med tanke om det er adgang til å opprette et prisdiskrimineringsforbud, da det ikke er helt åpenbart.

²² Eksempelvis Sak C-95/04 P, British Airways og Sak 27/76 United Brands.

²³ Sak C-525/16, MEO.

2.2 Metode

Oppgaven søker å svare på problemstillingen ved en avklaring av gjeldende rett. Det vil jeg gjøre gjennom en ordinær rettsdogmatisk metode. Oppgaven inneholder også en del rettspolitiske betraktninger. Dette vil særlig være aktuelt der jeg kommer inn på en vurdering av hensiktsmessigheten ved et eventuelt prisdiskrimineringsforbud og hvordan regelverket burde være.

Oppgaven tar sikte på å avklare den norske rettstilstanden, og derfor er det i utgangspunktet norsk juridisk metode som anvendes i oppgaven. EU/EØS-konkurranseretten har likevel stor relevans for tolkningen av norsk konkurranserett, og rettskildematerialet fra EU/EØS vil derfor få en sentral plass i oppgaven. For å utlede denne vil den EU-rettslige metoden anvendes, og slik sett vil den også komme inn. Det er imidlertid de norske bestemmelsene som forsøkes avklart, og internasjonale rettskilder vil derfor vies oppmerksomhet på de steder de kan bidra til avklaring av norsk rett.

EU-domstolen har for øvrig vært veldig restriktiv med å utfylle den skjønnsmessige ordlyden i TEUV²⁴ art. 102 som tilsvarende konkurranseloven § 11. De har imidlertid lagt stor vekt på en formålsrettet tolkning, eller en teleologisk tolkning, som kjennetegner den EU-rettslige metoden.²⁵ Som nevnt ovenfor foreligger det er et snevert kildeomfang. Dette vil åpne for at formålet får større vekt ved tolkningen av konkurranseloven § 11.

Formålsparagrafen i konkurranselovens § 1 angir formålet med konkurranseloven til å være å ”fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser”. Det skal også ”særlig tas hensyn til forbrukernes interesser” ved anvendelse av loven. Målet for konkurranseretten kan dermed sies å å skulle stimulere til konkurransefremmende atferd og motvirke atferd som er skadelig for konkurransen.

Tanken er at med konkurranse vil produsenter og leverandører alltid ha et insentiv til å forbedre produktene sine, strebe etter en effektiv produksjon og tilby den beste prisen til forbrukeren. I tillegg til dette er den økonomiske teorien at man ved konkurranse vil få en fordeling og effektivisering av midler mellom forbrukere og leverandører i markedet, noe som igjen

²⁴ Traktat om den europeiske unions virkemåte.

²⁵ Renato Nazzini, *The foundations of European Union Competition Law – The Object and Principles of Article 102* 2011, s. 1.

resulterer i økt velferd for samfunnet.²⁶ Konkurranseloven skal altså sikre konkurranse, men dette er imidlertid bare et middel for å oppnå velferd for samfunnet,²⁷ Dette er som nevnt et viktig moment i tolkningen av regelen i konkurranseloven § 11.

Et viktig perspektiv å ha med videre i oppgaven i relasjon til formålet, er at problemstillingen om et prisdiskrimineringsforbud ligger i et spenningsforhold mellom juss og økonomi som vi var inne på ovenfor. Begrepet diskriminering fører generelt med seg negative konnotasjoner, og det er lett å tenke at diskriminering er noe som hindrer konkurranse og således vil være i strid med formålet om å sikre konkurranse etter konkurranseloven § 1. Prisdiskriminering er imidlertid noe innenfor økonomisk teori som ofte tvert imot anses å ha positive virkninger.

Et annet spørsmål reises ved at dommene i EU foreligger på flere språk. Jeg har valgt å benytte den danske utgaven da dette gir best flyt i en norsk oppgave.

²⁶ Richard Wish og David Bailey, *Competition Law* 2018, s. 5

²⁷ Jan Magne Juuhl-Langseth, *Konkurranserett i et nøtteskall* 2015, s. 14. Nærmere om dette også i Nazzini, *The foundations of European Union Competition Law – The Object and Principles of Article 102*, 2011 s. 11-49.

3 Dagligvaremarkedet og et prisdiskrimineringsforbud

3.1 Dagligvaremarkedet

For å forstå hvorfor problemstillingen med et diskrimineringsforbud for leverandører reises, er det viktig å forstå dagligvaremarkedet og dets dynamikk og konkurranseforhold. Det skal i dette kapittelet først redegjøres for det norske dagligvaremarkedet, før det går nærmere inn på hva et prisdiskrimineringsforbud kan innebære.

Verdikjeden i det norske dagligvaremarkedet består av tre ledd, hvor leverandører står på toppen, grossister i midten og nederst dagligvarebutikkene som også kan kalles detaljistledet.

Leverandørleddet er komplekst med mange ulike leverandører, men kjennetegnes av tilstedeværelsen av noen særs store og mektige aktører. Den største leverandøren er Orkla med velkjente merkevarer som Nora, Stabburet, Idun, Grandiosa, Jif, Blenda, Nidar mv. Som nummer to finner vi Tine med kjente merkevarer som Fjordland og Yoplait. Andre eksempler på store leverandører er Ringnes og Coca Cola innen drikkevarer og Mondelez med Kraft Food og Freia.

Som illustrasjon på at det er en del særs sterke og mektige aktører, kan det nevnes at blant Norgesgruppens 1100 leverandører, så står de ti største leverandørene for omtrent halvparten av gruppens innkjøp. Tines andel innenfor melk som inngår i produksjon av meieriprodukter er for eksempel på hele 79 prosent. Det kan derfor også sies å være en stor konsentrasjon innenfor leverandørleddet. Dette styrkes også av det faktum at fem prosent av leverandørbedriftene står for over halvparten av omsetningen i industrien.²⁸

Frem til rundt 1980 var det en klar tredeling mellom leverandører, grossister og detaljister, og et spredt marked, hvor selvstendige, regionale grossister forsynte et avgrenset regionalt marked av små, uavhengige detaljister. Kun 39 prosent av butikkene var tilknyttet en kjede. På 1980-

²⁸ Wifstad mfl. 2018, s. 9

tallet fikk leverandørene større makt som følge av sterke nasjonale varemerker. Markedet endret seg, og allerede i 1992 var hele 96 prosent av dagligvarebutikkene tilknyttet en kjede.²⁹

Tidligere var det altså en klar tredeling av de forskjellige gruppene, og det var vanlig med selvstendige lokale kjøpmenn som kjøpte fra selvstendige grossistfirmaer. Gjennom flere år har det beveget seg mot et mer integrert og konsentrert marked i verdikjeden for mat. Særlig gjelder dette grossist- og detaljistleddet, som i dag kontrolleres av tre store paraplyaktører. I detaljistleddet er det i dag tre store kjeder; Norgesgruppen (42,3%), Coop Norge (29,7%) og Rema 1000 (23,4%). I tillegg er det også Bunnpris med en markedsandel på 3,9%.³⁰

I dag har de tre store kjedene egne grossistfirmaer. Norgesgruppen har ASKO, Rema 1000 har Rema Distribusjon og Coop har Coop Norge. Dette innebærer at de tre store paraplyaktørene er vertikalt integrert i markedet. Det er verdt å nevne at Bunnpris har vekslet mellom innkjøpsamarbeid med Rema Distribusjon og ASKO. I dag har Bunnpris et samarbeid med førstnevnte. Dette innebærer at den som handler inn på vegne av Bunnpris, i realiteten får høynet sin kjøpermakt tilsvarende Bunnpris sin markedsandel på ca. 3,9%. Det kan også være verdt å nevne at Kolonial.no har samarbeidsavtale om innkjøp med Rema Distribusjon.

Ved at grossistleddet er så vertikalt integrert med detaljistleddet, kan man tenke seg at det kan være vanskelig for nye aktører å etablere seg i detaljistleddet, og at de ikke har sjanse til å oppnå samme innkjøpspriser som de store paraplyaktørene fra leverandørene. Likevel er det viktig å huske på at grossistene og detaljistene er uavhengige selskaper som også konkurrer i sitt marked. Det er også slik at Bunnpris har oppnådd de samme vilkårene som detaljister under paraplyaktøren når de har kjøpt inn fra Rema Distribusjon og ASKO.³¹

I relasjon til dette er det også interessant å påpeke at grossistene også konkurrerer på eget nivå, ikke bare innenfor dagligvaremarkedet, men også innenfor storhusholdningsmarkedet. Her er det også andre store aktører som for eksempel Servicegrossistene. Det er også flere enn dagligvarebutikker som er aktuelle kunder; kiosker, bensinstasjoner og bredsortimentsbutikker

²⁹ Barth og Sørvald, *En analyse av dagligvaremarkedet i etterkant av Coop sitt oppkjøp av Ica 2016*, s. , 14.

³⁰ Wifstad mfl. 2018, s. 8.

³¹ Aftenposten, *Tilsynet anbefaler å se nærmere på prisene i dagligvaremarkedet 2018: "...tilsynets analyser gir ikke grunnlag for å hevde at Norgesgruppens egne butikker får bedre betingelser enn Bunnpris"*, Aftenposten referer til utkast til en rapport fra Konkurransetilsynet som foreløpig er unntatt offentlighet. <https://www.aftenposten.no/okonomi/i/0EdGX2/Tilsynet-anbefaler-a-se-narmere-pa-prisene-i-dagligvaremarkedet>

som Europris er også selgere av ”dagligvarer”. Storhusholdningsmarkedet er imidlertid enda mer komprimert enn dagligvaremarkedet. Et viktig poeng her er spørsmål om ASKO, som er store i begge markedene, får stordriftsfordeler på bakgrunn av innkjøp i både dagligvare- og storhusholdningmarkedet.

Som en del av det politiske fokuset på dagligvaremarkedet har Oslo Economics blant annet fått i oppdrag av Næringsdepartementet å utarbeide rapporten «Etableringshinder i dagligvaremarkedet». Her trekkes de store og vertikalt integrerte kjedene frem som en av faktorene som gjør det vanskelig for nye aktører å etablere seg. I tillegg trekkes også en annen hindring - et særpreg - nemlig målpris- og kvotereguleringer i det norske landbruket. Man kan for eksempel se på utenlandske aktører som Lidl, som har forsøkt seg, men ikke lykkes.³²

Det som er spesielt å merke seg, er at i dag er markedet mer komprimert og integrert, ved at kjedene opptrer i flere ledd av dagligvaremarkedet. Ser man på selve forhandlingsmakten her, er det enkelt å se på de store leverandørene. Når man har så store og mektige leverandører, kan man kanskje si at dette til en viss grad holdes i sjakk av få, store og vertikalt integrerte paraplyaktører. Driftsmarginene gir en pekepinn på at konkurransen i markedet er tilstede.³³ I perioden 2007-2016 har leverandørene hatt en driftsmargin på 3,6 prosent, grossistene har hatt en driftsmargin på 2,2-2,9 og dagligvarebutikkene har hatt en driftsmargin på 1,9 prosent.³⁴

For å styrke sin posisjon kontra leverandørene og oppnå høyere forhandlingsmakt, har flere av paraplykjedene utviklet egne merkevarer (EMV)). Den store fremveksten av egne merkevarer har dermed gitt kjedene større forhandlingsmakt overfor leverandørene. Dette blant annet som følge av begrenset hylleplass til andre leverandører.³⁵

3.2 Hva innebærer et prisdiskrimineringsforbud?

Som nevnt ovenfor fikk Konkurransetilsynet i oppgave av Nærings- og fiskeridepartementet å utrede et prisdiskrimineringsforbud for dominerende leverandører i dagligvaremarkedet i juni 2018. Denne oppgaven ble de tildelt gjennom Supplerende tildelingsbrev nr. 1 2018, som ble

³² Oslo Economics 2017, s. 46.

³³ Wifstad mfl. 2018, s. 4.

³⁴ Wifstad mfl. 2018, s. 4.

³⁵ NOU 2011: 4 s. 38.

sendt på bakgrunn av et representantforslag fra Arbeiderpartiet om balansert makt i verdikjeden for mat og dagligvarer, og Innst. 292 S (2017-2018).³⁶

Begrunnelsen for det supplerende tildelingsbrevet var at Nærings- og fiskeridepartementet ønsker tiltak som kan sikre ”bedre konkurranse i markedet, høy innovasjonsgrad og nyetableringer”.³⁷ I utredningen ble det sagt at en rekke forhold vil være sentrale å se nærmere på. Blant disse var spørsmålet om det er reelle forskjeller i prisene dagligvarekjedene oppnår fra dominerende leverandører, betydningen forskjellene har for konkurransen mellom dagligvarekjedene og for nyetablering samt konsekvensene av et forbud.³⁸

I representantforslaget som suppleringsbrevet er basert på, vises det til en bekymring for at markedet har blitt mer konsentrert de siste årene, både i leverandørleddet og når det gjelder kjedene. Tanken er at en slik høy konsentrasjon gjør markedet mer utsatt for konkurransedepende samarbeid og strategier.

Et prisdiskrimineringsforbud er derfor tenkt som et tiltak som kan sikre at nye etableringer kan skje i detaljistleddet. Representantforslaget referer til Oslo Economics som skriver i sin rapport at volumrabattene er det viktigste hinderet for nye aktører. Dette forsterkes igjen av to faktorer, at markedet er preget av stor konkurransen på pris og konkurransen om butikklokaler. For at en ny aktør skal kunne konkurrere, er den avhengig av å vokse raskt for å kunne oppnå samme volumfordel som de andre aktørene. Den vanskelige tilgangen til butikklokaler vanskeliggjør imidlertid dette.³⁹

Det er heller ikke slik at nye aktører bare kan finne alternative leverandører. Den høye konsentrasjonen i leverandørleddet gjør også at leverandørene har så sterke merkevarer at butikker vanskelig kan konkurrere uten å ha disse representert i sitt utvalg.

Ifølge representantforslaget danner det seg derfor en nesten umulig situasjon for nyetableringer: Det finnes ingen vei utenom mange av de store leverandørene, og samtidig er det omtrent umulig å oppnå konkurransedyktige innkjøpsbetingelser.

³⁶ Dokument 8:170 S (2017-2018).

³⁷ Supplerende tildelingsbrev nr. 1 2018.

³⁸ Supplerende tildelingsbrev nr. 1 2018.

³⁹ Oslo Economics 2017, s. 5-6.

Også for etablerte kjeder kan dominerende leverandørers markedsrett skape utfordringer for både utvalg og priser. Blant annet kan de sterke insentivene til å oppnå høyt volum fra én leverandør, presse kjedene til lojalitet, slik at dette går ut over utvalget av andre leverandører.

I representantforslaget ser de for seg en praksis med ”lik pris for et likt volum per leveranse av samme vare (ekskludert eventuelle transportkostnader) fra dominerende leverandører i en kategori” og at dette igjen vil ”styrke konkurransen i leverandørleddet og fjerne etableringshindre i butikkleddet.”⁴⁰ Målet er at dette på sikt vil kunne både redusere priser og styrke utvalget i norske dagligvareforretninger. I tillegg skal like innkjøpsbetingelser styrke konkurransen overfor forbrukerne, og mellom kjeder og nyetableringer.

Etter argumentasjonen i representantforslaget ser man for seg at et prisdiskrimineringsforbud innenfor ”visse kategorier” kan utjevne makt i verdikjeden for mat og dagligvarer i Norge.

I tillegg påpeker forslagsstillerne at den rettslige reguleringen av prisdiskriminering i dag ikke synes å være effektiv, ”da den etter hva forslagsstillerne kjenner til, ikke har vært anvendt i slike situasjoner av konkurransemyndighetene.”⁴¹

Oppsummert kan formålet med et eventuelt prisdiskrimineringsforbud for dominerende leverandører, er dermed i hovedsak å øke konkurransen, gjennom å gjøre det enklere for nye aktører å etablere seg. Det fremkommer videre at det er dominerende leverandører innenfor ”en kategori” som vil bli truffet. Det videre grunnlaget for et prisdiskrimineringsforbud er en formening om at dagens regelverk ikke strekker til.

⁴⁰ Dokument 8:170 S (2017-2018).

⁴¹ Dokument 8:170 S (2017-2018).

4 Regulering av prisdiskriminering

4.1 Innledning

Prisdiskriminering er regulert i konkurranselovens § 11. Her fremkommer det at ”et eller flere foretaks” ”utilbørlig utnyttelse av” sin ”dominerende stilling” er forbudt. I Tine-dommen blir dette omtalt som en vurdering av om ”det aktuelle foretaket har en dominerende stilling, om foretaket har opptrådt på en måte som omfattes av forbudet og om denne opptreden er egnet til å ha merkbar konkurransebegrensende virkning”.

4.2 Vilkårene

4.2.1 Foretak

For det første gjelder bestemmelsen for ”foretak” som er definert i konkurranselovens § 2 som ”enhver enhet som utøver privat eller offentlig erhvervsvirksomhet”. Her er det viktig å få frem at etter konkurranseloven § 11 rammes både de tilfeller hvor en aktør er dominerende alene, og der flere er dominerende sammen (kollektiv dominans).

I denne oppgaven er det imidlertid mest sentralt der en leverandør handler ensidig i en avtale som ”foretak”. Prisforhandlingene regnes generelt som ensidig handling. Dette er imidlertid omdiskutert og komplisert, men det vil ikke gås inn i den debatten i oppgaven.⁴² Dette må også avgrenses mot konkurranselovens § 10 som omhandler samarbeid. Et poeng i avgrensningen er også at i motsetning til konkurranselovens § 11, er ikke konkurranselovens § 10 åpen for ytterligere regulering som følge av EØS-konkurranselovens § 7 nr. 2.

⁴² Se nærmere, Ronny Gjendemsjø og Ignacio Herrera Anhustegui, *Utredning av muligheten for å etablere en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat som ikke rammes av konkurranseloven § 11.*

4.2.2 Dominerende stilling

Generell definisjon

Det aktuelle foretaket må videre ha en ”dominerende stilling”. United-Brands-saken ga en generell definisjon på ”dominerende stilling” definert som:

”den situasjon, at en virksomhet inntar en så sterk økonomisk stilling, at den har mulighet for at hindre, at der opprettholdes effektiv konkurranse på det pågældende marked, idet den nævnte stilling giver virksomheden vide muligheder for uafhængig adfærd i forhold til konkurrenter, kunder og i sidste instans til forbrugeren”⁴³

Kjernen i dette er at man som en dominerende aktør har evne til å forhindre eller påvirke den vanlige konkurransen i markedet. Det er her viktig å påpeke forholdet mellom dominansterskelen og misbruksvurderingen. Mange typer adferd som kan karakteriseres som misbruk kan bare være skadelige for konkurransen dersom aktøren har markedsmakt.⁴⁴

For en leverandør i dagligvaremarkedet innebærer dette at det ikke er ulovlig i seg selv å ha en dominerende stilling eller konkurrere hardt, det er først forbudt når den dominerende stillingen blir misbrukt. Mer om den grensegangen kommer nedenfor.

Relevant marked

For å ta stilling til om en aktør er dominerende må det relevante markedet først defineres, før det vurderes om aktøren er dominerende i det aktuelle markedet. En avgrensning av det relevante markedet gir rammene for vurderingen av konkurranseforholdene.

Ved avgrensningen av det relevante markedet tas det utgangspunkt i kjøpernes muligheter til å velge alternative varer, det gir dermed en produkt- og geografisk dimensjon. For å definere det relevante markedet, må man derfor gjennom en todelt vurdering hvor man først avgrenser det geografiske markedet, og videre avgrenser produktmarkedet.

Det relevante produktmarkedet omfatter alle varer som etter forbrukernes oppfatning, kan erstatte hverandre ut fra egenskaper, pris og bruksområde. I dagligvaremarkedet er f.eks. et slikt produktmarked ”pølser” eller ”kjøttpålegg”. Det som er interessant her, er at samme leverandør vil operere i flere produktmarkeder, men ikke nødvendigvis være dominerende i alle. Som nevnt i innledningen kan det her stilles spørsmål om en leverandør som er dominerende i flere

⁴³ Sak 27/76 United Brands, avsnitt 65.

⁴⁴ Hjelmeng og von dehr Fehr, *Forbud mot prisdiskriminering* 2018, s. 21

produktmarkeder, men ikke alle, vil anses som en dominerende leverandør generelt og dermed få et generelt prisdiskrimineringsforbud, eller om et forbud kun vil gjelde de produktmarkedene leverandøren er dominerende i. I representantforslaget snakkes det om et forbud mot forskjellige priser i ”kategorier”. Det er uklart om dette er sammenfallende med ”produktmarkedet”.

Det relevante geografiske markedet omfatter området der de berørte foretakene tilbyr varer, der konkurransevilkårene er tilstrekkelig ensartet og som kan holdes adskilt fra tilgrensende områder, særlig fordi konkurransevilkårene er merkbart forskjellige.

I dagligvaremarkedet vil det variere ut fra hvilket nivå i verdikjeden og situasjon, hva som er det geografiske markedet. For leverandører vil det være naturlig å tenke seg et nasjonalt marked fordi de stort sett leverer til hele Norge.

Dominansterskelen

Etter at det relevante markedet er avgrenset, må det så vurderes om leverandøren har en dominerende stilling i det aktuelle, relevante markedet. Dette vil bero på en helhetlig vurdering hvor det vil være sentralt å se på markedsandeler, konkurransepress fra aktuelle konkurrenter og betydningen av kjøpermakten til foretakets kunder. Vurderingen tar utgangspunkt i det tidspunktet når det påståtte misbruket foregikk.

Kommisjonen har uttalt at det normalt ikke foreligger en dominerende stilling når markedsandelen er under 40 prosent, men dette beror likevel på en helhetsvurdering og det kan være unntak.⁴⁵ Videre er det en presumsjon for at det foreligger dominerende stilling der et foretak har en markedsandel som er over 50 prosent.⁴⁶

4.2.3 Utilbørlig utnyttelse

Til slutt er det vilkåret ”utilbørlig utnyttelse” som også er hovedpunktet i oppgaven. Dette betegnes gjerne som misbruk og kan sies å være en adferd som avviker fra normal forretningspraksis.

En generell definisjon av misbruk er beskrevet i Hoffman – La Roche-dommen slik:

⁴⁵ Kommisjonen 2009/C 45/02), punkt 10 og 11.

⁴⁶ Sak C-62/82 AKZO,. Avsnitt 60.

*”Misbrugsbegrebet er et objektivt begreb, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge av en pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser”.*⁴⁷

Utgangspunktet er altså at en dominerende aktør har adgang til å konkurrere på vanlig måte, så lenge dette skjer på grunnlag av kvalitet og pris mv. Det er imidlertid ikke tillatt å konkurrere på annet grunnlag enn det som anses som normalt i konkurransen.

Det er videre opplistet flere typetilfeller i konkurranseloven § 11 (a-e). EU-domstolen har imidlertid slått fast at listen er ikke uttømmende og at det ikke foreligger noe krav om å knytte vurderingen opp mot et bestemt alternativ.⁴⁸ Det sentrale for denne oppgaven er diskriminerende atferd som er beskrevet i konkurranseloven § 11 c) som å ”anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen”. I annenlinjes diskrimineringsaker synes det imidlertid at EU-domstolen har forholdt seg til listen i bokstav c).⁴⁹

En naturlig forståelse av konkurranseloven § 11 bokstav c) er at det foreligger to steg i en konstatering av prisdiskriminering. For det første at det må foreligge en sammenligning av ytelser og pris, hvor disse må kunne være sammenlignbare. For det andre kan ordlyden ”og derved stille dem ugunstigere i konkurransen” i konkurranselovens § 11 bokstav c) peke på at diskrimineringen må ha en effekt.

Dette kravet er utbrodert i EU-domstolens praksis. I British Airways-saken ble dette beskrevet som at det må foreligge en ”konkurrencemæssig ulempe”.⁵⁰ Kravet her ble nylig utbrodert i den såkalte MEO-dommen. Her kommer det frem at man må foreta en undersøkelse av alle de ”relevante omstendighæder i saken for at afgøre om en prisdiskrimination skaber eller kan skabe en konkurrencemæssig ulempe i artikel TEUF 102, stk, 2 litra c) TEUFs forstand.”⁵¹ Det går nærmere inn i denne vurderingen i neste kapittel.

⁴⁷ Sak 85/76, Hoffman – La Roche, avsnitt 91

⁴⁸ Sak C-333/94, Tetra Pak mot Kommisjonen, avsnitt 37.

⁴⁹ Eksempelvis Sak C-95/04 P, British Airways og Sak C-525/16, MEO.

⁵⁰ Sak C-95/04 P, British Airways, avsnitt 144.

⁵¹ Sak C-525/16 MEO, avsnitt 28.

5 Nærmere om når leverandøren ha misbrukt sin stilling

5.1 Innledning

Over ble det gjennomgått de generelle reglene for prisdiskriminering som misbruk av dominans. Et av grunnlagene for forslaget om innføring av et prisdiskrimineringsforbud, er en påstand om at regelverket ikke treffer.⁵² For å se om et prisdiskrimineringsforbud er hensiktsmessig, er det derfor interessant å se hvordan regelverket i dag treffer på dagens dagligvaremarked. Det må dermed undersøkes om en leverandør kan ha misbrukt sin dominerende stilling ved å kreve forskjellige priser. Det vil være de samme vilkårene etter konkurranseloven § 11 som ovenfor som er sentrale, dominerende stilling, utilbørlig utnyttelse og til slutt en skadeeffekt.

Som vi så ovenfor, må et ”foretak” ha en ”dominerende stilling”; det generelle innholdet ble presisert der. Det er ikke omstridt at leverandører i det norske dagligvaremarkedet kan anses som både ”foretak” og at flere leverandører i dagens dagligvaremarked har en dominerende stilling. Det følger av flere avgjørelser fra Konkurransetilsynet at flere leverandører anses som dominerende innenfor forskjellige markeder.⁵³

Da Matkjedeutvalget undersøkte 18 utvalgte produktgrupper, hadde den største leverandøren i majoriteten av produktgruppene over 50% markedsandel. Det innebærer at for en del leverandører vil det være presumsjon for at de er dominerende.⁵⁴ Det er derfor flere leverandører i dagligvaremarkedet som kan være gjenstand for håndheving etter konkurranseloven § 11 dersom de utilbørlig utnytter stillingen sin.

Det sentrale vilkåret i relasjon til dagligvaremarkedet er spørsmålet om det foreligger en ”utilbørlig utnyttelse” av den ”dominerende stillingen”.

⁵² Dokument 8:170 S (2017-2018).

⁵³ Blant annet i Konkurransetilsynets vedtak V2015-30 Orkla - Cederroth Intressenter.

⁵⁴ NOU 2011: 4 s. 49.

I konkurranseloven § 11 bokstav c) utdypes dette ved at utilbørlig utnyttelse blant annet kan bestå i å ”anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen” .

Over ble det presentert at en naturlig tolkning av bokstav c) innebærer at dette må skje gjennom to steg. For det første at det må foreligge en sammenligning av ytelser og pris, hvor disse må kunne være sammenlignbare. For det andre kan ordlyden ”og derved stille dem ugunstigere i konkurransen” i konkurranselovens § 11 bokstav c) peke på at diskrimineringen må ha en effekt.

Først må det undersøkes nærmere hva ”ulike vilkår for likeverdige ytelser” innebærer, før det ses hen til hvordan dette utspiller seg konkret i dagligvaremarkedet.

En naturlig forståelse er at det legges opp til en sammenligning av ytelsene og vilkårene. Det er slått fast i rettspraksis at det vil være diskriminering både når det er forskjellige vilkår for like ytelser og når det er like vilkår for forskjellige ytelser.⁵⁵ Det er imidlertid lite praktisk å tenke seg at et firma skulle ønske eller tjene på å behandle ulike ytelser likt.⁵⁶ For at bokstav c) skal komme til anvendelse, må det derfor foreligge en forskjellsbehandling av sammenlignbare transaksjoner. Det første leddet i analysen av diskriminering blir derfor å undersøke om de transaksjoner som skal sammenlignes er ”likeverdige”.

5.1.1 Det nærmere innholdet i hva som innebærer like ytelser.

I konkurranseloven § 11 bokstav c) brukes ordlyden “likeverdige”. En naturlig forståelse av det tilsier at det ikke nødvendigvis trenger å være identiske ytelser, men at de totalt sett må være like mye verdt.

O’Donoghue og Padilla mener at “Whether transactions are equivalent must be looked at in the light of all the circumstances”. Vurderingen er imidlertid ikke begrenset til en sammenligning mellom to produkter, men “the key point is that the transactions are equivalent.”

⁵⁷ Videre understrekes det også at “the commercial context of the compared transactions plays

⁵⁵ Sak 13/63 Italia mot Kommissjonen, avsnitt 6: ”discrimination in substance may consist not only in treating similar situations differently, but also in treating different situations identically”.

⁵⁶ O’Donoghue og Padilla 2013., s. 796

⁵⁷ O’Donoghue og Padilla 2013, s. 792.

a paramount role.”⁵⁸ Forholdene på det markedet man operer i, kan dermed synes å ha betydning.

Kolstad er inne på noe av det samme med at man må se hen til de kommersielle forholdene og at en må se leveransen under ett.

“I vurderingen av om kontrakter som danner grunnlaget for mer omfattende leverandørforhold i forhold til bokstav c) vil det kunne foreligge identiske ytelser selv om er et visst avvik mht. produksammensetning og kvantitet. Det avgjørende blir m.a.o. ikke om ytelsene vurdert enkeltvis er identiske, men om leveransene sett under ett er det.”⁵⁹

Forhold knyttet til den enkelte kunde, typisk betalingssikkerhet eller kvantum, vil også kunne spille inn. Egenskaper ved kundene vil kunne føre til at situasjonene ikke anses som sammenlignbare. Typisk gjelder dette der enkelte kunder kjøper større kvanta og dette gjenspeiles i kostnadsbesparelser hos det dominerende foretaket.⁶⁰

I relasjon til dagligvaremarkedet reiser det seg noen interessante problemstillinger. Når kan leveransen under ett være lik? I dette markedet er det snakk om aktører med forskjellig størrelse og strategi. Avtalene mellom leverandørene og grossistene er ofte komplekse fordi en enkelt leverandør gjerne har produkter i flere produktmarkeder, og også et sortiment innenfor hvert produktmarked. Om en grossist kjøper hele sortimentet, mens en annen kjøper bare en del av det, kan dette ha betydning for om ytelsene er likeverdige. I ytelsene kan det også ligge markedsføring, hylleplassering eller et samarbeid om innovasjon av produktet. .

5.1.2 Det nærmere innholdet i hva som innebærer ulike vilkår

Spørsmålet om vilkårene er ulike beror på en sammenligning av vilkårene for de “likeverdige ytelsene”.⁶¹ Det avgjørende er om de to likeverdige ytelsene “produce differential rates of return for the dominant firm” i følge O’Donoghue og Padilla.⁶² Et slikt synspunkt synes det som også Wish og Bailey legger til grunn.⁶³ Hjelmeng og Søgård har en lignende definisjon

⁵⁸ O’Donoghue og Padilla, 2013, s. 792.

⁵⁹ Kolstad mfl. 2007, s. 596.

⁶⁰ Hjelmeng og Søgård 2014, s. 289.

⁶¹ O’Donoghue og Padilla, 2013 s. 795.

⁶² O’Donoghue og Padilla, 2013 s. 795.

⁶³ Wish og Bailey 2018, s. 777.

hvor de sier at det er prisdiskriminering når to kunder betaler ulik pris for et produkt, og denne prisforskjellen ikke kan forklares med forskjell i kostnader for å betjene de to kundene.⁶⁴

Spørsmålet om kvantumsrabatter er tillatt, selv om enhetsprisen blir ulik, og dette ikke kan begrunnes i reduserte kostnader, er særlig aktuelt i dagligvaremarkedet. Basert på definisjonen overfor synes hverken Hjelmeng eller Wish å ikke støtte et slikt tilfelle, da det avgjørende synes å være å sette kostnaden opp mot det det koster å tilby ytelsen. I Post Danmark II som gjaldt spørsmålet om et tilbakevirkende rabattarrangement var misbruk, slås det imidlertid fast at

”Det fremgår ligeledes af fast retspraksis, at til forskel fra mængderabatter, der udelukkende er knyttet til den gennemførte købsmængde hos den pågældende producent, og som i princippet ikke efter sin art er i strid med artikel 82 EF hvorved virksomheden i kraft af økonomiske fordele søger at hindre, at kunderne foretager alle eller en betydelig del af indkøbene til dækning af sine behov hos virksomhedens konkurrenter, et misbrug i denne bestemmelses forstand (...).⁶⁵

Det er altså presumsjon for at kvantumsrabatter er lovlige, i motsetning til lojalitetsrabatter.

MEO-dommen kan også trekke i retning av at EU-domstolen synes å godta at forskjeller i forhandlingsstyrke kan gi utslag i ulike priser for samme ytelser uten at dette kan anses å være diskriminering.⁶⁶ Post Danmark II og MEO-dommen kan derfor sies å utvide synet i forhold til Wish og Bailey, som kun ser på kostnadene ved å tilby produktene.

Når man videre skal sammenligne vilkår, er det naturlig å først tenke på pris i relasjon til prisdiskriminering. Det enkelte produkt vil normalt ha en egen pris, og vurderingen må da skje i forhold til prisen på det enkelte produkt.⁶⁷

I dagligvaremarkedet kan dette imidlertid praktisk sett være en kompleks oppgave. Nettoprisen er den prisen dagligvarekjeden betaler etter at alle rabatter og bonuser er trukket fra, og gir uttrykk for den reelle kostanden dagligvarekjeden har ved innkjøp av et produkt.⁶⁸ Når aktørene

⁶⁴ Hjelmeng og Søgård 2014, s. 277.

⁶⁵ Sak C-23/14 Post Danmark II, avsnitt 27.

⁶⁶ Sak C-525/16, MEO, avsnitt 31.

⁶⁷ Kolstad mfl. 2007 s. 596.

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

forhandler priser, inngår disse ofte i store avtaler hvor flere komponenter er innbakt og som gir grunnlag for kompensasjon.

Noen sentrale former for kompensasjon er felles markedsføringsmidler, ofte kalt Joint Marketing. Det er betaling fra leverandøren for at dagligvarekjeden markedsfører leverandørens produkter. Lignende former for kompensasjon er kampanjestøtte der leverandøren gir en rabatt i forbindelse med kampanjeperioder, typisk tilknyttet nedsettelse av pris på varer som dagligvarekjeden gjennomfører markedsføringsaktiviteter for. Leverandørene gir også en rabatt for ”merchandising”, som kompensasjon til dagligvarekjeder som selv står for varepåfylling i butikk. Det varierer imidlertid i hvilken grad kjedene gjør denne jobben selv, slik at rabatten vil variere fra dagligvarekjede til dagligvarekjede. I dag er det f. eks kun Tine og Ringnes som selv distribuerer til butikkene.⁶⁹ Denne utviklingen har en påvirkning på kompensasjonen mellom leverandør og grossist. Der leverandøren tidligere kom i butikken, leverte og plasserte varen på hyllen, er det i dag dagligvarekjedene som i stor grad har tatt over denne oppgaven. Det betyr at det er en tjeneste som er flyttet fra leverandøren. Dette blir sett på som en kompensasjon for en jobb distributørene tidligere hadde, og er derfor ikke en rabatt på samme måte. Ellers kan forhold som kvantum og hylleplassering ha innvirkning på innkjøpsprisen.

5.1.3 Sammenligning

Når man er kommet ned til nettopris og nettoytelse, må man derfor se på om disse er sammenlignbare. Dersom enten ytelsen eller vilkårene er sammenlignbare, mens det på den andre delen foreligger en forskjell, vil det dermed være prisdiskriminering.

Det ble illustrert ovenfor at det er en vanskelig oppgave å skulle finne grunnprisen eller nettoprisen på et enkelt produkt for å sammenligne dette. Konkurransetilsynet har også utfordringer med dette, og det kan vises til at tilsynet siste året har utarbeidet et metodenotat for hvordan det kan regne ut nettopris og sammenligne innkjøpsprisene til dagligvarekjedene. Dette metodenotatet ligger for tiden ute på høring.⁷⁰ Jeg vil dermed nøye meg med å påpeke at dette er veldig komplekst, og påpeke utfordringen som ligger i dette punktet.

⁶⁹ Menon Economics 2018, s. 8.

⁷⁰ Konkurransetilsynet, Metode for sammenlikning av innkjøpspriser til dagligvarekjedene, <https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2019/03/Metode-for-sammenlikning-av-innkj%C3%B8pspriser-til-dagligvarekjedene-2019.pdf>.

Ordlyden i § 11 bokstav c) uttrykker at det må være «ulike vilkår» for «likeverdige ytelser». ”Likeverdige” gir et visst slingringsmonn, og det kan naturlig forstås slik at ikke enhver minste forskjell kan anses som diskriminering. Kolstad peker imidlertid på at et sentralt forhold er den innkjøpspris kundene betaler, og at spillerommet antakeligvis vil være høyere i forhold til produkter med en høy pris i kroneverdi enn produkter med lav pris. I relasjon til dagligvaremarkedet, som hovedsakelig består av varer med lav pris, kan man kanskje tenke seg at spillerommet her vil være desto mindre.

Avslutningsvis kan det også nevnes at dersom det foreligger en objektiv god begrunnelse for prisdiskriminering, vil det likevel ikke være et misbruk, selv om adferden påvirker konkurransen mellom handelspartnere.⁷¹ Man kan likevel tenke seg at dersom det foreligger en vesentlig forskjellsbehandling, er det lite som kan begrunne dette. Rettspraksis gir likevel eksempler på objektive faktorer som ulikheter i transportkostnader, avgifter og markedsføringsvilkår som akseptable grunner. Det er også en viss overlapp her mellom dette og vurderingen om hvorfor to transaksjoner ikke er likeverdige. Samme faktorer kan både lede til at det ikke foreligger «likeverdige ytelser» og til at det ikke foreligger misbruk..⁷²

Det er videre ikke mulig å få vite de eksakte prisene aktørene i dagligvaremarkedet operer med, men det er naturlig å tenke seg at leverandørene opererer med forskjellige priser. I tillegg er det som nevnt over en kompleks vurdering. Det forutsettes derfor i det videre at det foreligger ulike vilkår.

5.1.4 «Konkurrencemæssig ulempe»

Det holder ikke å kun påvise at det er skjedd en diskriminering. I konkurranseloven § 11 bokstav c) fremgår det også at handelspartnere må stilles ”ugunstigere i konkurransen”. Dette forstås naturlig som et krav om at diskrimineringen må ha en effekt, for at den skal falle inn under forbudet.

Ordlyden i konkurranseloven § 11 bokstav c) ved ”overfor handelspartnere» og «derved stille dem ugunstigere i konkurransen” synes å peke på at det er ”handelspartnerne” som er relevant for bestemmelsen, og det er en skade for ”handelspartnerne”. Det skilles dermed mellom første-

⁷¹ Hjelmeng og von der Fehr 2018, s.24. og Hjelmeng og Søgård 2014, s. 290.

⁷² Se mer om dette: O’Donoghue og Padilla 2013, s. 827-838.

og annenlinjes diskriminering, hvor sistnevnte faller inn under bestemmelsen.⁷³ Annenlinjes diskriminering er når en forskjellsbehandler mellom kunder, og det oppstår ulike konkurranseforhold mellom den dominerende aktørens kunder, altså i det nedstrøms markedet.⁷⁴

I British Airways-saken, hvor misbruket riktignok i hovedsak gjaldt lojalitetsrabatter, ble ”ugunstigere i konkurransen” beskrevet i EU-retten som at det måtte foreligge en ”konkurrencemæssig ulempe”.

*”Følgelig skal det, for at betingelserne for anvendelse af artikel 82, stk. 2, litra c), EF er oppfylt, fastslås, at en dominerende virksomheds adfærd på et marked ikke blot er diskriminerende, men at den ligeledes tilsigter at fordreje dette konkurrenceforhold, dvs. hæmme en del af denne virksomheds handelspartners konkurrencemæssige stilling i forhold til andres.”*⁷⁵

Dette kravet ble i dommen utformet slik at det er tilstrekkelig at man kunne etablere at den ”konkurrencemæssige ulempen” bare ”tilsigter å fordreje konkurransen”. Det kreves dermed ikke at det påvises en skade, og heller ikke at en slik vridning må bevises. Inntrykket fra dommen er at det ikke stilte særlig høye krav. Hjelmeng synes også å støtte også dette synspunktet.⁷⁶

I april 2018 kom imidlertid MEO-dommen som gir en utvikling og et nytt lys på hva som ligger i en ”konkurrencemæssig ulempe”. Dommen er det siste som er kommet innenfor annenlinje diskriminering. Den er også interessant fordi den viderefører Intel-dommens⁷⁷ virkningsbaserte prinsipper, og tilsier at disse ikke bare gjelder saker om rabatt, men også saker om diskriminering.

I MEO-dommen slås det fast at:

*”den omstendighed alene, at der er tale om en umiddelbar ulæmpe, som erhvervsdrivende, der afkræves højere priser end de priser, der gælder for deres konkurrenter for en tilsvarende ydelse, udsættes for, imidlertid ikke, at konkurransen er fordrejet eller kan fordrejes”.*⁷⁸

⁷³ Førstelinjens diskriminering innebærer at forskjellsbehandling mellom kunder skader en horisontal konkurrent. Man forskjellsbehandler for å tiltrekke seg kunder fra konkurrenter.

⁷⁴ Hjelmeng og Søgård 2014, s. 278.

⁷⁵ Sak C-95/04 P, British Airways avsnitt 144

⁷⁶ Hjelmeng og von der Fehr 2018, s. 23

⁷⁷ Sak C-413/14 P, Intel v. Kommisjonen, Dommen gjaldt eksklusivitetsrabatter. EU-domstolen godtok bruk av en ”like effektiv konkurrent-test” i vurderingen av om rabattene hadde en konkurranseskadende effekt.

⁷⁸ Sak C-525/16, MEO , avsnitt 26.

En ulempe ved at et dominerende foretak prisdiskriminerer, er i seg selv altså ikke nok til at det kan bli ansett som en ”konkurrencemæssig ulempe”. Videre kommer det frem i dommen at:

*”I et sådant tilfælde er Kommisionen ikke blot forpligtet til at undersøge dels betydningen av virksomhedens dominerende stilling på det relevante marked, dels den omtvistede retspraksis markedsdekning samt betingelserne og reglerne for tildeling af de pågældende rabatter, disses varighed og størrelse, men skal ligeledes vurdere eksistensen af en eventuel strategi, der har til formål at udelukke de konkurrenter der er mindst lige så effektive, fra det efterfølgende marked”.*⁷⁹

Ifølge dommen skal det altså foretas en ”underøgelse av alle de relevante omstendigheter i saken for at afgøre” om prisdiskrimineringen skaper en ”konkurrencemæssig ulempe”. At alle relevante omstendigheter undersøkes, åpner for at det er en rekke forhold som kan være relevante for om det foreligger en konkurranseskade. MEO-dommen drar dermed i retning av en mer virkningsbasert tolkning.

Det sies videre i dommen at det skal påvirke ”interessene til den ervervsdrivende som er blitt påført høyere priser” enn sine konkurrenter. Det understreker for det første at det er snakk om en annenlinjes diskriminering, og at det er i nedstrøms marked at det en relevant ulempe kan være. For det andre peker det på at det ikke er et krav at forbrukeren må stilles dårligere i konkurransen.

Videre sier MEO-dommen noe om prisforskjellene opp mot de totale kostnadene til MEO.

*”(…) hvad angår de beløb, som MEO har betalt årligt til GDA (...), at disse beløb udgjorde en relativt lille procentdel af de samlede omkostninger, som MEO havde afholdt som led i sin detailtjeneste med abonnementsbaseret adgang til tv-signaler, og at prisdifferentieringen havde en begrænset indvirkning på MEO's fortjeneste i denne forbindelse. Som generaladvokaten har anført i punkt 104 i sit forslag til afgørelse, kan det, når indvirkningen af en prisdifferentiering på de omkostninger, som er afholdt af den erhvervsdrivende, der er af den opfattelse, at vedkommende har lidt en skade, eller på denne erhvervsdrivendes rentabilitet og fortjeneste, ikke er væsentlig, i givet fald udledes heraf, at denne prisdifferentiering ikke kan have nogen indvirkning på den nævnte erhvervsdrivendes konkurrencemæssige stilling.”*⁸⁰

Det synes som at MEO-dommen forsøker å stille opp en skadehypotese for å undersøke om det foreligger en ”konkurrencemæssig ulempe”. Det viktigste synes her å være å holde forskjellen

⁷⁹ Sak C-525/16, MEO, avsnitt 31.

⁸⁰ Sak C-525/16, MEO, avsnitt 34.

i prisene gitt til handelspartnerne opp mot det berørte selskapets totale kostander, for å se om det er egnet til å ha utestengende virkninger i det nedstrøms marked. I MEO-dommen ble det lagt vekt på at denne forskjellen var liten, og at denne differensieringen hadde liten innvirkning på MEOs fortjeneste. I tillegg ble det lagt vekt på MEOs styrke i forhandlingene kontra GDA. Det kreves imidlertid ikke kvantifiserbart bevis, det er nok med en analyse av omstendighetene for å vurdere om forholdene påvirker den berørtes konkurransemessige stilling .⁸¹

Sett hen til dagligvaremarkedet kan det synes at man dermed må vurdere forskjellene i priser opp mot de totale kostandene. Terskelen synes imidlertid ganske høy for at det skal anses å foreligge en ulempe.

Likevel kan man tenke seg at det får betydning for dagligvarekjedene fordi det er såpass lave driftsmarginer og et stort konkurransepress i markedet. Det skal kanskje mindre forskjeller til for at det skal kunne få betydning.

Sett opp mot det norske dagligvaremarkedet står varekostnadene for en ekstremt stor del av utgiftene til paraplyaktørene. NorgesGruppens varekostnader var på 65 milliarder kr, mens de totale kostnadene var på ca. 84 milliarder kr i 2017. I konsernet er dermed 76 prosent av driftskostnadene varer. Det er viktig å påpeke at regnskapet gjelder hele konsernet, og at varekostnadene kan stå for en høyere prosentandel i grossistleddet.⁸² Rema 1000 har varekostnader på 45 milliarder kr, mens andre kostnader er på ca. 8 milliarder kr som tilsvarer at varekostnadene står for ca. 85 prosent av driftskostnadene.⁸³ Hos Coop utgjør prosentandelen den samme, med varekostnader på nesten 40 milliarder kr og totale driftskostnader på 47, 3 milliarder kr, så 85 prosent av driftskostnadene deres er til varer.⁸⁴ Dermed kan man tenkes seg at prisforskjeller har stor betydning for kjedene.

Konkurransetilsynet understreker også dette i sitt høringssvar til Oslo Economics rapport om etableringshinder i dagligvaremarkedet. ”Selv en kostnadsulempe på eksempelvis 3-5 prosent

⁸¹ Sak C-525/16, MEO, avsnitt 37.

⁸² Norgesgruppen Årsrapport 2018, s. 17. <https://www.norgesgruppen.no/globalassets/finansiell-informasjon/arsregnskap-2018.pdf>

⁸³ Rema 1000 Årsrapport 2018, <https://www.rema.no/wordpress/wp-content/uploads/2019/04/A%CC%8Ar rapport-2018.pdf>

⁸⁴ COOP SA Årsrapport 2017, s. 48. https://coop.no/globalassets/om-coop/arsmeldinger/2017/coop_arsrapport_2017_dobbeltsider_web.pdf

kunne gjøre en vesentlig etableringshindring på bakgrunn av at bransjen har lave nettomarginer og at varekostnadene utgjør 70-80 prosent av de totale kostnadene”⁸⁵

Det er likevel en komplisert vurdering om en prisforskjell er egnet til å ha utestengende effekt i det nedstrøms marked. Det enkelte produkt til leverandørene vil ha liten betydning for nedstrøms-aktørene som konkurrerer på "handlekurvens" totalpris. Den enkelte aktørs bidrag blir dermed lite. Man kan også tenke seg at prisforskjellene mellom kjedene varierer fra leverandør til leverandør.

I MEO-dommen bemerker EU-domstolen også at når det gjelder en dominerende aktør hvor anvendelsen av prisdiskriminering kun berører det nedstrøms marked, så har de prinsipielt ikke en interesse av å utelukke en av sine handelspartnere i nedstrøms marked. Og basert på det [som er nevnt ?] ovenfor, skal det også mye til for at det blir konstatert at en handelspartner ”stilles ugunstigere i konkurransen”.

Utgangspunktet er dermed at terskelen er relativt høy for at prisdiskriminering skal utgjøre en ”konkurrencemæssig ulempe”, men sett hen til dagligvaremarkedet med lave marginer kreves det kanskje noe mindre.

⁸⁵ Konkurransetilsynet, Høringsuttalelse –rapport etableringshindringer i dagligvaresektoren, s. 4.

6 Er et prisdiskrimineringsforbud hensiktsmessig?

6.1 Innledning

Etter å ha gjennomgått dagligvaremarkedet, reguleringen av prisdiskriminering, og sett på grensene for ulovlig diskriminering, kan man stille seg spørsmålet om konkurranseloven § 11 kommer til kort i dagligvaremarkedet i dag, og at det dermed er hensiktsmessig med et prisdiskrimineringsforbud for dominerende leverandører. I dette kapitlet vil det avklares hvorfor prisdiskriminering kan være et problem, hvordan et prisdiskrimineringsforbud står seg i forhold til ikke dominerende aktører og om et prisdiskrimineringsforbud virker hensiktsmessig.

6.2 Hvorfor kan prisdiskriminering være et problem?

Som det er gjort rede for i innledningen, antas andregrads prisdiskriminering ofte å være positivt fordi det kan føre til økt produksjon og velferd. Forhandlinger er et sentralt konkurranseparameter, og kostnadsulikheter fører til at andre sider av virksomheten effektiviserer.

I et marked kjemper alle aktørene om plassen, og det er ikke nødvendigvis negativt dersom en konkurrent faller ut av konkurransen fordi vedkommende er mindre effektiv og dårlig til å konkurrere. Det er imidlertid når prisdiskriminering fører til utestengelse fra markedet, for effektive konkurrenter at prisdiskriminering kan være et problem. er det imidlertid et tap for konkurransen i markedet å miste en god konkurrent.

6.3 Hva med regulering av ikke-dominerende aktører?

Det prisdiskrimineringsforbudet som har blitt beskrevet utredet inkluderer kun et forbud for dominerende leverandører.⁸⁶ Et spørsmål som også kan utforskes, er hvordan dette passer inn i det i regelverket. Det er klart at ikke-dominerende aktører ikke rammes av konkurranseloven §

⁸⁶ Supplerende tildelingsbrev nr. 1 2018.

11 som utelukkende rammer foretak med ”dominerende stilling”. I konkurranseloven § 10 reguleres imidlertid også ikke-dominerende foretak. Her fremkommer det et forbud mot ”avtaler” og ”samordnet opptreden” som har til formål å ”hindre, innskrenke eller vri konkurransen”. Videre oppstilles det samme typetilfellet som i konkurranseloven § 11 ved å ”anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem mer ugunstigere i konkurransen”. Fordi det er den samme ordlyden, er det også nærliggende å tenke at § 10 bokstav d) byr på den samme vurderingen når det kommer til prisdiskriminering. Men her må det i tillegg være et element av samarbeid.

Når det gjelder et slikt samarbeid om prisdiskriminering kan man tenke seg at det kan skje ved at en innkjøper stiller som krav i en avtale at han alltid skal ha bedre vilkår. For det første kan det være unaturlig å tenke seg at en slik avtale vil komme i stand fordi den ved første øyekast antas å være ugunstig å inngå for leverandøren. Dersom innkjøperen har en tilstrekkelig forhandlingsmakt, kan man kanskje likevel tenke seg det. Slik dagligvaremarkedet ser ut i dag, er de tre paraplyaktørene relativt sterke alle tre som ikke tilsier at ingen av de er i posisjon til å kunne kreve en avtale av den karakteren.

I tillegg kan man tenke seg at det er vanskelig å utestenge en aktør. Da må i så fall en slik tenkt avtale inngås med en stor del av leverandørene på markedet, noe som ikke er helt enkelt å se at kan skje.

Videre vil det være den samme høye terskelen for å påvise at det har skjedd en konkurranseskade. På bakgrunn av denne terskelen kan man derfor fastslå at det skal veldig mye til før ikke-dominerende leverandører med prisdiskriminerende avtaler rammes av konkurranseloven § 10.

Det foreligger i dag ingen regulering av prisdiskriminering som misbruk fra ikke-dominerende leverandører. Man kan jo kanskje tenke seg at det er negativt at dette ”faller mellom to stoler», altså konkurranselovens §§ 10 og 11. På den annen side er det vanskelig å tenke seg at en ikke-dominerende leverandør sitter på en markedsrett som har evne til å påføre en skade i et nedstrømsmarked.

6.4 Er et prisdiskrimineringsforbud for dominerende leverandører hensiktsmessig?

Om et prisdiskrimineringsforbud kan anses som hensiktsmessig eller ikke, vil avhenge av hvilke parametere man vurderer det opp mot og hva man ønsker å oppnå. To forskjellige, men relevante utgangspunkter for drøftelsen, er å se det opp mot det generelle formålet for konkurranseretten som er nedfelt i konkurranseloven § 1 og å se det opp mot det uttalte målet for utredningen av et prisdiskrimineringsforbud for dominerende leverandører.

Formålet for konkurranseretten er som vi så i kapittel 2 å bidra til økt konkurranse, effektivitet og god bruk av samfunnets ressurser. Gjennomgangen av økonomisk teori i kapittel 1 viste at prisdiskriminering ofte er positivt for å øke konkurranse og effektivitet. Det er et punkt som taler mot en innføring av et prisdiskrimineringsforbud.

I kapittel 4 og 5 ble regelverket plassert og grensene for prisdiskriminering i regelverket utredet. Inntrykket etter gjennomgangen er at terskelen for å påvise prisdiskriminering etter konkurranseloven § 11 bokstav c) er relativt høyt. For det første er selve leverandøravtalene veldig komplekse, og det kan kanskje føre til at det er vanskelig å konstatere at ytelser og vilkår er sammenlignbare. Den viktigste årsaken er likevel testen det legges opp til med å sammenligne prisforskjellen opp mot totalkostnader. Dermed holder det ikke å kun påvise at en prisdiskriminering har skjedd, det krever noe mer.

På den ene siden kan man tenke at det er negativt at terskelen er såpass høy, og at det gjør det vanskelig å ramme prisdiskriminering. Selv om terskelen er høy og det skal mye til for å fastslå prisdiskriminering, kan man imidlertid si at fordelene er at bestemmelsen treffer den diskrimineringen som faktisk er skadelig. Det er jo også denne man ønsker å ramme. Diskriminering i seg selv er som sagt ikke nødvendigvis negativt, og både konkurranseloven §§ 10 og 11 har ved vilkår om konkurranseskade tatt forbehold om å rette seg inn mot de tilfellene som skader konkurransen.

I tillegg betyr dette at det skjer en enkelt vurdering i hvert tilfelle, i motsetning til hva et generelt prisdiskrimineringsforbud for leverandører vil medføre. Selv om man har økonomiske modeller og tanker om hva som er skadelig eller positivt, er det mange nyanser i dette. Det er derfor vanskelig å sette en regel som skal treffe riktig i alle tilfeller. Et slikt forbud tar ikke hensyn til

at prisdiskriminering også kan være positivt for markedet og føre til økt konkurranse i tråd med lovens formål.

Ifølge Hjelmengs og von der Fehrs gjennomgang av økonomisk forhandlingsteori vil det føre til høyere priser dersom man innfører et prisdiskrimineringsforbud for dominerende leverandører. Dette begrunnes med at de sterkeste aktørene ikke vil ha like store insentiver til å forhandle, fordi de vet at konkurrentene vil få de samme vilkårene. Samtidig vil de mindre aktørene motsatt vite at de ikke behøver å forhandle like hardt fordi de får like vilkår uansett. De påpeker også at det kan svekke insentivet for å utvikle nye innovative produkter med leverandørene som kan føre til at kvalitet og utvalg synker.⁸⁷

Det kan her vises til Frankrike hvor det tidligere var et generelt prisdiskrimineringsforbud i dagligvarebransjen. I en firårsperiode fra 2006-2010 ble det utført en analyse av matvareprisene etter at forbudet ble opphevet. Resultatet var en nedgang på 2,33 prosent på prisene på ”national brands”.⁸⁸ Dette kan tale for at det ikke vil være hensiktsmessig i Norge.

Innføringen av et diskrimineringsforbud for dominerende leverandører er også krevende med tanke på utforming, og den treffsikkerheten vurderingen kan ha i dag med å måle prisforskjellen opp mot totalkostnader. Det at konkurranseretten befinner seg i et spenningsfelt mellom juss og økonomi, gjør dette ekstra utfordrende. Dette vanskeliggjør utformingen av regler som skal regulere adferden i markedet på en optimal måte. Man skiller gjerne mellom type 1 og type 2 feil, hvor det første vil være når man hindrer aktører i å konkurrere hardt og effektivt til fordel for forbrukerne, og det andre vil være motsatt tilfelle at man ikke hindrer konkurranseskadelig adferd. Det har ført til en spenning mellom målsettingen om presisjon, og målet om en klar og forutsigbar rettstilstand som bidrar til praktikable regler. Ved et generelt prisdiskrimineringsforbud får man ikke denne sonderingen, hvor man forsøker å holde seg mellom de to ytterpunktene.

I tillegg kan det også pekes på en liten grad av usikkerhet knyttet til EU-forpliktelser på konkurranseretten område etter EØS-konkurranseloven §7 nr. 2 , og dermed egen adgang til å regulere nasjonalt i den relasjon.

⁸⁷ Hjelmeng og von der Fehr 2018, s. 20. (Bemerk at rapporten er utformet på oppdrag fra Norgesgruppen).

⁸⁸ Allain, Marie-Laure, The Effect of Intermediate Price Discrimination on Retail Prices: Theory and Evidence from France, s. 3

Det er også viktig å påpeke hvilket område konkurranseretten befinner seg på, og hvilke hensyn som gjør seg gjeldende. Det er store økonomiske samfunnsaktører som opererer i dagligvaremarkedet, og konsekvensene av å bryte misbruksforbudet kan være store. Derfor tilsier dette at de trenger forutberegnelige regler. Slik sett kan det kanskje være enklere å forholde seg til et prisdiskrimineringsforbud.

Det kan også tenkes at det er negativt at det er noen store og mektige leverandører, og at det slik sett er negativt for konkurransen at de har mye makt. Og på den måten at et prisdiskrimineringsforbud mot de dominerende leverandørene trengs. Likevel synes det som at det faktisk at det er få og store paraplyaktører som er vertikalt integrert i dagligvaremarkedet, bidrar til å utjevne maktforholdet, og at slikt forbud dermed ikke er nødvendig med tanke på konkurransen i markedet.

Konkurransen, effektivitet og forbrukernes interesser synes dermed allerede ivaretatt gjennom dagens regulering gjennom konkurranseloven § 11 og det forbudet mot misbruk av dominerende stilling som fremkommer der. Det er også vist at det finnes en regulering av(?) samarbeid om prisdiskriminering, jf. § 10 (?), og at det sjelden vil være aktuelt at ikke-dominerende aktører som ikke er regulert har nok markedsrett til å forårsake en konkurranseskade. Det virker dermed ikke hensiktsmessig med et eget og nytt prisdiskrimineringsforbud for dominerende leverandører.

På den annen side kan man vurdere om det er hensiktsmessig etter motivasjonen bak et slikt prisdiskrimineringsforbud som fremkommer i representantforslaget gjennomgått i kap. 3. I Supplerende tildelingsbrev skrives det at bakgrunnen for å utrede blant annet er at man ønsker økt konkurranse, nyetableringer i verdikjeden for mat, og at et forbud skal gjøre det enklere for nye aktører å komme inn i markedet.

Det at driftsmarginene er lave, og ligger på mellom 1-3 prosent i de forskjellige leddene i dagligvaremarkedet, tyder imidlertid på at det er konkurranse på alle nivåer i verdikjeden for mat, som jo er det man ønsker å oppnå gjennom konkurranselovgivningen. På den annen side er dette litt dobbeltsidig. Når man ønsker at det kommer flere nyetableringer til er dette nettopp noe som gjør at det er vanskelig for nye å komme inn, fordi de store aktørene får bedre vilkår gjennom storinnkjøpsrabatter. Det blir dermed nærmest umulig for nye aktører å komme inn på markedet.

Som nevnt tidligere er det vanskelig å si at et prisdiskrimineringsforbud i seg selv vil være positivt for konkurransen. Det understreker også Gerardin og Petit, at man ikke kan rettferdiggjøre et prisdiskrimineringsforbud på bakgrunn av økonomisk teori. “In sum a per se prohibition on price discrimination cannot be justified on the basis of economic theory as price discrimination may, depending on the facts of each case, enhance welfare.”⁸⁹

I dag er et av de store etableringshindrene forskjeller i pris, og at det er vanskelig å starte opp og vokse. Mange av forholdene i dagligvaremarkedet, som volumrabatter og knapphet på butikker, forsterker hverandre og gjør det vanskelig for nye aktører å etablere seg. For å oppnå å få flere aktører inn, så kan man nok tenke seg at et prisdiskrimineringsforbud kan være formålstjenlig. På den annen side pekes det på en del forhold i Oslo Economics som innebærer andre etableringshindre. For eksempel at konsentrasjon i leverandørleddet skyldes høy toll og produksjonsgrenser.⁹⁰ Dette styres imidlertid av en vedtatt landbrukspolitikk og er kanskje vanskelig å gjøre noe med.

Opp mot konkurranselovens formål må det legges vekt på at bestemmelsen i § 11 bokstav c) i dag kan ramme den prisdiskrimineringen som er skadelig, som vil antas å sikre konkurransen best mulig. Likevel kan det sies at etter målet om flere aktører i markedet som representantforslaget stiller, kan det virke hensiktsmessig. Totalt sett vil det imidlertid veie mest at konkurransen synes å være ivaretatt i dag gjennom det lovverket som allerede eksisterer, når man ikke vet hvordan et prisdiskrimineringsforbud vil slå ut.

⁸⁹ Gerardin og Petit 2005, s. 7

⁹⁰ Oslo Economics 2017, s 14

7 Avslutning

Oppgaven kommer frem til at det ikke virker hensiktsmessig med et prisdiskrimineringsforbud fordi forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranse-loven § 11 synes å treffe godt og ta vare på konkurransen i dagligvaremarkedet.

Det har imidlertid blitt vist i oppgaven at det har skjedd mye på lovgiver-nivå de siste årene og at det har vært et stort reguleringsfokus på dagligvaremarkedet. I tillegg til dette kan det også nevnes Konkurransetilsynet har forsterket seg med flere nye advokater til å regulere dagligvaremarkedet.

Den 26. April 2019 kom det forslag til en ny dagligvarelov, og i skrivende stund er den ute på høring.⁹¹ Den tar ikke stilling til prisdiskrimineringsforbudet, men det blir likevel spennende å følge med på hva som skjer i fremtiden.

⁹¹ Forslag til ny dagligvarelov, se regjeringens nettsider. <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/ny-dagligvarelov/id2642978/>

Litteraturliste

Lover og traktater

Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

Lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.

Traktat om den europeiske unions virkemåte.

Forarbeider

Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).

Innst. 292 S (2017-2018) Innstilling til Stortinget fra næringskomiteen, 15. mai 2018
<https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/innstillinger/stortinget/2017-2018/inns-201718-292s.pdf>

Praksis

Avgjørelser fra Høyesterett

Rt. 2011 s. 910, Tine-dommen

Avgjørelser fra EU-domstolen

Sak 13/63 Italia mot Kommisjonen, EU:C:1963:20

Sak 27/76 United Brands, EU:C:1978:22

Sak 85/76, Hoffman La-Roche mot Kommisjonen, EU:C1979:369

Sak 322/81, Michelin mot Kommisjonen, EU:C:1983:313

Sak C-62/86 AKZO mot Kommisjonen, EU:C:1991:286

Sak C-333/94, Tetra Pak I, EU:C:1996:436

Sak C-95/04 P, British Airways mot Kommisjonen, EU:C:2007:166

Sak C-23/14, Post Danmark II, EU:C:2015:661.

Sak C-413/14 P, Intel mot Kommisjonen, EU:C:2017:632

Sak C-525/16, MEO, EU:C:2018:270

Praksis fra Konkurransetilsynet

Vedtak V2015-30- Orkla ASA - Cederroth Intressenter AB

Litteratur

Hjelmeng, Erling J., Lars Søgard, *Konkurransopolitikk – Rettslig og økonomisk analyse*, (Bergen 2014)

Juuhl-Langseth, Jan Magne mfl., *Konkurranserett i et Nøtteskall*, (Oslo 2015)

Kolstad, Olav mfl., *Norsk Konkurranserett - Bind I Atferdsregler og strukturkontroll*, (Oslo 2007)

Nazzini, Renato, *The foundations of European Union Competition Law – The Object and Principles of Article 102*, (Oxford 2011).

O'Donoghue, Robert, Jorge Padilla, *The law and economics of article 102 TFEU*, (Oxford 2013)

Sejersted, Fredrik mfl., *EØS-rett*, (Oslo 2011)

Whish, Bailey, David Bailey, *Competition Law* (Oxford 2018)

Østerud, Eirik, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law – The Spectrum of tests*, (Alphen aan den Rijn 2010)

Andre dokumenter

Stortingets vedtak nr. 218 (2015-2016) av 11. desember 2015

<https://stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Vedtak/Vedtak/Sak/?p=63619>

(Sist sett 09.05.19)

Fiskeri- og Næringsdepartementet, Supplerende tildelingsbrev nr. 1 (2017-2018)

<https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2018/10/supplerende-tildelingsbrev-2018.pdf> (Sist sett 09.05.19)

Nærings- og fiskeridepartementet. ”Handelsnæringen – når kunden alltid har rett” St. Meld. Nr. 9 (2018-2019). Oslo: Nærings- og fiskeridepartementet, 2018. 30.november.2018.

<https://www.regjeringen.no/contentassets/10064346fc8044abbad8a5d8d0e0e500/no/pdfs/stm201820190009000dddpdfs.pdf> (Sist sett 09.05.19)

Dokument 8:170 S (2017-2018) Representantforslag fra stortingsrepresentantene Terje Aasland, Ingvild Kjerkol og Anette Trettebergstuen. 15. mars 2018.

<https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/representantforslag/2017-2018/dok8-201718-170s.pdf> (Sist sett 09.05.19)

St.meld nr. 9 (2018-2019), *Handelsnæringen – når kunden alltid har rett*, 30. november 2018

<https://www.regjeringen.no/contentassets/10064346fc8044abbad8a5d8d0e0e500/no/pdfs/stm201820190009000dddpdfs.pdf> (Sist sett 09.05.19)

Konkurransetilsynet, Høringsuttalelse – rapport etableringshindringer i dagligvaresektoren.

(13. Mars 2018) <https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2018/08/horingsuttalelse-rapport-etableringshindringer-i-dagligvaremarkedet.pdf> (Sist sett 09.05.19)

2009/C 45/02, Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=DA](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=DA) (Sist sett 09.05.19)

Artikler

Allain, Marie-Laure, Claire Chambolle og Stephane Turolla, 15.02.2017:

”The Effect of Intermediate Price Discrimination on Retail Prices: Theory and Evidence from France”

<https://editorialexpress.com/cgi->

[bin/conference/download.cgi?db_name=EEAESEM2017&paper_id=2002](https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=EEAESEM2017&paper_id=2002) (Sist sett 09.05.19)

Barth, Lone og Tine Sørvald. *En analyse av dagligvaremarkedet i etterkant av Coop sitt oppkjøp av Ica*. Upublisert masteroppgave. Norges Handelshøyskole. 2016.

<https://openaccess.nhh.no/nhh->

[xmlui/bitstream/handle/11250/2403402/Barth_Sorvald.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://openaccess.nhh.no/nhh-xmlui/bitstream/handle/11250/2403402/Barth_Sorvald.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Coop SA, Årsrapport

<https://coop.no/globalassets/om->

[coop/arsmeldinger/2017/coop_arsrapport_2017_dobbeltsider_web.pdf](https://coop.no/globalassets/om-coop/arsmeldinger/2017/coop_arsrapport_2017_dobbeltsider_web.pdf) (Sist sett 09.05.19)

Foros, Øysteing og Hans Jarle Kind, Asymmetriske innkjøpspriser i dagligvaremarkedet – en vurdering av konsekvensene av et forbud mot prisdiskriminering fra dominerende leverandører. (Juli 2018)

[https://www.nhosh.no/contentassets/b3e107a9593e4b9c92850fb0d9a318a0/8033315_1_foros-](https://www.nhosh.no/contentassets/b3e107a9593e4b9c92850fb0d9a318a0/8033315_1_foros-kind-asymmetriske-)

[-kind-asymmetriske-innkjopspriser.pdf?fbclid=IwAR11zM5dhIiC3PJiAAp0IE4HjjhCf2pIHsstP2A46TBwRHB-LoPfRBs0I_o](https://www.nhosh.no/contentassets/b3e107a9593e4b9c92850fb0d9a318a0/8033315_1_foros-kind-asymmetriske-innkjopspriser.pdf?fbclid=IwAR11zM5dhIiC3PJiAAp0IE4HjjhCf2pIHsstP2A46TBwRHB-LoPfRBs0I_o) (Sist sett 09.05.19)

Geradin, Damien and Petit, Nicolas, Price Discrimination Under Ec Competition Law: Another Antitrust Theory in Search of Limiting Principles (July 1, 2005). Global Competition Law Centre Working Paper Series No. 07/05. <https://ssrn.com/abstract=763484> (Sist sett 09.05.19)

Aftenposten, *Flere forslag for å øke konkurransen i dagligvaremarkedet*, 13.03.2018

<https://www.aftenposten.no/okonomi/i/Mgpr6R/Flere-forslag-for-a-oke-konkurransen-i-dagligvaremarkedet> (Sist sett 09.05.19)

Gjendemsjø, Ronny og Ignacio Herrera Anhustegui, *Utredning av muligheten for å etablere en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat som ikke rammes av konkurranseloven § 11* (20.01.2017)

<https://www.regjeringen.no/contentassets/eab200712f20412c997da6dee6ced5e6/utredning-av-inngrepshjemmel-mot-ensidige-handlinger-1.pdf> (Sist sett 09.05.19)

Hjelmeng, Erling og Nils-Henrik M. von dehr Fehr, Forbud mot prisdiskriminering – en overordnet og prinsipiell analyse. Oslo 6. Mars 2018

https://www.regjeringen.no/contentassets/4c26f095eaaa4f9c9d001762f78bcc72/norgesgruppen-asa---vedlegg.pdf?uid=Norgesgruppen_ASA_-_vedlegg.pdf (Sist sett 09.05.19)

Norgesgruppen Årsrapport 2018

<https://www.norgesgruppen.no/globalassets/finansiell-informasjon/arsregnskap-2018.pdf>
(Sist sett 09.05.19)

Pike, Chris, OECD Competition Division, 13.10.2016: “Price Discrimination – Background note by the Secretariat” [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf) (Sist sett 09.05.19)

Rema 1000 Årsrapport 2018

<https://www.rema.no/wordpress/wp-content/uploads/2019/04/A%CC%8Ar rapport-2018.pdf>
(Sist sett 09.05.19)

Wifstad, Kristina mfl., *Konkurransen i dagligvaremarkedet – konkurranse i alle led*. Menon Publikasjon nr. 33/2018

https://www.regjeringen.no/contentassets/4c26f095eaaa4f9c9d001762f78bcc72/virke-dagligvare---vedlegg.pdf?uid=Virke_Dagligvare_-_vedlegg.pdf (Sist sett 09.05.19)

Nettartikler

“Dette bruker nordmenn penger på”

<https://www.ssb.no/nasjonalregnskap-og-konjunkturer/artikler-og-publikasjoner/dette-bruker-nordmenn-penger-pa>

Aftenposten, Flere forslag for å øke konkurransen I dagligvaremarkedet.

<https://www.aftenposten.no/okonomi/i/Mgpr6R/Flere-forslag-for-a-oke-konkurransen-i-dagligvaremarkedet>

