

## Veiledning om anvendelse av konkurranseloven § 10 – bindende videresalgpris

### 1 Innledning

#### 1.1 Bakgrunn og formål

- (1) Konkurranseloven § 10 forbyr samarbeid mellom aktuelle eller potensielle konkurrenter som enten har til formål eller virkning å begrense konkurransen merkbart. Bestemmelsen er harmonisert med EØS-avtalen artikkel 53 og artikkel 101 TEUV, og praksis knyttet til disse bestemmelsene veier tungt ved fortolkningen og den nærmere fastsettelsen av innholdet i § 10.<sup>1</sup>
- (2) Samarbeid er i § 10 beskrevet som *avtale* eller *samordnet opptreden*, og omfatter konkurransebegrensninger både mellom foretak på samme omsetningstrinn (horisontalt samarbeid) og foretak på ulike trinn i verdikjeden (vertikalt samarbeid).
- (3) På nærmere bestemte vilkår vil et konkurransebegrensende samarbeid likevel kunne være tillatt, enten etter en konkret vurdering etter § 10 tredje ledd eller ved at samarbeidet er unntatt ved forskrift (gruppefritak) etter bestemmelsens fjerde ledd. Som det fremgår nedenfor i punkt 2 er det gitt gruppefritak for vertikale avtaler og samordnet opptreden.
- (4) Formålet med denne veiledningen er å beskrive hvordan Konkurransetilsynet vil vurdere bruk av bindende videresalgpris i relasjon til forbudet i konkurranseloven § 10. Veiledningen er ment å klargjøre samt gi markedsaktørene økt forutberegnelighet med hensyn til når tilsynet kan komme til å gripe inn mot denne formen for mulig konkurranseskadelig atferd. Dokumentet inneholder således både en beskrivelse av gjeldende rett samt at det angir hvilke typer saker Konkurransetilsynet vil prioritere å forfølge for så vidt gjelder bruk av bindende videresalgpris.
- (5) Det understrekes at konkurranseloven er basert på et forbudsprinsipp, noe som innebærer at markedsaktørene har et selvstendig ansvar for å innrette sin virksomhet i samsvar med lovens regler. Konkurransetilsynet har ikke adgang til å gi noen form for forhåndsgodkjenning i enkeltsaker, og tilsynet vil derfor være svært forsiktig med å komme med uttalelser som gir uttrykk for en bestemt anvendelse av loven i en konkret sak. Denne veiledningen fritar ikke foretakene fra, på selvstendig grunnlag, å innrette sin virksomhet i samsvar med gjeldende konkurranseregler.
- (6) I det følgende defineres først bindende videresalgpris. Dernest behandles gruppefritaket for vertikale avtaler. Videre vil forbudet i § 10 bli gjennomgått, herunder vil også mulige konkurransemessige virkninger av bindende videresalgpris bli beskrevet nærmere. Endelig vil det bli redegjort for Konkurransetilsynets prioriteringer.

#### 1.2 Bindende videresalgpris

- (7) Med bindende videresalgpris menes i det følgende *avtale* eller *samordnet opptreden* som har til formål (direkte eller indirekte) å fastsette den pris/prisnivå (fastpris eller minstepris) forhandleren kan ta ved videresalg av leverandørens produkt.<sup>2</sup> Bindende videresalgpris er således en vertikal restriksjon som begrenser kjøperens adgang til fritt å fastsette sin salgspris.

<sup>1</sup> Ot.prp.nr 6 (2003-2004) side 224.

<sup>2</sup> EU-kommisjonens retningslinjer for vertikale restriksjoner punkt 48 og 223. Se også forskrift om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden.



Motsatt vil bruk av veiledende priser eller maksimumspriser, i utgangspunktet, ikke i seg selv bli ansett for å være en bindende videresalgpris. Også veiledende priser og maksimumspriser vil likevel undertiden kunne være forbudt dersom de får karakter av å være faste priser eller minstesalgpriser, jf. avsnitt (14) nedenfor.

- (8) Bruk av bindende videresalgpris vil typisk kunne være regulert direkte i avtalen mellom leverandøren og forhandleren, men tilsvarende begrensninger på forhandlerens frihet kan imidlertid også følge ved bruk av mer indirekte virkemidler. I Kommisjonens retningslinjer for vertikale restriksjoner (heretter kalt "Kommisjonens retningslinjer") er det vist til at bindende videresalgpris for eksempel kan oppnås ved fastsettelse av forhandlerens margin eller maksimale rabattsats, ved å gjøre rabatter eller dekning av reklamekostnader betinget av at forhandleren opprettholder et bestemt prisnivå, ved å kreve at forhandleren holder samme pris som sine konkurrenter, eller ved bruk av trusler eller økonomiske sanksjoner.<sup>3</sup>
- (9) Det avgjørende er således *ikke* om det foreligger en rettslig bindende avtale om bruk av bindende videresalgpris, men hvorvidt kjøperens adgang til å bestemme sin salgspris på noen måte er begrenset av selger. Dette gjelder uavhengig av om det er kjøper eller selger som har tatt initiativ til eller ønsker å etablere begrensningen.

## 2 Særlig om fritaket for grupper av vertikale avtaler<sup>4</sup>

- (10) I medhold av konkurranseloven § 10 fjerde ledd er det gitt forskrift om anvendelse av § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler. Forskriften er basert på EU-rettsens gruppeunntak for vertikale restriksjoner under artikkel 101 (3) TEUV med enkelte nasjonale tilpasninger.<sup>5</sup>
- (11) Det følger av forskriften § 2 at konkurranseloven § 10 første ledd som utgangspunkt ikke kommer til anvendelse på vertikale avtaler. Denne hovedregelen er imidlertid vesentlig innskrenket gjennom bestemmelsene i forskriften §§ 3 flg. Særlig viktig er unntaket i forskriften § 4 som omhandler alvorlige konkurransebegrensninger, også kalt "hard-core" restriksjoner.<sup>6</sup>
- (12) Det følger av ordlyden i § 4 første ledd bokstav a at gruppefritaket *ikke* kommer til anvendelse på:
- "[...] vertikale avtaler eller samordnet opptreden som direkte eller indirekte, alene eller kombinert med andre faktorer under partenes kontroll, har som formål å begrense kjøperens adgang til å fastsette sin salgspris, uten å berøre leverandørens mulighet til å fastsette høyeste salgspris eller gi veiledende salgpriser, forutsatt at de ikke som følge av press eller incitament fra noen av partene får karakter av faste priser eller minstesalgpriser."*
- (13) Følgelig vil en avtale eller samordnet opptreden om bruk av bindende videresalgpris falle utenfor gruppefritaket's anvendelsesområde. Som det fremgår nedenfor i punkt 3 vil imidlertid bindende videresalgpris unntaksvis kunne oppfylle vilkårene for individuelt fritak i konkurranseloven § 10 tredje ledd.
- (14) Bruk av maksimumspriser, eller anbefalte eller veiledende priser kan imidlertid være tillatt etter gruppefritaket. Dette forutsetter blant annet at partene ikke hver for seg har en markedsandel som overstiger 30 prosent, og den anbefalte prisen *ikke* faktisk er å anse som en

<sup>3</sup> For ytterligere eksempler på aktiviteter som vil kunne bli kategorisert som bindende videresalgpris vises til Kommisjonens retningslinjer punkt 48.

<sup>4</sup> Forskrift om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden (FOR 2010-06-21 nr. 898)

<sup>5</sup> Rådsforordning (EU) nr. 330/2010 av 20. april 2010 om anvendelsen av artikkel 101(3) på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden.

<sup>6</sup> Kommisjonens retningslinjer punkt 47.

minstepris eller bindende salgpris som følge av press eller insentiver fra en av partene, jf. forskriften § 3 og § 4.

### 3 Nærmere om bindende videresalgpris og forbudet i § 10

#### 3.1 Konkurranseloven § 10 første ledd

- (15) Konkurranseloven § 10 første ledd skiller mellom samarbeid som har til formål *eller* virkning å begrense konkurransen. Vilkårene er alternative.<sup>7</sup>
- (16) Formålskriteriet – som *ikke* forutsetter at det må påvises noen faktisk konkurransebegrensende virkning – henspeiler på visse former for samarbeid som etter sin art er konkurranseskadelige. Det understrekes i denne sammenheng at konkurransebegrensende *formål* i konkurranseloven § 10 er et objektivt begrep. Partenes hensikt er ikke avgjørende for om det foreligger en formålsovertredelse.
- (17) Bruk av bindende videresalgpris er i henhold til rettspraksis fra EU-domstolen ansett for å ha som formål å begrense konkurransen.<sup>8</sup> Tilsvarende standpunkt er også lagt til grunn av EU-kommisjonen i praksis og retningslinjer.<sup>9</sup> Bindende videresalgpris er således forbudt etter konkurranseloven § 10 første ledd.
- (18) Bakgrunnen for at bindende videresalgpris er å anse som en formålsovertredelse behandles nærmere i punkt 3.2 nedenfor.

#### 3.2 Bindende videresalgpris – konkurransemessige virkninger

- (19) Bruk av bindende videresalgpris er egnet til å begrense konkurransen både mellom ulike foretaks produkter (*inter*-merke konkurransen) og mellom distributører av samme merkevare (*intra*-merke konkurransen). Fire mulige negative virkninger vil bli behandlet i det følgende.<sup>10</sup>
- (20) For det første forhindrer bruk av bindende videresalgpris direkte en prisreduksjon ved at kjøperen fratras muligheten til å konkurrere på pris ved salg av produktet. Bindende videresalgpris kan også være et virkemiddel for å øke etableringshindringene og muliggjøre en hel eller delvis utestengelse av faktiske eller potensielle konkurrenter. Dette fordi den økte marginen som bindende videresalgpris gir forhandlerne kan lede til at de heller vil søke å selge mer av merkevaren med bundet pris enn konkurrerende alternativer.
- (21) For det andre kan bindende videresalgpris legge til rette for eller bidra til å opprettholde koordinert atferd mellom leverandørene *og/eller* mellom kjøperne blant annet som følge av økt prisgjennomsiktighet i markedet. Økt gjennomsiktighet vil i tillegg kunne gjøre det enklere å avdekke mulige avvik fra den koordinerte atferden, samt muliggjøre at straffesanksjoner som for eksempel en prisrig kan iverksettes raskt. Bruk av bindende videresalgpris fremstår som særlig problematisk der dette er initiert av flere kjøpere/distributører for å oppnå eller opprettholde et høyt prisnivå til skade for forbrukerne, eller hvor leverandørene benytter de samme distributører for sine produkter, og hvor alle eller mange av dem benytter bindende videresalgpris.
- (22) For det tredje vil bruk av bindende videresalgpris kunne begrense et eventuelt press på produsentens margin ved at produsenten forplikter seg til ikke å ta en lavere pris ved salg til flere leverandører. På denne måten vil bindende videresalgpris kunne avhjelpe det som i økonomisk teori er beskrevet som "commitment"- problemet.

<sup>7</sup> Sak 56 og 58/64, *Consten and Grundig v Commission*.

<sup>8</sup> Se for eksempel sak C-243/83, *SA Binon & Cie v. SA Agence et Messagerie de la presse*, premiss 44.

<sup>9</sup> Se for eksempel EU-kommisjonens retningslinjer for vertikale restriksjoner punkt 223.

<sup>10</sup> Fremstillingen er basert på Kommisjonens retningslinjer punkt 224, som også inneholder en ytterligere beskrivelse og eksemplifisering av mulige skadevirkninger.



- (23) Endelig kan bindende videresalgspris være egnet til å begrense den dynamiske utviklingen, herunder graden av innovasjon i forhandlerleddet. Begrenset priskonkurranse på forhandlerleddet vil blant annet kunne medføre at mer effektive konkurrenter utestenges helt eller delvis. Tilsvarende vil bindende videresalgspris kunne forhindre eller begrense etableringen av for eksempel lavpriskonsepter.
- (24) Gjennomgangen ovenfor viser at bindende videresalgspris kan begrense konkurransen på ulike måter, både horisontalt og vertikalt.
- (25) I tillegg til å ha negative konkurransemessige virkninger vil bindende videresalgspris unntaksvis kunne ha positive virkninger i form av effektivitetsgevinster som kommer forbrukerne til gode. Disse tilfellene er nærmere beskrevet i punkt 3.3 nedenfor.

### 3.3 Unntak etter § 10 tredje ledd

- (26) På nærmere bestemte vilkår vil et konkurransebegrensende samarbeid etter § 10 første ledd likevel kunne være tillatt, jf. bestemmelsens tredje ledd. Dette forutsetter at samarbeidet leder til samfunnsøkonomiske gevinster som kommer forbrukerne til gode, samtidig som konkurransen ikke utelukkes for en vesentlig del av de varer det gjelder. I tillegg må konkurransebegrensningen være absolutt nødvendig.
- (27) Generelt skal det svært mye til for at en formålsrestriksjon som bindende videresalgspris kan unntas med hjemmel i § 10 tredje ledd. EU-kommisjonen har imidlertid i de vertikale retningslinjene åpnet for at det kan være grunnlag for individuelt fritak etter en konkret vurdering.<sup>11</sup> Det anerkjennes således at vertikale restriksjoner som bindende videresalgspris i noen tilfeller kan være konkurransefremmende.
- (28) I retningslinjene punkt 225 er det gitt noen eksempler på når det kan være grunnlag for fritak. For det første gjelder det ved introduksjon av et nytt produkt. I et slikt tilfelle vil bruk av bindende videresalgspris kunne lede til at forhandleren øker sin salgsinnsats, noe som igjen vil kunne lede til økt etterspørsel etter produktet til fordel for konsumentene. Dernest fremgår at bruk av bindende videresalgspris vil kunne bøte på "gratispassasjerproblemet" ved at forhandlerne gis et ekstra insentiv til å investere i og tilby ekspertise/service til kundene, særlig hvor det er tale om komplekse eller tekniske produkter. Uten bruk av bindende videresalgspris kan de forhandlerne som har investert i slik fagkompetanse risikere at andre og rimeligere forhandlere nyter godt av deres investering ved at kunden først søker råd et sted for deretter å kjøpe produktet der det er billigst. Dette kan ha som konsekvens at ingen forhandlere vil tilby slik ekspertise/service, noe som ikke er en ønskelig situasjon verken fra produsentens eller forbrukernes side.
- (29) Det understrekes at ovennevnte eksempler kun er ment som en illustrasjon på når det kan være aktuelt med et individuelt fritak. Hvorvidt det er grunnlag for fritak vil være avhengig av en konkret vurdering av om de fire vilkårene i § 10 tredje ledd er oppfylt.
- (30) Det er de foretak som ønsker å påberope seg effektivitetsforsvaret i tredje ledd som må dokumentere at samtlige vilkår for unntak er tilstede. Det er for eksempel ikke tilstrekkelig – på generelt grunnlag – å vise til at bindende videresalgspris er egnet til å bøte på gratispassasjerproblemet.

## 4 Konkurransetilsynets prioriteringer

- (31) Det følger av redegjørelsen ovenfor at bruk av bindende videresalgspris er å anse som en formålsovertredelse, og rammes således av konkurranseloven § 10 første ledd. Videre er ikke gruppefritaket for vertikale avtaler anvendelig, samt at det kun unntaksvis er grunnlag for individuelt fritak etter § 10 tredje ledd.

---

<sup>11</sup> Kommisjonens retningslinjer punkt 223, jf. punkt 225 og 229.

- (32) Bakgrunnen for dette er at bindende videresalgspris normalt virker konkurransebegrensende. Dette gjelder særlig i tilfeller der den vertikale restriksjonen leder til horisontale konkurransebegrensninger (begrensninger i *inter*-merke konkurransen). Typisk vil det være tilfellet hvor bindende videresalgspris legger til rette for koordinert atferd mellom leverandører og/eller mellom forhandlere, eller hvis aktuelle eller potensielle konkurrenter utestenges helt eller delvis fra markedet.
- (33) Videre følger det av økonomisk teori at den negative virkningen av bindende videresalgspris er størst hvis enten leverandøren eller kjøperen – eller begge – har markedsmakt. Det er lite sannsynlig at en begrensning av *intra*-merke konkurransen alene vil ha negative virkninger for forbrukerne. For øvrig vises til gjennomgangen av mulige skadevirkninger i punkt 3.2 ovenfor.
- (34) I samsvar med dette vil Konkurransetilsynet i sin praksis ha et særlig fokus på tilfeller der bruk av bindende videresalgspris er egnet til å ha horisontale virkninger. I denne sammenheng bemerkes at det generelt er større grunn til bekymring hvis markedet er konsentrert (med få aktører) og det foreligger en utstrakt bruk av bindende videresalgspris. Tilsvarende er det av betydning for vurderingen hvorvidt noen av aktørene har markedsmakt. Videre er det også relevant å se hen til om bruken av bindende videresalgspris for eksempel er initiert av forhandlerne for å opprettholde et høyt prisnivå.
- (35) Som det fremgår i punkt 3.3 ovenfor har EU-kommisjonen åpnet for at det kan være grunnlag for individuelt fritak etter artikkel 101 (3) TEUV. Kommisjonen anerkjenner således i retningslinjene at bindende videresalgspris kan være effektivitetsfremmende, særlig hvor restriksjonen er initiert av leverandøren. Dette gjelder som tidligere beskrevet blant annet ved lansering av et nytt produkt.
- (36) Konkurransetilsynet vil se hen til dette ved anvendelsen av konkurranseloven § 10 tredje ledd, dog slik at samtlige vilkår i bestemmelsen uansett må være oppfylt.