

Fintech og konkurransereglene R



LARS SØRGARD er konkurransedirektør i Konkurransetilsynet, og kom fra stillingen som sjeføkonom i Konkurransetilsynet. Han var inntil august 2015 professor i samfunnsøkonomi ved NHH, med konkurransepolitikk som sitt spesialområde.

SAMMENDRAG

Konkurransereglene legger visse begrensninger på bedriftenes adferd, herunder også bedrifter i fintech-næringen. Hensikten er å lede konkurransen inn på et spor som er til fordel for kundene. Det er bedriftens eget ansvar at reglene overholdes. En god test på at en er på riktig side av streken, er at en opptrer på en måte som er til fordel for kundene. Konkurransereguleringer samarbeid med konkurrenten, for eksempel samarbeid om

pris, er den mest alvorlige overtredelsen, og noe både små og mellomstore bedrifter skal unngå. Bedrifter med en dominerende stilling har et særlig ansvar for å ikke svekke konkurransen, herunder å sørge for at de ikke stenger ute brysomme utfordrere. Bedrifter må også være oppmerksomme på at oppkjøp som svekker konkurransen, for eksempel oppkjøp av en nær konkurrent, kan bli stanset.

INNLEDNING

Fintech-næringen må på lik linje med alle andre næringer forholde seg til konkurransereglene. Dersom en bryter med dette regelverket, kan det få alvorlige konsekvenser. Bare spør Telenor, SAS, Tomra eller Odjell, som har blitt ilagt betydelige gebyrer for brudd på konkurransereglene av enten norske, europeiske eller amerikanske myndigheter. Jeg vil her kort forklare hovedlinjene i konkurransereglene og fokusere på noen områder som er særlig aktuelle for fintech. Det gjelder spørsmålet om hvor langt selvstendige bedrifter kan gå i sitt samarbeid, og da særlig hva angår FoU, og hvordan digitale plattformer med en sterk stilling i markedet kan rammes av konkurransereglene.

KONKURRANSEREGLENE I ET NØTTESKALL

Utgangspunktet er at bedrifter skal konkurrere helt fritt med hverandre. Det er helt legitimt å oppnå profitt. Utsiktene til profitt kan stimulere bedrifter til å strekke seg langt for å kapre kunder. Kampen om kundene vil i mange tilfeller bety at den som tilbyr kundene det billigste og beste produktet, lykkes i konkurransen og kaprer markedsandeler. Slik ønsker vi

som forbrukere å ha det, og for samfunnet totalt sett er dette også gunstig.

Problemet er at bedrifter kan tjene penger på måter som ikke gagnar kundene. Særlig følgende handlinger er problematiske for oss kunder:

- samarbeide med konkurrenten om å sette høy pris til kundene
- stenge ute faktiske eller potensielle konkurrenter som vil utfordre en stor bedrift
- kjøpe opp konkurrenter og dermed avlyse konkurransen

Det er primært når bedriftene gjennom den typen adferd ødelegger for konkurransen at konkurransereglene er aktuelle. Disse reglene har blitt utviklet over lang tid, og regelverket er langt på vei harmonisert på tvers av land. Det er tre hovedpilarer i de fleste lands konkurranseregler, helt i tråd med de tre eksemplene vist over på uheldig form for adferd:

- Forbud mot konkurransebegrensende samarbeid
- Forbud mot å misbruke en dominerende stilling

- Mulighet for inngrep mot fusjoner og oppkjøp som svekker konkurransen

Konkurransereglene betyr ikke at bedrifter skal reguleres. De skal opptre fritt innenfor bestemte rammer. Det kan betraktes som at noen dører for hva de kan gjøre, lukkes. I noen tilfeller er døren helt låst og nøkkelen kastet, og i andre tilfeller kan den åpnes. Ett eksempel på det førstnevnte er når konkurrenter snakker sammen om pris eller andre viktige konkurranseparametere. Et eksempel på det sistnevnte er dersom bedriften kan argumentere for at det er bra for sluttkundene at konkurrenter samarbeider om FoU (se senere).

Det er bedriftens eget ansvar å påse at de holder seg på riktig side av loven. Bedrifter vil dermed bevisstgjøres og må selv aktivt ta stilling til om det de gjør, er brudd på konkurransereglene eller ikke. De kan ikke løpe til noen andre, for eksempel konkurransemyndighetene, og spørre spesifikt om denne konkrete adferden er tillatt eller ikke. Det de kan gjøre, er å be om generell veiledning om regelverket, for eksempel i form av et møte eller ved at konkurransemyndighetene holder foredrag for bransjen om regelverket.

Det er strenge regler for hvor tett du kan samarbeide med konkurrentene dine. Hvis det er kontakt om viktige konkurranseparametere, for eksempel prisbeslutninger, er det en alvorlig overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende avtaler. Det kan føre til gebyr til selskapet og i de mest alvorlige tilfellene til personstraff (bot eller fengsel). Det er ikke noe krav om noen skriftlig avtale for at samarbeidet skal defineres som ulovlig, ei heller noe krav om at adferden har hatt en virkning i markedet. Det betyr for eksempel at dersom du diskuterer med din konkurrent hvilken pris hver av dere skal sette, har du overtrådt konkurranseloven. For bedrifter er det viktig å tenke på hva som er det sentrale når de konkurrerer om kundene. Er det pris, eller er for eksempel selve produktet like viktig? Hvis bedriftene har kontakt med konkurrentene sine om disse aspektene som er viktige for kundenes valg, er det stor fare for at det innebærer en overtredelse av konkurranseloven.

I andre tilfeller er det kontakt mellom bedrifter i ulike ledd i verdikjeden, for eksempel mellom en leverandør og en butikkjede som selger leverandørens produkter til kundene. Generelt er det slik at det i slike tilfeller er større mulighet for tett kontakt uten at en bryter med konkurransereglene. Det er for eksempel

i leverandørens interesse at kunden får god informasjon av butikken om produktets egenskaper. Da kan leverandør og kjede inngå en kontrakt som oppmuntrer kjeden til å selge mye av produktet. I den typen kontrakter, det vil si såkalte vertikale avtaler, er det typisk en vurdering fra sak til sak om det foregår brudd på konkurransereglene eller ikke. Et viktig spørsmål i denne vurderingen er om kundene kan bli skadelidende av den inngåtte avtalen eller ikke.

For vertikale avtaler er det også et generelt gruppefritak for selskaper som har under 30 prosent markedsandel. Det betyr at for eksempel leverandører og kjeder med en lav markedsandel står fritt til å inngå kontrakter seg imellom. Unntaket er visse typer eneforhandleravtaler og de tilfeller der de setter en bindende videresalgpris (for eksempel at leverandøren setter butikkens pris ut til kundene). De to nevnte typene adferd vil uansett være forbudt (del av såkalt *hard core*-overtredelser), på samme måte som å snakke med en konkurrent om priser.

Bedrifter som ikke har en dominerende posisjon, vil ikke kunne rammes av forbudet mot misbruk av en dominerende stilling. Det betyr at de for eksempel kan selge med tap, uten av det er fare for at de bryter konkurransereglene. En dominerende stilling vil typisk foreligge der et foretak har høye markedsandeler og betydelig større markedsandeler enn konkurrentene. Antallet konkurrenter, deres markedsandeler og mulighet for ekspansjon samt nye aktørers etableringshindringer og kunders kjøpermakt er andre faktorer det tas hensyn til for å avgjøre om et foretak er dominerende. Straks en bedrift blir definert som dominerende, vil den få et særlig ansvar for å ikke svekke konkurransen. Det betyr at det er flere typer adferd som kan bryte med forbudet mot misbruk av dominans. For eksempel er det streng praksis hva angår bruk av eksklusivavtaler overfor kunder, for eksempel en leverandørs avtale med en butikkjede. Grunnen er at en slik adferd kan stenge ute andre konkurrenter fra å levere til den samme kunden. Tilsvarende er det streng praksis hva angår retroaktive rabatter, altså der en gir rabatt på hele kvantumet når en passerer et visst volum. Igjen er det frykt for at den dominerende aktøren stenger potensielle konkurrenter ute.

Bedrifter er pålagt å melde fusjon og oppkjøp til konkurransemyndighetene dersom de oppfyller terskelverdier for årlig omsetning. Bedrifter i det norske markedet er pålagt å melde inn fusjon eller oppkjøp

til Konkurransetilsynet dersom de samlet har en årlig omsetning på 1 mrd. NOK og den minste aktøren har en årlig omsetning på 100 MNOK. Det er inngrepsgrunnlag dersom fusjonen eller oppkjøpet i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse. Det foretas en konkret vurdering av om det er fare for konkurranse-skade. Bedriften har mulighet for å fremme et effektivitetsforsvar, for eksempel vise til kostnadsbesparelser som oppstår. Men for å nå frem med sitt forsvar må de dokumentere at besparelsen kommer forbrukerne til gode. Inngrep vil bety enten et forbud eller at fusjonen eller oppkjøpet godkjennes på vilkår. Ett vilkår vil kunne være at den delen av virksomheten hvor de to selskapene overlapper (kjemper om de samme kundene), selges ut, slik at konkurransen ikke svekkes som følge av oppkjøpet eller fusjonen. Ett eksempel på en fusjon som er godkjent på vilkår i Norge, er fusjonen mellom Vipps, BankAxept og BankID. Konkurransetilsynet sa i 2018 ja til denne fusjonen, men på det vilkår at konkurrerende betalingsløsninger får tilgang på ikke-diskriminerende vilkår til BankID og BankAxept.

SAMARBEID VERSUS KONKURRANSE

I den digitale økonomien ser vi stadig nye former for samarbeid, for eksempel når det gjelder FoU (forskning og utvikling). Det kan for eksempel være oppstartsbedrifter innenfor fintech som går sammen om å utvikle nye produkter. La oss si at de to bedriftene begge har et minimalt fotfeste i markedet, med til sammen under ti prosent av markedet. Begge to ønsker å utfordre de store aktørene, men hver for seg sliter de med å videreutvikle egne produkter. Kan dette FoU-samarbeidet være et problem i henhold til konkurranseloven? De kan jo vitterlig betraktes som konkurrenter?

I utgangspunktet er svaret nei. Konkurranseloven har et forbud mot konkurransebegrensende avtaler, og hver avtale må i utgangspunktet vurderes konkret. Det er imidlertid gjort et unntak for blant annet FoU-samarbeid. Hvis to bedrifter som er konkurrenter, samlet har under 25 prosent markedsandel, vil de under visse bestemte forutsetninger ha unntak fra konkurranselovens bestemmelse og dermed fritt kunne inngå FoU-samarbeid. Hvis de ikke er konkurrenter, vil de heller ikke rammes av forbudet mot ulovlig samarbeid.

Dette betyr at det er fullt mulig for en liten bedrift som er i oppstartfasen, å samarbeide om FoU med en annen liten bedrift. Derimot er det ikke rett frem for

en liten bedrift å samarbeide med en stor bedrift om FoU. Da må det foretas en konkret vurdering av om det er i strid med konkurransereglene. Det sentrale er om kundene kommer bedre ut som følge av FoU-samarbeidet, i form av lavere priser, bedre kvalitet og nye produkter, og om dette samarbeidet kunne vært utført på en mindre inngripende måte.

Et viktig forbehold, selv for små bedrifter som samarbeider, er at FoU-samarbeidet ikke smitter over på selve konkurransen i markedet om å vinne kunder. Hver av bedriftene må stå fritt til å selge produktet i markedet og til å sette pris på sitt produkt, uten påvirkning av sin FoU-partnere. Samarbeid om priser til kundene eller avtale om markedsdeling betraktes som en alvorlig overtredelse av konkurranseloven. Det er flere eksempler på at selv små bedrifter er blitt dømt for en slik type overtredelse av konkurranseloven.

Store, konkurrerende bedrifter kan derimot fort bryte med forbudet mot ulovlig samarbeid selv ved rent FoU-samarbeid, uten noen som helst effekt på for eksempel prisingen til kundene. I et marked med et fåtall store bedrifter kan konkurransen skje ved at bedriftene kappes om å ha det mest attraktive produktet. Da er det helt avgjørende at de hver for seg utvikler sine produkter og derigjennom helt uavhengig av hverandre kan lansere nye produkter. Kundene er tjent med at de konkurrerer, gjerne i all hemmelighet, om å videreutvikle sine produkter og tjenester. Konkurranse om FoU vil typisk være gunstig for kundene i markeder med et fåtall aktører.

Empiriske studier finner at det i noen situasjoner er spesielt stor fare for at et samarbeid om FoU smitter over til mindre hard konkurranse på pris til kundene. Dette er særlig tilfellet i markeder der det er potensial for såkalt koordinering, det vil si et potensial for relativt fredelig sameksistens i stedet for hard priskonkurranse. Informasjon som tilflyter de konkurrerende selskapene, samt potensialet for en lik kostnadsstruktur, kan lede til at FoU-samarbeid smitter over på selve priskonkurransen i markedet for å vinne kunder. Da kan samarbeidet være ulovlig, selv om det ikke er noen direkte kontakt mellom partene om selve prissettingen overfor sluttkundene.

Kort oppsummert er det av betydning om de som ønsker å samarbeide, har en sterk stilling i markedet eller ikke. Hvis de ikke har det, er det mye som taler for at de har mulighet for FoU-samarbeid uten å bryte konkurranselovens bestemmelser. Hvis de sammen har en sterk stilling, vil det stille seg helt annerledes.

Da vil det være helt sentralt om FoU-samarbeidet er til gunst for de kundene begge selger produktene sine til.

MISBRUK AV DOMINANS PÅ DIGITALE PLATTFORMER

Store bedrifter, nærmere bestemt de som har en dominerende posisjon, har et særlig ansvar for å ikke svekke konkurransen. Det setter grenser for hvilke tiltak de kan iverksette i kampen mot små utfordrere. Hele hensikten er å sikre at små utfordrere har en reell mulighet til å konkurrere, til glede for oss forbrukere.

Noen av oss vil sikkert huske at Microsoft hadde stor suksess utover 1990-tallet med sitt operativsystem Windows. Selskapet fikk etter hvert en dominerende stilling. Det er i seg selv ikke ulovlig. Når selskaper introduserer produkter som kundene foretrekker, er det i utgangspunktet svært bra for oss kunder.

Europakommisjonen og amerikanske konkurransemyndigheter ble imidlertid bekymret for om selskapet misbrukte sin dominans ved å legge hindringer i veien for at utfordrere skulle lykkes i å utfordre Microsofts posisjon. Det har vært ført saker både i Europakommisjonen og USA, og en av sakene i Europakommisjonen omhandlet Microsofts nettleser Internet Explorer. Den ble en integrert del av Windows da Windows 98 ble lansert i 1998.

Som kunde fikk en automatisk installert Microsofts nettleser når en fikk installert operativsystemet Windows. Dette gjorde det vanskelig for andre nettlelere å bli foretrukket av kundene. Etter en klage fra blant annet det norske selskapet Opera åpnet Europakommisjonen sak mot Microsoft. Europakommisjonen fryktet at Microsoft brukte sin dominerende stilling i markedet for operativsystemer til å hindre konkurrenter i å etablere seg i det tilgrensende markedet for nettlelere.

I 2009 inngikk Microsoft en avtale med EU-kommisjonen. Når du kjøpte en ny PC med Windows, fikk du nå opp et vindu der du måtte velge én av flere nettlelere. Dermed var det ikke lenger slik at Internet Explorer ble automatisk valgt.

Google var en av dem som dro fordel av Europakommisjonens inngrep. Googles nettleser **Google Chrome** ble i etterkant oftere foretrukket av kundene. Paradoksalt nok er det nå nettopp Google som har kommet i en lignende posisjon som Microsoft var i for 10–20 år siden. Europakommisjonen ga i perioden 2017–2019 tre store bøter til nettopp Google på til sammen 77 mil-

liarder kroner for å opptre på en måte som favoriserte selskapets egne tjenester. De har blant annet favorisert sine egne tjenester Google Shopping, Google Search og Google Chrome. Dette har lagt hindringer i veien for konkurranse fra nye selskaper som kunne utfordret Google. Konkurranseskaden har sammenheng med hvordan den dominerende aktøren bruker data de har om oss som brukere.

Den største saken dreier seg om Googles produkt Android. Google kjøpte i 2005 rettigheten til Android, som nå er det operativsystemet 80 prosent av verdens mobiltelefoner benytter. Europakommisjonen er av den oppfatning at Google siden 2011 har brukt Android som et instrument for å sementere sin dominerende posisjon i markedet for søk fra mobiltelefoner og for å svekke konkurransen i markedet for nettlelere. Europakommisjonen ga selskapet en bot på om lag 40 milliarder kroner.

Som en illustrasjon kan en tenke seg at en produsent av en mobiltelefon som bruker Android som operativsystem, ønsker å installere Google Play, som benyttes til å laste ned ulike apper på den typen mobiler. Google forlanger at produsenten kun får installere Google Play dersom den samtidig installerer Google Search og **Google Chrome**. I tillegg forlangte Google inntil 2014 eksklusivitet hva angår Google Search. Det var ikke tillatt for produsenten å installere andre søkemotorer enn Google Search.

For å få muligheten til å installere Google Play har derfor mobilprodusenter med Android-operativsystem vært tvunget til å installere både Google Search og **Google Chrome**. Det er da mindre aktuelt for en kunde å vurdere andre selskapers søkemotor eller nettleler. Utfordrere hadde derfor vansker med å komme til startstreken i konkurransen mot Google.

Microsoft og Google har på ulik tid hatt en svært sterk stilling innen henholdsvis operativsystem for PC og søkemotor for mobil (og PC). Det er imidlertid ikke den sterke stillingen som er ulovlig, men i stedet virkemidlene de har brukt for å legge hindringer i veien for utfordrere sin vil etablere seg.

Problemet er at de gjennom sine handlinger reduserer forbrukernes valgfrihet, noe som kan illustrere hva som kan være problematisk adferd blant aktører fra digitale plattformer med en dominerende posisjon. Gjennom sine *default*-løsninger loses de fleste av oss inn på deres egne løsninger i stedet for konkurrentenes

løsninger. Ved at en dominerende aktør kobler sammen ulike egne tjenester, blir det svært vanskelig for nye utfordrere å vokse frem. Dominerende bedrifter som har vokst frem som følge av attraktive produkter, kan på den måten forlenge sitt eget liv i stedet for at vi får enda bedre tilbud fra nye utfordrere.

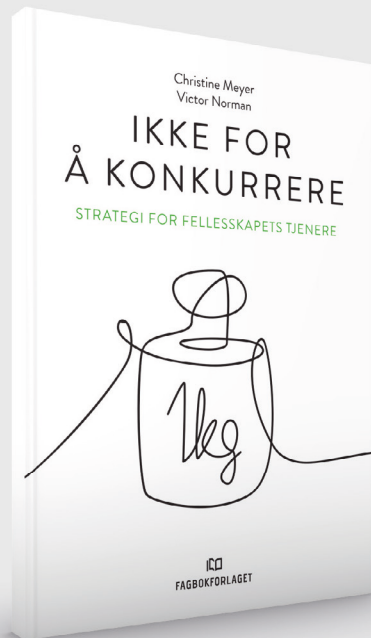
Europakommisjonens formål med å gripe inn har ikke vært å beskytte konkurrentene, men derimot konkurransen. Når utfordrere får en mulighet til å utfordre en dominerende aktør, vil det stimulere til mer innovasjon og produktutvikling. Nye og mer attraktive produkter kan ha en reell mulighet til å etablere seg tidligere enn hva som ellers ville ha vært tilfellet, og den dominerende aktøren tvinges til å skjerpe seg og tilby enda bedre produkter. Vinnerne som følge av denne skjerpede konkurransen er som alltid kundene.

NOEN AVSLUTTENDE MERKNADER

Alle bedrifter må forholde seg til konkurransereglene. Det er imidlertid stor forskjell på handlingsrommet for bedrifter med en sterk markedsposisjon og mindre bedrifter som er i et sterkt konkurranseutsatt marked.

Dominerende bedrifter har et særlig ansvar for å ikke svekke konkurransen, mens små bedrifter har stor frihet i konkurransen. De små bedriftene kan endog få drahjelp fra konkurransereglene ved at dominerende bedrifter har begrensninger i hva de kan gjøre i konkurransen mot utfordrere. Samtidig er det slik at noen brudd på konkurransereglene er mer alvorlige enn andre, og det er regler som både små og store bedrifter må forholde seg til. Det å ha kontakt med en konkurrent om konkurransesensitiv informasjon, for eksempel hvilke priser en skal sette, kan være en ulovlig handling både for små og store bedrifter.

Utgangspunktet er imidlertid at bedrifter skal konkurrere fritt, såfremt de unngår å trå over de strekene i sanden som følger av konkurransereglenes bestemmelser. En god test på at en er på riktig side av streken, er at en opptrer på en måte som er til fordel for kundene. Bedrifter som vurderer å samarbeide med konkurrentene sine, bør starte med å stille seg spørsmålet om hvilket samarbeid som vil være til gunst for kundene. Hvis samarbeidet ikke gagnar kundene, bør dette ikke være blant de alternativene som vurderes nærmere. **M**



429,-

IKKE FOR Å KONKURRERE

STRATEGI FOR FELLESKAPETS TJENERE

CHRISTINE MEYER OG VICTOR NORMAN

Ikke for å konkurrere tar et oppgjør med den ukritiske bruken av markedsøkonomiske begreper og styringsverktøy i offentlig sektor. Offentlige etater og virksomheter er ikke der for å konkurrere, for å tjene penger eller for å hegne om den kompetansen de bygger opp. De er der for å utføre oppgaver som velgerne har gitt dem, for å gjøre det på en måte som innebærer at de samme velgerne, i egenskap av brukere, får mest mulig igjen for innsatsen, og for å dele sine erfaringer og kunnskaper fritt med andre.

Boken bygger, ved hjelp av samfunnsøkonomisk og strategifaglig teori, et rammeverk for oppdragsformulering og strategiutvikling for statlige og kommunale etater.

FAGBOKFORLAGET
fagbokforlaget.no