

Oslo, 27.01.2022

Høringsuttalelse til utkast til veileder om prisdiskriminering

Vi viser til Konkurransetilsynets høringsbrev av 26.10.2021 med utkast til veileder om prisdiskriminering. Det følgende høringssvaret fra Dagligvareleverandørenes forening (DLF) er utarbeidet med bistand fra advokat Olav Kolstad, Advokatfirmaet Schjødt AS, og vedtatt i DLFs styre 18. januar 2022.

Innledningsvis vil vi understreke at DLF ser positivt på at tilsynet utarbeider en slik veileder og at utkastet er sendt ut på høring. Oppsummert har DLF følgende kommentarer til Konkurransetilsynets utkast:

1. DLF støtter at veilederen er av generell art og ikke bransjespesifikk
2. DLF mener veilederen bør adressere kjøpermaktens betydning for prisforskjeller
3. DLF mener veilederen bør gjøre rede for hvordan forskjeller i sentrale rabatter skal vurderes
4. DLF mener veilederen bør hensynta at også andre kommersielle vilkår enn pris kan være legitime grunner til forskjeller i ytelser
5. DLF mener veiledningen bør gi en bedre beskrivelse av hvordan sammenligningen mellom kunder med ulik effektivitet skal gjøres
6. DLF mener veilederen bør gjøre bedre rede for hva som kan være objektivt rettferdiggjørende grunner for prisforskjeller

DLF vil også gi uttrykk for en bekymring med hensyn til veilederens anvendbarhet. Utkastet er svært teknisk i sin utforming. Retningslinjene fokuserer på hvilke rettslige skranker som kan utledes av en korrekt tolkning av konkurranseloven andre ledd bokstav c, og de fagøkonomiske analysene som understøtter retningslinjenes tolkning.

Retningslinjenes adressater synes derfor ikke primært å være de som forhandler kontraktene, men mer konkurranserettsjurister og -økonomer. Den endelige veilederen bør utformes og må kommuniseres på en måte som gir kommersielle aktører mer operativ veiledning enn det som er tilfellet med utkastet.

1. DEN KLARE HOVEDREGEL: PRISFORSKJELLER ER TILLATT

Priser og andre vilkår fastsettes i frie forhandlinger mellom næringslivsaktører. Det er en rekke forhold som kan føre at forhandlingene med ulike kunder gir forskjellig resultat. DLF vil understreke at den klare hovedregel er at prisforskjeller er tillatt. Prisforskjeller kan allikevel unntaksvis ha negative virkninger på konkurransen. Det fremgår av konkurranseloven § 11 at det kan være ulovlig for et dominerende foretak "å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen". Lovteksten gir begrenset veiledning i forhold til når det foreligger prisdiskriminering som påvirker konkurransen på en måte som rammes av § 11. Etter DLFs oppfatning er det et behov for en

veileder som skaper større klarhet og forutberegnelighet knyttet til anvendelsen av konkurranseloven § 11 på prisdiskriminering.

DLF merker seg at noe av bakgrunnen for at Konkurransetilsynet har utarbeidet et utkast til veileder om prisdiskriminering, er debatten som har vært om prisforskjeller i dagligvaresektoren. Samtidig gjelder konkurranseloven generelt, og spørsmålet om anvendelsen av konkurranseloven § 11 på prisdiskriminering vil være aktuell for alle bransjer. Siden konkurranseloven § 11 skal tolkes på samme måte i forhold til alle bransjer, ser DLF det som hensiktsmessig med en generell veileder. Om det foreligger brudd på § 11 må vurderes konkret, og i den konkrete vurderingen vil det aktuelle markedes karakteristika måtte hensyntas. Det er allikevel de samme rettslige vilkårene subsumsjonen skal foretas i forhold til uansett marked eller bransje, og det er da naturlig og korrekt at en veileder om hvordan konkurranseloven § 11 skal forstås er generell.

2. BETYDNINGEN AV FORHANDLINGSMAKT OG KJØPERMAKT FOR VURDERINGEN AV PRISFORSKJELLER MÅ TYDELIGGJØRES

Konkurranseloven § 11 kommer kun til anvendelse på foretak som har en "dominerende stilling". For foretak som ikke har en dominerende markedsposisjon setter konkurranseloven ingen rammer for prisforskjeller mellom kundene. Selv om forbudet og veilederen kun er relevant for foretak med en dominerende markedsposisjon, går veilederen ikke inn på når et foretak kan anses i være "dominerende" i konkurranselovens forstand. Dominanskriteriet kan være krevende både å tolke og å anvende i praksis. At veilederen ikke går nærmere inn på de spørsmål dominanskriteriet kan reise er allikevel forståelig, da dette spørsmålet er så omfattende at det ville sprengte rammene for en veileder som tar for seg en bestemt type atferd som kan rammes av § 11 forutsatt dominans.

Det fremstår allikevel som en mangel ved veilederen at den ikke tar for seg betydningen av sterk forhandlingsmakt på kundesiden og betydningen av det for vurderingen av dominans på leverandørsiden. Det er en gjennomgående forutsetning i veilederen at man har å gjøre med en situasjon hvor en dominerende leverandør opererer med ulike priser i forhold til forskjellige kunder, og at markedsmakten er så stor at leverandøren ensidig kan fastsette priser og øvrige vilkår. Forhandlingsmakt og kjøpermakt er en motmakt til en leverandørs markedsrett. Har kjøperen en sterk nok posisjon vil den kunne føre til at leverandøren ikke kan anses å være dominerende. Kjernen i dominansbegrepet er at et dominerende foretak har "*vide muligheter for uafhængig adfærd i forhold til konkurrenter, kunder og i sidste instans til forbrugerne*", jf. EU Domstolens avgjørelse i sak 27/76 *United Brands*. Dersom det foreligger sterk markedsrett vil selv ikke en stor leverandør ha mulighetene til å agere uavhengig av sine kunder, og vil dermed ikke være dominerende.

I en situasjon hvor en leverandør er dominerende i § 11s forstand vil det være den dominerende leverandørens ensidige prisbeslutninger som er årsaken til de ulike prisene. Dersom en eller flere kunder har tilstrekkelig forhandlingsmakt til at en leverandør på tross av en betydelig markedsandel ikke kan diktere eller presse igjennom priser overfor en eller flere kunder, men vil tvert imot måtte bøye av for en eller flere kunders krav, vil ikke eventuelle prisforskjeller ikke skyldes markedsrett hos leverandøren, men vil skyldes forhandlingsmakt på kundesiden hvor en kunde bruker sin forhandlings- og kjøpermakt til å få bedre vilkår enn en annen kunde (og konkurrent).

Dagligvarekjedene videreselger varer fra en rekke leverandører. NorgesGruppen sier f.eks. på sine hjemmesider at de har 1200 samarbeidspartnere, som spenner fra store merkevareleverandører til små produsenter av lokalmat. For en leverandør kan det ha store konsekvenser dersom en kjede velger å ikke selge leverandørens produkter. For dagligvarekjedene vil selv det å erstatte store leverandørers

merkevarer med andre merkevarer eller EMV, ha begrenset betydning sett i forhold til totaliteten. Det gir kjedene en sterk forhandlingsposisjon, hvor forhandlingsstyrken er direkte avhengig av hvor stor andel av leverandørens totale volum som selges gjennom den aktuelle dagligvarekjede, og om dagligvarekjeden har anledning til å erstatte leverandørens volum med tilsvarende varer fra en annen leverandør. EU Kommisjonen har i flere fusjonssaker påpekt at det i forholdet mellom en leverandør og en kunde som videreselger leverandørens varer finnes et "*taux de menace/threat point*" som bestemmes av hvor stor andel av leverandørens produkter som selges gjennom en dagligvarekjede. I sakene M.1684 *Carrefour/Promodès*, M.1221 *Rewe/Meinl* og M.784 *Kesko/Tuko* fant Kommisjonen at dersom salget til en dagligvarekjede utgjorde minst 22 % av en leverandørs omsetning kom leverandøren i et avhengighetsforhold til dagligvarekjeden som gjorde det mulig for kjeden å kreve urimelige kontraktsvilkår. Tilsvarende blir det mulig for en kjede som står for en andel som overstiger "*taux de manance*" å påvirke priser, rabatter og andre økonomiske ytelser.

Dagligvarekjedene har alle en markedsandel som overstiger 22 %, og det er naturlig å anta at de tre kjedene enkeltvis hos en rekke leverandører, kanskje de fleste, står for over 22 % av overskuddet. Det har derfor formodningen mot seg at selv store dagligvareleverandører kan diktere priser og rabatter overfor de tre store dagligvarekjedene. Premissen i retningslinjene om at prisforskjeller skyldes at en leverandør "prisdiskriminerer" slår derfor etter DLFs oppfatning ikke til i dagligvarebransjen. Alle de tre kjedene har så stor forhandlingsmakt at de i forhandlinger med leverandørene har en betydelig innvirkning på forhandlingsresultatet knyttet til priser og rabatter.

Det betyr ikke at en leverandør ikke vil kunne ende opp med forskjellig forhandlingsresultat i forhold til de tre kjedene. Dette fordi de tre kjedene har ulike kommersielle strategier og vil ha ulike krav i forhandlingene med leverandørene. Videre vil særlig sterk kjøpermakt hos en dagligvarekjede kunne forsterke ulikheter i forhandlingsresultat. Kommisjonen påpekte i M.1684 *Carrefour/Promodès* avsnitt 45-46 og M.784 *Kesko/Tuko* avsnitt 134 at utnyttelse av en særlig sterk dagligvarekjedes kjøpermakt i forhold til leverandører kan ha negativ innvirkning på konkurrerende dagligvarekjeders mulighet til å konkurrere. I sakene ble dette sett som et utslag av kjøpermakt.

Det er ønskelig at en kjøper skal kunne bruke sin forhandlings- og kjøpermakt til å presse en tilbyder på f.eks. pris. Forbudet i § 11 bokstav c er ikke ment å skulle representere en ramme for hvilke priser en kjøper skal kunne forhandle. Forbudet i § 11 bokstav c kommer til anvendelse på forskjellsbehandling som kan tilskrives det dominerende foretakets prisbeslutninger alene, ikke på forskjeller som er et resultat av reelle forhandlinger mellom to parter og hvor leverandøren ikke på noen måte ensidig kan bestemme forhandlingsresultatet. Riktignok følger det av konkurranseloven § 11 at det ikke har noen betydning for lovligheten av et ekskluderende tiltak at kunden ønsket avtaleklausuler som har ekskluderende effekt, f.eks. lojalitetsrabatter. Denne bestemmelsen setter allikevel ingen begrensninger på bruk av kjøpermakt, med mindre kjøpermakten i seg selv er et misbruk. En leverandør vil derfor ikke handle i strid med § 11 om leverandører i prisforhandlinger p.g.a. en kjøpers forhandlingsmakt må akseptere en lav pris.

DLF er av den oppfatning at retningslinjene i større grad bør adressere kjøpermaktens betydning for prisforskjeller mellom ulike kunder. Etter DLFs oppfatning vil forskjeller som kan tilskrives ulik forhandlingsmakt ikke rammes av forbudet i konkurranseloven § 11 bokstav c, da forskjellen ikke er et resultat av en prisfastsettelse ensidig styrt av en leverandør. Dersom slike forskjeller skulle ha implikasjoner på konkurransen mellom dagligvarekjedene må det analyseres som et resultat av kjøpermakt, slik det også ble gjort i M.1684 *Carrefour/Promodès*, M.1221 *Rewe/Meinl* og M.784 *Kesko/Tuko*.

3. SENTRALE YTELSE SOM DRIVER AV PRISFORSKJELLER – KLARGJØRINGEN AV KONKURRANSEVIRKNINGEN

Dagligvareleverandørene opererer gjennomgående med prislister med en såkalt grunnpris, som anvendes likt overfor alle kjøpere. Forskjellene mellom kjedene kommer til uttrykk i de rabatter og andre økonomiske ytelser som fremforhandles. Disse rabattene og ytelsene kan igjen deles i to: rabatter og ytelser som følger varen, og rabatter og ytelser som betales til kjedens sentralledd. Ytelser som følger varen kommer til uttrykk på fakturaen, og tas direkte hensyn til ved beregningen av en vares videresalgspris i kjeden. Rabatter og ytelser som betales sentralt har ikke denne direkte konsekvensen ved beregningen av videresalgsprisen. Det er DLFs inntrykk at eventuelle forskjeller er størst når det gjelder rabatter og ytelser som går til kjedenes sentralledd. Siden disse rabattene ikke har en direkte priseffekt, har de heller ikke nødvendigvis en direkte konkurranseeffekt. Det er et krav etter § 11 bokstav c at prisforskjeller må ha en konsekvens for konkurransen mellom kundene for at forbudet skal komme til anvendelse. DLF oppfordrer Konkurransetilsynet til å gjøre rede for hvordan forskjeller i sentrale rabatter skal vurderes i forhold til forbudet i konkurranseloven § 11 bokstav c.

4. KOMMERSIELLE FORSKJELLER SOM LEGITIME ÅRSAKER TIL FORSKJELLER

Konkurranseloven § 11 bokstav c forbyr ikke prisdiskriminering slik dette uttrykket brukes i økonomisk teori, men "ulike vilkår" for "likeverdige ytelser". Bruken av ulike "vilkår" markerer at det er forskjeller i de kommersielle vilkårene som er avgjørende, hvor "pris" er et sentralt element i de vilkår en kunde tilbys, men ikke det eneste. De fleste leverandører selger en rekke produkter til kjedene. Dette må hensyntas i vurderingen av om det er snakk om "likeverdige ytelser". Rabatter og andre økonomiske ytelser gis gjennomgående på basis av totalt salg av flere produkter sammen, f.eks. innenfor en kategori eller endog på tvers av kategorier. Rabatter og andre økonomiske ytelser fastsettes da basert på summen av salget av alle de produktene som omfattes av rabatten, m.a.o. på "porteføljebasis". En vurdering av like vilkår må ses på det grunnlag.

Veilederen er inne på denne problemstillingen i avsnitt 39, men etter DLFs oppfatning fokuseres det for ensidig på kostnadsforskjeller. Det er en rekke andre forhold enn kostnadsbesparelser som kan representere en verdi for leverandørene som kan gi grunnlag for en rabatt. For eksempel er det for en dagligvareleverandør av sentral betydning om en dagligvarekjede er dyktig til å initiere vekst. Dersom en kjede gjennomgående er bedre til å oppnå vekst i ulike kategorier enn andre kjeder, vil det ha større verdi for en leverandør å ha selge produktene sine gjennom denne kjeden enn andre kjeder. For leverandør kan det m.a.o. være kommersielle verdier i samarbeidet med en kjede som har en annen karakter enn å være rene kostnadsbesparelser, og som kjeden kan forhandle om å få en andel av. Etter DLFs oppfatning bør veilederen i større grad ta inn over seg de kommersielle realitetene i et leverandør-kundeforhold som legitime grunner til at forskjeller kan oppstå.

5. KRAVET OM AT EN PRISFORSKJELL MÅ HA VIRKNING PÅ KONKURRANSEN MELLOM KUNDENE

Det er et krav etter § 11 bokstav c at en prisforskjell må føre til en konkurransevridning mellom kundene for at forbudet skal komme til anvendelse. Det er ikke enhver forskjell eller ulempe som vil kunne ha en konkurransevirkning. Forskjellen må være kvalifisert.

Hva som skal sammenlignes er helt sentralt for utfallet av denne vurderingen. Som det påpekes i utkast til retningslinjer i sitatet i avsnitt 50 og i avsnitt 51 er det avgjørende om leverandøren med forskjellen kan "exclude from the downstream market one of its trade partners which is at least as efficient as competitor", jf. MEO-dommen avsnitt 31. Uttalelsen er et uttrykk for at konkurransereglene ikke beskytter ineffektive foretak. Et ineffektivt foretak vil ha større kostnader og ha mindre evne til å



håndtere en prisforskjell enn et effektivt foretak. Et effektivt foretak vil ha mindre kostnader og dermed større fortjeneste enn et ineffektivt foretak, alt annet likt. Det effektive foretaket vil også ha en større "buffer" til å håndtere prisforskjeller med, i den forstand at foretaket kan redusere egen inntjening og fortsatt kunne konkurrere om kundene selv med en høyere innkjøpspris. Konkurranseloven § 11 bokstav c skal ikke sikre kunder av dominerende foretak en identiske priser eller fortjeneste, kun beskytte mot konkurransevridning. I vurderingen av om den som forskjellsbehandles vil kunne påføres en konkurranseulempe skal det derfor tas som utgangspunkt at kunden er like effektiv som den kunde som får de beste betingelsene.

DLF anser at veiledningen bør gi en bedre beskrivelse av hvordan sammenligningen skal skje basert på en såkalt "as efficient competitor test".

6. BEHOV FOR EN KLARERE BESKRIVELSE AV FORHOLD SOM KAN UTGJØRE "OBJEKTIV BEGRUNNELSE"

Som det fremgår av retningslinjenes avsnitt 20 vil en atferd ikke være i strid med § 11 om det foreligger "objektivt rettfærdiggjørende grunner" for atferden. Veilederen nevner effektivitetsgevinster som en slik grunn, men gir ingen ytterligere redegjørelse for hva som kan være objektivt rettfærdiggjørende grunner i forhold til bokstav c. Et enkelt eksempel ut over effektivitetsgevinster kan være der hvor en kunde får en lav pris i forbindelse med kampanjer. DLF mener det er behov for en separat og utfyllende redegjørelse for hvilke forhold som kan være objektivt rettfærdiggjørende grunner for prisforskjeller i veilederen.

Avslutningsvis vil vi få understreke at det vil være sterkt ønskelig at veilederen utformes og kommuniseres på en slik måte at den kan være anvendelig for kommersielle aktører med behov for operasjonell veiledning.

Med hilsen
Dagligvareleverandørenes forening – DLF

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Helge Hasselgård".

Helge Hasselgård
Adm. direktør