

Høringsinnspill til Konkurransetilsynets veileder om prisdiskriminering

Vi viser til Konkurransetilsynets brev av 26. oktober 2021, hvor Konkurransetilsynet ber om innspill på utkastet til veileder om hvordan Konkurransetilsynet vil tolke og anvende konkurranseloven i saker som gjelder prisdiskriminering. Høringsfristen er 27. januar 2022. Dette høringssvaret er skrevet av Oslo Economics i samarbeid med Wikborg Rein.

Forhandlinger mellom kjøpere og selgere er både naturlig og utbredt i mange ulike markeder. Dette resulterer gjerne i differensierte betingelser for kjøpere. I lys av dette ser vi nytten av, og **støtter, at Konkurransetilsynet utarbeider en veileder som klargjør hvordan saker som gjelder prisdiskriminering vil bli behandlet.** Etter vårt syn dekker veilederen mange av spørsmålene som oppstår ved prisdiskriminering og gjengir på en korrekt måte den rettspraksis og økonomisk teori som er relevant i en vurdering av om prisdiskriminering er lovlig eller ulovlig.

Til tross for at veilederen er god konkurransefaglig og forklarer grundig hvordan Konkurransetilsynet vil tolke og anvende konkurranseloven § 11 i saker om prisdiskriminering, er vi noe usikre på hvor god veiledning den i praksis gir markedsaktørene. Dette skyldes både at det må foretas en rekke konkrete vurderinger for å avgjøre om differensierte priser omfattes av forbudet i konkurranseloven § 11 og at konteksten for den rettspraksisen som finnes om prisdiskriminering er lite representativ i de fleste markeder.

I lys av overnevnte har vi forståelse for at det er utfordrende, og kanskje heller ikke hensiktsmessig, å utforme detaljerte prinsipper som gir tydelig veiledning i enhver tenkelig situasjon. Vi tror imidlertid det gjennom noen enkle grep er mulig å gjøre veilederen mer anvendelig for markedsaktører – og disse grepene beskrives i dette høringssinnspillet.

Prisdiskriminering er i de fleste tilfeller uproblematisk

Det klare **utgangspunktet, og hovedregelen, er at utøvelse av kjøpermakt er positivt for konkurransen og forbrukerne.** Dette gjelder særlig når innkjøpere møter leverandører med betydelig markedsaktør – noe dominerende aktører har per definisjon. Det er i så måte positivt at veilederen gjengir økonomisk teori og rettspraksis som viser at også dominerende leverandører har stor frihet til å differensiere betingelser og at dette normalt er positivt for konkurransen og forbrukerne. Uten slik frihet for leverandører vil insentivene og mulighetene til å utøve kjøpermakt være svake, noe som normalt vil gå ut over forbrukerne.

Selv om teorien som veilederen redegjør for, viser at prisdiskriminering som hovedregel er positivt for konkurransen, kan ordlyden i noen av tilsynets oppsummerende avsnitt – som avsnittene 7, 25 og 60 – forstås som at prisdiskriminering bare *unntaksvis* er tillatt. For eksempel skriver tilsynet i avsnitt 7 at «*prisdiskriminering i visse tilfeller er bra for konkurransen og forbrukerne*» og «*det oppstilles derfor ikke noe generelt forbud mot prisdiskriminering*». Videre skrives det i avsnitt 60 at prisdiskriminering «*i enkelte tilfeller*» kan være konkurransefremmende ved å føre til lavere innkjøpspriser.

Vi mener en mer presis og riktig oppsummering av rettspraksis og økonomisk teori er at **differensierte betingelser bare i unntakstilfeller kan skade konkurransen** og derfor er forbudt – men at prisdiskriminering normalt er helt uproblematisk, også for dominerende foretak.

Veilederen bør få klarere frem hvilke slutninger Konkurransetilsynet trekker fra rettspraksis

Internasjonalt har den vanligste skadehypotesen knyttet til prisdiskriminering vært risiko for svekket konkurranse på leddet i verdikjeden der det dominerende foretaket befinner seg – såkalte førstelinjeeffekter. Veilederen fokuserer imidlertid på andrelinjeeffekter av prisdiskriminering – risiko for konkurranseskade i markedet hvor kjøperne opererer.¹ Dette innebærer at det er begrenset med veiledning i tidligere retts- og forvaltningspraksis.

¹ Konkurransetilsynet benytter begrepene første- og andrelinje prisdiskriminering noe upresist i veilederen siden prisdiskrimineringen i begge tilfeller gjelder kjøpere på neste ledd. Det bør derfor tydeliggjøres at skillet mellom førstelinje- og andrelinjediskriminering går mellom effekter på de to leddene.

Veilederen viser for eksempel ikke til noen sak der detaljisten har alternative forsyningskilder til det dominerende foretaket, selv om dette normalt er tilfelle i de fleste markeder. Derimot viser veilederen til saker der helt spesielle markedsforhold både gir muligheter og insentiver til konkurranseskadelig prisdiskriminering. Selv om disse sakene kan gi viktig innsikt om prinsippene for vurdering av når prisdiskriminering kan være ulovlig, kan det være utfordrende å anvende dem under mer tradisjonelle markedsforhold.

Av sakene veilederen viser til fremstår **MEO-dommen** som mest egnet for å gi markedsaktører relevant og konkret veiledning, og kapittel 4.3 dekker de viktigste premisene fra denne dommen. Redegjørelsen for dommen gir også tydelig veiledning, siden de siterte premisene innebærer at **prisdiskriminering fra en leverandør må ha vesentlig innvirkning på kjøperens samlede kostnader og fortjenestemuligheter for å kunne stille kjøperen ugunstig i konkurransen** – og dermed være forbudt. Dette vil sjelden være tilfelle når kjøperne betjenes av flere leverandører og/eller det er alternative forsyningskilder til det dominerende foretaket.

Det vi imidlertid savner, og som ville gjort veilederen mer anvendelig, er en gjennomgang av **hva som kjennetegner markedene og aktørene i de sakene hvor EUs konkurransemyndigheter har konkludert med prisdiskriminering i strid med artikkel 102 TFEU**. Dette siden samtlige dommer det vises til under kapittel 4.2 og 4.3, som nevnt, kjennetegnes av helt spesielle markedsforhold, som mest sannsynlig virket inn på mulighetene og insentivene til prisdiskriminering, og skadepotensialet av dette.

I sak T-301/04 var Clearstream *de facto* monopolist i det tyske oppstrømsmarkedet for clearing-tjenester for banker og diskriminerte sin eneste konkurrent i markedet for clearing-tjenester på tvers av land. Sak C-163/99 *Portugal mot Kommisjonen* gjaldt et tilfelle der et offentlig portugisisk foretak med ansvar for flyplasser benyttet vilkår som diskriminerte internasjonale konkurrenter av portugisiske flyselskap. I sak T-229-94 *Deutsche Bahn*, hvor Deutsche Bahn diskriminerte egne konkurrenter i nedstrømsmarkedet, var konkurrentene helt avhengig av å kontrahere med Deutsche Bahn. Sak C525/16 *MEO* gjaldt et tilfelle der en rettighetsorganisasjon som TV-kanaler måtte kontrahere med for å kunne sende portugisiskprodusert innhold, diskriminerte sine kunder.

For det første kjennetegnes sakene av at det **ikke fantes reelle alternative forsyningskilder**. Handel med det dominerende foretaket var derfor nødvendig for å operere i nedstrømsmarkedet. I slike tilfeller er det nærliggende at det dominerende foretaket kan stille handelspartnere ugunstig i konkurransen og dermed påvirke konkurransen. Det eksisterer altså et klart skadepotensiale av prisdiskriminering. **I de aller fleste markeder er det imidlertid alternative forsyningskilder, i tillegg til at kjøp fra et enkelt dominerende foretak ofte står for en begrenset andel av kjøpernes samlede kostnader**. Begge deler trekker i retning av at et dominerende foretak sjelden kan påvirke nedstrøms konkurranse merkbart gjennom prisdiskriminering.

For det andre kjennetegnes sakene av at det dominerende foretaket hadde **strukturelle insentiver til å forskjellsbehandle kjøperne** – som følge av særlige interesser i nedstrømsmarkedene. I slike situasjoner er det naturlig å vurdere i hvilken grad ulike kostnader kan rettferdiggjøre prisforskjeller. Dette siden det ikke kan tas for gitt at prisingen isolert sett er rasjonell og reflekterer reelle effektivitetsgevinster etc. **I de fleste tilfeller har imidlertid dominerende foretaket ikke særlige interesser i nedstrømsmarkedet som gir insentiver til forskjellsbehandling**. Det er da naturlig å forvente at eventuelle forskjeller i betingelser skyldes kjøpermakt, effektivitetsgevinster og kommersielle valg foretatt av kjøperne.

Markedsforholdene i sakene gjør det dermed vesentlig mer sannsynlig at differensierte priser skal være i strid med konkurranseloven § 11 enn det som er tilfelle i de fleste leverandørmarkeder. Konteksten har klart hatt betydning for slutningen i dommene. Ved å tydeliggjøre dette i veilederen vil eventuell usikkerhet knyttet til anvendelsen av vilkårene i § 11 kunne reduseres. Etter vår vurdering vil dette gjøre veilederen langt mer praktisk for de dominerende leverandørene som veilederen retter seg mot.

Veilederen bør være tydeligere på hvilke forhold som normalt gjør differensierte priser uproblematisk

Under punkt 4.1 er veilederen tydelig på at det må gjøres en konkret vurdering av den enkelte sak for å avgjøre om det foreligger ulovlig prisdiskriminering. Dette er i tråd med økonomisk teori som indikerer at prisdiskriminering bare i unntakstilfeller kan være skadelig for konkurransen. Gitt at det må gjøres konkrete vurderinger og veilederen er ment å være generell, har vi forståelse for at det er utfordrende å utforme veilederen på en måte som gir tydelig veiledning i en enhver tenkelig situasjon.

I lys av overnevnte, og at den rettspraksisen som veilederen henviser til i mange tilfeller kan være utfordrende å anvende for foretakene, mener vi veilederen kan gjøres mer anvendelig ved å **klargjøre hva som typisk kjennetegner tilfeller der prisdiskriminering kan være problematisk og hva som kjennetegner tilfeller hvor prisdiskriminering vanligvis er uproblematisk.**

En tydeliggjøring kunne for eksempel vært gjort ved å vise til implikasjonene av den økonomiske teorien som gjennomgås under punkt 4.3.1. Denne viser at **når innkjøpsbetingelser er resultat av reelle forhandlinger og kontraktene ikke er observerbare for konkurrenter, er det normalt velferds- og konkurranséfremmende at foretak har frihet til å differensiere priser.** Dette er også intuitivt, ettersom mulighetene og insentivene til å utøve kjøpermakt svekkes betydelig hvis det dominerende foretaket er forpliktet til å gi alle kjøpere like betingelser. Når overnevnte forutsetninger er oppfylt, hvilket for eksempel er tilfelle i de fleste detaljistmarkeder, vil ikke prisdiskriminering skade konkurransen og dermed heller ikke være i strid med konkurranseloven § 11.

I veilederen bør slike generelle avklaringer komme tidlig – gjerne under punkt 4.1. Det kan deretter påpekes at dersom egenskapene ved markedet isolert sett medfører at prisdiskriminering kan være problematisk, er det særlig viktig at foretaket foretar en konkret vurdering av om differensierte priser innebærer prisdiskriminering i konkurranseloven § 11 sin forstand og om det er egnet til å stille handelspartnere ugunstig i konkurransen.

Generelle avklaringer fremstår særlig nyttig, ettersom det i praksis kan være vanskelig å definere hva som er «likeverdige ytelser», «ulike vilkår» og «objektivt rettfærdiggjørende grunner», samtidig som differensierte priser normalt vil være uproblematisk. Vi har forståelse for at det er vanskelig for Konkurransetilsynet å definere helt klart hva som ligger disse vurderingstemaene. Usikkerheten rundt dette kan imidlertid tenkes å gjøre leverandører tilbakeholdne med å innrømme rabatter som er velferdsfremmende. Dette kan altså etter vårt syn langt på vei **avhjelpes ved å være tydelige på strukturelle forhold som normalt innebærer at prisdiskriminering ikke gir grunnlag for bekymring.** Dominerende aktører vil da lettere kunne ta stilling til hvorvidt deres markedsposisjon medfører at prisdiskriminering kan utgjøre et konkurranseproblem.

Kommentarer til avsnitt- og enkeltpunkt

I avsnitt 15 fremholder Konkurransetilsynet at en dominerende leverandør kan ha muligheter og insentiver til å påvirke konkurransen i andre markeder enn leverandøren har aktivitet i. Selv om dette er riktig, gjelder det ikke for de fleste dominerende foretak. For det første vil en leverandør normalt ønske best mulig konkurranse i nedstrømsmarkedet, fordi redusert konkurranse kan redusere leverandørens salg. For det andre må leverandøren – som det også påpekes i MEO-dommen – kunne påvirke kjøpernes samlede kostnader vesentlig. Siden veilederen er generell og skal leses av aktører i ulike markeder, bør den være tydeligere på hva som skal til for at dominerende foretak skal kunne påvirke konkurransen i andre markeder.

I avsnitt 37 påpeker Konkurransetilsynet at avkastning kan være et relevant moment for å vurdere om det foreligger ulike ytelser, men det sies ikke noe om hvordan avkastning eventuelt skal måles. Leverandører søker normalt å maksimere totalt dekningsbidrag per kunde – ikke avkastning målt eksempelvis som gjennomsnittlig margin på varene. For en leverandør kan det da være rasjonelt å akseptere en lavere pris mot at kjøperen gjør tiltak som øker salget – noe som også er i forbrukernes interesse. Dette vil imidlertid redusere den relative avkastningen. Særlig vil det være ulogisk å se på oppnådd margin hvis kjøperne i utgangspunktet har de samme muligheter til å oppnå likeverdige betingelser, men på kommersielt grunnlag foretar valg som likevel resulterer i differensierte priser.

I avsnitt 43 viser Konkurransetilsynet blant annet til at kvantumsrabatter etc. som er større enn det effektivitetsgevinsten gir grunnlag for, vil kunne være i strid med konkurranseloven § 11c. Dette er objektivt sett riktig, men det blir noe upresist slik det står i dette avsnittet. Det ville vært mer presist å si at det foreligger *prisdiskriminering* dersom foretaket opererer med ulike betingelser og disse ikke reflekterer reelle effektivitetsgevinster. Dette, altså prisdiskriminering, vil bare være forbudt etter konkurranseloven § 11 dersom det samtidig stiller en eller flere handelspartnere *ugunstig i konkurransen*.

I avsnitt 49 viser Konkurransetilsynet til at dersom prisdiskriminering er egnet til å føre til en vridning i konkurranseforholdet mellom handelspartnere, følger det av rettspraksis at det ikke kreves bevis for at adferden fører til en «reell kvantifiserbar forverring» av konkurranseevnen til de aktuelle handelspartnerne. Det er riktig at konkurranseskaden ikke må kvantifiseres. Det følger imidlertid av MEO-dommen at prisdiskrimineringen må påføre de aktuelle handelspartnerne en vesentlig konkurranseulempe for at den skal kunne være i strid med loven. Dette innebærer at tilsynet må kunne underbygge at prisdiskrimineringen har reell betydning for

handelspartnernes konkurranseevne. Vi mener derfor bruken av ordet *reell* er egnet til å skape forvirring vedrørende hva Konkurransetilsynet må og ikke må føre bevis for.

I **avsnitt 63** pekes det på at ved lineære kontrakter vil prisdiskriminering kun være konkurransefremmende dersom prisdiskrimineringen skjer til fordel for den mest kostnadseffektive kunden (eller den med høyest etterspørsel). I en situasjon med ulike betingelser er det imidlertid naturlig å forvente at det er den mest effektive kjøperen (eller den med høyest etterspørsel) som kan forhandle seg til best betingelser. Markedsmekanismer vil derfor normalt sørge for at de som kan øke salget mest ved å få bedre betingelser, faktisk er de som oppnår best betingelser – og at prisdiskriminering derfor er konkurransefremmende. Tilsynets påpekning er basert på forutsetninger som sjelden er oppfylt, nemlig at leverandører kan diktere betingelsene og har insentiver til å diskriminere effektive detaljister negativt.

Under punkt 4.4.3 drøftes langsiktige virkninger av prisdiskriminering. Generelt vil det være svært utfordrende for enkeltleverandører å vurdere langsiktige virkninger på konkurransen nedstrøms av egen prising. Dette gjelder særlig når det dominerende foretaket står for en begrenset andel av hver enkelt kjøpers samlede innkjøp. Dette skyldes at det er de samlede kostnadene som er avgjørende for kjøperens lønnsomhet over tid og at hver enkelt leverandør ikke har innsikt i hvilke betingelser kjøperen har hos andre leverandører. Samtidig fremstår det lite sannsynlig at prisdiskriminering fra én enkeltleverandør skal kunne ha avgjørende betydning for en detaljist sin utvikling i markedet når hver enkelt kjøper handler med mange leverandører. I drøftelsen av langsiktige effekter bør derfor veilederen si noe om når et foretak gjennom prisdiskriminering kan ha langsiktige negative effekter som de må være oppmerksomme på.