

KONKURRANSETILSYNET  
Postboks 439 Sentrum  
5805 BERGEN

Vår ref.: Hege Stensland Sveen  
Saksnr.: 22-1443  
Sted: Oslo  
Dato: 27.01.2022

## Hørings svar - utkast til veileder om prisdiskriminering

### Innledning

Virke er hovedorganisasjon for handels- og tjenestenæringen og organiserer 24 000 virksomheter som gir arbeid til over 300 000 ansatte i handel, tjenesteytende næringer og ideell sektor. Flere av dagligvareaktørene er organisert i Virke i tillegg til enkelte produsenter og en rekke leverandører til dagligvaremarkedet.

Noe av bakgrunnen for veilederen er debatten som har vært om ulikheter i innkjøpspriser, særlig innenfor dagligvaresektoren. Veilederen er generell og er ment å gjelde alle markeder, og vil derfor også være relevant for dagligvaresektoren. Prisdiskriminering er et vidt begrep og kan ha både positive og negative virkninger for konkurransen. Om prisingen er ulovlig må derfor vurderes konkret.

Formålet med veilederen er å tydeliggjøre hvordan Konkurransetilsynet tolker og anvender konkurranseloven i saker som gjelder prisdiskriminering. En veileder som oppfyller formålet vil derfor skape bedre forutsigbarhet for aktørene. Konkurranseregelverket er komplisert og svært ofte er det nødvendig med bistand fra jurister og økonomer for å forstå regelverket. Overordnet er Virke meget fornøyd med at myndighetene nå forsøker å skape bedre forutsigbarhet og forståelse hos aktørene.

### Overordnet vurdering av veiledningen

Konkurransetilsynet har ingen ny tilnærming til prisdiskriminering i veilederen, men baserer seg på etablert rettspraksis og økonomisk teori. Etter forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11 er det forbudt for en dominerende aktør å anvende «ulike vilkår for likeverdige ytelser» kunder dersom dette stiller dem «ugunstigere i konkurransen». Det må en konkret og komplisert vurdering til for å konstatere misbruk. Veiledningen har en hensiktsmessig oppdeling i hva som er diskriminering og hva det betyr å stilles ugunstigere i konkurransen. Tilnærmingen er imidlertid i stor grad teoretisk. Veiledningen kunne med fordel gitt flere praktiske eksempler og vært mer praktisk i tilnærmingen, se nærmere om dette nedenfor. Veiledningen knytter vurderingene opp mot relevant EU/EØS-praksis, noe som er nyttig.

### Forholdet til konkurranseloven § 10

Hovedfokus i veilederen er vurderinger etter konkurranseloven § 11 om misbruk av dominerende stilling. Av veilederen følger at vurderinger etter § 11 også vil ha overføringsverdi til vurderinger etter konkurranseloven § 10 om forbud mot konkurransebegrensende avtaler.

Veiledningen kunne med fordel ha berørt forholdet til konkurranseloven § 10 mer konkret. Et praktisk eksempel som kunne være kommentert er hvor langt kundens ansvar strekker seg i forhandlingene med dominerende leverandører. Vil det for eksempel alltid være lovlig for en leverandør å gi bedre vilkår hvis en kunde i forhandlinger hevder å kunne få bedre pris hos en annen leverandør og selger ikke har noen grunn til å tvile på dette («meeting competition» defence)?

#### Første- og andrelinjeprisdiskriminering

Veilederen fokuserer primært på andrelinjeprisdiskriminering, altså hvor prisdiskriminering direkte rammer konkurransen mellom kundene (nedstrøms). Vi mener veiledningen med fordel også kunne behandlet førstelinjeprisdiskriminering, dvs. prisdiskriminering som rammer konkurransen på leverandørleddet.

#### Gjennomgangen av «likeverdige ytelser»

Hva som er likeverdige ytelser vil alltid være en konkret vurdering. Tilsynet viser til relevante momenter for vurderingen. For å skape best mulig forutsigbarhet er praktiske eksempler og forklaringer viktig. Tilsynet tar noen selvsagte utgangspunkter som at der samme vare selges til alle kundene, vil ytelsene normalt være likeverdige, og at det ved tilvirkede varer kan være mer tvilsomt om varene er likeverdige. Det ville imidlertid vært en fordel om tilsynet kunne gitt noe mer veiledning, for eksempel om når tilvirkede varer kan være likeverdige.

Tilsynet har i veiledningen en nyttig avklaring mht portefølje av varer. I kontrakter som gjelder flere produkter vil det kunne foreligge likeverdige ytelser selv om det er et visst avvik med hensyn til produktsammensetning og kvantitet. Det avgjørende blir i disse tilfellene ikke om produktene vurdert enkeltvis er sammenliknbare, men om ytelsene sett under ett er det.

#### Gjennomgangen av «ulike vilkår»

Hva som er ulike vilkår vil også alltid være gjenstand for en konkret vurdering. Ulik realisering av effektivitetsgevinster eller kostnadsbesparelser for leverandøren kan begrunne forskjeller i vilkår, uten at det er brudd på konkurranseloven § 11. Konkurransetilsynet kommer med lite nytt her, ut over disse grunnleggende betraktningene. Det ville vært en fordel om tilsynet også kunne gått inn på andre forhold som kan begrunne forskjeller i vilkår uten at forskjellene vil bli ansett som diskriminering. Gjennomgangen av EU-retten er bra og nyttig, men vi savner en mer praktisk tilnærming og flere eksempler.

#### Gjennomgangen av «stilles ugunstigere i konkurransen»

Ikke enhver prisdiskriminering vil være i strid med § 11, kun prisdiskriminering som er egnet til å begrense konkurransen. Det er nyttig at tilsynet redegjør for hvilke krav som rettspraksis har oppstilt for at prisdiskriminering skal kunne være i strid med § 11. Avgjørende er igjen at det må foretas en konkret vurdering, og tilsynet gjennomgår i veilederen relevante momenter som markedsposisjon, forhandlingsmakt, strategi m.m.

Tilsynet kunne med fordel også for eksempel sagt mer om hva som er vesentlige og ikke-vesentlige virkninger på kundenes konkurranseevne.

#### Avsluttende bemerkninger

Konkurransetilsynets veileder er på linje med EU/EØS-rettslig praksis og det er i seg selv nyttig for leseren at de ulike vurderingskriteriene knyttes opp mot relevante EU/EØS-avgjørelser. Den gir imidlertid liten veiledning utover det som allerede følger av denne praksisen. Veiledningen kan derfor med fordel utvikles med flere praktiske avklaringer og eksempler. Veiledningen i seg selv er en god start på å klargjøre når prisdiskriminering er et naturlig og forventet resultat av frie forhandlinger og konkurranse, og når prisdiskriminering kan være konkurranseskadelige og ulovlig etter konkurranseloven.

Med vennlig hilsen

Jarle Hammerstad  
Leder Bransjepolitikk

Hege Stensland Sveen  
Advokat/ Leder Forretningsjus og prosess