

Veileder om prisdiskriminering

1 Bakgrunn og formål

- (1) Denne veilederen beskriver hvordan Konkurransetilsynet tolker og vil anvende konkurranseloven i saker som gjelder prisdiskriminering. Ulovlig prisdiskriminering er i konkurranseloven § 11 om misbruk av dominerende stilling definert som "*å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen*". Tilsvarende definisjon finnes i konkurranseloven § 10 om konkurransebegrensende samarbeid.
- (2) Formålet med veilederen er å gi eksterne aktører kunnskap om de rettslige og økonomiske aspektene ved en vurdering av når prisdiskriminering kan være i strid med konkurranseloven. Veilederen handler særlig om vurderinger etter konkurranseloven § 11, men disse vil også ha overføringsverdi til vurderinger av tilsvarende vilkår i konkurranseloven § 10. Veilederen er generell, og gjelder for alle markeder.
- (3) Konkurranseloven §§ 10 og 11 er harmonisert med tilsvarende regelverk i EU/EØS. Det er understreket i konkurranselovens forarbeider at EU/EØS-praksis knyttet til de nevnte bestemmelsene vil veie tungt ved fortolkningen og den nærmere fastsettelsen av innholdet i konkurranselovens bestemmelser.¹
- (4) Konkurransetilsynet understreker at lovligheten av prisdiskriminering må avgjøres etter en konkret vurdering basert på de faktiske omstendighetene i den enkelte sak og at det er det enkelte foretaks ansvar å vurdere lovligheten av egen praksis. Konkurransetilsynet har ikke mulighet til å gi forhåndsutlåtning i en konkret sak eller gi dispensasjon fra konkurranselovens forbudsbestemmelser. Veilederen er ikke ment å være uttømmende med hensyn til når det kan konstateres en overtredelse eller ikke.

2 Definisjon og avgrensning

2.1 Hva er prisdiskriminering?

- (5) Prisdiskriminering er et vidt begrep, og innbefatter situasjoner der et foretak som selger til flere kunder behandler like transaksjoner ulikt, samt situasjoner der selgeren behandler ulike transaksjoner likt.²
- (6) Et eksempel er en leverandør som selger samme produkt til ulik pris til forskjellige detaljister, uten at forskjellene i pris kan tilskrives forskjeller i kostnader ved å betjene de ulike handelspartnerne. Det kan imidlertid også være prisdiskriminering dersom kundene betaler den samme prisen, men det er ulike kostnader forbundet med å betjene de ulike kundene. Et annet eksempel på prisdiskriminering er tilfeller der to kunder tilbys ulik kvalitet på et produkt, og prisforskjellen ikke kan forklares fullt ut med kvalitetsforskjellen.³ Forskjeller i innkjøpspriser som kan tilskrives forskjeller i kostnader, kvalitet eller motytelser, er ikke å betrakte som prisdiskriminering.

¹ Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) side 68. Se også Rt. 2012 s. 1556 premiss 27.

² Se for eksempel O'Donoghue, R. og J. Padilla (2013), *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, side 795-796 som beskriver EU-domstolens praksis hva angår diskriminering.

³ En mer presis (økonomisk) definisjon av prisdiskriminering vil være de tilfeller hvor en leverandørs forhold mellom de relative, relevante inntektene en oppnår ved salg til kundene er forskjellige fra de relative, relevante kostnadene ved å betjene kundene. Dette er i tråd med definisjonen i O'Donoghue og Padilla (2013), side 795-796.

- (7) Prisdiskriminering er en svært vanlig forretningspraksis. Det kan være tale om en rekke ulike prisstrategier, som rabatter, bonuser, koblingssalg og selektive prisreduksjoner. Prisdiskriminering kan ha ulike effekter på konkurransen. Økonomiske analyser viser at prisdiskriminering i visse tilfeller er bra for konkurransen og forbrukerne, og i andre tilfeller ikke.⁴ Det gjelder derfor ikke et generelt forbud mot prisdiskriminering. Det må følgelig foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak, og de faktorene som er relevante i denne vurderingen drøftes i avsnitt 4.3. Denne veilederen beskriver når prisdiskriminering kan være et brudd på konkurranseloven § 11 c.

- Prisdiskriminering er et vidt begrep.
- Det kan både være prisdiskriminering dersom et foretak behandler like transaksjoner ulikt, og dersom ulike transaksjoner behandles likt.
- Prisdiskriminering kan ha ulike effekter på konkurransen, og det er ikke et generelt forbud mot prisdiskriminering.

2.2 Første- og andrelinjeprisdiskriminering

- (8) I saker om prisdiskriminering i EU-domstolen er det trukket et skille mellom første- og andrelinjeprisdiskriminering.⁵ Dette skillet tar utgangspunkt i hvem som rammes direkte av den diskriminerende adferden, og hvorvidt det dominerende foretaket er aktivt på samme ledd i verdikjeden.
- (9) Førstelinjeprisdiskriminering omhandler et dominerende foretaks prisdiskriminering av handelspartnere som skader en aktør på et ledd i verdikjeden hvor det dominerende foretaket selv konkurrerer.⁶ I denne situasjonen får den dominerende aktøren en konkurransefordel overfor en konkurrent gjennom prisdiskrimineringen. Eksempler på førstelinjeprisdiskriminering er selektive priskutt, marginskvis og leveringsnektelse. Et konkret eksempel er en leverandør L som prisdiskriminerer mellom kunde A som leverandør L eier selv, og B som er en uavhengig aktør, slik at A får bedre vilkår enn aktør B.
- (10) Andrelinjeprisdiskriminering omhandler et dominerende foretaks prisdiskriminering av handelspartnere som skader en aktør på et ledd i verdikjeden hvor det dominerende foretaket ikke selv konkurrerer. Et eksempel er en leverandør L som prisdiskriminerer mellom sine kunder A og B, slik at A får bedre vilkår enn aktør B. Det vesentlige i denne situasjonen er at det diskriminerende foretaket ikke er til stede på det leddet i verdikjeden hvor skaden av prisdiskrimineringen finner sted. Det vil i eksemplet si at L ikke er aktiv i samme marked som A og B.⁷

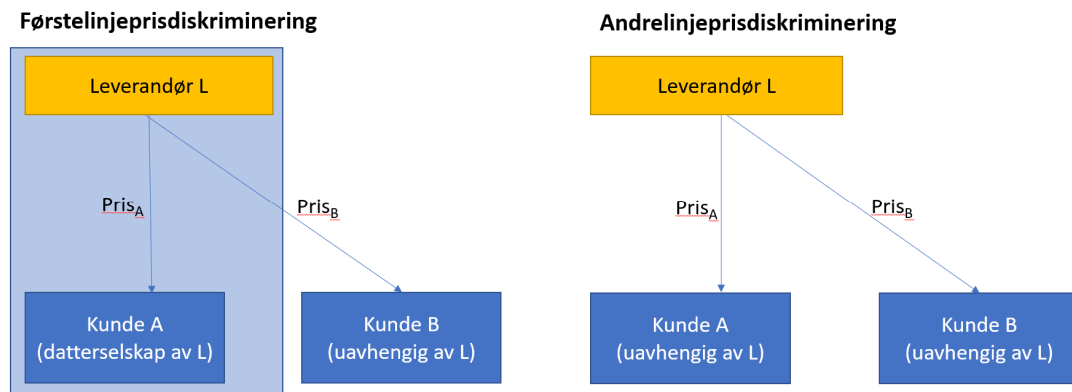
⁴ Se Fumagalli, C., M. Motta og C. Calcagno (2018), *Exclusionary Practices: The Economics of Monopolization and Abuse of Dominance*, kap. 2.2.2.2.

⁵ Det bemerkes for ordens skyld at begrepene første- og andrelinjeprisdiskriminering er rettslige begreper, og må således ikke forveksles med de økonomiske begrepene første-, andre- og tredjegradsprisdiskriminering.

⁶ O'Donoghue og Padilla (2013), side 777-778.

⁷ O'Donoghue og Padilla (2013), side 778.

- (11) Eksempel på første- og andrelinjeprisdiskriminering kan også illustreres i følgende figur:



- (12) I denne veilederen vil det primært fokuseres på andrelinjepriisdiskriminering. Noen av vurderingene vil likevel også ha relevans for vurderingen av førstelinjepriisdiskriminering, for eksempel vurderingen av om det er tale om prisdiskriminering. Andre forhold vil utelukkende være relevante for andrelinjepriisdiskriminering, for eksempel hvorvidt prisdiskriminering påvirker konkurransen mellom kundene (nedstrømsbedriftene) i et ledd i verdikjeden hvor det dominerende foretaket ikke selv er aktivt.

3 Konkurranseloven § 11

- (13) Konkurranseloven § 11 forbyr dominerende foretak å utilbørlig utnytte sin dominerende stilling. Utilbørlig utnyttelse omtales også som misbruk. Et tilsvarende forbud finnes i EØS-avtalen artikkel 54, og tilsynet håndhever begge bestemmelsene når vilkårene for dette er oppfylt.
- (14) For å fastslå om et foretak er dominerende i et marked må det foretas en markedsavgrensning og deretter en vurdering av om foretaket innehar en dominerende stilling i det aktuelle markedet.
- (15) Et foretak som har en dominerende stilling i et marked, kan ha både muligheter og insentiver til å gjøre det vanskelig for andre aktører å konkurrere effektivt. Videre vil et dominerende foretak kunne ha muligheter og insentiver til å påvirke konkurransen i andre markeder enn det markedet den dominerende aktøren befinner seg i.
- (16) Misbruksbegrepet er i utgangspunktet objektivt slik at det ikke kreves bevis for foretakets subjektive hensikt om å skade konkurransen. Bevis for slik hensikt kan likevel underbygge at det foreligger et misbruk. Konkurranseloven § 11 lister i annet ledd opp en rekke handlinger som kan innebære et misbruk. Annet ledd er ikke en uttømmende liste og andre typer adferd kan utgjøre misbruk av dominerende stilling. Både avtaler, felles forståelse og ensidig atferd som leder til utilbørlig utnyttelse kan rammes av konkurranseloven § 11.
- (17) Forbudet mot misbruk av dominerende stilling tar også sikte på å hindre opptreden som er skadelig for kunder eller forbrukere mer indirekte, gjennom at det påvirker konkurransestrukturen og dermed konkurransen i seg selv.⁸
- (18) Det følger av rettspraksis at det ikke kreves faktisk virkning for at forbudet i konkurranseloven § 11 skal anses overtrådt, og det er dermed tilstrekkelig at adferden er egnet til å skade konkurransen.⁹

⁸ Jf. blant annet sak 85/76 *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*, avsnitt 125; sak C-95/04 P *British Airways mot Kommisjonen*, avsnitt 106.

⁹ Se Konkurranseskjemenndas avgjørelse V03/2019 19. juni 2019.

- (19) Videre er det ikke noe krav om at konkurransen påvirkes merkbart som følge av misbrukshandlingen.¹⁰ Det er dermed ikke grunnlag for å oppstille en minimumsterskel for at misbruk kan rammes av forbudet i konkurranseloven § 11.¹¹
- (20) Dersom det dominerende foretaket kan vise til at det har objektivt rettferdiggjørende grunner for sin adferd, kan det medføre at adferden likevel ikke utgjør en overtredelse av § 11. I vurderingen av om det foreligger objektivt rettferdiggjørende grunner er det relevant hvorvidt atferden kan gi effektivitetsgevinster som kommer forbrukerne til gode. Det er foretaket som har bevisbyrden for de faktiske forhold som begrunner rettferdiggjøringen, og beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt.¹²
- (21) I det videre er det vilkåret i § 11 annet ledd bokstav c som vil bli nærmere vurdert, mens de øvrige vilkårene i konkurranseloven § 11 ikke vil bli nærmere omtalt.

4 Er prisdiskriminering ulovlig i henhold til konkurranseloven § 11?

4.1 Innledning

- (22) Det følger av konkurranseloven § 11 annet ledd bokstav c (heretter § 11 c) at misbruk av dominerende stilling kan bestå i:

"å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen"

- (23) Konkurranselovens ordlyd er harmonisert med Artikkel 102 TEUV bokstav c hvor det heter:

"applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage".

- (24) Hvorvidt det faktisk er en overtredelse av § 11 c må vurderes i lys av rettspraksis og andre relevante kilder. Ettersom konkurranselovens bestemmelse er harmonisert med konkurransereglene i EU, vil Konkurransetilsynet se hen til rettspraksis fra EU og EØS.

- (25) I likhet med andre mulige overtredelser av § 11 må det foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak for å avgjøre om det foreligger brudd på konkurranseloven § 11 c. Bestemmelsen innebærer ikke et generelt forbud mot prisdiskriminering. Dette er også i tråd med en økonomisk tilnærming, idet en ut fra en økonomisk analyse kan vise at prisdiskriminering i visse tilfeller er bra for konkurransen og forbrukerne, og i andre tilfeller ikke. Det at prisdiskriminering kan ha ulike velferdseffekter understrekes også av Fumagalli et al. (2018):

"To sum up, from the above discussion one can conclude that, abstracting from exclusionary effects, there is no theoretical ground for systematic concerns against price discrimination. Rather, the main conclusion from economic models is that the welfare implications of price discrimination (or equivalently of banning it) are ambiguous."¹³

- (26) Videre har OECD anbefalt at konkurransemyndighetene skal ta som utgangspunkt at prisdiskriminering har gunstige virkninger:

"This means that it is advisable for agencies to start with a default, but rebuttable, presumption that any given price discrimination scheme has a benign or beneficial impact on consumers."¹⁴

¹⁰ Se fotnote 89 i Konkurransklagenemndas avgjørelse V03/2019 19. juni 2019 der det vises til sak C-23/14 *Post Danmark II*, avsnitt 72 og 73, sak 85/76 *Hoffmann-La Roche*, avsnitt 123 og sak C-525/16 *MEO— Serviços de Comunicações e Multimédia SA v Autoridade da Concorrência*, avsnitt 29.

¹¹ Se fotnote 91 i Konkurransklagenemndas avgjørelse V03/2019 19. juni 2019 der det vises til sak C-23/14 *Post Danmark II*, avsnitt 73 samt avsnitt 213 i nemndas avgjørelse.

¹² Se LG-2019-137886-2, avsnitt 2.2.

¹³ Fumagalli, Motta, Calcagno (2018), side 135.

¹⁴ OECD (2016), Price discrimination, DAF/COMP (2016) 15, avsnitt 32.

- (27) Det er flere vilkår som må være oppfylt for at prisdiskriminering skal utgjøre en overtredelse av § 11 c. For det første må det være gitt "*ulike vilkår for likeverdige ytelser*", og for det andre må den/de som rammes av adferden stilles "*ugunstigere i konkurransen*".

4.2 Ulike vilkår for likeverdige ytelser

- (28) I praksis vil det kunne være noe overlapp mellom vurderingene av hva som utgjør "*ulike vilkår*" og "*likeverdige ytelser*", og det foreligger ikke omfattende rettspraksis som gir veiledning om disse vurderingene.¹⁵ Konkurransetilsynet har i det videre likevel valgt å først redegjøre for hva som ligger i kravet om "*likeverdige ytelser*", og dernest redegjøre for kravet om "*ulike vilkår*".

4.2.1 Likeverdige ytelser

- (29) For at det skal foreligge ulovlig prisdiskriminering må det være tale om forskjellsbehandling knyttet til "*likeverdige ytelser*". Vilkåret har i praksis og teori blitt forstått som et krav om at det foreligger sammenliknbare ytelser. Dersom ytelsene ikke kan sammenliknes, for eksempel fordi produktene er klart ulike, vil det heller ikke foreligge ulovlig prisdiskriminering.
- (30) Det følger av rettspraksis at en ved vurderingen av hvorvidt det er tale om likeverdige ytelser må ta alle relevante forhold i markedet i betraktning.¹⁶ Videre er det lagt til grunn i rettspraksis at kravet om at ytelsene må være sammenliknbare ikke innebærer at ytelsene må være identiske for at vilkåret om likeverdige ytelser skal anses oppfylt.¹⁷ I en konkret vurdering må Konkurransetilsynet eksempelvis undersøke produktbredde og innkjøpsvolum. Dette vil måtte vurderes konkret i hver enkelt sak, og vil avhenge av markedsforholdene i det aktuelle markedet. For eksempel har Kommisjonen i en sak som gjaldt jernbanetransporttjenester kommet til at vilkåret om likeverdige ytelser var oppfylt selv om distansen på de aktuelle reisene varierte.¹⁸
- (31) I tilfeller der samme vare selges til samtlige av det dominerende foretakets kunder vil vilkåret om likeverdige ytelser normalt være oppfylt. Er det derimot tale om varer som det dominerende foretaket tilvirker særskilt til den enkelte kunde, for eksempel egne merkevarer, kan det være mer tvilsomt om vilkåret er oppfylt. Selv om produktene også i disse tilfellene ofte vil anses som del av det samme produktmarkedet kan det ved tilvirkningssalg oftere tenkes at det eksisterer forskjeller som kan begrunne at det ikke er tale om likeverdige ytelser. I slike tilfeller vil Konkurransetilsynet etter en konkret vurdering kunne komme til at det ikke foreligger "*likeverdige ytelser*", og en vil da være utenfor anvendelsesområdet til konkurranseloven § 11 c. Det kan imidlertid være andre forhold som også må vurderes i en konkret sak, eksempelvis volum, produktsortiment, avtaleforhold, tidspunkt for transaksjonen mv.
- (32) Et ytterligere eksempel som illustrerer kravet om sammenliknbarhet er Førsteinstansdomstolens avgjørelse i Clearstream-saken,¹⁹ der spørsmålet var hvorvidt Clearstream hadde handlet i strid med TEUV artikkel 102. I vurderingen ble det vektlagt at enkelte av kundene hadde spesifikke behov, samt at det var ulikheter i kundenes transaksjonsvolum, og at graden av automatisering og standardisering følgelig var høyere for enkelte kunder enn for andre. Clearstream anførte at kundene var ulike ettersom Clearstream ble påført konkrete, spesifikke kostnader ved leveranse til enkelte av kundene som de ikke ble påført ved leveranse til andre kunder. General Court konkluderte likevel med at ytelsene var sammenliknbare og at Clearstream ikke i tilstrekkelig grad hadde lagt frem dokumentasjon som underbygget påstandene om at ytelsene var ulike.²⁰ Domstolen kom derfor til at Clearstream hadde handlet i strid med TEUV artikkel 102 ved å gi sine kunder ulike priser for likeverdige ytelser.

¹⁵ Se også O'Donoghue og Padilla (2013), side 789.

¹⁶ Se Opinion of Advocate General Wahl i sak C-525/16 *MEO*, avsnitt 57 der Wahl viser til sak T-301/04 *Clearstream Banking AG og Clearstream International SA mot Kommisjonen*, avsnitt 169 til 190 og sak T-228/97 *Irish Sugar mot Kommisjonen*, avsnitt 64.

¹⁷ Se eksempelvis Faull, J. og A. Nikpay (2014), *The EU Law of Competition*, Oxford University Press, avsnitt 4.908.

¹⁸ Se sak IV/33.941 *HOV SVZ/MCN*, avsnitt 160.

¹⁹ Sak T-301/04 *Clearstream mot Kommisjonen*.

²⁰ Sak T-301/04 *Clearstream*, avsnitt 178-190.

- (33) Ofte omfatter et leverandørforhold flere produkter eller hele produktsortiment, og vilkårene settes basert på den enkelte kundes totale kjøp av flere ulike produkter. Dersom kundene inngår kontrakter om levering av flere ulike produkter fra en dominerende leverandør, oppstår spørsmålet om vurderingen av *"likeverdige ytelser"* skal skje for enkeltproduktene som kontrakten omfatter eller kontrakten som helhet. Et eksempel kan være at noen aktører kjøper hele den dominerende leverandørens produktportefølje av en varelinje, mens andre kun kjøper noen av produktene. Lovlighetsvurderingen vil da bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet, hvor blant annet markedsforholdene og hvilke varer som omsettes er relevante momenter.
- (34) I tilfeller der det er forskjeller mellom kundenes avtaleforhold vil Konkurransetilsynet normalt foreta en samlet vurdering av vilkårene i kontrakten. I slike tilfeller kan det tenkes at ytelsene ikke kan sies å være de samme fra kunde til kunde. I kontrakter som gjelder flere produkter vil det imidlertid kunne foreligge likeverdige ytelser selv om det er et visst avvik med hensyn til produktsammensetning og volum. Det avgjørende trenger i disse tilfellene ikke være om produktene vurdert enkeltvis er sammenliknbare, men om ytelsene sett under ett er det. I slike avtaleforhold må også eventuelle motytelser i kontraktene vurderes. Forskjellig omfang av motytelser, for eksempel i form av markedsføring av den dominerende aktørens produkter, vil kunne medføre at vilkåret om *"likeverdige ytelser"* ikke er oppfylt. Som vist over i avsnitt (30) er det imidlertid ikke et krav at ulike kunders kontrakter skal være identiske for at det skal være snakk om *"likeverdige ytelser"*.
- (35) I enkelte tilfeller kan prisen for en vare eller tjeneste variere over tid fordi markedsforholdene og kriteriene for fastsettelse av prisen endres avhengig av tidspunkt for transaksjonen. Dermed er det slik at hvis en vare eller tjeneste er tilbudt til ulike kunder på ulike tidspunkt vil ikke varen eller tjenesten nødvendigvis anses som sammenlignbar over tid, selv om det fysiske produktet er identisk.²¹ Et eksempel på at et fysisk identisk produkt ikke trenger å være likeverdig på ulike tidspunkter kan være flybilletter, hvor pris ofte settes avhengig av tidspunktet billetten bestilles.
- (36) Oppsummert viser det ovennevnte at Konkurransetilsynet vil måtte foreta en konkret vurdering i det enkelte tilfellet for å avgjøre om det er tale om likeverdige ytelser. Ved denne vurderingen vil ulikheter mellom kunder, transaksjonens art og omfang, samt ytelsens innhold og karakter være relevante momenter. Videre er det relevant hvorvidt transaksjonene innebærer ulik fortjeneste for den dominerende aktøren, for eksempel forskjellige motytelser, og hvorvidt transaksjonene er inngått på ulike tidspunkt.

Vilkåret *"likeverdige ytelser"* krever at ytelsene er sammenliknbare, men det er ikke et krav at ytelsene er identiske.

Ved den konkrete vurderingen vil følgende momenter være relevante:

- Ulikheter mellom kunder
- Transaksjonens art og omfang
- Ytelsens innhold og karakter
- Om den dominerende aktøren får ulik fortjeneste, for eksempel i form av hvor omfattende motytelser som gis
- Om transaksjonene er inngått på ulike tidspunkt

²¹ Opinion of Advocate General Wahl i sak C-525/16 *MEO*, avsnitt 57 der Wahl viser til O'Donoghue og Padilla (2013), side 795, og Geradin, D., A. Layne-Farrar og N. Petit (2012), *EU competition law and economics*, side 298.

4.2.2 Ulike vilkår

- (37) Det dominerende foretaket må videre ha gitt sine kunder "*ulike vilkår*" for at det skal kunne være tale om ulovlig prisdiskriminering. Ved vurderingen av hvorvidt en kunde har fått "*ulike vilkår*" må det foretas en sammenlikning av priser, rabatter og andre relevante vilkår i avtalen kunden har inngått med det dominerende foretaket, samt priser, rabatter og andre relevante vilkår det dominerende foretaket har gitt andre kunder. Dersom det er forskjell på de relevante vilkårene, vil man være innenfor anvendelsesområdet til konkurranseloven § 11 c. I en konkret sak hvor det er benyttet ulike typer rabatter, kan det også bli nødvendig å se nærmere på fordelingen av de ulike rabattene før man kan ta stilling til om det er tale om ulike vilkår eller ikke. Ved vurderingen av om det er gitt ulike vilkår er det også relevant å se hen til hvorvidt to likeverdige ytelser gir forskjellig fortjeneste for det dominerende foretaket.²²
- (38) På samme måte som for vilkåret "*likeverdige ytelser*" må det foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet for å avgjøre om det dominerende foretaket har gitt sine kunder "*ulike vilkår*". I noen tilfeller vil vilkåret klart være oppfylt, for eksempel der det dominerende foretaket har gitt sine kunder ulike priser for identiske produkter eller tjenester, uten at prisforskjellene kan begrunnes i ulike kostnader ved å betjene de ulike kundene.
- (39) I andre tilfeller vil vilkåret volde mer tvil, for eksempel der det dominerende foretaket har gitt sine kunder ulike priser eller rabattvilkår, samtidig som kundene kjøper ulikt volum av et gitt produkt eller tilbyr motytelser overfor det dominerende foretaket. I slike tilfeller vil Konkurransetilsynet foreta en konkret vurdering av om prisforskjellen for eksempel kan begrunnes i ulik realisering av effektivitetsgevinster eller kostnadsbesparelser mellom kunder for det dominerende foretaket, for å avgjøre om det er tale om "*ulike vilkår*".²³ Konkurransetilsynet vil i det følgende angi relevante momenter ved den konkrete vurderingen av når det vil foreligge "*ulike vilkår*" i et konkret tilfelle, uten at det vil være mulig å gi en uttømmende fremstilling av når det vil være tale om "*ulike vilkår*".
- (40) I praksis vil et dominerende foretak ofte kunne vise til at foretaket har ulike kostnader forbundet med å betjene ulike kunder. Det følger imidlertid av rettspraksis og juridisk teori at prisforskjeller må kunne forklares med faktiske kostnadsforskjeller for det dominerende foretaket for at vilkårene ikke skal anses ulike. Et eksempel fra rettspraksis er Deutsche Bahn mot Kommisjonen, hvor det ble uttalt at:
- "In so far as the applicant alleges that certain costs are specific to the western journeys, namely those entailed by locomotive changeover and reassembling of wagons at the border, the Court finds that such costs can represent only a small part of the costs incurred in the provision of the services in question as a whole [...] and cannot therefore justify the price differences noted."*²⁴
- (41) I andre tilfeller gir det dominerende foretaket sine kunder ulike rabatter basert på at kundene kjøper ulikt volum fra det dominerende foretaket. Det følger av rettspraksis at forskjellen i størrelsen på rabattene og rabattstrukturen i slike tilfeller må kunne begrunnes i faktiske kostnadsbesparelser for det dominerende foretaket for at det ikke skal kunne anses som ulike vilkår for likeverdige ytelser.
- (42) Et eksempel fra rettspraksis er EU-domstolens avgjørelse i en sak som gjaldt en kvantumsrabatt gitt til flyselskaper som landet på bestemte flyplasser i Portugal. Rabattberegningen i den aktuelle saken tok utgangspunkt i antall landinger et flyselskap foretok på de aktuelle flyplassene. Rabatten økte dersom antall landinger på flyplassen steg. Et sentralt element i vurderingen av om det forelå forskjellsbehandling var at progresjonen var høyere for den siste rabattsatsen enn for de lavere trinnene i rabattskalaen. EU-domstolen la til grunn at dette i seg

²² Se O'Donoghue og Padilla (2013), side 795.

²³ Se også sak T-229/94 *Deutsche Bahn mot Kommisjonen*.

²⁴ Se sak T-229/94 *Deutsche Bahn*, avsnitt 90.

selv ikke var nok til at det forelå forskjellsbehandling. Domstolen kom likevel til at rabattsystemet i den aktuelle saken var i strid med konkurransereglene og uttalte:

"In that connection, it should be noted that it is of the very essence of a system of quantity discounts that larger purchasers of a product or users of a service enjoy lower average unit prices or - which amounts to the same - higher average reductions than those offered to smaller purchasers of that product or users of that service [...]"

None the less, where as a result of the thresholds of the various discount bands, and the levels of discount offered, discounts (or additional discounts) are enjoyed by only some trading parties, giving them an economic advantage which is not justified by the volume of business they bring or by any economies of scale they allow the supplier to make compared with their competitors, a system of quantity discounts leads to the application of dissimilar conditions to equivalent transactions. [...]"

In a situation where, as the Commission has observed, the system of discounts appears to favour certain airlines, in this case de facto the national airlines, and where the airports concerned are likely to enjoy a natural monopoly for a very large portion of their activities, such general arguments are insufficient to provide economic reasons to explain specifically the rates chosen for the various bands."²⁵

- (43) Det ovennevnte viser at et dominerende foretak kan gi kvantumsrabatter og således ulike vilkår til sine kunder, men at det vil kunne være i strid med konkurranseloven § 11 c dersom det dominerende foretaket forskjellsbehandler sine kunder i større grad enn effektivitetsgevinstene tilsier. Dersom en kunde kjøper et større volum enn andre kunder og de ulike rabattene det dominerende foretaket gir kan forklares i effektivitetsgevinster, vil dette tale for at det ikke foreligger ulovlig prisdiskriminering. Motsatt vil det kunne foreligge ulovlig prisdiskriminering dersom det dominerende foretaket gir sine kunder ulike vilkår uten at dette kan begrunnes i kostnadsbesparelser eller andre effektivitetsgevinster.

Ved vurderingen av om en kunde har fått "*ulike vilkår*" må priser, rabatter og andre relevante vilkår i avtalen kunden har inngått med det dominerende foretaket, sammenlignes med priser, rabatter og andre relevante vilkår det dominerende foretaket har gitt andre kunder.

- Det kan bli nødvendig å se nærmere på fordelingen av de ulike rabattene.
- Det er også relevant å se hen til om to likeverdige ytelser gir forskjellig fortjeneste for det dominerende foretaket.
- Prisforskjeller begrunnet i ulike kostnader forbundet med å betjene ulike kunder, må kunne forklares med faktiske kostnadsforskjeller.
- Forskjeller i størrelsen på rabatter og rabattstruktur må kunne begrunnes i faktiske kostnadsbesparelser.

²⁵ Sak C-163/99 *Portugal mot Kommisjonen*, avsnitt 51, 52 og 56.

4.3 Stilles ugunstigere i konkurransen

- (44) Forskjellsbehandlingen må videre stille den/de som rammes av adferden "ugunstigere i konkurransen" for at prisdiskrimineringen skal være i strid med § 11 c. Det følger av ordlyden at prisdiskrimineringen må påvirke konkurransen mellom de aktuelle handelspartnerne for at det skal foreligge ulovlig prisdiskriminering. Dette innebærer at den dominerende aktørens ulike handelspartnere må være faktiske eller potensielle konkurrenter for at det skal være tale om ulovlig prisdiskriminering etter § 11 c.
- (45) Videre er det lagt til grunn i rettspraksis at vilkåret innebærer et krav om at adferden er egnet til å føre til en vridning i konkurranseforholdet mellom det dominerende foretakets kunder for at det skal anses som ulovlig prisdiskriminering. I *British Airways mot Kommisjonen* uttalte Court of Justice at:

*"Therefore, in order for the conditions for applying subparagraph (c) of the second paragraph of Article 82 EC to be met, there must be a finding not only that the behaviour of an undertaking in a dominant market position is discriminatory, but also that it tends to distort that competitive relationship, in other words to hinder the competitive position of some of the business partners of that undertaking in relation to the others (see, to that effect, Suiker Unie, paragraphs 523 and 524)."*²⁶

- (46) Dette er senere fulgt opp i MEO-dommen.²⁷ Det siterte viser at det dominerende foretakets atferd må være egnet til å svekke konkurranseposisjonen til en eller flere av det dominerende foretakets handelspartnere i forhold til foretakets øvrige handelspartnere.
- (47) Kravet om at adferden må være egnet til å føre til en vridning i konkurranseforholdet mellom handelspartnerne innebærer imidlertid ikke at enhver ulempe som disse påføres som følge av adferden er tilstrekkelig for at vilkåret skal anses oppfylt. I MEO-dommen uttalte EU-domstolen at:

*"In order to establish whether the price discrimination on the part of an undertaking in a dominant position vis-à-vis its trade partners tends to distort competition on the downstream market, [...] the mere presence of an immediate disadvantage affecting operators who were charged more, compared with the tariffs applied to their competitors for an equivalent service, does not, however, mean that competition is distorted or is capable of being distorted."*²⁸

- (48) Sitatet fra MEO-dommen underbygger at det ikke er tilstrekkelig at enkelte av det dominerende foretakets handelspartnere påføres en umiddelbar ulempe som følge av at de måtte betale en høyere pris for en likeverdig ytelse, for at det dominerende foretakets atferd skal anses egnet til å vri konkurransen. I forlengelsen av dette uttalte domstolen:

*"It is only if the behaviour of the undertaking in a dominant position tends, having regard to the whole of the circumstances of the case, to lead to a distortion of competition between those business partners that the discrimination between trade partners which are in a competitive relationship may be regarded as abusive. In such a situation, it cannot, however, be required in addition that proof be adduced of an actual, quantifiable deterioration in the competitive position of the business partners taken individually [...]."*²⁹

- (49) Det ovennevnte viser at det kun er i tilfeller der det dominerende foretakets prisdiskriminering er egnet til å føre til en vridning i konkurranseforholdet mellom det dominerende foretakets handelspartnere at adferden vil anses å være i strid med § 11 c. Ved denne vurderingen vil Konkurransetilsynet ta alle relevante omstendigheter i den konkrete saken i betraktning. Dersom man etter en konkret vurdering finner at adferden er egnet til å føre til en vridning i

²⁶ Se sak C-95/04 *British Airways* avsnitt 144.

²⁷ Sak C-525/16 *MEO* avsnitt 25.

²⁸ Sak C-525/16 *MEO* avsnitt 26.

²⁹ Sak C-525/16 *MEO* avsnitt 27.

konkurransforholdet mellom handelspartnerne, følger det av rettspraksis at det ikke kreves at det i tillegg føres bevis for at det dominerende foretakets atferd fører til en reell, kvantifiserbar forverring av konkurranseevnen til de aktuelle handelspartnerne. Det kreves altså ikke bevis for en reell, kvantifiserbar forverring av handelspartnernes konkurranseevne for at vilkåret "ugunstigere i konkurransen" skal anses oppfylt.

- (50) I MEO-dommen uttalte domstolen følgende om den konkrete vurderingen som må foretas:

*"When it carries out the specific examination referred to in paragraph 28 above, the competition authority or the competent national court is required to take into account all the circumstances of the case submitted to it. It is open to such an authority or court to assess, in that context, the undertaking's dominant position, the negotiating power as regards the tariffs, the conditions and arrangements for charging those tariffs, their duration and their amount, and the possible existence of a strategy aiming to exclude from the downstream market one of its trade partners which is at least as efficient as its competitors [...]."*³⁰

*"A finding of such a 'competitive disadvantage' [...] must be based on an analysis of all the relevant circumstances of the case leading to the conclusion that that behaviour has an effect on the costs, profits or any other relevant interest of one or more of those partners, so that that conduct is such as to affect that situation."*³¹

- (51) Rettspraksis legger altså til grunn at konkurransemyndighetene må foreta en helhetlig vurdering av alle relevante omstendigheter i saken for å avgjøre om det dominerende foretakets atferd stiller en eller flere handelspartnere "ugunstigere i konkurransen". Relevante momenter i denne vurderingen vil blant annet være foretakets dominerende stilling, det dominerende foretakets forhandlingsmakt når det gjelder prissettingen, prisvilkårene samt prisens varighet og størrelse. Det vil også være relevant hvorvidt det dominerende foretaket har hatt en strategi som tar sikte på å utestenge en eller flere av sine handelspartnere som er minst like effektive som sine konkurrenter fra nedstrømsmarkedet. Hvorvidt atferden er egnet til å ha en effekt på en eller flere av handelspartnernes kostnader, profitt eller andre relevante interesser er også relevante momenter i vurderingen av om det foreligger ulovlig prisdiskriminering.

- (52) Det er videre lagt til grunn i rettspraksis at ikke enhver pris- eller kostnadsforskjell som påføres det dominerende foretakets handelspartnere vil være tilstrekkelig for å anse vilkåret "ugunstigere i konkurransen" oppfylt. I MEO-dommen uttalte domstolen at:

*"[...] where the effect of a tariff differentiation on the costs borne by the operator which considers itself to be wronged, or on the profitability and profits of that operator, is not significant, it may, in some circumstances, be deduced that that tariff differentiation is not capable of having any effect on the competitive position of that operator."*³²

- (53) Det siterte viser at dersom prisdiskrimineringen ikke har vesentlige virkninger på handelspartnerens kostnader eller lønnsomhet og fortjeneste, kan det i enkelte tilfeller medføre at prisdiskrimineringen ikke kan anses som egnet til å ha noen effekt på konkurranseevnen til det dominerende foretakets handelspartner. Det kan imidlertid ikke angis en eksakt grense for når virkningene av prisdiskrimineringen på konkurranseevnen til de kundene som er rammet vil anses som vesentlige, og vurderingen må foretas konkret i den enkelte sak.

- (54) Samlet viser det ovennevnte at det i saker om prisdiskriminering er relevant å se på potensielle virkninger på konkurransen mellom det dominerende foretakets handelspartnere for å vurdere om det i et konkret tilfelle er tale om en overtredelse av § 11 c.³³ Det finnes et begrenset antall

³⁰ Sak C-525/16 MEO avsnitt 31.

³¹ Sak C-525/16 MEO avsnitt 37.

³² Sak C-525/16 MEO avsnitt 34.

³³ Se Horvath, R., L. Peeperkorn og E. Rousseva (2020), The Preliminary Ruling in MEO: Closing the Circle of Article 102 TFEU, *Journal of European Competition Law & Practice*. De tolker avsnitt 31 i MEO-dommen på følgende måte (se side 10): 'What the Court of Justice does is to distinguish between harm to (some) competitors

saker fra rettspraksis hvor det foretas en konkret vurdering av ovennevnte vurderinger, og rettspraksis kan ikke anses som uttømmende med hensyn til hvilke typer adferd som kan være i strid med § 11 c. Ved den konkrete vurderingen er det relevant å se hen til det overordnede formålet med forbudet mot misbruk av en dominerende stilling som beskrevet over i kapittel 3, der et sentralt spørsmål er om adferden er skadelig for konkurransen. Konkurransetilsynet vil i det videre peke på ulike virkninger som kan oppstå knyttet til prisdiskriminering på kort og lang sikt, og som etter tilsynets vurdering vil være relevante ved den konkrete vurderingen av når vilkåret "ugunstigere i konkurransen" kan være oppfylt.

For at det skal være tale om ulovlig prisdiskriminering:

- Må den dominerende aktørens ulike kunder være faktiske eller potensielle konkurrenter, og
- atferden må være egnet til å føre til en vridning i konkurranseforholdet mellom det dominerende foretakets kunder.
- Det kreves ikke at det føres bevis for at det dominerende foretakets atferd fører til en reell, kvantifiserbar forverring av konkurranseevnen til de aktuelle kundene.

Relevante momenter i denne vurderingen vil være:

- Graden av foretakets dominans.
- Det dominerende foretakets forhandlingsmakt mht. prissetting, prisvilkår, prisens varighet og størrelse.
- En eventuell strategi som tar sikte på å utestenge en eller flere kunder som er minst like effektive som sine konkurrenter fra nedstrømsmarkedet.
- Om atferden er egnet til å ha en effekt på en eller flere av kundenes kostnader, profitt eller andre relevante interesser.

4.3.1 Overordnet om økonomisk teori vedrørende andrelinjeprisdiskriminering

- (55) Som vist over i avsnitt (7) vil prisdiskriminering kunne ha ulike effekter på konkurransen, hvilket betyr at det må foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak for å undersøke hvorvidt den konkrete prisdiskrimineringen er egnet til å skade konkurransen nedstrøms.
- (56) Det eksisterer mange vitenskapelige arbeider knyttet til effektene av prisdiskriminering som belyser ulike skadehypoteser knyttet til prisdiskriminering.³⁴ Denne litteraturen drøfter på et

from harm to competition. The second can only result if the first is present, but the presence of the first does not automatically imply the existence of the second.'

³⁴ Noen sentrale bidrag i litteraturen er: Akgün, U. og I. Chioveanu (2019), Wholesale price discrimination: innovation incentives and upstream competition, *Journal of Economics and Management Strategy*; Herweg, F. og D. Müller (2016), Price discrimination in input markets: Quantity discounts and private information, *The Economic Journal*; DeGraba, P. (1990), Input price discrimination and the choice of technology, *American Economic Review*; Inderst, R. og J. Montez (2019), Buyer power and mutual dependency in a model of negotiations, *RAND Journal of Economics*; Inderst, R. og G. Shaffer (2009), Market power, price discrimination, and allocative efficiency in intermediate-goods markets, *RAND Journal of Economics*; Inderst, R. og T. Valletti (2009), Price discrimination in input markets, *RAND Journal of Economics*; Inderst, R. og T. Valletti (2011), Buyer power and the 'waterbed effect', *Journal of Industrial Economics*; Inderst, R. og C. Wey (2007), Buyer power and supplier incentives, *European Economic Review*; Katz, M. L. (1987), The welfare effects of third-degree price discrimination in intermediate good markets, *American Economic Review*; O'Brien, D.P. (2014), The welfare effects of third-degree price discrimination in intermediate good markets: the case of bargaining. *Rand Journal of Economics*; O'Brien, D. P. og G. Shaffer (1994), The welfare effects of forbidding discriminatory discounts: a secondary line analysis of Robinson-Patman. *Journal of Law, Economics & Organization*; Villas-Boas, S.B. (2009), An empirical investigation of the welfare effects of banning wholesale price discrimination. *Rand Journal of Economics*.

prinsipielt grunnlag mulige virkninger av andrelinjeprisdiskriminering under gitte forutsetninger, herunder hvorvidt det er tale om enkle eller kompliserte prisstrukturer, observerbare eller hemmelige kontrakter, ulik grad av kjøpermakt og hvorvidt kjøperne har utsidealternativer.

- (57) Det eksisterer flere empiriske studier som undersøker faktiske virkninger av prisdiskriminering i spesifikke markeder. For eksempel finnes det studier fra andre land av virkninger av et generelt forbud mot prisdiskriminering både fra dagligvaremarkedet, kaffemarkedet og markedet for medisinsk utstyr.³⁵ Det finnes også andre studier av mulige virkninger av prisdiskriminering, blant annet fra markedet for kaffe, murstein og legemidler.³⁶ Disse studiene gir nyttig kunnskap om relevante mekanismer når ulike skadehypoteser knyttet til prisdiskriminering skal vurderes.
- (58) I Norge har det i de senere årene vært en omfattende faglig diskusjon om prisdiskriminering i dagligvaremarkedet, herunder ekspertrapporter utarbeidet for Nærings- og fiskeridepartementet, Konkurransetilsynet og enkelte aktører i dagligvaremarkedet. Disse rapportene bidrar til å belyse en del sentrale mekanismer som også vil omtales i denne veilederen.³⁷
- (59) Når en skal vurdere virkningene av prisdiskriminering, må en sammenligne med en alternativsituasjon. I den økonomiske litteraturen benyttes typisk et forbud mot prisdiskriminering som alternativsituasjon. I en gitt sak vil Konkurransetilsynet måtte foreta en konkret vurdering av alternativsituasjonen, og alternativsituasjonen i slike saker kan typisk være en situasjon med fravær av prisdiskriminering eller mer begrenset omfang av prisdiskriminering.³⁸ Økonomisk teori gir nyttig veiledning ved vurderingen av hvorvidt prisdiskriminering kan være skadelig for konkurransen. Slike analyser kan blant annet belyse om prisdiskriminering fører til høyere eller lavere innkjøpspriser for nedstrømsbedrifter, og hvorvidt prisdiskriminering har en effekt på investeringer. I de neste to kapitlene redegjør Konkurransetilsynet for konkurransefremmende og konkurransehemmende effekter av prisdiskriminering på kort og lang sikt.

4.3.2 Virkninger av andrelinjeprisdiskriminering på kort sikt

- (60) Prisdiskriminering vil kunne påvirke både det relative og absolutte nivået på innkjøpsprisene. Det relative nivået på innkjøpsprisene mellom de ulike handelspartnerne kan påvirke konkurransekraften til et foretak, både på kort og lang sikt. Det absolutte nivået på den marginale innkjøpsprisen påvirker profittmarginen, og dermed også lønnsomheten på kort og lang sikt.
- (61) Det følger av økonomisk teori at prisdiskriminering kan ha konkurransefremmende effekter. Dersom et dominerende foretak ikke kan prisdiskriminere mellom sine handelspartnere, vil det

³⁵ Se Allain, M.-L., C. Chambolle og S. Turolla (2019), The effect of input price discrimination on retail prices: theory and evidence from France, upublisert manuskript, angående dagligvarer; Villas-Boas (2009) angående kaffe og Grennan, M. (2016), Price discrimination and bargaining: Empirical evidence for medical devices, *American Economic Review*, angående medisinsk utstyr, samt Bulmash, H. (2012), An Empirical Analysis Of Secondary Line Price Discrimination Motivations, *Journal of Competition Law & Economics*.

³⁶ Se Beckert, W., H. Smith and Y. Takahashi (2015), Competitive price discrimination in a spatially differentiated intermediate goods market, *University of London Working Paper*, angående murstein, Noton, C. og A. Elberg (2018), Are supermarkets squeezing small suppliers? Evidence from negotiated wholesale prices, *Economic Journal* angående dagligvarer og Ellison, S. F., og C. M. Snyder (2010), Countervailing power in wholesale pharmaceuticals, *The Journal of Industrial Economics* angående legemidler.

³⁷ Noen utvalgte utredninger relatert til dagligvarebransjen er: Gabrielsen, T.S., E. Moen og T. Nilssen (2020), Utredning om prisdiskriminering i dagligvarebransjen, *Rapport skrevet på oppdrag for Nærings- og fiskeridepartementet*; Gabrielsen, T.S., E. Moen og T. Nilssen (2020), Prisdiskriminering i dagligvarebransjen, *Samfunnsøkonomen*; Johansen, B. og O.R. Straume (2019), Effektene av diskriminerende innkjøpspriser i det norske grossistmarkedet for dagligvarer, *Rapport skrevet på oppdrag for Konkurransetilsynet*; Foros, Ø. og H.J. Kind (2018), Innkjøpspriser i dagligvarebransjen, *Samfunnsøkonomen*; Foros, Ø. og H.J. Kind (2019), Størrelsesbasert prisdiskriminering, *Samfunnsøkonomen*; Bergh, H., E.M. Hammersmark, J.S. Hansen og J. Skaar (2020), Samfunnsøkonomiske konsekvenser av et forbud mot prisdiskriminering i det norske dagligvaremarkedet, *Samfunnsøkonomen*.

³⁸ Dette er nærmere forklart i Johansen og Straume (2019), der de drøfter konsekvensene av å legge begrensninger på prisdiskriminering uten å forby det.

kunne påvirke insentivene til å forhandle, både for det dominerende foretaket og dets handelspartnere. For eksempel vil en kunde som fremforhandler en lavere innkjøpspris vite at denne innkjøpsprisen også automatisk vil komme de andre konkurrentene til gode. Dette vil svekke kundens insentiver til å forhandle hardt. I et slikt tilfelle vil det også kunne være mer kostbart for selgeren å innrømme rabatter, siden disse må gis til alle kunder. Det blir da enklere for selgeren å binde seg til en høy innkjøpspris.³⁹

- (62) I tilfeller hvor det ikke er mulig å prisdiskriminere kan dette legges restriksjoner på hvordan kontrakter kan utformes. Slike restriksjoner kan føre til ineffektive kontrakter mellom det dominerende foretaket og dets handelspartnere, noe som igjen kan skade konkurransen.⁴⁰
- (63) Både forhandlinger og effektive kontrakter kan innebære at prisdiskriminering i enkelte tilfeller kan føre til lavere innkjøpspriser, og dermed ha konkurransefremmende effekter.
- (64) Det følger av økonomisk teori at prisdiskriminering også kan ha konkurransehemmende effekter. Felles for flere økonomiske modeller som viser at prisdiskriminering har negativ effekt på konkurransen, er en forutsetning om at utsidealternativet til en eller flere handelspartnere binder.⁴¹ Utsidealternativet er det alternativet en aktør har dersom man ikke kommer til enighet om en avtale med den dominerende aktøren. For eksempel vil utsidealternativet til en kunde kunne være egenproduksjon av produktet eller tjenesten man forhandler om. Et utsidealternativ vil være bindende dersom profitten kunden oppnår vil være den samme ved å velge utsidealternativet som å kjøpe varen eller tjenesten fra den dominerende aktøren. I en slik situasjon kan prisdiskriminering føre til høyere priser. Intuisjonen bak dette resultatet er følgende: Når en leverandør kan prisdiskriminere mellom sine kunder, vil den kunden som har et bindende utsidealternativ – kunde A – få en lavere innkjøpspris enn kunden uten et utsidealternativ – kunde B – for å unngå at kunde A velger utsidealternativet. Når leverandøren ikke kan prisdiskriminere, må han behandle begge likt. For å kompensere kunde A for den tapte konkurransefordelen må leverandøren redusere innkjøpsprisen for A. Dette resulterer i lavere innkjøpspriser for begge kundene. Dette resultatet er imidlertid basert på en rekke forutsetninger, blant annet at all forhandlingsmakt er på leverandørleddet.
- (65) *Prisstrukturen* kan også være av avgjørende betydning i vurderingen av om prisdiskriminering fører til konkurranseskade. En faktor som er relevant ved en slik vurdering er hvorvidt det er den mest effektive kunden eller den minst effektive kunden som ville betalt høyest innkjøpspris ved prisdiskriminering. Ved lineære kontrakter vil prisdiskriminering kunne være konkurransefremmende hvis den mest kostnadseffektive kunden får lavest innkjøpspris og kundene har troverdige og bindende utsidealternativer.⁴²
- (66) Når leverandøren har mulighet til å velge en mer fleksibel prisstruktur enn rene lineære priser, for eksempel gjennom å tilby prisstrukturer som består av både en fast betaling og betaling som varierer med volum, vil man normalt ikke forvente at prisdiskriminering er konkurranseskadelig.⁴³ Når leverandøren kan prisdiskriminere, kan den variable priskomponenten settes lavere til den mer effektive kunden, og den faste betalingen brukes til å fordele inntektene mellom forhandlingspartnerne. Prisdiskriminering med to-delte tariffen kan derfor resultere i lavere innkjøpspris og høyere konsumentvelferd.⁴⁴ Dette beror imidlertid på en konkret vurdering basert på de faktiske omstendigheter.
- (67) En annen faktor som er relevant ved vurderingen av potensielle virkninger av prisdiskriminering på kort sikt er om kontrakter er *observerbare* eller ikke.⁴⁵ I markeder med ikke-observerbare og ikke-lineære kontrakter kan en leverandør og en nedstrømsbedrift ha insentiver til å opptre på

³⁹ Se O'Brien (2014).

⁴⁰ Se, for eksempel, Gabrielsen, Moen og Nilssen (2020), kapittel 4.3.

⁴¹ Se blant annet Katz (1987). Se også Inderst og Valletti (2009) for en analyse av en situasjon med bedrifter med ulik grad av kostnadseffektivitet.

⁴² Se Inderst og Valletti (2009). Se også Johansen og Straume (2019), kapittel 3.3.1, for en diskusjon.

⁴³ Se diskusjonen i Inderst og Shaffer (2009).

⁴⁴ Se diskusjonen i Gabrielsen, Moen og Nilssen (2020), kap. 3.2.

⁴⁵ Se blant annet Johansen og Straume (2019) og Gabrielsen, Moen og Nilssen (2020).

en måte som bidrar til at de sammen oppnår mer profitt på bekostning av en annen nedstrømsbedrift. Ikke-observerbare rabatter gir et mulighetsrom for leverandøren til å prisdiskriminere uten å miste kunder, siden en rabatt kan tilbys en aktør uten at denne må gis til alle kundene. Den enkelte kunde vil imidlertid innse dette, og vil derfor være tilbakeholdne med å akseptere høye enhetspriser da de vil forvente at konkurrentene får kundespesifikke rabatter. Dette kan føre til lavere priser til sluttbrukerne og derfor ha en konkurransefremmende effekt.⁴⁶ Et inngrep mot prisdiskriminering vil medføre at kontraktene kan observeres av alle, noe som fjerner leverandørens insentiver til å gi hemmelige rabatter til en nedstrøms bedrift, og dermed vil leverandørene presumptivt sette høyere innkjøpspriser enn det som er tilfellet ved hemmelige kontrakter.

- (68) Samlet viser det ovennevnte at det er flere mulige virkninger som på kort sikt kan være aktuelle ved vurderingen av om vilkåret "ugunstigere i konkurransen" er oppfylt. Ved den konkrete vurderingen som Konkurransetilsynet må foreta, vil det som vist over være aktuelt å undersøke blant annet prisstruktur, kundenes utsidealternativer, kjøpermakt, samt hvorvidt kontraktene er observerbare.

Ifølge økonomisk teori kan prisdiskriminering ha både konkurransehemmende og konkurransefremmende effekter.

Relevante momenter i denne vurderingen vil være:

- Prisstruktur
- Kundens utsidealternativ
- Kjøpermakt
- Hvorvidt kontaktene er observerbare

4.3.3 Virkninger av andrelinjeprisdiskriminering på lang sikt

- (69) I det tilfellet at prisdiskriminering fører til at en eller flere handelspartnere får lavere innkjøpspriser, kan dette bety hardere priskonkurranse. Kundene med gode innkjøpsbetingelser får insentiver til å sette lavere priser til sluttkundene, og de med dårlige innkjøpsbetingelser vil typisk respondere med å senke sine priser for å ikke tape i konkurransen. Utgangspunktet er følgelig at konkurransen skjerpes i et slikt tilfelle.
- (70) Videre vil det være slik at lavere innkjøpspriser på kort sikt typisk vil legge til rette for etablering, siden lavere innkjøpspriser ofte vil resultere i høyere profitt for leverandørens kunder. Dette fordi det normalt er slik at lavere innkjøpspriser bare delvis overføres til forbrukerne i form av reduserte priser.⁴⁷
- (71) På lang sikt kan prisdiskriminering være skadelig ved at det svekker konkurransekraften til de kundene som over tid betaler høyere innkjøpspriser enn andre. Det kan føre til at etablerte aktører må forlate markedet, eller at nykommere ikke etablerer seg. Både hel utestengelse – at en aktør forlater markedet eller en potensiell ny aktør ikke etablerer seg – og delvis utestengelse – at en eller flere aktører får en stadig svakere stilling – kan være konkurranseskadelig.
- (72) Som vist i avsnitt (60) vil både relative og absolutte innkjøpspriser ha en innvirkning på konkurransen på lang sikt. Det relative nivået påvirker konkurransekraften til et foretak. Det absolutte nivået på den marginale innkjøpsprisen påvirker profittmarginen direkte, og vil sammen med eventuelle faste betalinger påvirke lønnsomheten på lang sikt.
- (73) Prisdiskriminering kan på lang sikt også ha betydning for muligheten og insentivene til å investere i kostnadsreducerende tiltak, produktinnovasjon og alternative forsyningskilder mv.,

⁴⁶ Se diskusjonen i Gabrielsen, Moen og Nilssen (2020), kap. 3.2.

⁴⁷ Se eksempelvis diskusjonen i Gabrielsen, Moen og Nilssen (2020), kapittel 5.

hvilket også kan påvirke potensiell nyetablering og ekspansjon og dermed påvirke konkurransen i markedet.

- (74) Effekten av prisdiskriminering på insentivene kundene har til å investere i kostnadsreducerende tiltak, er avhengig av sammenhengen mellom kostnadseffektivitet og innkjøpspriser. Dersom mer kostnadseffektive kunder betaler høyere innkjøpspriser kan prisdiskriminering føre til reduserte insentiver til kostnadsreducerende tiltak. Dersom de mest kostnadseffektive kundene får lavest innkjøpspriser kan prisdiskriminering styrke insentivene til kostnadsreducerende tiltak.⁴⁸
- (75) Ved vurderingen av om noen handelspartnere til den dominerende aktøren på lang sikt kan forlate markedet eller begrense sin ekspansjon som følge av prisdiskriminering, er det relevant å se på eventuelle muligheter for mottrekk fra disse aktørene, som helt eller delvis kan motvirke kostnadsulempen forbundet med høyere innkjøpspriser. Et eksempel er at en kunde kan utvikle sine egne produkter, herunder gå i allianse med produsenter som lager produkter, som kun denne kunden tilbyr til sine slutt kunder. Potensialet for slike og andre lignende mottrekk er således relevant ved vurderingen av om prisdiskriminering fører til hel eller delvis utestengelse på lang sikt.
- (76) På lang sikt kan prisdiskriminering føre til at kundene med gode betingelser vokser seg større og de andre kundene blir tilsvarende mindre i omsetning, hvilket kan føre til at de med dårlige betingelser får enda dårligere betingelser. Dette er i økonomisk teori karakterisert som den såkalte vannsengeffekten.⁴⁹ Det er en rekke vilkår som må være oppfylt for at vannsengeffekten skal skade konkurransen og føre til høyere priser til slutt kundene, og tilsynet går ikke i denne veilederen nærmere inn på disse vilkårene.⁵⁰

På lang sikt kan prisdiskriminering:

- Være skadelig ved at det svekker konkurransekraften til de kundene som over tid betaler høyere innkjøpspriser enn andre.
- Ha betydning for muligheten og insentivene til å investere i kostnadsreducerende tiltak, produktinnovasjon og alternative forsyningskilder.
- Føre til at kundene med gode betingelser vokser seg større og de andre kundene blir tilsvarende mindre.

⁴⁸ Se Johansen og Straume (2020), kapittel 3.3.2, for en kortfattet diskusjon.

⁴⁹ For en teoretisk analyse av vannsengeffekten, se Inderst, R. (2006), Retail mergers, buyer power and product variety, *The Economic Journal* og Inderst og Valletti (2011); Gabrielsen, T.S., F. Steen, L. Sørgard og S. Vagstad (2013), Kjøpermakt i dagligvaresektoren, Rapport skrevet på oppdrag for Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet, kapittel 2.2.1.

⁵⁰ Både engelske og svenske konkurransemyndigheter har drøftet om vilkårene for vannsengeffekten er oppfylt i dagligvaresektoren, se henholdsvis Competition Commission (2008), Market investigation into the supply of groceries in the UK, og Konkurrentverket (2011), Mat och marknad – från bonde till bord; Gabrielsen et al. (2013), kapittel 2.2.1.