

KAPITTEL 7

Det store forhandlingsspillet: vinnere, tapere og reguleringsbehovet

Erling Hjelmeng

Universitetet i Oslo/Norges Handelshøyskole¹

Abstract: This chapter takes the negotiations between suppliers and grocery chains as a starting point and discusses its impact on competition at the retail level. The aim is to analyse the potential for regulatory intervention, both with regard to unfair practices as well as competition, and also to discuss the application of the prohibition on abuse of dominant position in the grocery market. Several aspects are discussed; price discrimination, access to distribution and the use of vertical restraints. The main insight is that as no consistent theory of harm has yet been defined, it is not possible to give recommendations as to regulatory intervention.

Keywords: price discrimination, unfair trade practices, abuse of dominance

1 Forfatteren ledet Dagligvarelovutvalget som fremla NOU 2013:6 God handelsskikk i dagligvarekjeden, og har senere bistått Nærings- og fiskeridepartementet med oppfølgingen av lovforslaget. Videre har han arbeidet for NorgesGruppen, Dagligvareleverandørenes forening (DLF) og Virke i forbindelse med forslag om å innføre et forbud mot prisdiskriminering.

Innledning

I dette kapitlet utforskes forhandlingene innenfor dagligvaresektoren nærmere, og da fra et reguleringsperspektiv. Fra Steensnæsutvalgets rapport Mat, makt og avmakt i 2011, via Dagligvarelovutvalgets forslag om lov om god handelsskikk (2013) og Stortingets vedtak om lov om god handelsskikk og utredning av konkurransefremmende tiltak av 28. mai 2018, til proposisjonen om lov om god handelsskikk av 6. desember 2019, har det vært fremmet en rekke forslag til ulike reguleringer i bransjen.² Forslagene har vært motivert ut fra to ulike forhold; påstander om uredlige/uetiske metoder i forhandlinger, og påstander om konkurransepolitiske utfordringer, særlig knyttet til prisdiskriminering og etableringsbarrierer.³

Det er særlig følgende fem idéer og forslag som settes under lupen, hvorav det første gjelder effektivitet i kontraktsforhandlinger, mens de fire siste har en konkurransepolitisk begrunnelse:

- Lov om god handelsskikk,
- forbud mot prisdiskriminering,
- åpen tilgang til grossist/distribusjonsfunksjon,
- ekstra begrensninger på vertikalt samarbeid og
- maksimalgrenser for markedsandeler.

Disse fem forslagene til økt effektivitet og konkurranse gjennomgås med vekt på forhold til eksisterende rett og mulige effekter for effektivitet og konkurranse. Tilnærmingen er juridisk, men fremstillingen trekker også veksler på økonomisk teori.

2 Hhv. NOU 2011:4, NOU 2013:6, Innst. 292 S (2017–2018) og Prop. 33 L (2019–2020) Lov om god handelsskikk i dagligvarekjeden (til den siste se også Høringsnotat: Forslag til lov om god handelsskikk i dagligvarekjeden, 26.4.19, <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-om-forslag-til-lov-om-god-handelsskikk-i-dagligvarekjeden/id2641752/>).

3 De konkurransepolitiske innspillene har særlig sammenheng med Oslo Economics' rapport «Etableringshindringer i dagligvaresektoren», utredning på oppdrag for Nærings- og fiskeridepartementet, 2017 (https://osloeconomics.no/wp-content/uploads/Etableringshindringer-i-dagligvaresektoren_ref2.pdf). Dette er også bakgrunnen for Stortingets vedtak om å be om en utredning av bl.a. forbud mot prisdiskriminering overfor dominerende leverandører (Dokument 8:170 S (2017–2018), Innst. 292 S (2017–2018)).

For å kunne drøfte både reguleringsbehov og reguleringsmuligheter under de alternativene som er skissert ovenfor, er det nødvendig først å gi en beskrivelse av egenarten i forhandlingene mellom leverandører og kjeder i det norske markedet.

Forhandlingsspillet og konkurransepolitiske problemstillinger

Forhandlingene mellom leverandører og kjeder i det norske markedet omtales gjerne som «høstjakta», og har et skjær av mystikk over seg.⁴ Det som er klart, er at kjedenes innkjøp av varer omfatter mye mer enn dette, ikke minst innenfor non-food. Det er heller ikke grunn til å tro at alle leverandørkontrakter gjenåpnes fullt ut hvert år, men det er lite tilgjengelig offentlig informasjon om dette. Fokuset i debatten rundt forhandlingsspillet i norsk dagligvare har imidlertid vært sentrert rundt «høstjakta», og som det er dokumentert gjennom Steensnæs-utvalgets arbeid har det fra leverandørhold vært utstrakt misnøye både mht. regi og gjennomføring av forhandlingene.⁵ Dagligvarelovutvalget (NOU 2013:6) tok ikke stilling til de mange historiene som ble formidlet til Steensnæs, men antok at uroen i bransjen indikerte at den hadde kjørt seg inn i et spor som i alle fall ikke fremmet effektivitet i forhandlingene. Dette utvalget fant det også vanskelig å skille mellom klagemål som skyldtes misnøye med forhandlingsresultatet og genuin frykt og uakseptable forretningsmetoder. Forslaget til lov om god handelsskikk og hvordan dette tar sikte på å løse disse (mulige) problemstillingene tas opp nedenfor.

Det er uansett ingen grunn til å betvile at forhandlinger er *viktige*. For det første vil forhandlinger normalt bidra til effektive kontraktsløsninger og dermed verdiskapning, som forhandlingspartene har en felles interesse i (mer om dette nedenfor). For det andre opptrer dagligvarekjedene som agenter for forbrukerne, noe som dels er viktig for at forbrukerpreferanser skal kommuniseres tydelig tilbake til leverandørene

4 Faktumbeskrivelsen som presenteres her bygger på samtaler med kjeder, leverandører og organisasjoner. Det er ikke foretatt noen vitenskapelig empirisk spørreundersøkelse.

5 Se vedlegg 15 og 16 til NOU 2011:4.

(noe som også inkluderer å velge bort produkter), dels for å oppnå lave priser som kan føres videre til forbrukerne. Det siste betinger imidlertid at konkurransen mellom kjedene fungerer, slik at verdiskapningen ikke avleires i kjedeledet. Dette poenget bringer oss videre til spørsmålet om sammenhengen mellom konkurransen på kjedeledet og måten prisene fremforhandles på.

I alle markeder kan det være kilder til konkurransemessige utfordringer, her definert slik at konkurransen ikke fungerer optimalt. Slike utfordringer kan skyldes strukturelle forhold i markedet, at det er faktiske eller regulatoriske etableringsbarrierer, eller at ett eller flere foretak agerer på en konkurransebegrensende måte. Sistnevnte kan enten være å hindre at andre får tilgang til markedet, eller at konkurransen mellom aktørene på markedet begrenses.

Konkurrensepolitisk er det særlig to spørsmål som kan knyttes til forhandlingsspillet: Hvordan er forholdet mellom forhandlingssystemet og den asymmetrien i priser mellom ulike kjeder som Konkurransetilsynet har avdekket?⁶ Vil forhandlingsystemet også på andre måter kunne ha betydning for konkurransen mellom kjedene? Spørsmålet om asymmetri kan relateres både til en mulig konkurranseulempe for andre etablerte kjeder, eller som en etableringsbarriere for nykommere.

Sentralt for forhandlingsspillet er modellen det forhandles etter. Modellen her varierer mellom kjedene, men samtlige prismodeller tar utgangspunkt i G-pris (leverandørens listepri). Denne er så langt jeg kjenner til identisk overfor alle kjedene. Fellestrekket er at prisforhandlingene mellom kjeder og leverandører hovedsakelig dreier seg om rabatter på G-pris. Enkelte kjeder (NorgesGruppen) har historisk likevel ikke forhandlet direkte på G-pris, men på en intern avregningsfaktor som kalles D-pris (detaljistpris). Dette innebærer at det har blitt forhandlet rabatter i % av en pris som settes av NorgesGruppen, mens kronebeløpet trekkes fra i G-pris.⁷ Avhengig av utviklingen i forholdet mellom G- og D-pris, vil dette kunne føre til skjevheter mellom kunder over tid samt ved pris- eller avgiftsøkninger som legges på G-pris, jf. nedenfor. Generelt

6 Tilsynets rapport av 13. november 2019 er tilgjengelig på https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2019/11/Rapport-om-innkjopsbetingelser_2019.pdf.

7 Systemet er beskrevet i NOU 2013:6, s. 61-62.

gjelder at ulike størrelse på de samlede rabattene vil gi kjedene ulike vilkår (netto salgsverdi eller NSV).⁸

Forhandlingsformen med utgangspunkt i G-pris og rabatter har noen implikasjoner som er svært relevante for en konkurransepolitisk og konkurranserettlig forståelse av det norske markedet. Leverandørene har naturlig nok et incitament til å tilby en høy G-pris, siden dette flytter utgangspunktet for forhandlingene. Dermed vil man også være villig til å strekke seg lenger mht. rabattytelser i forhandlingene. Det er dette som omtales som «luft» i kalkylene, siden G-prisen representerer et utgangspunkt for forhandlingene (som settes likt overfor ulike kunder).

Rabattene som gis, allokeres til ulike nivåer i kjedene; noen gis til butikk, andre til sentralledd og andre til distribusjonsleddet. De langt fleste forhandles av kjedenes sentralledd, men det er også eksempler på at rabatter i form av felles markedsføring (joint marketing, JM) forhandles av profilhuset, f.eks. KIWI eller Meny.⁹ Så vidt jeg vet regnes de langt fleste rabatter i prosent av G-pris (ev. D-pris), eller som faste kronebeløp.¹⁰ Dette fører til effekter som at rabatt til enkeltledd i verdikjeden, dvs. betaling til disse leddene, blir høyere jo høyere G-prisen settes. Dette kan redusere kjedenes incentiver til å protestere på økninger i prisgrunnlaget, siden fokuset i forhandlingene uansett ligger på rabattene.

Effektene av en felles bruk av forhandlingsmodell kan ha betydning for pris til sluttkunde. En inflatert G-pris vil kunne virke som et fokuspunkt som skaper en felles forståelse mellom kjedene om at deler av denne består i rabatter som allokeres til f.eks. sentralledd og ikke tas ut i konkurranse

8 En reell prissammenligning mellom kjeder må nødvendigvis ta utgangspunkt i prisene etter at rabatter, samarbeidsbonuser etc. er fratrukket (med unntak selvsagt for fradrag som representerer genuine motytelser). Konkurransetilsynet foretar sin kartlegging på tre størrelser: «netto innkjøpspris», «variabel innkjøpspris» og «motytelsesjustert innkjøpspris», se rapporten pkt. 2.2.1.

9 Også Bunnpris, som har et innkjøpsamarbeid med NorgesGruppen, forhandler JM separat.

10 Fordelingen mellom prosentvise rabatter og faste beløp er usikker. Det har tidligere vært antatt at kontraktene er ikke-lineære, og derfor effektive, se for eksempel Gabrielsen (2013) s. 106-109 (hylleplassbetaling og JM), med henvisning til Matkjedeutvalget (NOU 2011:4). Jf. videre NOU 2013:6, s. 51 ff. Sannsynligvis forekommer begge former for kontrakter i det norske markedet, men det er ikke mulig å si noe om fordelingen mellom dem.

nedstrøms.¹¹ Skal dette være tilfelle må det foreligge en eller annen form for koordinert likevekt mellom kjedene. (Koordinert likevekt benyttes her i økonomisk forstand, dvs. at det ikke ligger noen implikasjoner om kontakt mellom kjedene, noe som i tilfelle ville vært i strid med konkurranseloven.) En slik forhandlingsstruktur kan således i prinsippet føre til økte sluttbrukerpriser og en avleiring av profitt i den kjedekontrollerte delen av verdikjeden, forutsatt at strukturen påvirker konkurransen mellom kjedene.

Samtidig har modellen noen egenskaper som både vil kunne bidra til å forsterke eventuelle prisforskjeller mellom kjedene ved prisjusteringer fra leverandør i «prisvinduene». Ved en avgiftsøkning (der avgiften er del av forhandlingsgrunnlaget) vil f.eks. en økning av G-pris reelt sett øke distribusjonsleddets inntekter (siden «rabatten» eller distribusjonsvederlaget regnes i prosent av denne prisen).¹² For å oppnå en inndekning av avgiftsøkningen (i vederlaget kjedene reelt sett betaler (netto salgsverdi)), vil leverandør således måtte øke G-pris utover den nominelle avgiftsøkningen (siden mye «forsvinner» i rabatter). Dette kan slå ulikt ut overfor ulike kunder, avhengig av hvilke rabatter og rabattstruktur som er fremforhandlet. Paradoksalt nok kan derfor en kunde som har oppnådd best betingelser (rabatter) i forhandlingene, ende opp med å bære en mindre andel av avgiftsøkningen enn konkurrentene.

Selv om forhandlingene foregår på prosentvise rabatter av G- eller D-pris, gir ikke dette i seg selv en kjede en fordel overfor andre – siden alle står fritt til å forhandle på disse parametrene. Riktignok ble det under behandlingen av lov om god handelsskikk hevdet at D-prismodellen til NorgesGruppen ga slike fordeler. Forutsetningen må da være at NorgesGruppen ensidig kan endre D-pris, eller som nevnt ovenfor at forskjellen mellom G- og D-pris øker skjevheter ved pris- eller avgiftsendringer. Forskjellen mellom G- og D-prismodell kan imidlertid ikke i seg selv

11 Dagligvarelovutvalget drøftet dette spesifikt bare for D-prismodellen, og kom til at denne modellen neppe i seg selv ville ha prisdrivende virkninger dersom den bare ble anvendt av én leverandør. Utvalget påpekte likevel at en felles prismodell som ble benyttet av samtlige kjeder ville kunne ha slik virkning. (s. 62).

12 Så vidt jeg har forstått, inngår visse avgifter, f.eks. sukkeravgift, i forhandlingsgrunnlaget. Nettopp sukkeravgiften er ellers et interessant eksempel, da denne ble økt i 2018 ga det umiddelbart utslag på forbrukerpriser, mens reduksjonen i 2019 ikke ga tilsvarende utslag.

forklare betydelige prisforskjeller, så dersom NorgesGruppen oppnår bedre betingelser enn andre kjeder innenfor de rammene for forhandlinger som er skissert, er bedre forhandlingsteknikk/forhandlingsmakt også sannsynligvis et betydelig bidrag. Det er likevel vanskelig å utelukke at innenfor en struktur der alle kjedene benytter en prismodell som virker prisdrivende på denne måten, vil D-prismodellen kunne representere en forsterket effekt for NorgesGruppen (i den forstand at modellene *samlet virker prisdrivende* overfor sluttkunde og at NorgesGruppen samtidig sitter igjen med mer enn øvrige kjeder).¹³

Spørsmålet er hvordan en slik forhandlingsstruktur kan opprettholdes i et marked med presumtivt sterke leverandører og konkurranse mellom kjedene. Her skal det bare angis et par utgangspunkter.

For det første er det grunn til å sette spørsmålstegn ved leverandørmakten i det norske markedet, spesielt dersom det ses på leverandører med en variert produktportefølje. En dominerende leverandør kan utnytte markedsrett i et marked man er dominerende i til å øke markedsandel i et annet marked. Tilsvarende vil en kjøper med kjøperrett kunne utnytte denne i et marked leverandøren er svak i til å skaffe kontroll over et marked hvor leverandøren er sterk (en slags omvendt leveraging). Dette er ikke i seg selv et problem, men mer et eksempel på at motstående kjøperrett («countervailing buyer power») kan anta ulike former, som ikke nødvendigvis kan henføres til markeder for enkeltprodukter. Dette representerer en tentativ forklaring for hvorfor leverandørsiden ikke kan kvitte seg med den forhandlingsstrukturen som er rådende på markedet, jf. nedenfor om dominans vs. kjøperrett.

For det andre er spørsmålet hvorfor ikke konkurransen mellom kjedene avhjelper de mulige prisdrivende effektene som er forklart ovenfor. I denne sammenheng er det viktig å understreke at det norske dagligvaremarkedet er svært gjennomsiktig, jf. ordningen med prisjegere og tidligere Konkurransetilsynets påpekning av skadevirkningene av systemet med informasjonsutveksling via AC Nielsen. Det *kan* altså

13 Dagligvarelovutvalget vurderte D-prismodellen isolert, og ikke den samlede effekten av G- og D-prismodell. Lovutvalget aksepterte, jf. rett ovenfor, at kollektiv bruk av en prismodell kunne virke prisdrivende. Det bør understrekes at utvalgets forutsetning var velfungerende konkurranse mellom kjedene.

foreligge koordinerte virkninger mellom kjedene, men det må understrekes at dette vil være et strukturelt problem i markedet, og ikke vil representere et brudd på konkurranseloven.

At en felles prismodell anvendt av kjedene vil kunne fungere som en koordineringsmekanisme ble påpekt av Dagligvarelovutvalget.¹⁴ Utvalget drøfter dette i sammenheng med vurderingen av NorgesGruppens D-prismodell. Her heter det:

Dersom det hadde vært slik at samtlige kjeder brukte en tilsvarende modell, kan det tenkes at kjedene kollektivt sett kunne ha kommet bedre ut ved at modellen virker som en koordineringsmekanisme i markedet. En slik koordinering vil antakeligvis måtte basere seg på enten stilltiende eller eksplisitt enighet om å bruke denne eller tilsvarende prisingsmodeller, og vil være utsatt for de samme stabilitetsbetraktningene som omgir vanlig koordinering. Utvalget understreker at det er en premiss for diskusjonen at konkurransen mellom kjedene fungerer. Dersom kjedene samlet benytter prismodeller som koordineringsmekanisme, bør dette adresseres etter konkurranseloven, sannsynligvis som et spørsmål om misbruk av kollektiv dominans...¹⁵

Det påpekes her at forhandlingsmodellen kan fungere som en «koordineringsmekanisme i markedet» og da basert på en stilltiende enighet om å benytte modellen. Dersom prismodellen også har en prisdrivende effekt, innebærer dette en risiko for at sluttbrukerprisen økes. Poenget er at alle har kjennskap til den felles (kunstig høye) G-prisen, og at det fra denne trekkes ulike rabatter/vederlag som allokeres til ulike punkter i verdikjeden (for eksempel distribusjonsvederlag). Dette vil muligens kunne gi opphav til en felles forståelse om at ikke alle rabatter skal tas ut i konkurranse på pris overfor forbruker. Det kan også reises spørsmål om hvordan modellen påvirker incentivene til å effektivisere for eksempel distribusjonsleddet.

I en situasjon med slike asymmetriske priser som er påvist av Konkurransetilsynet, skulle en forvente at forskjellene ville bli tatt ut i økt

¹⁴ NOU 2013:6, s. 62.

¹⁵ NOU 2013:6, s. 62.

konkurransen av aktøren med best vilkår, dvs. NorgesGruppen.¹⁶ Det kan imidlertid stilles spørsmål om hard konkurranse basert på full videreføring av innkjøpsfordeler til forbrukerne, ville gjort det mulig å overleve i markedet for kjeder med presumptivt dårligere vilkår, jf. her ICAs exit fra markedet. En slik strategi ville neppe vært i noens interesse. Ved asymmetriske innkjøpspriser, er det da grunn til å tro at den aktøren som har dårligst vilkår vil representere en form for «prisgolv» i markedet. Aktører med bedre vilkår vil simpelthen ikke ha incentiver til å underkutte denne aktøren for mye (selv om man har mulighet), siden dette på sikt sannsynligvis ville ført til sistnevntes exit fra markedet. En bedre strategi er da å legge seg tett på/matche denne aktørens priser, i forvisning om at man vil generere et betydelig overskudd gjennom de rabattene man er tilstøtt i forhandlingene. Eksempelvis vil KIWI selvsagt ha interesse av å matche Rema 1000s priser, men vil ikke ha incentiver til å konkurrere prisen betydelig lenger ned enn det Rema 1000 kan matche. Paradokset blir altså at aktøren med dårligst vilkår fungerer som et prisgolv. Innsatsen til de kjedene med best vilkår føres derfor ikke videre til konsumentene, som ville vært tilfelle i et ordinært marked. Normalt ville en rasjonell aktør ville ha tatt ut konkurransefordelen for å øke sin markedsandel. At dette ikke skjer, kan imidlertid forklares med mulig frykt for regulatoriske virkemidler (kanskje etablert i tilstand av politisk panikk), eller frykt for at en ny og mer aggressiv konkurrent vil etablere seg dersom Coop eller Rema skulle forsvinne.¹⁷

Et sentralt poeng her er at disse forholdene gjør det vanskelig å snakke om en egentlig konkurranseulempe for de to mindre kjedene, dersom konkurransefordelen ikke tas ut i reell konkurranse. I stedet kan situasjonen bli at Rema og Coop konkurrerer mindre hardt overfor NorgesGruppen, fordi NorgesGruppen velger å konkurrere mindre hardt enn

16 Konkurransetilsynets rapport avdekket imidlertid også at for to av seksten leverandører betalte andre kjeder mindre for sitt innkjøpsvolum enn de ville ha gjort med NorgesGruppens betingelser. Bildet er således ikke entydig. Konkurransetilsynets rapport på https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2019/11/Rapport-om-innkjopsbetingelser_2019.pdf.

17 På dette punktet kan aktørene ha lært av SAS sitt feilgrep ved å konkurrere Braathens mot konkurs; utfallet ble at en langt mer effektiv konkurrent (Norwegian) ble etablert.

det konkurransefordelen gir dem mulighet til.¹⁸ Coops og Remas konkurranseulempet vil i så fall veltes over på kundene, samtidig som få aktører og etableringshindringer kan forsterke effekten.

Dersom kjeden med best vilkår er ineffektiv, vil dette selvsagt kunne forklare en slik konkurransesituasjon. I Norge bør man sannsynligvis også se hen til måten detaljistleddet drives på, der det skjer en betydelig duplisering av ressursbruk gjennom overetablering av utsalgssteder.¹⁹

I diskusjonen om markedet har det også vært fremhevet at asymmetriske priser representerer en etableringshindring for nye aktører, som ikke får tilgang til tilsvarende rabatter som de etablerte kjedene. På dette punktet vil kjedene kunne ha en felles interesse av å opprettholde modellen, og i stedet forsøke å tilknytte seg nykommere gjennom innkjøps-samarbeid. Leverandørene på sin side vil neppe ha noen egeninteresse i å ekskludere nykommere.

Etter denne beskrivelsen av forhandlinger, kontrakter og mulige implikasjoner på konkurransen, er det vanskelig å stille noen form for diagnose, dvs. påpeke en form for dysfunksjonalitet i konkurransen som enkelt kan rettes opp ved konkurransepolitiske virkemidler.

Ser man på markedets struktur, er det to forhold som peker seg ut; konsentrasjon både på kjede- og leverandørnivå, og etableringshindringer. Førstnevnte kan gi opphav til koordinerte virkninger mellom kjedene (uten at dette rammes av krrl. forutsatt at det ikke er direkte eller indirekte kontakt mellom kjedene), samt mulige spørsmål om dominans og misbruk (som kan omfatte både selger- og kjøpermakt). Etableringshindringer i markedet skyldes at man må nå en viss størrelse for å kunne konkurrere effektivt, mht. innkjøp, distribusjon og lokasjoner. Samtidig spiller selvsagt importvernet en viktig rolle, som ikke behandles videre her.

¹⁸ I senere tid kan det se ut som om KIWI har overtatt rollen som «prisleder» i markedet. Prisøkningene sommeren 2019 ble f.eks. først iverksatt av KIWI, deretter fulgte de andre aktørene umiddelbart. (Påstanden bygger på samtaler med aktører både på kjede- og leverandørnivå).

¹⁹ Se f.eks. oppslag i Dagens Næringsliv 21. februar 2019, s. 4-8 med overskrift «Overetablering av dagligvarebutikker» og E24 27. februar 2019: «Kiwi-sjefen: Rema bygger seg til vekst» (<https://e24.no/naeringsliv/dagligvarebransjen/kiwi-sjefen-etter-daglivareporten-remabygger-seg-til-vekst/24569670>). Se også kapittel 2, Friberg et al. (2020), i denne boken.

Ser man på markedsaktørenes *adferd* kan denne relateres enten til horisontale forhold (mellom konkurrenter) eller vertikale (mellom aktører på ulike trinn i omsetningskjeden). Horisontalt kan det settes spørsmålsteget ved hvor godt konkurransen mellom kjedene egentlig fungerer, uten at det i dette ligger noen antydninger om brudd på konkurranse-loven. Eksempler kan være at NorgesGruppen tilsynelatende konkurrerer mindre hardt mot Rema 1000 og Coop enn det de har mulighet for, og den gjensidige tilretteleggingen for prisjegere som kan øke gjennom-siktigheten i markedet og dermed risikoen for koordinering. Samtidig legger som påpekt markedsstrukturen og også forhandlingsmodellen forholdene til rette for koordinerte virkninger. Vertikalt er det neppe grunn til å tro at det foreligger særlig mange restriksjoner (se s. 260 ff. nedenfor), men dersom det i forhandlingene med leverandørene skulle uttrykkes eksplisitte eller implisitte føringer på hvilke vilkår andre kjeder kan tilbys vil dette selvsagt være et problem.

Reguleringsbehov og reguleringsmuligheter: Oversikt

Når man vurderer reguleringsbehovet, må det gjøres et skille mellom effektivitet i forhandlingene (dvs. at forhandlingene maksimerer verdiskapningen i kontraktene), og konkurransepolitiske hensyn (som sikrer at verdiskapningen kommer frem til forbrukerne). Spørsmålet om reguleringsbehov er dermed todelt: For det første: Er det nødvendig å regulere forhandlingene for å legge til rette for maksimert verdiskapning? Forutsetningen er da at dagens forhandlinger og kontrakter ikke er optimale. Og for det andre: Er det konkurransepolitiske utfordringer i markedet som ikke kan løses etter gjeldende konkurranselov?

Behovet for regulering av forhandlingene har vært omstridt helt siden Steensnæs-utvalget lanserte idéen om en lov om god handelsskikk. Dette utvalgets forslag var imidlertid innrettet mot leverandørbeskyttelse, og gikk således også inn på fordelingen av verdiskapningen i kontraktene. Det forslaget som nå er fremmet for Stortinget, dreier seg i likhet med

Dagligvarelovutvalgets forslag seg utelukkende om å legge til rette for maksimert verdiskapning i kontraktene, jf. nærmere s. 231 ff. nedenfor.²⁰

I utgangspunktet er en slik maksimering noe partene selv skulle ha incentiver til å komme frem til, gitt rasjonell atferd. Selv om man forhandler hardt på fordelingen av overskuddet, vil det likevel være bedre å fordele en større kake enn en liten. Dersom aktørene ikke skulle opptre på en slik måte (f.eks. ved at kortsiktig gevinst vedsettes høyere enn langsiktig utvikling av forretningsforholdet), kan det være et behov for bedre å legge til rette for effektive forhandlinger. Dette er, jf. nedenfor, siktemålet med forslaget til lov om god handelsskikk.

Det har vært uttrykt skepsis mot behovet for en slik lovgivning, jf. særlig argumentet om at partene bør ha felles incentiver til å opptre på en verdimaksimerende måte. Så lenge loven ikke griper inn i fordelingen av verdier under kontrakten, og partene allerede etterlever de forpliktelsene loven oppstiller, vil den likevel kunne ha en verdi som retningsgivende for hva som faktisk bidrar til effektive kontrakter. Dette kan være alt fra bedre tilretteleggelse for investeringer til prismodeller som unngår f.eks. dobbeltmarginaliseringsproblematikk og dermed maksimerer overskuddet i verdikjeden.

Behovet for konkurransepolitisk regulering (i motsetning til regulering av forhandlingenes effektivitet), er langt mer komplekst. Hvis konkurransen i et marked ikke fungerer, kan dette ha flere årsaker, som også kan opptre sammen. Markedsstrukturen er grunnleggende; jo mer konsentrert markedet er, jo dårligere vil konkurransen ofte fungere. Det norske dagligvaremarkedet fremstår som konsentrert både på leverandør- og kjedenivå. I markeder med homogene produkter vil kombinasjonen med konsentrasjon, gjennomsiktighet og jevnstore aktører kunne lede til såkalte koordinerte virkninger, dvs. at ingen vil ha incentiver til å senke pris fordi man vet at de andre aktørene følger slik at alle kommer dårligere ut.

Etableringshindringer vil være sentralt for en mulighet til å opprettholde en slik koordinert likevekt. I dagligvaremarkedet synes det å være betydelige etableringshindringer bl.a. knyttet til fysiske butikklokaler

20 Prop. 33 L (2019-2020) Lov om god handelsskikk i dagligvarekjeden.

og landsdekkende distribusjon og logistikk.²¹ Samtidig vil størrelse og mulighet til å oppnå konkurransedyktige betingelser fra leverandørene være en utfordring.

Slike forhold vil knytte seg til markedets struktur og egenart. Her finnes det kun ett verktøy for konkurransemyndighetene: fusjonskontrollen. Selv om krrl. § 12 i prinsippet gir hjemmel for såkalte strukturelle tiltak (i ytterste konsekvens tvungen oppsplitting av et dominerende foretak), forutsetter dette både forutgående overtredelse av krrl. og dessuten en vurdering av proporsjonalitet. Selv om det f.eks. kunne vært fristende å pålegge NorgesGruppen å skille ut kjedehuset KIWI og ev. børsnotere dette rekker hjemmelen i § 12 neppe så langt.

Konkurransen kan også være begrenset gjennom markedsaktørens atferd, f.eks. utveksling av informasjon horisontalt, vertikale restriksjoner inntatt i kontrakter eller etter en gjensidig forståelse, ev. ensidig bruk av markedsrett. Slike forhold vil imidlertid fanges opp av konkurranseloven §§ 10 og 11. Konkurransbegrensende atferd er det altså kun grunn til å regulere dersom den ikke fanges opp av konkurranseloven eller terskelen for å gripe inn etter loven er for høy.

For konkurransepolitisk regulering eksisterer det også EØS-rettslige skranker iht. EØS-konkurranseloven § 7. Andre ledd forbyr anvendelse av nasjonal konkurranselovgivning som er strengere enn EØS art. 53 på avtaler og samordnet praksis, noe som i utgangspunktet er til hinder for en strengere konkurranserettlig regulering av krrl. § 10.²² For regulering av ensidig adferd eksisterer det derimot ikke skranker mot strengere nasjonal lovgivning.²³

Dette innebærer at EØS-avtalen ikke er til hinder for en regulering som forbyr en leverandør å ta eller kreve diskriminerende eller ulike priser, mens det ikke kan vedtas et generelt forbud mot avtaler som inneholder diskriminerende eller ulike vilkår.

Den naturlige hjemmelen for konkurransepolitisk regulering er krrl. § 14. Bestemmelsen lyder:

21 Importvernet bør selvsagt også nevnes, siden det representerer en betydelig etableringshindring for utenlandske kjeder. Denne problemstillingen er det imidlertid avgrenset mot her.

22 Skrankene her er identiske under EØS-avtalen og EU-reglene.

23 Om hva som ligger i begrensningen til «ensidig adferd» se Gjendemsjø/Anchustegui (2017), s. 11.

Dersom det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene, kan Kongen ved forskrift gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål.

Kompetansen er delegert til Nærings- og fiskeridepartementet.²⁴ Det er således departementet som gir forskrift, som vanligvis utarbeides og forberedes av Konkurransetilsynet. Hittil er det gitt to forskrifter under § 14; om bonusprogrammer i innenriks luftfart og om eiendomsannonsering over internett.²⁵ Førstnevnte ble opphevet i 2013.

Hjemmelen tar sikte på å fylle et hull i konkurranselovens EØS-harmoniserte forbudsregler. Behovet for en slik hjemmel som kunne utfylle lovens forbudsbestemmelser ble først påpekt av et mindretall i lovutvalget som forberedte krrl. 2004. Denne fraksjonen pekte først på svakheter i forbudet mot misbruk av dominerende stilling, før behovet for en særlig hjemmel ble løftet frem:

Bestemmelsen forbyr ikke skadelig atferd når det ikke kan påvises ensidig eller kollektiv markedsdominans. Ei heller gir den konkurransemyndighetene hjemmel til å (forskrifts-)regulere rammevilkårene generelt for alle aktører. Dette kan for eksempel være aktuelt når samfunnsøkonomiske hensyn tilsier at insentivene til alle aktørene i bestemte markeder eller bransjer bør reguleres. Etter disse medlemmenes oppfatning er den viktigste grunnen til at det er behov for en hjemmel til å regulere markedene gjennom generelle bestemmelser gitt i forskrift, at det kan være behov for å iverksette konkurransefremmende tiltak i et marked selv om det ikke foreligger dominans eller kan bevises utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Det vil for eksempel kunne være tilfelle dersom det i hele eller store deler av en bransje har utviklet seg en salgs- eller innkjøpspolitikk som stenger konkurransevillige aktører ute eller som låser kunder inne på en slik måte at konkurransen begrenses uten at det kan påvises at noen aktør har en dominerende posisjon eller at de har samarbeidet innbyrdes. I slike tilfeller vil det kunne være aktuelt å gripe inn og forby en innarbeidet konkurransebegrensende praksis i bransjen for å

²⁴ Fastsatt ved kgl. res. 16. april 2004.

²⁵ Hhv. forskrift nr. 684 av 20. juni 2007 om forbod mot bonusprogram i innenriks luftfart (opphevet), og forskrift nr. 1169 av 9. september 2009 om tilgang til boligannonsering på internett.

legge til rette for å stimulere til effektiv konkurranse. En generell regulering kan også være mest hensiktsmessig fordi den sikrer like rammebetingelser for alle aktører i vedkommende bransje.²⁶

Synspunktene vant gehør hos departementet, som sluttet seg til mindretallets vurdering.²⁷ Bestemmelsen er ment brukt i markeder der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende uten at forbudene i §§ 10 og 11 nødvendigvis kommer til anvendelse.²⁸ Det er imidlertid ikke slik at en mulig anvendelse av § 10 er til hinder for bruk av § 14 – i så fall ville den vært uten praktisk betydning.

I NOU 2012:7, der det foretas en generell gjennomgang av virkemidlene i konkurranseloven, fremheves § 14 som viktig for å regulere ensidige handlinger der det ikke foreligger dominerende stilling.²⁹ Bestemmelsen ble styrket ved lovendringen 1. januar 2014, ved at Konkurransetilsynet fikk mulighet til å pålegge opphør også ved overtredelser av § 14-forskrifter (dvs. at § 12 også omfatter brudd på § 14-forskrifter).

Samlet sett innebærer dette at krrl. § 14 representerer et fleksibelt reguleringsverktøy for tilfeller hvor konkrete konkurranseproblemer ikke kan løses ved anvendelse av lovens forbudsbestemmelser.

Bestemmelsen er knyttet opp mot noen spesifikke vilkår.³⁰ Det sentrale er at det må foreligge «vilkår, avtaler og handlinger» som «begrenser eller er egnet til å begrense» konkurransen. Ved første øyekast kan hjemmelen virke overflødig ved siden av §§ 10 og 11, som nettopp retter seg mot avtaler eller handlinger med konkurransebegrensende virkning. I tilfeller hvor det ikke foreligger individuell eller kollektiv dominans, vil bestemmelsen imidlertid kunne være viktig, først og fremst der konkurransestridige handlinger eller adferd ikke kommer til uttrykk i avtaler eller samordning mellom foretak. Samtidig er terskelen lavere etter § 14 enn etter misbruksforbudet; det er tilstrekkelig at adferden er egnet til å begrense konkurransen. Man behøver m.a.o. ikke å etablere at det foreligger misbruk av en dominerende stilling.

26 NOU 2003:12, s. 69.

27 Ot. prp. nr. 6 (2003-04), s. 73.

28 Ot. prp. nr. 6 (2003-04), s. 228.

29 NOU 2012:7, s. 159.

30 Se nærmere Evensen/Sæveraas (2009), s. 463 ff.

At adferden også kan omfattes av forbudsbestemmelsene, er ikke til hinder for at man benytter § 14. Dette kan f.eks. være praktisk der man etter § 11 er nødt til å påvise en kollektivt dominerende stilling, noe som kan være vanskelig, eller der inngrep i enkeltsaker etter § 10 fremstår som lite praktisk eller effektivt. Består det et reelt konkurransemessig problem i et slikt marked, vil en konkret regulering etter § 14 kunne være mer effektivt enn inngrep gjennom enkeltsaker.

Videre må forskrifter ta sikte på å «fremme konkurransen». Dette vilkåret vil normalt være oppfylt der det er tale om å gripe inn med forbud mot tiltak med konkurransebegrensende virkning. Derimot vil ikke § 14 gi adgang til å regulere et marked utelukkende for å skape økt konkurranse, hvis det ikke foreligger en konkret konkurranseskadelig (eller potensielt konkurranseskadelig, jf. «egnet til»), praksis blant foretakene.

Endelig kreves det at adferden det gripes inn mot er i strid med lovens formål, jf. § 1. Dette innebærer at det ikke vil kunne gripes inn mot forhold som, tross deres konkurransebegrensende virkning, gir effektivitetsgevinster som mer enn oppveier tapet. Ut fra den gjennomgående harmoniseringen av konkurranseloven med EØS-reglene innebærer dette sannsynligvis at det kan gripes inn dersom fordelene ikke føres videre til forbrukerne, jf. formuleringen i § 10 tredje ledd. Paragraf 14 er som utgangspunkt en forbudshjemmel. Bestemmelsen gir imidlertid ikke bare hjemmel til å nedlegge forbud, men også til å pålegge positive tiltak. Dette eksemplifiseres ved forskriften om tilgang til eiendomsannonsering på internett, der aktører pålegges positive forpliktelser til å gi tilgang til tjenesten. På denne måten kan hjemmelen sammenlignes med Konkurransetilsynets alminnelige påleggskompetanse i § 12.

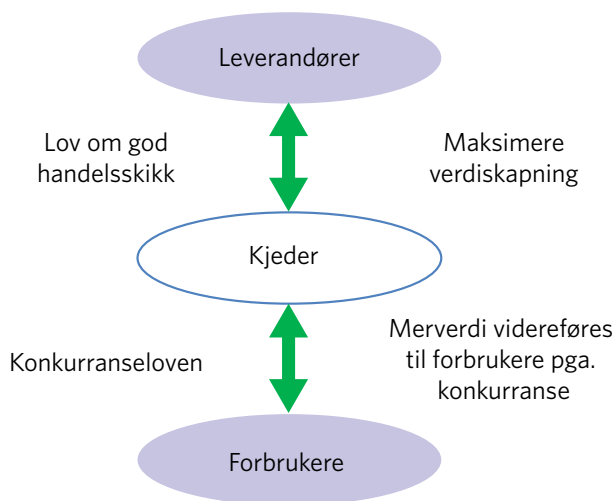
Oppsummeringsvis gir krrl. § 14 hjemmel til å forby eller regulere adferd som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen. Terskelen for § 14-regulering er lavere enn for forbudsvedtak etter krrl. § 12, siden det da må etableres overtredelse av en forbudsbestemmelse. Dessuten gir § 14 hjemmel for å forby ensidige handlinger som skader konkurransen uten at det er nødvendig å påvise en dominerende stilling.

Idéen bak lov om god handelsskikk - og hva kan forventes?

Forhandling av en kontrakt kan sies å ha to elementer: Utformingen av samarbeidet og fordelingen av overskuddet kontrakten genererer. Aktørene vil ha felles interesse i at samarbeidet skal generere så store verdier som mulig, og rasjonelle aktører vil nå frem til optimale løsninger. Forhandlinger er altså grunnleggende effektive. Dette fordi det er partene selv som er nærmest til, og normalt også har incentiver til, å komme frem til de mest effektive løsningene. For at dette skal slå til, er det imidlertid flere forutsetninger som må være til stede, jf. nedenfor. Dersom disse ikke er til stede, vil ikke det resultatet forhandlingene genererer nødvendigvis være effektivt. Når det gjelder fordelingen av verdiene som skapes, vil partene ha motsatte interesser.³¹ Denne fordelingen er det imidlertid ikke grunn til å legge seg opp i, med mindre det er ønskelig å gi én part en særlig beskyttelse. Her fremstår Steensnæsutvalget og Dagligvarelovutvalget som uenige; mens Steensnæsutvalget ønsket en lov som ville beskytte leverandørene, var Dagligvarelovutvalget kun opptatt av å legge til rette for effektive forhandlinger.³² Fra et forbrukerperspektiv er det på det rene at dagligvarekjedene fungerer som forbrukernes agenter, dvs. at jo mer av verdiskapningen som havner hos kjedene, jo mer kan føres videre til forbrukerne gjennom lavere priser. Forutsetningen da er selv sagt at konkurransen mellom kjedene fungerer slik at overskuddet ikke avleires hos kjedene og bidrar til økt utbytte og ineffektiv drift. Arbeidsdelingen mellom konkurransepolitikken og effektivitet i forhandlingene kan illustreres som følger:

31 Se nærmere NOU 2013:6 pkt. 6.3.2 om rimelighet vs. effektivitet. I litteraturen om forhandlinger er dette kjent som skillet mellom «integrasjonsforhandlinger» og «fordelingsforhandlinger».

32 EU-direktivet om «unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain» (Parlaments- og Rådsdirektiv (EU) 2019/633), er mer utydelig på dette punktet, selv om direktivet på mange punkter er sammenfallende med lov om god handelsskikk. Det er fremdeles usikkert om direktivet vil bli innlemmet i EØS-avtalen.



Figur 1 Arbeidsdeling mellom lov om god handelsskikk og konkurransepolitikken.

Dagligvarelovutvalgets forslag til lov om god handelsskikk søker å redusere reguleringen til det som er nødvendig for å legge til rette for effektive forhandlinger – i motsetning til f.eks. å regulere forhandlingsresultatet direkte eller å beskytte en presumtivt «svakere» part i forhandlingene.³³

Matmaktutredningen (NOU 2011:4) gjennomførte en empirisk spørreundersøkelse der man søkte å kartlegge misnøye knyttet til forhandlingene. Denne ga inntrykk av at det var mange klager på avtaler man var misfornøyd med, og det var vanskelig å skille ut hva som var reelle problemer i den forstand at de hadde betydning for effektiviteten i kontraktene.³⁴ Likevel var det indikasjoner på ineffektivitet, f.eks. at usikkerhet om forpliktelser kunne føre til at investeringer ikke ble foretatt. Selv om slik dysfunksjonalitet normalt vil håndteres av alminnelige rettsregler (som f.eks. prinsippet om at avtaler skal holdes), vurderte utvalget det slik at det kunne være et behov for lov om god handelsskikk, dersom det er slik at forhandlingene tross det man skulle forvente ikke gir effektive resultater.

³³ NOU 2013:6 s. 116 (pkt. 13.6.1).

³⁴ NOU 2013:6, s. 67 (pkt. 7.4 andre avsnitt).

Nærings- og fiskeridepartementets forslag til lov om god handelsskikk i Prop. L 33 (2019–2020) inneholder mest språklige justeringer av forslaget fra Dagligvarelovutvalget. Forslaget er konsistent med idéen om aktørnøytralitet og effektive forhandlinger. Utover en generell formulering av god handelsskikk i § 4 («Forretningsforhold skal bygge på redelighet, forutberegnelighet og gjensidig respekt for immaterielle rettigheter»), inneholder forslaget spesifikke bestemmelser om skriftlighet og fullstendighet (§ 5), informasjon i forhandlinger (§ 6) beskyttelse av forretningshemmeligheter (§ 7), beskyttelse av investeringer (§ 8), svinn og reklamasjoner (§ 9), oppsigelse og delisting (§ 10) og angivelse av forretningsmetoder som ikke er tillatt (§ 11). Sistnevnte er mer eller mindre identisk med straffeloven (2005) § 263 om straffbare trusler.

Bestemmelsene er først og fremst ment å skape forutberegnelighet i kontraktsrelasjonene. Dette kan selvsagt hevdes å være overflødig, siden det følger av kontraktsrettens alminnelige prinsipper at avtaler skal holdes, jf. også Norske Lov (1687) 5-1-2. Loven går likevel lenger enn dette, siden det dels oppstilles krav om hva som *skal* være regulert i avtalen (f.eks. delisting), og utvider også immaterialrettens beskyttelse for forretningshemmeligheter.

Lovens kanskje viktigste potensial ligger i opprettelsen av et Dagligvaretilsyn³⁵ som kan stå for en helhetlig tilnærming og håndhevelse av lovens bestemmelser – selv om flere av forpliktelsene allerede må anses å følge av gjeldende rett. I høringsnotatet av 26. april heter det:

En viktig begrunnelse for lovforslaget, er å samle reglene om god handelsskikk for dagligvareaktørene, som nå er spredt ut over flere regelverk og i ulovfestet rett, i én lov. Videre bør loven håndheves av et organ med en helhetlig tilnærming og spesialkompetanse innenfor lovens bestemmelser og denne bransjen. Et offentlig tilsynsorgan med tilgang til et bredt spekter av virkemidler vil være en forutsetning for å oppnå lovens formål.³⁶

35 Prop. 33 L (2019–2020), kap. 6.

36 Høringsnotat 26. april 2019, s. 66.

Det er neppe grunn til å forvente de helt store endringene i måten kontrakter forhandles på, eller i kontraktens innhold. At det etableres et eget tilsyn som fokuserer på nettopp disse aspektene i kontraktene, må imidlertid anses å ha en preventiv effekt dersom det først skulle foreligge brudd på standarden. Samtidig vil nok saker for Dagligvaretilsynet være av interesse for media, slik at loven kan få en sterkere effekt.³⁷ Uansett er nok suksessraten avhengig av personen som bekler rollen som direktør, jf. erfaringene i England der Christine Tacon synes å ha oppnådd respekt både hos kjeder og leverandører.

Konkurransopolitikk: Virkemidler i konkurranseloven

Konkurranseloven § 11 forbyr misbruk («utilbørlig utnyttelse») av dominerende stilling. Bestemmelsen skal forstås identisk med det tilsvarende misbruksforbudet i EØS-avtalen art. 54 og Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte art. 102.³⁸ Dette innebærer at praksis fra EU-domstolen er avgjørende for forståelsen av bestemmelsen.

Definisjonen på dominerende stilling ble gitt av EU-domstolen i United Brands-saken. Her heter det at dominerende stilling innebærer:

...a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers.³⁹

Det er i alminnelighet lagt til grunn at 40 % markedsandel representerer en slags nedre grense for dominans, men det kan ikke utelukkes at en slik stilling kan etableres også under denne terskelen.⁴⁰ Et viktig forhold

37 Jf. effektene av Konkurransetilsynets offentliggjøring av prisforskjeller i november 2019.

38 Ot.prp. nr. 6 (2003–04), s. 224.

39 Sak 27/76 United Brands, [1978] ECR 207 (ECLI:EU:C:1978:22), prem. 65.

40 Se nærmere Hjelmeng/Sørgard (2014), s. 255–56. I sak C-95/04 British Airways v Kommisjonen, [2007] ECR I-2331 (ECLI:EU:C:2007:166) ble dominans etablert med 39,7 % markedsandel.

er sammenhengen mellom dominansterskelen og hva som utgjør et misbruk; mange av de typer adferd som karakteriseres som misbruk, vil bare være skadelige for konkurransen dersom det foreligger markedsrett.⁴¹ Det er også eksempler på at dominansterskelen har påvirket det nærmere innholdet i misbruksvurderingen; når det for eksempel ikke kreves bevis for at et foretak som gjør seg skyldig i prisdumping eller rovprising er i stand til å sette monopolpris (såkalt «recoupment» etter at konkurrenter er drevet ut fra markedet), skyldes dette nødvendigvis at en slik evne ligger implisitt i konklusjonen om dominans. Disse sammenhengene er særlig viktige dersom det vurderes å gi misbruksforbudet anvendelse også på ikke-dominerende foretak.

Samtidig eksisterer det åpenbart en hårfin balanse mellom selgermakt og kjøpermakt i det norske markedet. Kjøpermakt kan oppheve en dominerende stilling på leverandørnivå, og kjøpermakt kan også misbrukes. Om det eksisterer kjøpermakt eller selgermakt vil dette også kunne ha avgjørende betydning for spørsmålet om hvordan misbruksforbudet i krrl. § 11 slår inn. Det er flere indikasjoner på kjøpermakt i det norske dagligvaremarkedet, bl.a. at leverandørene ikke har maktet å kvitte seg med en forhandlingsstruktur som neppe er til fordel for dem. Jeg går ikke nærmere inn på disse spørsmålene, men det er klart at spørsmålet om hvem som er dominerende vil være avgjørende for Konkurransetilsynets inngrepsmuligheter i markedet.⁴²

Misbruksforbudet kan anvendes både på individuell og kollektivt dominerende stilling. Vedr. det siste finnes det imidlertid begrenset rettspraksis, og det virker anstrengt å skulle anvende dette konseptet i det norske dagligvaremarkedet.

Misbruk defineres gjerne som adferd som avviker fra normal forretningspraksis. I Hoffmann-La Roche ga Domstolen følgende beskrivelse av hva som utgjør et misbruk:

41 Se Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ C 45, 24.2.2009, s. 7, pkt. 10 og 11.

42 Se drøftelsen av dette i lagmannsrettens dom i Tine-saken; LB-2009-89085 pkt. 11 d). Vurderingen fikk tilslutning av Høyesterett, se Rt. 2011 s. 910 prem. 65.

The concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.⁴³

Diskriminerende adferd er nevnt i ordlyden i § 11 bokstav c), der det som eksempel på misbruk nevnes «å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen». Dette kommer jeg tilbake til nedenfor.

Det vil bare foreligge overtredelse hvis foretaket ikke er i stand til å fremføre en saklig og objektiv begrunnelse for sin adferd. Hvis det først foreligger en vesentlig forskjellsbehandling som også har konkurransevridende virkninger mellom kundene, skal det nok en del til før praksisen vil kunne begrunnes. Typiske tilfeller vil være ulike rabattordninger med lojalitetsskapende virkninger, hvor forskjellene overfor den enkelte kunde kan begrunnes i relasjonsspesifikke forhold. Rettspraksis gir også eksempler på at objektive faktorer som ulikheter i transportkostnader, avgifter, markedsføringsvilkår og konkurranseintensitet vil kunne rettferdiggjøre også geografisk prisdiskriminering.⁴⁴ Tilsvarende uttalte Domstolen i STIM at ulikheter mellom offentlige og private kringkastere kunne anføres som objektiv begrunnelse for ulike beregningsmodeller for opphavsrettsvederlag.⁴⁵

Det norske dagligvaremarkedet er konsentrert, både på leverandør- og kjedesiden. Det vil absolutt kunne være et potensial for å anvende § 11 på dominerende foretak, enten dette gjelder leverandører som karakteriseres som dominerende eller kjeder – der dominans kan diskuteres både på detaljistleddet og på innkjøpssiden.⁴⁶ Nedenfor diskuteres anvendelsen

43 Sak 85/76 Hoffmann-La Roche, [1979] ECR 461 (ECLI:EU:C:1979:36), prem. 91.

44 Sak 27/76, United Brands v Kommisjonen, [1978] ECR 207 (ECLI:EU:C:1978:22), prem. 228.

45 Sak C-52/07 Kanal 5 og TV 4 v STIM, [2008] ECR I-9275 (ECLI:EU:C:2008:703), prem. 47.

46 Nærmere om kjøpermakt under misbruksforbudet se Anchustegui (2017).

av § 11 på de problemstillinger og reguleringsidéer som er identifisert i innledningen.

Også krrl. § 10 om konkurransebegrensende samarbeid vil selvsagt være relevant i det norske dagligvaremarkedet. Som nevnt ovenfor benyttes Konkurransetilsynet allerede i 2006 § 10 som brekkstang for å få brakt kjedenes informasjonsutveksling gjennom AC Nielsen til opphør. Gjennomsløktighet mellom kjedene og dermed koordinerte virkninger er også en aktuell problemstilling i tilknytning til gjensidig tilrettelegging for såkalte prisjegere.

Endelig vil § 10 kunne fange opp vertikale restriksjoner, dvs. restriksjoner avtalt mellom uavhengige foretak på ulike ledd i verdikjeden. De fleste slike restriksjoner er unntatt fra forbudet etter forskriften om vertikale restriksjoner (forutsatt en markedsandelstærskel på 30 %), mens prisbindinger i form av faste priser eller minimumspriser rammes av forbudet. Disse forholdene kommer jeg tilbake til i på s. 260 ff. nedenfor.

Konkurransopolitisk regulering

Innledning

Innledningsvis er det pekt på fire mulige reguleringer av konkurransepolitisk art: forbud mot prisdiskriminering, regulering av tilgang til distribusjon, strengere tilnærming til vertikale restriksjoner og tak på eller restriksjoner knyttet til markedsandel. En drøftelse av slike ulike virkemidler kan imidlertid bli hengende litt i luften, all den tid det ikke er mulig innenfor rammene av dette kapittelet å stille en konkurransepolitisk diagnose på at noe bestemt er galt og eventuelle årsaker til dette. Konkurransetilsynets avdekking av asymmetri i innkjøpspriser representerer f.eks. et faktum som må vurderes nærmere både mht. virkninger, årsaker og betydning for konkurransen samt opp mot de rettslige terskler som finnes i konkurranseloven. Innenfor rammene av dette arbeidet kan det beskrives hvilke rettslige terskler som gjelder, og det kan antydes mulige virkninger av, og ikke minst utfordringer knyttet til, ulike reguleringer. Gjennomgående vurderes først bestående virkemidler i konkurranseloven, før jeg ser nærmere på spesifikke reguleringsmuligheter.

Forbud mot prisdiskriminering

Prisdiskriminering etter gjeldende konkurranselov

I prinsippet kan asymmetriske priser angripes på to måter etter § 11: For det første som klassisk annenlinjes prisdiskriminering, eller som misbruk av kjøpermakt. Sistnevnte innebærer at en dominerende kjøper benytter kjøpermakten til å påføre konkurrenter en konkurranseulempe («raising rivals' costs»)⁴⁷. Misbruk i en slik relasjon må forutsette at det foreligger eksplisitt eller implisitt enighet eller krav om at konkurrenter skal ha dårligere vilkår. Det er vanskelig å karakterisere det som misbruk at en aktør fremforhandler så gode vilkår som mulig for seg selv – med mindre det skulle være tale om en form for omvendt predasjon. I det følgende fokuseres det på diskriminering og dominans på selgersiden.

Ved vurdering av prisdiskriminering under misbruksforbudet er det helt essensielt å definere skadehypotesen riktig. Det finnes flere former for diskriminering som kan omfattes av misbruksforbudet i konkurranse-retten, og som kan være relevant for den foreliggende problemstillingen:

1. Diskriminering mellom kunder for å svekke en konkurrent (slik at konkurrentens kunder gis bedre vilkår)
2. Diskriminering mellom kunder der det dominerende foretaket ikke selv er til stede på nedstrømsmarkedet (såkalt ren annenlinjes diskriminering)⁴⁸.

Primært gjelder problemstillingen knyttet til asymmetriske innkjøpspriser i dagligvaremarkedet ren annenlinjes diskriminering, jf. kategori nr. 2. I den utstrekning det foreligger diskriminering som også fører til at mindre leverandører stenges ute eller hindres i å ekspandere, vil det også kunne foreligge førstelinjesvirkninger (kategori nr. 1). Hypotesen kunne da være at den største kjeden promoterer merkevarer fra leverandører hvor de oppnår størst prisfordel, som i sin tur kan hevdes å styrke disse

⁴⁷ Se nærmere Anchustegui (2017), s. 241 ff. om «buyer induced price discrimination».

⁴⁸ I tillegg kan misbruksforbudet ramme nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling og diskriminering mellom egen nedstrømsvirksomhet og konkurrenter som er avhengige av å kjøpe tjenester fra det dominerende foretaket (typisk tilgang til infrastruktur). Ingen av disse kategoriene behandles nærmere her.

merkevarene også i andre kjeder.⁴⁹ En slik hypotese fremstår imidlertid som svært usikker, siden leverandøren også vil kunne tape salg i andre kjeder til mindre leverandører, og «promoteringseffekten» dessuten vil være begrenset til den favoriserte kjeden. Dessuten kan det selvsagt være et utslag av nettopp ønsket konkurranse mellom leverandører, så lenge det ikke går over i predasjon. En annen førstelinjeshypotese kunne være at rabattene som ytes anses som en form for lojalitetsrabatter, for eksempel dersom rabattene ytes retroaktivt først når et bestemt kvantum er oppnådd over en viss periode.⁵⁰ En tredje skadehypotese kan være at prisene representerer predasjon, men heller ikke her er det indikasjoner på at dette skulle være tilfelle.

Forbud mot ren annenlinjes diskriminering er omstridt, dels fordi skadevirkningene for konkurransen og forbrukerne ikke er entydige, dels fordi vurderingen i praksis synes å fokusere mer på «like vilkår» og rettferdighet enn konkurranse og effektivitet, og endelig at ren annenlinjes diskriminering ikke nødvendigvis kan forklares som rasjonell atferd fra et dominerende foretak (i fravær av førstelinjevirkninger).⁵¹

Det foreligger også meget begrenset med praksis om ren annenlinjes diskriminering; i de langt fleste sakene hvor diskriminering har vært oppe har det vært i kombinasjon med andre misbruksformer. *O'Donoghue/Padilla* oppsummerer som følger:

49 Se f.eks. høringsuttalelse fra kolonial.no til Rapport om etableringshindringer i dagligvaresektoren, s. 3 (https://www.regjeringen.no/contentassets/4c26f095eaaa4f9c9d001762f78bcc72/kolonial.no-as.pdf?uid=Kolonial.no_AS.pdf).

50 Se allerede sak 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG v Kommissjonen [1979] ECR 461 (ECLI:EU:C:1979:36), prem. 90, der Domstolen sidestiller en lojalitetsrabatt (knyttet til eksklusivitet) med diskriminering. Virkningene av retroaktivitet må vurderes konkret. Dersom en kunde først oppnår rabatt på hele kvantumet der vedkommende har nådd et salgsmål som ligger opp mot kundens estimerte behov over en periode («all-unit rebate»), vil dette f.eks. kunne representere et misbruk.

51 Se *O'Donoghue og Padilla* (2013), s. 784 ff. Også generaladvokat Nils Wahl uttrykker ganske bastant at incentiver til å diskriminere ikke foreligger, jf. forslag til avgjørelse i MEO avsnitt 76: «a distinction must immediately be drawn between undertakings that are vertically integrated and will therefore have an interest in displacing competitors on the downstream market and those that have no such interest.» (Sak C-525/16, ECLI:EU:C:2017:1020). Et poeng her er at de vilkårene som ble vurdert i MEO var fastsatt av leverandør, i motsetning til det som diskuteres i det norske dagligvaremarkedet der vilkårene variere iht. forhandlingsstyrke og forhandlingsdyktighet fra kjedenes side.

...in each case in which secondary-line discrimination was considered an abuse in itself, the dominant firm was also found guilty of a series of other abuses. In many cases, the other abuse was the *primary* conduct *complained* of and the secondary-line discrimination merely a logical consequence of that conduct. This suggests that the Community institutions are generally unlikely to take action where the only allegation is that the dominant firm has charged different prices to non-associated companies.⁵²

Det er likevel ingen tvil om at ren annenlinjes diskriminering representerer en selvstendig misbruksform. I MEO oppsummerer Domstolen som følger:

In accordance with the case-law of the Court, the specific prohibition of discrimination under subparagraph (c) of the second paragraph of Article 102 TFEU is intended to ensure that competition is not distorted in the internal market. The commercial behaviour of the undertaking in a dominant position may not distort competition on an upstream or a downstream market, in other words, between suppliers or customers of that undertaking. Co-contractors of such undertakings must not be favoured or disfavoured in the area of the competition which they practise amongst themselves. Thus, it is not necessary that the abusive conduct affects the competitive position of the dominant undertaking itself on the same market in which it operates, compared with its own potential competitors.⁵³

Fokuset til diskrimineringsforbudet (mot ren annenlinjes diskriminering) er således å hindre at handelspartnere til dominerende foretak påføres ulemper i konkurransen med hverandre.

Konseptet diskriminering under misbruksforbudet krever for det første en vurdering av om de aktuelle transaksjoner er sammenlignbare eller ikke, det vil si at forhold knyttet til den enkelte kunde, typisk betalingsikkerhet eller kvantum, vil spille inn.⁵⁴ Egenskaper ved kundene vil

52 Op.cit. s. 814.

53 Se sak C-525/16 MEO (ECLI:EU:C:2018:270), prem. 24.

54 Se nærmere O'Donoghue og Padilla (2013), s. 792: «...the key issue is whether the “transactions” are “equivalent”, which suggests that the commercial context of the compared transactions plays a paramount role.»

kunne føre til at situasjonene ikke anses som sammenlignbare; typisk gjelder dette der enkelte kunder kjøper større kvanta og dette gjenspeiles i kostnadsbesparelser hos det dominerende foretaket. For eksempel kan man ikke si at en opphavsrettsorganisasjon som benytter ulike modeller for å kalkulere vederlag til ulike kunder nødvendigvis diskriminerer, hvis ulikheter ved kundene (f.eks. at én er en offentlig finansiert allmennkringkaster og en annen er en reklamefinansiert kommersiell kanal), tilsier ulike modeller.⁵⁵

Videre kreves det at diskrimineringen er av en slik art at handelspartneren påføres en konkurranseulempe. På dette punktet vil det bl.a. ses hen til graden av diskriminering, hvor stor andel av den diskriminertes kostnader det gjelder osv., jf. Domstolens nylige veiledning om dette i MEO-saken.⁵⁶

Vurderingen må iht. prem. 28 «examine all the relevant circumstances in order to determine whether price discrimination produces or is capable of producing a competitive disadvantage». I prem. 30 listes det følgende kriterier:

...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.

I tilknytning til siste setning viser Domstolen til Intel-dommen.⁵⁷ Den saken gjaldt utestengende misbruk rettet mot en konkurrent, men det sentrale her vil være at konkurranseulempe ikke nødvendigvis vil vurderes for det diskriminerte foretaket; for at det skal foreligge en konkurranseulempe må vilkårene være slik at de utgjør en konkurranseulempe for et like effektivt foretak som det favoriserte. Tilnærmingen med en

55 Se som eksempel sak C-52/07 Kanal 5 og TV4 v STIM, [2008] ECR I-9275 (ECLI:EU:C:2008:703).

56 Sak C-525/16 MEO (ECLI:EU:C:2018:270).

57 Sak C-413/14 P Intel v Commission (ECLI:EU:C:2017:632), prem. 139.

«as efficient competitor» kan ses på som et generelt utviklingstrekk ved Domstolens art. 102-praksis.

Kravet om konkurranseulempe har blitt håndhevet med varierende styrke av Domstolen i ulike situasjoner. For eksempel har det knapt blitt stilt krav om slik «ulempe» i saker hvor det har dreid seg om forskjellsbehandling etter nasjonalitet,⁵⁸ eller diskriminering som tar sikte på å hindre «lekkasjer» mellom ulike handelsområder.⁵⁹ Tilsvarende gjelder saker hvor adferden anses (også) å falle i en annen misbrukskategori, for eksempel lojalitetsrabatter. I *British Airways*, der misbruket først og fremst hadde karakter av lojalitetsrabatter, påpekte EU-domstolen at det var tilstrekkelig å etablere at adferden «tends to» vri konkurransen, og at «In such a situation, it cannot be required in addition that proof be adduced of an actual quantifiable deterioration in the competitive position of the business partners taken individually».⁶⁰ Dette er på linje med MEO, der Domstolen benytter uttrykket «capable to».

Ikke enhver forskjellsbehandling vil fanges opp av forbudet. For det første vil ikke all forskjellsbehandling kvalifisere som «diskriminering» etter bestemmelsen. Typisk vil forskjeller som kan begrunnes saklig og objektivt, i tråd med EU-rettens alminnelige diskrimineringskonsept, ikke fanges opp. Typisk kan dette gjelde kostnadsbesparelser.⁶¹ Selve konseptet diskriminering fremstår som ganske rett frem. I praksis kan det imidlertid være utfordrende å anvende, særlig fordi det kan være tvil om hva som utgjør sammenlignbare transaksjoner og også hva som utgjør ulike vilkår.

58 Se for eksempel sak 27/76 *United Brands*, [1978] ECR 207 (ECLI:EU:C:1978:22), jf. videre *Whish/Bailey* (2018), s. 781). Forbudet mot diskriminering iht. nasjonalitet virker parallelt med det generelle EØS-rettslige prinsippet om ikke-diskriminering, jf. art. 4, og også de generelle reglene om fri bevegelse for varer, tjenester, personer og kapital. Se også Kommisjonens vedtak i *Deutsche Post* ([2001] OJ L 331/40, avsnitt 120-134), om diskriminerende vilkår for postforsendelser avhengig av opprinnelse.

59 Se for eksempel sak T-228/97 *Irish Sugar* [1999] ECR II-2969 (ECLI:EU:T:1999:246).

60 Sak C-95/04 *British Airways v Kommisjonen* (ECLI:EU:C:2007:166), prem. 145, jf. også sak C-52/07 *Kanal 5 og TV 4 v STIM*, [2008] ECR I-9275 (ECLI:EU:C:2008:703), prem. 44.

61 Det er ikke helt klart hvordan diskrimineringskonseptet forholder seg til læren om «objektiv begrunnelse», dvs. om en relevant kostnadsfordel fører til at det ikke anses å foreligge diskriminering eller om kostnadsfordelen først kommer inn som «defence» etter læren om objektiv begrunnelse – slik at det dominerende foretaket vil ha bevisbyrden. I praksis vil dette sannsynligvis spille en mer begrenset rolle, idet det uansett vil være naturlig at det dominerende foretaket må dokumentere relevante gevinster.

Misbruksforbudet i konkurranseloven (§ 11) og dagligvaremarkedet

På grunn av måten kontrakter forhandles på i bransjen, er det neppe riktig å foreta en diskrimineringsvurdering etter § 11 ned på enkeltprodukt-nivå, med mindre det nettopp er enkeltprodukter som utgjør hoveddelen av kontraktsforholdet. Der det forhandles om en portefølje i den forstand at produktene ses i sammenheng, vil det gi liten mening å sammenligne vilkår for enkeltprodukter. På dette punktet synes en mer helhetlig tilnærming til forholdet mellom leverandør og kunde å være fornuftig, jf. den danske Arla-saken:

For at afdække om Arla Foods rabatter og tilskud diskriminerer mellem de enkelte detailhandelskæder, er det derfor nødvendigt at sammenholde den umiddelbart skæve fordeling af de samlede rabatter og tilskud mellem kæderne med omfanget og arten af de ydelser, som Arla Foods leverer til de enkelte kæder.⁶²

Som påpekt ovenfor forhandles priser som rabatter av G-pris eller D-pris. Ulikheter i forhandlingsstyrke vil gi seg utslag i ulike rabattsatser. Slike ulikheter vil typisk være avhengig av forhandlingsstyrke og forhandlingsdyktighet fra kjedene, og dersom rabattene er knyttet til volum, vil slike ulikheter ikke i seg selv representere diskriminering. (Med mindre rabattordningene er utformet på en diskriminerende måte.)

Samtidig er ikke rabattstrukturen nødvendigvis lik for hver enkelt kjede, hvilket i seg selv kan forsterke ulikheter. Rabattstrukturen dikteres av kjedene. Forskjellen mellom rabatter på G-pris vs. D-pris vil for eksempel kunne føre til en reelt sett ulik prisutvikling mellom kjedene ved økninger i leverandørens listepriis. Dette skyldes at leverandøren vil være bundet av rabattene, men ikke vil ha herredømme over utviklingen i D-pris (som settes av kjeden). Samtidig vil innslaget av faste betalinger sannsynligvis variere mellom kjedene.

62 <https://www.kfst.dk/afgoerelser-ruling/konkurrenceomraadet/afgoerelser/2005/arla-foods-rabatter-og-markedsfoeringstilskud/>, pkt. 83.

Her blir det etter min oppfatning for enkelt å anvende diskrimineringsregelen automatisk. Det er tale om ulike rabattmodeller som bestemmes av kjedene. Leverandørene vil ha begrenset mulighet til å påvirke det som kan betegnes som kjedenes netto salgsverdi (dvs. G-pris fratrukket alle rabatter). Samtidig kan det anføres at dominerende leverandører har et særskilt ansvar for å sørge for at konkurransen ikke begrenses, og at dette også må gjelde å sikre ikke-diskriminerende vilkår for sine kunder. En slik vurdering har imidlertid kun blitt benyttet overfor et dominerende foretaks plikt til å ivareta «restkonkurransen» i markedet, dvs. en plikt til ikke å ekskludere like effektive konkurrenter. Vurdering må dessuten ta i betraktning dominerende foretaks rett til å beskytte legitime kommersielle interesser.

Det er vel etablert at det ikke vil fritta et dominerende foretak fra ansvar etter § 11 at det er kunden selv som har bedt om en avtale som innebærer misbruk.⁶³ Det foreligger imidlertid, så langt jeg kjenner til, ikke praksis som bekrefter at dette gjelder automatisk også der kontrakten er forhandlet frem med en aktør med kjøpermakt. Det «særlige ansvaret» kan neppe strekkes så langt at leverandøren må avslutte kundeforholdet dersom man ikke kommer til enighet. På dette punktet kan det også argumenteres for at kundenes forhandlingsstyrke må komme inn i vurderingen av hvorvidt det faktisk dreier seg om «like tilfeller».

All den tid den omtalte rabattstrukturen og forhandlinger knyttet opp mot rabatter (og ikke listepreis) fremstår som generell i bransjen, er det også et spørsmål om konkrete utslag kan tilskrives enkeltforetak som «misbruk». Snarere synes asymmetriske priser (dersom det representerer et reelt konkurransepolitisk problem), å kunne føres tilbake til en generell praksis som har utviklet seg i bransjen over år, og som ikke begrenser seg til enkelte dominerende leverandører men gjelder helt generelt – uavhengig av leverandørens størrelse og uavhengig av hvor stor andel av sin omsetning leverandøren har med den aktuelle kjeden.⁶⁴

63 Sak 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG v Kommissjonen [1979] ECR 461 (ECLI:EU:C:1979:36), prem. 89.

64 Konkurransetilsynets rapport gir heller ikke uttrykk for noen sammenheng mellom leverandørens markedsstyrke og graden av differensiering.

Jf. ovenfor kreves det i en tradisjonell vurdering av annenlinjes prisdiskriminering også at den eller de diskriminerte påføres en konkurranseulempe. Konkurransulempe kan ses på som en kostnadsulempe som påføres den som diskrimineres. Hvis det er tale om en dominerende leverandør som selger et identisk produkt til to aktører nedstrøms og diskrimineringen utgjør en vesentlig del av kostnadene og produktene videreselges, vil det foreligge en konkurranseulempe dersom forskjellen hindrer den diskriminerte i å foreta konkurransehandlinger overfor den favoriserte. Iht. EU-domstolens uttalelser i MEO vil vurderingen knytte seg til konkurranseulempe for en like effektiv aktør som den favoriserte.⁶⁵ Det er ikke nødvendig å påvise konkrete vridninger i konkurransesituasjonen mellom foretak nedstrøms.

I det norske dagligvaremarkedet er det på det rene at innkjøpspris representerer 70–80 % av totale kostnader. Nettopp graden av kostnadsdekning er i praksis fremhevet som en sentral faktor ved spørsmålet om konkurranseulempe. Det er imidlertid på det rene at den enkelte kjedes konkurransekraft ikke er knyttet til enkeltprodukter, men til «handlekurven», slik at en mulig konkurranseulempe ikke nødvendigvis kan knyttes opp til én bestemt leverandør.

Uansett kan det være vanskelig å anvende en tradisjonell tilnærming til diskriminering pga. de mange mulighetene som er til å krysssubsidiere mellom produkter. En egentlig konkurranseulempe i markedet oppstår neppe før det er tale om en systematisk diskriminering som gjennomføres av et flertall leverandører og som har likeartede effekter for de forskjellige kjedene eller nykommere. For eksempel vil JM (rabatter som motytelse for såkalt felles markedsføring) på noen produkter kunne aggregeres og benyttes til å subsidiere sesongsalg på andre varer. Den reelle konkurransesituasjonen befinner seg dermed langt fra pris på enkeltprodukt. I slike tilfeller – som er situasjonen i norsk dagligvare – er det ikke slik at en konkurranseulempe vil «følge» produktet (like lite som rabatter gjør det), og i den store sammenheng må det betydelig diskriminering på et produkt med både høy verdi og volum for at forskjellsbehandlingen

65 Dette innebærer sannsynligvis at for eksempel et argument om at Rema 1000 ikke påføres en reell konkurranseulempe fordi de er mer effektive enn NorgesGruppen ikke er relevant.

skal kunne gi en slik konkurranseulempe som er angitt i MEO. Satt på spissen vil enkeltleverandører verken ha «skadeevne» eller «årsaksevne». Akkurat som man i Arla-saken så hen til den totale rabatten på leverandørens produkter, vil man i vurderingen av konkurranseulempe måtte se på totaliteten i kundens videresalg.

Til dette kommer at kjeder og kjedehus har noe ulik praksis når det gjelder hvilke kampanjer som dekkes av den enkelte kjøpmann (samt at kjedene har ulike strukturer der noen, for eksempel Rema 1000, primært har frittstående kjøpmenn mens andre har kjedeeide butikker), og hvilke som dekkes sentralt og dermed typisk av felles markedsføringsmidler (JM). Med en slik forutsetning, der asymmetrien er systematisk mellom samtlige leverandører, blir det vanskelig å henføre en konkurranseulempe til dominerende enkeltleverandørers adferd i markedet. Snarere representerer problemstillingen et bransjeproblem knyttet til rabattstrukturer og måten kontrakter forhandles på.

Dersom hele eller store deler av leverandørsiden systematisk diskriminerer (slik at diskriminering gjelder en betydelig del av verdiene), er det klart at den kumulative effekten vil kunne være en relevant konkurranseulempe.⁶⁶ Spørsmålet da blir hvorvidt dominerende enkeltleverandørers årsaksbidrag er tilstrekkelig til å etablere et misbruk. Svaret er usikkert. Under krrl. § 10 er det veletablert at en avtale vil kunne falle innenfor forbudet på bakgrunn av at den bidrar til en kumulativ effekt sammen med lignende avtaler. Et tilsvarende resonnement kan ikke overføres automatisk til misbruksforbudet. Klart nok vil et dominerende foretak være ansvarlig for ikke å misbruke sin dominerende stilling innenfor den strukturen markedet har. Spørsmålet her er imidlertid hvorvidt et enkelt foretak vil kunne misbruke sin dominerende stilling ved – kanskje marginalt – å bidra til en samlet konkurranseulempe skapt av et kollektiv av både dominerende og ikke-dominerende leverandører, og der den utløsende faktoren vil være den sterkeste kjedens evne til å oppnå best vilkår i forhandlingene (sannsynligvis som en kombinasjon

66 Konkurransetilsynets kartlegging, som omfattet 16 leverandører, viste at 14 av disse ga Norges-Gruppen bedre betingelser, se https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2019/11/Rapport-om-innkjøpsbetingelser_2019.pdf. To leverandører ga NorgesGruppen dårligere betingelser.

av forhandlingsdyktighet og -makt). Også under misbruksforbudet må det oppstilles et krav om årsakssammenheng mellom adferden som karakteriseres som misbruk og relevante skadevirkninger.⁶⁷

Rettslig sett må spørsmålet om dominerende aktørers bidrag til en samlet konkurranseulempe, der leverandøren presses av en aktør med kjøpermakt til å innvilge bedre betingelser, anses som uavklart. Klart nok kan det argumenteres med at dominerende foretak har et særlig ansvar for ikke å begrense konkurransen, og at foretaket da også må søke å ivareta konkurransen på markedet selv om det er andre foretaks adferdsmessige (og ikke strukturelle) forhold som gjør markedet sårbart for ytterligere bidrag til en konkurranseskadelig eller -vridende effekt. Et slikt resonnement setter imidlertid få skranker for dominerende foretaks ansvar. I ytterste konsekvens kunne man tenkt seg at en dominerende leverandør måtte drive omvendt diskriminering for å motvirke en konkurranseulempe skapt av andre leverandører (som følge av den største kjedens forhandlingsmakt). Dette kan åpenbart ikke være riktig. Dersom prisene fra leverandørene systematisk er asymmetriske, og dette samlet sett skaper en konkurranseulempe for de minste kjedene, er det usikkert om dette vil innebære et misbruk fra enkeltaktører på leverandørsiden.

Drøftelsen viser således at strukturen i det norske dagligvaremarkedet, i kombinasjon med øvrige leverandørers og kjedenes adferd, gjør det usikkert om § 11 faktisk vil omfatte enkeltleverandørers asymmetriske priser. Særlig sentralt er at en relevant konkurranseulempe vanskelig kan føres tilbake til enkeltleverandørers priser, men til den kumulative effekten av samtlige leverandørers vilkår. Videre vil betydningen av kjøpermakt være sentral for vurderingen av hvorvidt det foreligger en relevant form for diskriminering.

Det kan endelig reises spørsmål om prisfordeler for NorgesGruppen faktisk «tas ut» i direkte konkurranse med andre kjeder, og hvis ikke, hvorfor. En mulig forklaring kan være at disse i tilfelle delvis dekker opp mindre effektiv drift og overetablering i detaljistleddet. Dette kan indikere at konkurransen fungerer dysfunksjonelt på kjedeledet. Det er

67 Se nærmere Hjelmeng (2016), pkt. 3.1. Ved typer av adferd der det bare kreves at adferden er «egnet til» å begrense konkurransen e.l., kan dette ses på som et krav om at adferden konkret må ha årsaksevne i det konkrete tilfellet.

imidlertid vanskelig å hevde at dette nøytraliserer en type konkurransefordel ift. andre kjeder. Dersom sviktende konkurranse nedstrøms (f.eks. i form av at det favoriserte foretaket velger ikke å konkurrere hardt overfor det diskriminerte fordi det er i dets interesse å beholde diskriminerte aktører i markedet snarere enn å slippe til nykommere), gjør at det diskriminerte foretaket vil overleve i markedet, innebærer dette likevel en konkurranseulemppe siden det diskriminerte foretaket settes ute av stand til å foreta konkurransehandlinger det ellers ville kunne gått inn på.

Eget forbud mot prisdiskriminering?

Innledning

Diskusjonen om et eget forbud mot prisdiskriminering reiser egentlig to spørsmål: om det lar seg gjøre å utforme en regel som er praktikabel, og dessuten hvilke effekter en regulering vil ha. I det følgende diskuteres først utfordringer knyttet til det å finne en praktikabel regel, med sammenligning til den amerikanske Robinson-Patman Act. Deretter drøftes mulige virkninger av et forbud.

Praktisk gjennomføring

Enhver regulering vil stå overfor i alle fall to utfordringer: hvilke varer som skal sammenliknes, og hva prisen for varen er. Samtidig vil det være flere variabler knyttet til kontraktsvilkårene, for eksempel varighet, kreditt og tilleggstjenester.

Disse utfordringene er svært tydelige i den amerikanske Robinson-Patman Act.⁶⁸ De sentrale delene av bestemmelsen lyder (mine understreknings):

It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold for use, consumption, or resale within the United

68 15 U.S.C. § 13. Tilgjengelig her: <http://codes.findlaw.com/us/title-15-commerce-and-trade/15-usc-sect-13.html>.

States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them: Provided, That nothing herein contained shall prevent differentials which make only due allowance for differences in the cost of manufacture, sale, or delivery resulting from the differing methods or quantities in which such commodities are to such purchasers sold or delivered...

Iht. ordlyden forbyr loven prisdifferensiering eller prisulikhet, men inneholder noen tilleggsvilkår som gjør at forbudet ikke blir absolutt.⁶⁹ Både kravet om konkurranseskade og «defensen» knyttet til kostnadsulikhet har imidlertid – i alle fall tidligere – blitt tolket slik at bestemmelsen har rammet svært vidt. Supreme Court har lagt til grunn at det også etter RPA kreves såkalt «antitrust injury», det vil si en eller annen form for skade på konkurransen.⁷⁰ Dette kriteriet har imidlertid ikke blitt konsekvent anvendt i saker om «secondary line injury», det vil si nettopp der ulike kjøpere stilles ulikt i konkurransen.

Flere av vilkårene i bestemmelsen har gitt opphav til tvister for amerikanske domstoler. Dette gjelder for eksempel spørsmålet om hva som kan karakteriseres som «like grade and quality».⁷¹ Fysiske ulikheter vil typisk føre til at produktene ikke er sammenlignbare. At produkter selges under ulike merkenavn, vil likevel ikke føre til at de automatisk anses som ulike.⁷² I senere praksis synes kriteriet å ha blitt noe oppmyket, eksempelvis har salg av egg til høy pris der kjøper kunne velge størrelse og leveringstidspunkt ikke blitt ansett sammenlignbart med salg til lavere pris der kjøper

69 Om konseptet diskriminering etter loven sier Hovenkamp (2016), s. 777 følgende: «The Act directly condemns price differences, and only indirectly and haphazardly reaches economic discrimination.»

70 J. TRUETT PAYNE CO. v. CHRYSLER MOTORS CORP., 451 U.S. 557, 564 (1981), og VOLVO TRUCKS NORTH AMERICA, INC. v. REEDER-SIMCO GMC, INC., (2006) No. 04-905 (January 10, 2006), flertallsvotumet pkt. II. Se nærmere Glick et al. (2015), s. 307.

71 Som påpekt av O'Donoghue Padilla (2013), s. 792, er RPA her snevrere enn den potensielle rekkevidden til det europeiske misbruksforbudet.

72 Se Hovenkamp (2016), s. 781, med henvisning til FTC v. BORDEN, 383 U.S. 637 (1966).

måtte akseptere tilbudt størrelse og leveringstidspunkt.⁷³ Det er likevel ikke tvil om at tolkningen innebærer at identiske eller tilnærmet identiske produkter solgt under ulike merker (for eksempel merkenavn vs. egne merkevarer), vil kunne falle innenfor bestemmelsen.

Når det gjelder prisen, vil denne kunne reflektere andre elementer enn bare varekostnad, for eksempel distribusjons- og markedsførings-tjenester. Dette er formulert som et spørsmål om det foreligger «funksjonelle rabatter» (sml. felles markedsføring/JM i norsk dagligvare). I *Texaco v. Hasbrouck* hadde bensinforhandlere klaget over at grossister fikk kjøpe bensin til lavere pris. Supreme Court ga sin tilslutning til at rabatter som «merely accords due recognition and reimbursement for actual marketing functions» ikke ble rammet av loven.⁷⁴ På dette punktet kreves det imidlertid forholdsmessighet, det vil si at rabatten må være begrenset til reelle tjenester.⁷⁵

Også «cost justification defence» har vært omstridt. Som utgangspunkt skulle denne kunne bringe loven i retning av et forbud mot økonomisk prisdiskriminering, det vil si at prisulikheter som gjenspeiler ulikheter i marginale kostnader knyttet til levering til ulike kunder ikke omfattes. Dette vilkåret i loven har imidlertid ikke blitt tolket slik, men tvert imot dithen at en leverandør har vært nødt til å påvise at lavere pris stod i et proporsjonalt forhold til lavere kostnader ved leveranse til kunden.⁷⁶

Endelig vil et foretak kunne reise et såkalt «meeting competition» forsvaret, det vil si at priskutt representerer legitime svar på konkurranse fra andre («was made in good faith to meet an equally low price of a competitor»), ikke rammes. I tidligere praksis ble det krevet faktisk kunnskap om lavere priser fra konkurrenter, noe som skapte utfordringer med hensyn til informasjonsdeling mellom konkurrenter.⁷⁷ I senere praksis er dette myket opp, slik at det er tilstrekkelig at kunder påstår de kan oppnå lavere

73 *A.A. Poultry Farms Inc. v. Rose Acre Farms Inc.* 881 F.2d 1396, 1407-8 /7th cir. 1989), cert. den.

74 496 U.S. 543 *TEXACO INC. v. HASBROUCK*, (1990), 560.

75 Jf. forslag til lov om god handelsskikk § 5.

76 Hovenkamp (2016), s. 784.

77 *Se FTC v. STALEY*, 324 U.S. 746 (1945), og kritikken hos Hovenkamp (2016), s. 786.

priser hos andre og selger ikke har noen plausibel grunn til å tvile på dette.⁷⁸

Denne gjennomgangen, samt behovet for flikking på bestemmelsen som rettspraksis dokumenterer, vitner om at det er betydelige praktiske utfordringer med å etablere en regel som faktisk virker etter sin hensikt.

Det er klart at et diskrimineringsforbud enkelt kan anvendes der det er tale om merkevarer i standardforpakninger, for eksempel Gilde 400 gr. kjøttdeig eller lettmelk i 1,75 liters kartonger. En sammenlikning blir vanskeligere der det er tale om avvikende forpakninger eller ulike kvaliteter, for eksempel der det er inngått avtaler om egne merkevarer eller særlige samarbeid som for eksempel NorgesGruppens «Folkets»-samarbeid med Nortura. En omregning til for eksempel kilopris vil ikke gjenspeile kommersielle forhold knyttet til salgspotensialet for ulike forpakningsstørrelser. Slik markedet fungerer, må det anses som meget vanskelig å komme frem til «omregningsfaktorer» på tvers av ulike kvaliteter eller varianter av tilsvarende produkter.

Spørsmålet om hva prisen egentlig er, fremstår som enda mer kompleks. I bransjen er det i tillegg til rene prosentvise rabatter bruk av det som i økonomisk teori omtales som «todelt tariff», det vil si en kombinasjon av faste beløp og en pris pr. enhet. I henhold til økonomisk teori er dette noe som kan stimulere konkurransen nedstrøms.⁷⁹

Slike fastledd kan typisk representere en betaling for tjenester, da typisk i form av at kjedene yter markedsføringstjenester mot rabatter (JM/felles markedsføring). Å fastsette en verdi på slike tjenester, som varierer mellom kjeder og også mellom leverandører, vil gjøre det ytterligere vanskelig å komme frem til objektive sammenligningsgrunnlag for

78 Se UNITED STATES v. US GYPSUM, 438 U.S. 22 (1978) og FALLS CITY INDUSTRIES v. VANCO BEVERAGE, 460 U.S. 428 (1983). Se også Hovenkamp (2016) s. 787.

79 Se f.eks. von der Fehr (2013), s. 126 ff.

pris. Alternativet ville selvsagt vært å forby denne typen rabatter, men det ble frarådet av Dagligvarelovutvalget som vurderte problemstillingen.⁸⁰

I denne bransjen vil det også i mer begrenset utstrekning dreie seg om enkeltstående kjøp og salg av varer eller varepartier, men typisk om leveransekontrakter av i alle fall ett års varighet der pris justeres underveis. Også kontraktens varighet vanskeliggjør en sammenlikning krone for krone og enhet for enhet.⁸¹

Konklusjonen er at det er svært vanskelig å operasjonalisere en tanke om «like priser» innenfor dagligvaremarkedet. En bestemmelse vil uansett ikke kunne fange opp eller regulere spørsmålet om hvilke varer som er sammenlignbare, eller spørsmålet om hva som er «prisen» for varen. En forpliktelse til like priser vil generere en rekke konflikter.

En bestemmelse som krever ikke-diskriminering eller like priser i kontrakter mellom leverandører og dagligvarekjeder, krever nødvendigvis en form for offentlig håndhevelse, da det er nødvendig å kjenne til innhold og vilkår i ulike kontrakter for å kunne vurdere om bestemmelsen overtres. Å basere håndhevelsen på private søksmål fremstår som tungvint og vanskelig, idet en misfornøyd kjøper dels vil måtte saksøke egen leverandør, dels vil måtte fremprovosere bevis om avtaler med andre kjøpere.

Det bør imidlertid utvises forsiktighet med å opprette et organ som risikerer å fungere som en «klagemur» for kjøpere som er misfornøyd med sine kontrakter. Liknende problemstillinger ble behandlet i forarbeidene til lov om god handelsskikk. Her sies det:

80 NOU 2013:6, s. 51-52: «Sett fra et samfunnsøkonomisk ståsted vil ikke-lineære kontrakter i utgangspunktet være effektive for den vertikale kjeden som helhet, og i mange tilfeller også for konsumentene. Dette er fordi denne typen fleksible kontrakter skiller de to hovedmålsettingene som aktørene i den vertikale kjeden har: i) sikre at detaljprisen settes på et nivå som maksimerer den vertikale kjedens fortjeneste, og ii) fordeler denne gevinsten mellom leverandøren og kjeden. Dersom ikke faste betalinger (som kan være mer eller mindre knyttet til motytelser) kan avtales, vil en lineær grossistpris måtte løse begge disse målsettingene. Normalt vil dette føre til ineffektiviteter som både leverandører, kjeder og konsumenter fort kan komme til å lide under.»

81 Også ved enkeltstående kjøp og salg vil det for øvrig være en utfordring å definere en grense for «nærhet i tid» mht. sammenlikning av kjøp. Under RPA kreves det for eksempel at transaksjonene må være gjennomført innenfor «reasonable time», se Hovenkamp (2016), s. 780 med henvisninger. O'Donoghue og Padilla (2013), s. 795 oppstiller et tilsvarende krav under art. 102 TEUV.

Det er grunn til å utvise en viss skepsis overfor et forslag om å opprette et sektorspesifikt tilsyn med oppgave å håndheve kontrakts-, markedsførings- og immaterialrettslovgivning, jf. Matkjedelovutvalgets forslag. Årsakene til dette er flere. For det første kan det lede til en unødig byråkratisering og rettsliggjøring av forhandlingsprosesser og kommersiell utvikling. For det andre vil det måtte foretas en lang rekke avklaringer av forholdet til andre myndigheters kompetanse, i særlig grad konkurransemyndighetene. For det tredje vil et offentlig tilsyn kunne bli en arena for strategisk atferd og rent-seeking.⁸²

Dersom terskelen senkes for å klage til et organ, vil risikoen for misbruk øke. Nedsiden ved å igangsette prosesser for å avdekke mulige overtredelser, vil være liten, mens oppsiden kan fremstå som stor dersom man har mistanke om at andre kunder oppnår bedre vilkår. Gitt de komplekse vurderingene som enhver slik regulering vil innebære vil dette nødvendigvis påføre leverandører som kommer i søkelyset betydelige kostnader.⁸³ Samtidig vil selve risikoen for slike prosesser måtte komme til å påvirke forhandlingsspillet.

Mulige effekter

Virkningen av en regulering er høyst usikker.⁸⁴ At enkelte tar til orde for prislikhet, behøver heller ikke å bety godt nytt for forbrukerne; mindre kjeder og nettbutikker kan ha en interesse av *like* priser, mens *nivået* er mindre vesentlig. Selv om det ikke er empirisk belegg for at et diskrimineringsforbud alltid vil føre til at alle kunder får de samme dårlige vilkår, er det flere momenter som indikerer at gjennomsnittet blir dårligere.

Det kan tas utgangspunkt i en tenkt situasjon der man har to aktører som betaler en høyere pris, og én aktør som betaler en lavere. Et enkelt resonnement er da at et påbud om prislikhet vil gi alle aktører de sammen

82 NOU 2013:6 s. 108.

83 Uten sammenligning for øvrig kan det trekkes en parallell til Nasjonal Kommunikasjonsmyndighets håndhevelse av tilgangsforsiktelser etter ekomloven. Der genereres det en rekke klager, siden det ikke eksisterer noen nedside, og oppsiden ved å skaffe seg bedre vilkår i konkurransen er betydelig. (Uten at det med dette tas stilling til substansen i klagene.)

84 Se senest rapport fra en ekspertgruppe til Nærings- og fiskeridepartementet (17. januar 2020): Utredning om prisdiskriminering i dagligvarebransjen, av Tommy S. Gabrielsen, Espen R. Moen og Tore Nilssen (leder), tilgjengelig på <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/utredning-om-prisdiskriminering-i-dagligvarebransjen/id2686234/>.

gode vilkårene. Dette resonnementet overser likevel hvordan et slikt forbud vil påvirke incentivene og dynamikken i forhandlingene.⁸⁵

Dersom leverandøren vet at de vilkårene som fremforhandles med f.eks. den kjeden som har størst forhandlingsmakt og vil gjelde for alle andre aktører, vil dette selvsagt svekke incentivene til å gi en god pris, siden den største kjeden nå forhandler «på vegne av hele markedet». Krav om bedre betingelser kan imøtegås under henvisning til at andre kunder ikke har oppnådd bedre vilkår, og at det å imøtekomme kravet, vil føre til at de samme betingelser må tilbys andre. Dersom reguleringen utformes slik at de beste betingelsene blir gjeldende for alle, vil leverandøren selvsagt ha alle incitamentene til å unngå å gi etter i forhandlingene med kunden.

Samtidig vet den største kjeden at den ikke kan skaffe seg en konkurransefordel i forhandlingene, siden konkurrentene vil få den samme fordel gjennom påbudet om like priser. Resultatet er at leverandørene vil stå hardere på sine krav, mens den kjeden som kanskje er mest forhandlingsdyktig ikke vil ha incentiver til å stå like hardt på sine. Det er mer sannsynlig at slike aktører vil søke å oppnå fordeler på andre måter som ikke inngår i det direkte sammenlikningsgrunnlaget, for eksempel gjennom integrasjon med leverandører eller økt satsning på egne merkevarer.

Dessuten vil de øvrige kjedene vite at de alltid vil få like gode betingelser som konkurrenten, og dermed er det liten grunn til å bruke mye ressurser på å forbedre sine egne (og konkurrenters) betingelser. Poenget er at et forbud mot prisdiskriminering vil fjerne innkjøpspris som en konkurransefaktor for dagligvarekjedene; det blir ikke lenger mulig å oppnå en konkurransefordel gjennom lavere innkjøpspriser. Dermed reduseres også incitamentet for kjedene til å forhandle om pris, siden den nedsettelsen man eventuelt forhandler seg frem til, automatisk vil bli gjort

85 Se Hjelmeng/von der Fehr (2018), s. 31, med henvisning til O'Brien (2014), s. 93: «[F]orbidden price discrimination raises the average wholesale price for a wide range of parameters that determine relative bargaining powers». O'Briens forutsetning er at det ikke foreligger realistiske «utsidealternativer» for kjeden, jf. straks nedenfor.

gjeldende for de andre kjedene også. Dette indikerer at et forbud mot prisdiskriminering vil ha en prisdrivende effekt.⁸⁶

Det er videre et spørsmål hvordan prislikhet vil påvirke konkurransen mellom kjedene. Det norske markedet er allerede gjennomslukt, og dersom innkjøpsprisene blir like (slik at alle kjenner hverandres varekostnader), kan dette ytterligere bidra til å legge til rette for koordinerte virkninger.

Selv om det ikke entydig lar seg påvise at resultatet av en generell ikke-diskrimineringsregel alltid vil bli høyere priser, er det en tendens i de incitamentene og sammenhenger som er påpekt at prisene vil presses oppover. Økonomisk teori har da også jevnt over vært skeptisk til forbud mot prisdiskriminering. Avhengig av hvilke forutsetninger man legger til grunn, er teorien imidlertid ikke fullstendig entydig om en prisdrivende effekt.

Nylig har f.eks. Foros og Kind, basert på arbeidet av Katz og O'Brien, påvist at et forbud mot prisdiskriminering under spesielle omstendigheter vil ha som effekt at prisene blir lavere.⁸⁷ Dette scenarioet bygger på visse forutsetninger: for det første at den største kjeden har et troverdig «utsidealternativ», dvs. har mulighet til å kjøpe fra andre kilder enn aktuell leverandør, ev. produsere selv. De artiklene man bygger på, altså Katz og O'Brien, forutsetter dessuten at kontraktene er lineære (kun pris pr. enhet og ikke faste betalinger).⁸⁸

Det er neppe grunn til å trekke modellen i tvil, gitt at forutsetningene slår til.⁸⁹ Det er likevel svært usikkert om disse forutsetningene kan leg-

86 Herbert Hovenkamp sier følgende om Robinson-Patman Act: «Low prices, not discriminatory prices, are the chief evil condemned by the Act. ... It was designed to protect small businesses from larger, more efficient businesses. A necessary result is higher consumer prices.» (Cit., s. 774).

87 Se Foros/Kind (2018), Katz (1987) og O'Brien (2014). Se også Foros/Kind (2019) for vurderinger under mer varierte forutsetninger.

88 Se Foros/Kind (2018), s. 14.

89 Når Foros og Kind avviser at størrelse i seg selv har betydning for vilkårene (Foros/Kind 2018, s. 11), fortjener dette likevel en kommentar. Deres resonnement går ut på at det selvsagt svir mer for en leverandør å miste en stor kunde enn en liten kunde, men at man i for liten utstrekning har sett på det motsatte: at det også svir for kjeden å kaste ut en leverandør. Disse effektene skal visstnok nøytralisere hverandre. Resonnementet er sannsynligvis bare valid dersom det gjelder «must-have» varemerker. Men dersom det først er slik, forutsetter dette markedsrett på leverandørsiden, hvilket er inkonsistent med deres forutsetning om et troverdig «utsidealternativ».

ges til grunn i norsk dagligvare.⁹⁰ For det første er ikke kontraktene i markedet entydig lineære. Faste betalinger (dvs. volumuavhengige betalinger f.eks. for joint marketing-tjenester), er fremdeles utbredt i bransjen. For det andre er det usikkert i hvilken utstrekning det foreligger slike realistiske utsidealternativer som modellen forutsetter. Dersom det tas for gitt at det foreligger asymmetriske priser i det norske markedet, og det innenfor en rekke produktkategorier ikke foreligger reelle utsidealternativer (f.eks. Coca-Cola (pga. branding), Grandiosa (pga. branding) eller Tine melk (pga. kapasitetsbegrensninger og samvirkemodell)), er det liten grunn til å tro at et generelt forbud mot prisdiskriminering kan forsvares etter modellen til Foros og Kind.

Foros og Kind baserer også sin diskusjon på at det foreligger en rasjonell forklaring på eksisterende asymmetri (de anfører to alternativer: ulikheter i diskonteringsfaktor hos kjedene (som avvises) og utsidealalternativer). Slik Matkjedeutvalget dokumenterte, fremstår det imidlertid som at leverandørene frykter delisting uavhengig av om slike alternativer finnes, og dette indikerer at det kan være vanskelig å oppstille rasjonelle forklaringsmodeller på fenomener i bransjen. Og selv om det skulle finnes situasjoner der forutsetningene til Foros og Kind gjør seg gjeldende, må reguleringen for å treffe disse måtte differensieres tilsvarende, noe som nødvendigvis vil gjøre reguleringsobjektet til et bevegelig mål. Dette både fordi forutsetninger for økonomiske modeller vanskelig lar seg omforme til reguleringskriterier, dels fordi partene selv vil kunne påvirke forutsetningene (f.eks. lineære vs. ikke-lineære kontrakter). Risikoen for å regulere for bredt blir da overhengene.

Det er også grunn til å reise spørsmål om forutsetningen om et troverdig «utsidealalternativ» i en situasjon der reguleringen er ment avgrenset til dominerende leverandører. Som påpekt ovenfor innebærer den rettslige definisjonen av dominans at foretaket er i stand til å opptre uavhengig av kunder, konkurrenter og forbrukere. Kommisjonen forklarer i sine retningslinjer for håndhevelsesprioriteringer under misbruksforbudet i EU-retten at

90 Se også diskusjonen i ekspertgrupperapporten av 17. januar 2020.

This notion of independence is related to the degree of competitive constraint exerted on the undertaking in question. Dominance entails that these competitive constraints are not sufficiently effective and hence that the undertaking in question enjoys substantial market power over a period of time.⁹¹

Dersom det først foreligger et realistisk utsidealternativ som gjør at kjeden kan skifte ut hele volumet fra leverandøren, vil det vanskelig kunne sies å foreligge en slik uavhengighet, og dermed heller ingen dominerende stilling. Foros og Kinds hypotese tilsier derfor paradoksalt nok at en gunstig effekt av et forbud mot prisdiskriminering bare vil inntre der det ikke foreligger dominans hos leverandør. Dette er imidlertid ikke overraskende; dersom foretaket først er dominerende vil det også ha muskler nok til å drive gjennom høyere priser for alle, mens det motsatte er tilfelle der leverandøren ikke har en slik posisjon. Om noe, tilsier arbeidet til Foros og Kind at man bør unngå å regulere dominerende foretaks prissetting, utover de tilfellene hvor en vurdering etter § 11 faktisk identifiserer en relevant konkurranseulempe.⁹²

Oppsummering

Fremstillingen har vist at det er vanskelig å anvende krll. § 11 på mulig prisdiskriminering i det norske dagligvaremarkedet, noe som både skyldes vanskeligheter med sammenligning av kontrakter og varer, at konkurransen skjer på varekurvnivå (slik at vilkårene ikke følger varen), og at en eventuell konkurranseulempe ikke nødvendigvis kan henføres til én dominerende leverandør. Til dette kommer spørsmål om dominans gitt kjøpermakt.

En særregulering med krav om like priser vil ha usikre virkninger, men tendensen er en prisdrivende virkning gitt påvirkningen av forhandlingsincentiver. Selv om økonomisk teori indikerer at effekten under

91 Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ C 45, 24.2.2009, s. 7, pkt. 10.

92 Ev. at skadehypotesen må begrunnes i misbruk av kjøpermakt. Tilsvarende vil en regulering kunne begrenses til tilfeller som involverer kjøpermakt (enten den baseres på størrelse eller «utsidealternativer»), men dette vil være vanskelig å administrere, dels pga. utfordringene med å vurdere dette fra sak til sak, dels fordi reguleringen på et eller annet vis uansett må knyttes opp mot leverandør.

gitte forutsetninger kan være lavere pris, er disse meget spesielle og neppe tilstede i det norske markedet. Til dette kommer at forutsetningen om et troverdig «utsidealternativ» tilsier at konklusjonen bare slår til der det ikke foreligger dominans.

Regulering av tilgang til distribusjon

Frem til ca. 2015 var det en hard kamp mellom kjeder og leverandører om distribusjonen av varer. Dette skyldtes primært to forhold: ønsket om kontroll på verdiskapningen i det leddet, og leverandørens ønske om å ha kontroll på varepåfylling i butikk. Leverandørene tapte denne kampen, og i dag er det vel bare Tine som fortsatt har egen distribusjon til butikk. For bryggeriene representerte omlegningen til PET-flasker (engangsflasker) spikeren i kisten.

I NOU 2011:4 lanserte Steensnæsutvalget en idé om et «non-profit» distribusjonsselskap. Dette ble mottatt med skepsis, og i etterpåklokskapens lys må man være glad for at dette aldri ble noe av. Dagligvarekjedene kniver i dag om å effektivisere distribusjonen, og kjedenes sentrallagre bygges også på en måte som gir betydelige miljøgevinster f.eks. gjennom bruk av robotteknologi og fornybar energi. Det er grunn til å være skeptisk til at en slik utvikling ville funnet sted innenfor en slik enhet som Steensnæsutvalget så for seg. Konkurransen driver også innovasjon.

Tilgang til distribusjon har imidlertid også en konkurransepolitisk side, siden nettopp etablering av et distribusjonsnettverk representerer en etableringshindring i markedet. På dette punktet er det grunn til å kritisere Konkurransetilsynets aksept av Coop/ICA-sammenslåingen, fordi med ICAs exit forsvant også et landsdekkende distribusjonsnettverk (og butikknettverk) som kunne representert et avgjørende «toehold» for en utenlandsk aktør. Dette aspektet ble imidlertid ikke vurdert av Konkurransetilsynet, som utelukkende fokuserte på lokal konkurranse mellom etablerte kjeder.

Slik situasjonen er i dag, er spørsmålet om regulering av tilgang til distribusjon kan bidra til å forbedre konkurransen i markedet. Svaret er sannsynligvis nei, av flere grunner. For det første er det riktignok slik at tilgang til et distribusjonsnettverk representerer en betydelig

etableringshindring dersom man ønsker å etablere en fjerde kjedestruktur. Betydningen er sannsynligvis mindre dersom man ønsker å starte opp hjemlevering eller pick-up i tett befolkede områder. For det andre representerer den eksisterende butikk tettheten i detaljistleddet sannsynligvis en mer alvorlig etableringshindring, noe som forsterkes av at attraktive lokasjoner allerede kontrolleres av dagligvaregrupperinger.

Krrl. § 11 vil i visse tilfeller kreve at konkurrenter gis tilgang til distribusjonssystemer. Terskelen er imidlertid høy, og det er vanskelig å se for seg at slik tilgang skulle kunne begrunnes i § 11 i det norske markedet. «The leading case» fra EU-domstolen her er fortsatt Bronner fra 1997. Saken gjaldt en tvist om tilgang til et distribusjonsnettverk for aviser i Østerrike. En konkurrent ønsket tilgang til nettverket for å få distribuert sine aviser. EU-domstolen avviste dette med flere argumenter:

In the first place, it is undisputed that other methods of distributing daily newspapers, such as by post and through sale in shops and at kiosks, even though they may be less advantageous for the distribution of certain newspapers, exist and are used by the publishers of those daily newspapers.

Moreover, it does not appear that there are any technical, legal or even economic obstacles capable of making it impossible, or even unreasonably difficult, for any other publisher of daily newspapers to establish, alone or in cooperation with other publishers, its own nationwide home-delivery scheme and use it to distribute its own daily newspapers.

It should be emphasised in that respect that, in order to demonstrate that the creation of such a system is not a realistic potential alternative and that access to the existing system is therefore indispensable, it is not enough to argue that it is not economically viable by reason of the small circulation of the daily newspaper or newspapers to be distributed.

For such access to be capable of being regarded as indispensable, it would be necessary at the very least to establish, ..., that it is not economically viable to create a secondhome-delivery scheme for the distribution of daily newspapers with a circulation comparable to that of the daily newspapers distributed by the existing scheme.⁹³

93 Sak C-7/97 Oscar Bronner (ECLI:EU:C:1998:569), prem. 43-46.

Terskelen for å pålegge et foretak å gi en konkurrent tilgang til distribusjonsnettverket er iht. Domstolens praksis således høy. Dette omtales i konkurranseretten gjerne som «the essential facility doctrine», dvs. at tilgang må være absolutt nødvendig for tilgang til markedet, og at det samtidig ikke må være økonomisk lønnsomt («viable» i den engelske versjonen, «rentabelt» i den danske), å etablere et ytterligere nettverk.

Selv om det har skjedd betydelige effektiviseringer i de tre eksisterende kjedenes distribusjon, er det neppe grunnlag for å hevde at Bronner-vilkårene skulle være oppfylt i den forstand at en nykommer i markedet skulle kunne kreve tilgang til en av de etablerte kjedenes distribusjonsnettverk.

Spørsmålet er dermed om det er grunn til særreguleringer på dette punktet, f.eks. at den største aktøren innenfor distribusjon og logistikk (ASKO) skulle pålegges å distribuere varer også for kjeder/aktører utenfor NG-paraplyen. En slik løsning foreligger for så vidt allerede i dag, i og med at ASKO distribuerer varer til de få uavhengige aktørene som ennå er igjen. Konkurransopolitisk måtte en slik plikt ha innebåret en distribusjon på like vilkår. Dette ville imidlertid ikke etter § 11 ha betydd en plikt til å dele gunstigere innkjøpsvilkår med den nye aktøren. Slik bruk av krrl. § 11 vil dermed neppe representere en løsning på problemstillingen knyttet til tilgang til distribusjon.

Samtidig må ikke betydningen av kontroll med distribusjon overvurderes i en konkurransopolitisk kontekst. Transportnæringen i Norge ville sannsynligvis kunne håndtert de fleste behov for bulk-, kjøle-, og fryse-transport. Ut fra et optimaliseringssynspunkt ville et system basert på et nettverk av kontraktører likevel neppe vært i stand til å realisere slike stordriftsfordeler som vi ser innenfor de eksisterende kjedenes systemer. Et effektivt logistikk- og distribusjonssystem må derfor anses for å representere en betydelig etableringshindring i markedet.

Begrensninger på vertikale restriksjoner

Et annet forslag er økte begrensninger på vertikale restriksjoner, dvs. ulike kontraktsklausuler avtalt mellom ulike ledd i distribusjonskjeden som legger begrensninger på adgang til eller vilkår for salg til andre. Eksempler er eksklusivavtaler, begrensninger på videresalg og

restriksjoner på videresalgspris. Iht. det EØS-harmoniserte regelverket er slike restriksjoner iht. forskrift om vertikale restriksjoner tillatt, med unntak av bindinger av faste eller minimums videresalgspriser.⁹⁴ Denne liberale tilnærmingen til vertikale restriksjoner i europeisk konkurranserett er et resultat av utviklingen i USA.⁹⁵

Uten gruppefritaket ville vertikale restriksjoner vært gjenstand for en konkret vurdering av konkurranseskade og mulige effektivitetsgevinster. Gruppefritaket er også begrenset til aktører med maks. 30 % markedsandel. Dersom det foreligger vertikale restriksjoner som ikke oppfyller de effektivitetskrav som ligger bak gruppefritaket, har Konkurransetilsynet kompetanse til å trekke dette tilbake, jf., krrl. § 10 fjerde ledd.

Det er usikkert om det benyttes særlig mange vertikale restriksjoner i det norske markedet. Muligens foreligger det slike overfor selveide detaljister (f.eks. Rema 1000s franchisetakere), men det er neppe grunn til å tro at disse representerer særlig mer enn f.eks. maksimalpriser (som er lovlig etter gruppefritaket). Jeg er heller ikke kjent med at det foreligger vertikale restriksjoner i forholdet mellom leverandører og kjeder. Skulle det gjøre det, f.eks. i form av bestevilkårsklausuler (at f.eks. andre kjeder ikke skal kunne få bedre vilkår), kan det likevel ligge et potensial i håndhevelse.⁹⁶

Konkurransetilsynet kan trekke gruppefritaket tilbake dersom vertikale restriksjoner ikke er konsistente med effektivitetsmålsetningen som begrunner det generelle fritaket, jf. krrl. § 10 fjerde ledd: «Konkurransetilsynet kan bestemme at et gruppefritak ikke skal være anvendelig overfor bestemte foretak i den utstrekning avtaler, beslutninger og samordnet opptreden har virkninger som ikke er forenlige med tredje ledd.» Situasjonen vil da være at restriksjonene ikke lenger er automatisk fritatt, men at foretaket som opererer med dem selv å vise at vilkårene for det såkalte effektivitetsforsvaret i § 10 tredje ledd er oppfylt. Dersom dette ikke skulle

94 Forskrift nr. 898 av 21. juni 2010 om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden.

95 Se Hjelmeng/Sørgard (2014), s. 567 ff.

96 Dette siste er likevel neppe et problem med mindre det foreligger en dominerende stilling på kjøpersiden, jf. ovenfor, og i tilfelle vil § 11 om misbruk kunne benyttes.

slå til, vil restriksjonen være forbudt dersom den begrenser konkurransen iht. § 10 første ledd.

En strengere regulering av vertikale restriksjoner, f.eks. ved bruk av krrl. § 14, ville raskt komme i strid med det EØS-rettslige forbudet mot strengere nasjonal regulering av avtaler og samordnet praksis, jf. ovenfor s. 227.⁹⁷

Det er neppe konkurransepolitiske grunner til å forvente at strengere tilnærming til vertikale restriksjoner vil løse konkurransepolitiske utfordringer i markedet. Dersom det foreligger mistanke om dette, vil et første skritt være at Konkurransetilsynet trekker gruppefritaket tilbake.

Tak på markedsandeler

Tak på markedsandeler kan tenkes i to relasjoner: enten ved at enkeltaktører forbys å vokse utover en viss størrelse, eller at det legges særskilte forpliktelser på foretak som oppnår et visst nivå på markedsandel. Dette kan f.eks. innebære å fiksere en bestemt grense for «dominerende stilling» dvs. innslagspunktet for misbruksforbudet. Dette har bl.a. vært gjort i Finland.

Det er en felles innvending mot begge idéer: Hvis foretak enten forbys å overskride én bestemt markedsandelsterskel eller vil møte et strengere regime, vil det miste incentivene til å konkurrere for å øke markedsandelen når det nærmer seg terskelen. Et forbud mot å overskride f.eks. en markedsandel på 30 % betyr at et foretak som ligger på 29 % vil konkurrere akkurat hardt nok til å beholde denne, men heller ikke mer. Effekten vil være som en slags kvotefordeling av markedet, som hvis aktørene selv hadde avtalt det ville vært et markant brudd med konkurranselovens kartellforbud. Et forbud mot å vokse over visse markedsandeler ville derfor vært drepen for konkurransen i markedet. Redusert konkurranse mellom de eksisterende aktørene og dermed økte priser kunne selvsagt gjort det mer attraktivt for nykommere å etablere seg. Dette ville imidlertid vært en gambling med forbrukernes interesser med et potensielt svært usikkert utkomme.

97 Se Gjendemsjø/Anchustegui (2017).

Å senke terskelen for dominans for å fange opp foretak som ikke når opp til definisjonen av dominerende foretak vil heller ikke bidra til å redusere mulig konkurranseskade i markedet. Dominerende stilling er etter § 11 formulert fleksibelt og nettopp knyttet til muligheten for å påføre konkurranseskade gjennom ensidig adferd. En terskel fiksert til en bestemt markedsandel (for eksempel 30 % slik tilfellet er i Finland),⁹⁸ vil nettopp risikere at handlenormen etter misbruksforbudet anvendes i en markeds kontekst der det ikke er fare for skade på konkurransen. Dette vil ikke bare være sløsing med tilsynsressurser, men vil også kunne føre til at det slås ned på adferd som faktisk er effektiv for samfunnet.

Vinnere, tapere og reguleringsbehovet

Forhandlingene mellom kjeder og leverandører kan sies å være motoren i det norske dagligvaremarkedet. Det er der forbrukernes ønsker og preferanser spilles tilbake til leverandørene, det er der leverandørene kommer frem med sine nyvinninger, og det er der pris og andre vilkår fastsettes. Det er dermed også på denne arenaen at konkurransen mellom leverandørene viser seg.

Vellykkede forhandlinger representerer i utgangspunktet en vinn-vinn situasjon, fordi det er i begge partenes interesse å maksimere verdiskapningen. Dersom dette ikke fungerer, blir det to tapere ved forhandlingsbordet, fordi man ikke får ut det potensialet man ellers kunne. Om lov om god handelsskikk vil løse slike mulige problemer gjenstår å se, men lovens tanke er i alle fall å skape vinnere på begge sider av bordet. Fordelingen av verdiene som skapes skal og må det forhandles hardt om. I det spillet finnes det ikke optimale standarder, utover at helst ingen av partene bør være 100 % fornøyde. Denne fordelingen griper da lov om handelsskikk heller ikke inn i.

Skal resultatene som skapes komme frem til forbrukerne, som skal være de egentlige vinnerne, må ikke gevinstene bli liggende igjen hos

98 Se <https://www.kkv.fi/en/facts-and-advice/competition-affairs/legislation-and-guidelines/competition-act/>, § 4a om «Dominant position in daily consumer goods trade». Se også Representantforslag til Stortinget 170 S – 2017–2018, s. 3. (<https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/representantforslag/2017-2018/dok8-201718-170s.pdf>).

kjedene gjennom svak konkurranse dem imellom. Det foregående har gitt noen antydninger om at det i alle fall er noen utfordringer her. Konkurransen fremstår som skarp hvis man bare ser på detaljistleddet, men ser man kjedene under ett, kan det f.eks. reises spørsmål om mulige konkurransefordeler for enkeltkjeder virkelig kommer frem til forbruker. Er det tapere her, vil det være forbrukerne. Konkurransopolitisk finnes det egentlig ikke tapere når vi snakker om foretak. Utgangspunktet er at det er likegyldig hvem som konkurrerer, så lenge det faktisk er konkurranse.

Kapittelet her har ikke fokusert særlig på etableringshindringer og muligheten for nykommere. Det er klart nok store etableringsbarrierer i det norske dagligvaremarkedet, bl.a. knyttet til distribusjon, fysiske lokasjoner og det å få store nok volumer til å være konkurransedyktig på pris. Innkjøpssamarbeid med større kjeder har vært svaret både for Bunnpris og kolonial.no. Om løsningen er å pålegge leverandørene å gi alle like vilkår, er imidlertid høyst usikkert.

Dette bringer oss til reguleringsbehovet. En regulering må være basert på et klart definert problem, være målrettet og treffsikker, og ikke skape nye utfordringer og konflikter. Foreløpig er ikke det konkurransepolitiske problemet klart definert, og det foreligger derfor heller ingen åpenbare løsninger.

Referanser

- Anchustegui (2017): Ignacio Herrera Anchustegui: Buyer Power in EU Competition Law, disputasutgave, Bergen 2017.
- Evensen/Sæveraas (2009): Harald Evensen og Eivind Sæveraas: Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer, Oslo 2009.
- Foros/Kind (2018): Øystein Foros og Hans Jarle Kind: Innkjøpspriser i dagligvaremarkedet. Samfunnsøkonomen, nr. 4, 2018.
- Foros/Kind (2019): Øystein Foros og Hans Jarle Kind: Størrelsesbasert prisdiskriminering i det norske dagligvaremarkedet: Teori og terreng, Samfunnsøkonomen, nr. 5, 2019.
- Friberg et al. (2020): Richard Friberg, Ivar Pettersen, Frode Steen og Simen A. Ulsaker (2020), Annerledeslandet Norge: butikktilgjengelighet og markeds-konsentrasjon i Sverige og Norge, i Steen og Pettersen (red.): *Mot bedre vitende i norsk matsektor (2020)*.
- Gabrielsen (2013): Tommy Staahl Gabrielsen: Lov om god handelsskikk – En vurdering av virkninger for norske forbrukere av utvalgte forslag, i Pettersen (red.): Dagligvarehandel og mat, 2013.
- Gjendemsjø/Anchustegui (2017): Ronny Gjendemsjø og Ignacio Herrera Anchustegui, Utredning av muligheten for å etablere en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat som ikke rammes av konkurranseloven § 11, utredning for NFD, 2017. (<https://www.regjeringen.no/contentassets/eab200712f20412c997da6dee6ced5e6/utredning-av-inngrepshjemmel-mot-ensidige-handlinger-1.pdf>)
- Glick et al. (2015): Glick, Mark A., David G. Mangum og Lara A. Swensen (2015), Towards a More Reasoned Application of the Robinson-Patman Act: A Holistic View Incorporating Principles of Law and Economics in Light of Congressional Intent. *The Antitrust Bulletin*, 60(4), 279–317.
- Hjelmeng (2016): Erling Hjelmeng, Årsaksvurderinger i konkurranseretten, Tff 2016, s. 10–45.
- Hjelmeng/von der Fehr (2018): Forbud mot prisdiskriminering – en overordnet og prinsipiell analyse, rapport utarbeidet for NorgesGruppen, 2018.
- Hjelmeng/Sørgard (2014): Konkurransopolitikk – rettslig og økonomisk analyse, Bergen, 2014.
- Hovenkamp (2016): Herbert Hovenkamp: Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice, 5th ed., 2016.
- Katz (1987): Michael Katz: The Welfare Effects of Third-Degree Price Discrimination in Intermediate Goods Markets. *American Economic Review*, 77, 154–167.

- O'Brien (2014): Daniel P. O'Brien: The Welfare Effects of Third-Degree Price Discrimination In Intermediate Good Markets: The Case of Bargaining. *RAND Journal of Economics*, 45, 92–115.
- O'Donoghue/Padilla (2013): Robert O'Donoghue og Jorge Padilla: The Law and Economics of Article 102 TFEU, 2nd ed., 2013.
- von der Fehr (2013): Vertikale relasjoner – Noen prinsipielle betraktninger, i Pettersen (red.): *Dagligvarehandel og mat*, NILF (2013), s. 117–134.
- Whish/Bailey (2018): Richard Whish og David Bailey, *Competition Law*, 9th ed., Oxford, 2018.