

FORBUD MOT PRISDISKRIMINERING

EN OVERORDNET OG PRINSIPIELL
ANALYSE

NILS-HENRIK M. VON DER FEHR

ERLING HJELMENG

OSLO – MARS 2018

FORORD

NorgesGruppen har gitt oss i oppdrag å utrede et eventuelt forbud mot at leverandører opererer med forskjellige priser til ulike dagligvarekjeder. Vurderingen er basert på juridisk og økonomisk teori og empiriske undersøkelser.

Vi har også tidligere arbeidet med denne type problemstillinger. Som professorer ved Universitetet i Oslo har vi skrevet en rekke vitenskapelige arbeider innenfor feltet konkurranseregulering. Vi har begge sittet i offentlige utvalg som har vurdert regulering av konkurransen. von der Fehr ledet i 2004-2005 et ekspertutvalg oppnevnt av Moderniseringsdepartementet og Konkurransetilsynet som vurderte konkurranse mellom offentlig og privat virksomhet. Hjelmeng ledet i 2013 Dagligvareutvalget, og han har nylig ledet en arbeidsgruppe oppnevnt av Nærings- og fiskeridepartementet om like konkurransevilkår, der også von der Fehr var medlem. Vi har begge hatt en rekke rådgivningsoppdrag for offentlige og private aktører i inn- og utland, herunder Konkurransetilsynet og aktører på leverandør- og kjedesiden i dagligvaremarkedet, og vi har opptrådt som ekspertvitne i mange retts- og tvistesaker. Disse engasjementene har gitt innsikt i de aktuelle spørsmål, men har naturligvis ikke vært førende for konklusjonene i denne rapporten.

Under arbeidet med rapporten har vår kontaktperson i NorgesGruppen vært direktør Bård Gultvedt. Arbeidet er basert på informasjon fremlagt av NorgesGruppen, samt de skriftlige kilder angitt i dokumentet. Vi har ikke hatt mulighet for en fullstendig verifikasjon av dette materialet, men har måttet legge til grunn at det er nøyaktig og fullstendig. Det har vært gjennomført møter med oppdragsgiveren, der problemstillingene har vært diskutert. Alle synspunkter står for vår regning og deles ikke nødvendigvis av oppdragsgiveren

Oslo, 6. mars 2018

Nils-Henrik M. von der Fehr

Erling Hjelmeng

INNHold

<u>SAMMENDRAG</u>	<u>1</u>
<u>INNLEDNING</u>	<u>3</u>
<u>ØKONOMISK ANALYSE AV PRISDISKRIMINERING</u>	<u>5</u>
FORHANDLINGSTEORI	5
ULIKE BETINGELSER	9
VANSENSEFFEKTEN	12
OPPSUMMERING ØKONOMISK ANALYSE	20
<u>REGULERING AV DISKRIMINERING ETTER GJELDENDE RETT</u>	<u>21</u>
DISKRIMINERING SOM MISBRUK AV DOMINANS	21
"ROBINSON-PATMAN ACT"	25
<u>ØKONOMISKE EFFEKTER AV ET FORBUD</u>	<u>30</u>
<u>RETTSLIG OG PRAKTISK GJENNOMFØRING AV ET FORBUD</u>	<u>34</u>
UTFORMING AV EN FORBUDSREGEL	34
HÅNDHEVELSE	36
EØS-RETTSLIGE SKRANKER FOR ET FORBUD?	39
<u>KONKLUSJON</u>	<u>40</u>
<u>REFERANSER</u>	<u>42</u>

SAMMENDRAG

Vi diskuterer innføring av et forbud mot prisdiskriminering i norsk dagligvarebransje. Basert på en fremstilling av forhandlingsteori, samfunnsøkonomiske vurderinger og rettslig regulering av diskriminering, foretar vi en analyse av mulige virkninger og praktisk gjennomføring av et slikt forbud.

Uavhengig av hvordan en regulering utformes, er det på det rene at den vil påvirke dynamikken i forhandlingene mellom leverandører og dagligvarekjeder. Selv om det ikke er empirisk belegg for at et diskrimineringsforbud alltid vil føre til at alle kjeder får de samme dårlige vilkår, er det flere momenter som indikerer at de i gjennomsnittet får det dårligere.

For dagligvarekjeder med forhandlingsstyrke vil en visshet om at konkurrentene vil oppnå tilsvarende vilkår, svekke incitamentene til å forhandle hardt for å oppnå de beste vilkårene. 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 tettere samarbeid med leverandører eller økt satsning på egne merkevarer.

For leverandører vil et diskrimineringsforbud også ha virkninger på incitamentene i forhandlingene. Krav om bedre betingelser kan motstås 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 incitamenter til å unngå å gi etter i forhandlingene med kunden. Andre kunder eller kjeder vil heller ikke ha incitamenter til å forhandle effektivt, fordi de vet at de er garantert beste vilkår uansett. For disse vil det bli en ensidig oppmerksomhet om pris, som kan stenge for å utvikle innovative samarbeid med leverandører. Dermed vil også utvalg og kvalitet kunne påvirkes negativt.

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. En kombinasjon av høyere priser og dårligere utvalg vil åpenbart være til skade for forbrukerne.

Innføring av et eventuelt diskrimineringsforbud byr også på utfordringer med hensyn til utforming og håndhevelse. Når det gjelder utforming, er hovedutfordringen vanskelighetene med å definere sammenlignbare transaksjoner, og å formulere treffsikre unntak knyttet til for eksempel kostnadsfordeler og adgangen til å "møte konkurransen". Disse vanskelighetene belegges med erfaringer fra for eksempel Robinson-Patman Act i USA. Enhver regulering vil ha et åpenbart potensial for å generere konflikter. På håndhevingssiden er det klart at det vil kreves et sentralt organ som sitter med en totaloversikt over priser og vilkår, for å kunne sammenligne på en adekvat måte. Dette vil generere byråkrati og vil også lett kunne tjene som en arena for grunnløse klager. Uansett vil en slik form for håndhevelse ta tid og normalt komme lang tid etter at kontraktene er oppfylt. Dessuten vil det skape usikkerhet om kontraktens innhold og svekke forutberegneligheten i markedet, som også er en forutsetning for å foreta investeringer. Dette, samt en mulig utvikling mot flere egne merkevarer, vil dermed kunne ha negative virkninger på innovasjonen i markedet.

Ut fra en vurdering av når og hvordan skade på konkurransen kan oppstå, er konkurransen i markedet tilstrekkelig ivaretatt gjennom det generelle diskrimineringsforbudet i krrl. § 11.

INNLEDNING

De seneste årene har det vært sterk oppmerksomhet om det norske dagligvaremarkedet, særlig når det gjelder bruk av makt overfor leverandører og konkurransen mellom kjedene. I 2017 innhentet Nærings- og fiskeridepartementet en rapport fra Oslo Economics og Oeconomica om etableringshindringer i dagligvaresektoren (Oslo Economics og Oeconomica, 2017). I denne rapporten diskuteres blant annet innføring av en regulering mot såkalt prisdiskriminering. Det heter (s. 55):

"I prinsippet er det mulig å redusere stordriftsfordeler i innkjøp gjennom direkte reguleringer, og dermed legge til rette for at små og nyetablerte kjeder kan konkurrere med store kjedene på likere vilkår. For eksempel gjennom å begrense eller eliminere leverandørenes muligheter til å ta ulike priser fra ulike kjøpere, eller på annen måte regulere leverandørpriser eller avtalevilkår."

Den foreliggende rapporten går nærmere inn på rettslige og økonomiske sider ved en slik regulering. Nærmere bestemt er vi gitt følgende mandat:

Stortingets vedtak nr. 218 (2015–2016) av 11. desember 2015 lyder som følger:

"Stortinget ber regjeringen styrke Konkurransetilsynets innsats overfor dagligvaremarkedet, og hvis behov, på egnet måte komme tilbake til Stortinget med forslag til endringer av konkurranseloven."

Vedtaket ble truffet ved behandlingen av Innst. 8 S, jf. Prop. 1 S (2015–2016) for Nærings- og fiskeridepartementet. Regjeringen har på denne bakgrunn blant annet bedt Oslo Economics utrede etableringshindringer i norsk dagligvaresektor og foreslå eventuelle tiltak som kan redusere etableringshindringene. Utredningen ble forelagt Nærings- og fiskeridepartementet den 2. oktober 2017, og utredningen ble sendt på høring den 15. november 2017. Høringsfristen er satt til 15. mars 2018.

Utredningen beskriver en rekke mulige tiltak for å gjøre det lettere å etablere seg i det norske dagligvaremarkedet. Ett av forslagene omhandler regulering av innkjøpsprisene. Forslaget går i korthet ut på å begrense eller eliminere leverandørenes muligheter til å ta ulike priser fra ulike kjøpere, eller på annen måte regulere leverandørpriser eller avtalevilkår, og er nærmere beskrevet i rapporten fra Oslo Economics på side 55-57. NorgesGruppen registrerer at forslaget har støttespillere, og det er naturlig å tenke seg at både organisasjoner og selskaper vil jobbe for at dette forslaget får politisk støtte.

NorgesGruppen mener det er vanskelig på nåværende tidspunkt å beskrive konsekvensene av et slikt forslag, blant annet fordi forslaget er omtrentlig beskrevet – og fordi forslaget i liten grad er utredet. Men det er liten grunn til å tro noe annet enn at regulering av innkjøpspriser vil medføre at leverandørene gis mulighet til å ta bedre betalt for varene som selges til kjedene. NorgesGruppen ser for seg at

dersom en leverandør skal likebehandle alle sine kunder, dvs. ta samme betaling for en vare uavhengig av om en kjøper lite eller mye, så er det lite sannsynlig at det er den laveste salgsprisen som vil bli gjeldende for alle. Tvert om tror vi at like priser til alle vil være en gyllen mulighet for leverandøren til å øke inntjeningen.

Gitt de allerede lave marginene i dagligvarebransjen er det sannsynlig at en slik regulering vil resultere i økte forbrukerpriser. Oslo Economics drøfter spørsmålet om regulering av innkjøpspriser, og konkluderer klart med at det ikke er å anbefale å innføre «like priser».

NorgesGruppen ønsker likevel en grundigere behandling av spørsmålet. Sentrale spørsmål i utredningen er blant annet:

- Hva vil det innebære å innføre en ordning der leverandører ikke kan forskjellsbehandle sine kunder, dvs like priser til alle uansett om en kjøper lite eller mye?*
- Hvem vil tjene på en slik ordning – og hvem vil være taperen?*
- Hvordan kan man se for seg at man rent praktisk gjennomfører en ordning med «like priser»?*

Det er naturlig at utredningen vurderer gjeldende prinsipper for prisdiskriminering etter § 11 i krrl. og kort foretar en vurdering av konsekvensene av et mer generelt diskrimineringsforbud ved å senke dominansterskelen?

Vi besvarer oppgaven som følger: Basert på en fremstilling av forhandlingsteori, samfunnsøkonomiske vurderinger og rettslig regulering av diskriminering, foretar vi en vurdering av mulige virkninger og praktisk gjennomføring av et slikt forbud. De to neste kapitlene oppstiller et teoretisk fundament basert på økonomisk teori og en fremstilling av diskrimineringsforbud i henholdsvis europeisk og amerikansk konkurranserett. Deretter vurderes mulige økonomiske effekter av en regulering, før vi går nærmere inn på juridiske forhold.

I Oslo Economics-rapporten er forslaget relatert til "likere vilkår". Problemstillinger knyttet til "like vilkår" oppstår i flere andre sektorer, for eksempel telekomregulering og regulering av meierimarkedet. Disse problemstillingene har imidlertid i begrenset utstrekning relevans for vår oppgave; der dreier det seg om vertikalt integrerte aktører som beskytter egen virksomhet nedstrøms.

ØKONOMISK ANALYSE AV PRISDISKRIMINERING

I dette kapitlet presenterer vi en økonomisk analyse av prisdiskriminering. Først diskuterer vi med utgangspunkt i forhandlingsteori hvordan priser og andre betingelser fastsettes mellom selger og kjøper. Derneft diskuterer vi på bakgrunn av denne teorien årsaker til at det kan oppstå forskjeller i de betingelser kjøperne oppnår. Tilslutt diskuterer vi om det er grunn til å tro at det faktisk at noen kjøpere oppnår gode betingelser, medfører at andre får dårlige betingelser, den såkalte vannsengeffekten.

FORHANDLINGSTEORI¹

En dagligvarekjede og en leverandør har i utgangspunktet sammenfallende interesser. De møter hverandre som kjøper og selger, og da har begge parter interesse av ikke bare å nå frem til en avtale, men også at avtalen blir så god som mulig, i den forstand at den realiserer størst mulig økonomisk gevinst for partene sett under ett. Det kan alternativt uttrykkes som den avtalen som gjør kjeden – eller relasjonen som helhet – mest konkurransedyktig overfor de endelige kundene, forbrukerne. Partene har naturligvis motstridende interesser når det gjelder fordeling av gevinsten – og spesielt hvilken pris som skal betales – men det kan ikke overskygge det faktum at partene først og fremst har interesser av at det blir en handel – en god handel som gjør at det blir mer å fordele mellom partene.

Relasjonen mellom kjøper og selger kan analyseres med såkalt forhandlingsteori. I denne teorien deles spørsmålet om forhandlinger i to, om henholdsvis gevinst og fordeling. Spørsmålet om gevinst dreier seg om hvor stor den samlede verdiskapning blir for de to aktørene – i vårt eksempel en leverandør og en dagligvarekjede – som følge av en avtale dem imellom. Spørsmålet om fordeling dreier seg om hvor stor andel av denne gevinsten som tilfaller henholdsvis leverandøren og kjeden. I det følgende skal vi anta at disse spørsmålene kan analyseres hver for seg, men det er ikke alltid tilfellet; spesielt kan det være sammenheng mellom gevinstens størrelse og fordeling, for eksempel som følge av ulike begrensninger på utformingen eller

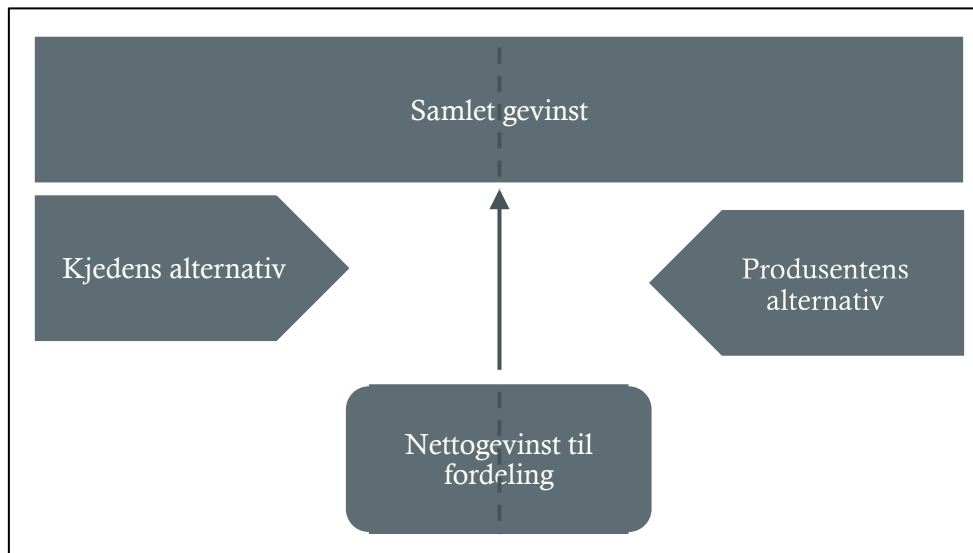
¹ Dette avsnittet bygger på von der Fehr (2013a).

håndhevelsen av avtalen. Utfallet av forhandlingene vil også avhenge av hva som oppfattes som utgangspunktet for eller alternativet til en avtale (*status quo* eller "trusselpunkt"), for eksempel en begrenset avtale versus ingen avtale eller totalforhandling versus forhandling på marginen; også denne komplikasjonen lar vi ligge.

Gevinsten ved en avtale – det markedsmessige rommet – er ikke partenes samlede inntekter og kostnader som sådan, men hvordan disse endres som følge av avtalen. Gevinsten måles derfor ved en differansebetraktning, der vi sammenligner med tilfellet uten avtale. På kjedens side er gevinstelementene først og fremst knyttet til optimalisering av varesortiment og forbrukernes betalingsvillighet, men også til kostnader ved distribusjon. På produsentens side er gevinstelementene først og fremst knyttet til behovet for spesialtilpasning av produkter eller leveringsformer, kostnader ved produksjon og distribusjon av produktene, men også virkningen på øvrige inntekter, herunder inntekter fra andre salgskanaler som direkte eller indirekte berøres av avtalen. Partene har felles interesse av å maksimere samlet gevinst gjennom avtalens bestemmelser om produkter, volumer, sluttbrukerpriser, markedsføring, merkevarebygging, hylleplassering og så videre.

Når det gjelder fordelingen av gevinsten, er det to forhold som er avgjørende; partenes forhandlingsposisjon (alternativer eller "outside options") og deres relative forhandlingsstyrke. Partene må oppnå minst like gode vilkår i avtalen som i deres beste alternativ. Det innebærer dels at den enkelte parts gevinst må være positiv, og dels at desto bedre alternativ en part har, desto bedre vilkår oppnår vedkommende. Partenes relative forhandlingsstyrke avhenger av en rekke forhold, som for eksempel forhandlingsprosess, forhandlingskompetanse, taktikk og normer.

Tankegangen om fordelingen av gevinst er illustrert i figuren nedenfor. Her er størrelsen på gevinsten antatt gitt, mens partenes alternativer er målt fra henholdsvis høyre og venstre side. Det som gjenstår til fordeling – nettogevinsten – er lik samlet gevinst fratrukket verdien av partenes beste alternativer; hvis en av partene skulle bli sittende med mindre enn verdien av beste alternativ, blir det ingen avtale. I figuren er det antatt at den relative forhandlingsstyrken er lik, slik at nettogevinsten deles likt; fordi partenes alternativer også er antatt like, blir samlet gevinst delt likt.



Figur 1: Gevinstfordeling

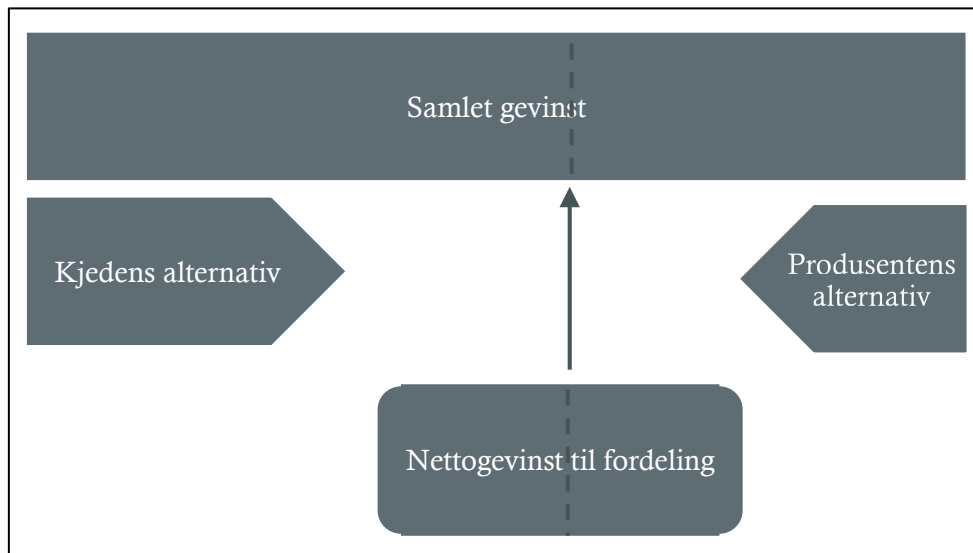
Partenes relative forhandlingsstyrke avhenger som nevnt av en rekke forhold, herunder hvordan forhandlingsprosessen foregår, partenes kunnskap og erfaring, deres strategi og taktikk, forhandlernes personlige egenskaper, normer og sedvane samt rene tilfeldigheter. Det er ikke mulig å angi partenes relative forhandlingsstyrke i et konkret tilfelle uten detaljert informasjon om alle relevante momenter. Hvis prosessen er balansert og rettferdig, og partene er profesjonelle og jevnbyrdige, er det rimelig å legge til grunn at forhandlingsstyrken – og dermed fordelingen av nettogevinsten – er noenlunde lik ("50-50"). I så fall er det kun forskjellige "beste alternativer" – eller, om en vil, økonomiske realiteter – som skaper ulik fordeling av samlet gevinst.

Når det gjelder partenes alternativer, avhenger de dels av egenskaper ved partenes virksomhet og dels av konkurranseforholdene, spesielt konkurranseforholdene på motpartens side av markedet. I det aktuelle tilfellet betyr det i hvilken grad leverandøren kan nå sluttkundene via andre distribusjonskanaler, og i hvilken grad kjeden kan klare seg uten leverandørens varer, altså i hvilken grad kjedens fortjeneste blir redusert dersom leverandørens varer forsvinner fra hyllene. Attraktiviteten ved andre distribusjonskanaler kan igjen avhenge av logistikksystemer, detaljistenes lokalisering og øvrige sortiment. For leverandøren er alternativet bedre desto flere salgskanaler som finnes, og desto mer attraktivt produktet er; produkter med vesentlig merkevarestyrke og unike produkter med relativt vid utbredelse (et "must have"-

produkt) finner lett gode salgskanaler. For dagligvarekjeden er alternativet bedre desto flere leverandører det er, om den selv eier rettigheten til varemerket eller vareresepten, om den driver egenproduksjon, og desto større markedsandel den har; en stor markedsandel innebærer at kjeden er en attraktiv salgskanal.

Mens det er nokså lett å liste opp faktorer som kan ha betydning for partenes alternativer eller "outside options", er det adskillig vanskeligere å angi hvor relevante eller betydningsfulle de er i praksis; en stor markedsandel styrker åpenbart dagligvarekjedens forhandlingsmakt overfor leverandørene, men hvor sterk denne sammenhengen er, vil avhenge av en rekke forhold som bare kan anslås ved nærmere undersøkelser (og da som regel bare med en viss omtrentlighet). Det er heller ikke gitt at de ulike faktorene har samme betydning på ulike ledd; mens eierskap til varemerket kan være avgjørende for en leverandør, styrker ikke nødvendigvis en kjede sin stilling i særlig grad ved å innføre egne merkevarer.

Konkurranseforholdene på de ulike ledd i verdikjeden er altså avgjørende både for den samlede gevinst ved avtalen og fordelingen av den. For å illustrere virkningen av konkurransen når det gjelder fordeling av gevinsten, skal vi bruke konkurransen mellom dagligvarekjedene som eksempel. Denne konkurransen foregår dels innenfor de ulike kjedesegmenter (f.eks. mellom ulike lavpriskjeder) og dels mellom dem (f.eks. mellom supermarkeds- og lavpriskjeder). I figuren nedenfor har vi vist et eksempel der kjeden har en sterk (monopolistisk) markedsstilling. Sammenlignet med tilfellet i figuren ovenfor, innebærer kjedens sterkere stilling at leverandørens alternativ blir dårligere; dersom leverandøren mister kontrakten, finnes det få eller ingen andre å selge varene til. Det medfører dels at nettogevinsten til fordeling blir større, men først og fremst at leverandørens andel av totalgevinsten blir mindre. Legg merke til at dette skjer selv om både samlet gevinst og relativ forhandlingsstyrke er de samme (vi minner om at forhandlingsstyrke her er definert som evnen til å påvirke fordelingen av samlet gevinst utover verdien av partenes beste alternativer).



Figur 2: Monopolistisk kjede

Maktforholdet mellom kjøper og selger – i betydningen fordeling av økonomisk gevinst – avhenger altså av økonomiske realiteter, men også av andre forhold – det som ovenfor er oppsummert i begrepet relativ forhandlingsstyrke. Disse andre forholdene kan være viktige nok, men deres betydning begrenses av de økonomiske realiteter; det er ikke mulig – ihvertfall innenfor lovens rammer – å tvinge motparten til betingelser som er dårligere enn vedkommende alternativt kan oppnå. Dette gjelder også om vi ser forhandlinger og maktkamp over tid og tar hensyn til andre komplikasjoner som ulik informasjon og usikkerhet. Når maktforhold forskyves, er det som regel fordi de økonomiske realiteter har forandret seg, ikke fordi partenes relative forhandlingsstyrke er en annen enn før. Mer spesifikt vil et eventuelt forbud mot prisdiskriminering neppe ha betydning for partenes relative forhandlingsstyrke, men – som vi kommer tilbake forklarer nedenfor – vil det åpenbart påvirke de økonomiske realiteter og dermed både størrelsen på og fordeling av de økonomiske gevinster.

ULIKE BETINGELSER

Forhandlingsteorien påpeker en rekke faktorer som avgjørende for de betingelser som en kjøper og en selger blir enige om. Forskjeller i disse faktorene gir opphav til ulike betingelser. Når vi skal forklare hvorfor dagligvarekjeder får ulike betingelser fra en

bestemt leverandør, må vi altså se hen til forskjeller i de faktorene som avgjør utfallet av forhandlingene.

Noen av disse faktorene er knyttet til de økonomiske forhold som bestemmer størrelsen på gevinsten ved avtalen. For eksempel gir en kjede med et stort og betalingsvillig kundegrunnlag opphav til en større gevinst enn en kjede med et dårligere kundegrunnlag. Tilsvarende gir en kjede med et effektivt distribusjonssystem og effektive salgskanaler opphav til en større gevinst enn en kjede med høyere kostnader i distribusjon og salg. Som regel vil gevinsten øke mer enn proporsjonalt med det avtalte volum på grunn av stordriftsfordeler; gevinsten ved en avtale med en stor kjede er derfor relativt større enn gevinsten ved en avtale med en liten kjede.

Andre faktorer er knyttet til partenes alternativer. En kjede med mulighet for selv å etablere produksjon av de aktuelle varene, står sterkere enn en kjede som ikke har en slik mulighet. Tilsvarende vil en stor kjede stå sterkere enn en mindre kjede, simpelthen fordi en leverandør vil finne det vanskeligere å finne alternativ avsetning for et stort volum enn for et lite.

I tillegg kan faktorer som bestemmer det vi har omtalt som forhandlingsstyrke – herunder hvordan forhandlingsprosessen foregår, partenes kunnskap og erfaring, deres strategi og taktikk, forhandlernes personlige egenskaper, normer og sedvane samt rene tilfeldigheter – variere mellom kjedene.

Det er med andre ord mange årsaker til at en dagligvarekjede kan ende opp med bedre betingelser enn en annen. De viktigste har sitt opphav i realøkonomiske forhold – som kundegrunnlag, effektivitet og stordriftsfordeler – og er slik sett ikke diskriminerende. Det er både bedriftsøkonomisk og samfunnsøkonomisk rasjonelt at realøkonomiske forskjeller i relasjonene til ulike kjøpere avspeiler seg i de betingelsene de oppnår; for eksempel bør stordriftsfordeler i innkjøp og distribusjon gi bedre betingelser til store kjeder enn til små. Det foreligger bare diskriminering i økonomisk forstand når betingelsene varierer uten at det er realøkonomiske grunner til det.

De prisene kjedene betaler for leverandørenes produkter, er naturligvis helt sentrale i avtalene, men de er på ingen måte de eneste elementene. Avtalene regulerer også utvalget og mengden av varene, levering, markedsføringstiltak og andre forhold. Det

innebærer at prisen den enkelte kjede betaler for en bestemt vare, kan avhenge av de øvrige betingelser i avtalen. Spesielt kan prisene i to avtaler være ulike som følge av forskjeller i andre betingelser i avtalene.

Et eksempel på at det kan oppstå en slik ulikhet i prisene, er når betalingen består av både faste og variable elementer. Det er ikke uvanlig at avtalene inneholder faste betalinger fra leverandør til kjede. Slike betalinger kan i noen tilfeller dekke en gjenytelse. I mange tilfeller står forhandlerleddet for markedsføringstiltak som har til hensikt å øke salget. Leverandørene har interesse av at forhandlerne yter en innsats for å fremme deres produkter, og de vil derfor kunne være villige til å betale for slike tiltak (i noen tilfeller skjer markedsføringen ved felles tiltak, såkalt joint marketing). Kostnadene ved markedsføringstiltak vil i mange tilfeller være faste – det vil si, uavhengige av den faktiske omsetning – og det er derfor naturlig at betalingen avtales som faste beløp. I tillegg kan forhandleren gjennom valget av plassering i butikken påvirke salget av leverandørens varer. Leverandørene kan derfor være villig til å betale for å få en god plassering, i form av en såkalt ”hylleplassavgift” (se f.eks. Sullivan, 1997). Gjenytelsene kan også bestå i at forhandleren påtar seg oppgaver knyttet til logistikk og distribusjon, som transport, lagring og levering til butikk.

Forklaringen om gjenytelse kan i utgangspunktet bare begrunne betalinger som står i et direkte forhold til verdien av gjenytelsen. I praksis kan det imidlertid være vanskelig å avgjøre hva verdien av gjenytelsen faktisk er. Anta for eksempel at en dagligvarekjede gjennomfører et markedsføringstiltak for en gruppe av produkter (kfr. bruken av bonusordninger og ”lokkevarer” i forbindelse med direkte markedsføring). I et slikt tilfelle kan det være vanskelig å måle effekten av tiltaket for det enkelte produkt. Isåfall kan kostnadene ved tiltaket bli fordelt etter relativt skjematiske regler (f.eks. knyttet til omsetningsverdien for det enkelte produkt), som ikke nødvendigvis er i nøyaktig overensstemmelse med verdien av tiltaket for en bestemt leverandør.

En annen mulig forklaring på bruken av faste betalinger fra leverandør til forhandler, har å gjøre med organiseringen av forhandlerleddet. Når forhandlerleddet er organisert som en kjede, oppstår det spørsmål om fordeling av inntekter og kostnader mellom kjeden sentralt og de enkelte forhandlerne. Dersom forhandlerne betaler leverandørene direkte for de varene de mottar, må kjeden finansieres på annen måte.

Det kan skje ved betaling fra forhandlerne til kjeden, for eksempel i form av medlemsavgifter. I tillegg kan kjedene ta seg betalt direkte fra leverandørene. Det kan være i form av betaling knyttet til omsetning, men det kan også være i form av faste beløp. Slik betaling vil redusere behovet for innbetalinger fra den enkelte forhandler og dermed redusere behovet for interne transaksjoner. Istedenfor å pålegge medlemmene økte avgifter, kan kjeden med andre ord finansiere kostnader sentralt gjennom betaling fra leverandørene.

Dette momentet kan utdypes ved å ta utgangspunkt i kjedenes funksjon – deres eksistensberettigelse, om en så må si. Kjedene bidrar til større effektivitet på ihvertfall to måter. For det første blir transaksjonsomkostningene alt i alt lavere når avtalene mellom leverandørleddet og forhandlerleddet inngås sentralt, snarere enn mellom leverandørene og den enkelte forhandler. Direkte forhandlinger mellom kjedene og leverandørene innebærer også at man kan eliminere mellomledd på grossistnivå. For det andre får man gjennom koordinerte innkjøp en bedre utnyttelse av stordriftsfordeler, både på leverandør- og forhandlerleddet. Disse effektivitetsgevinstene, som dels avhenger av volum (omsetning) og dels er faste, kan i utgangspunktet fordeles på tre parter: leverandørene, forhandlerne (og deres kunder) og kjedene. Kjedene kan bare få del i gevinstene ved å ta seg betalt, fra forhandlerne og/eller leverandørene. Fra forhandlerne tar de seg betalt gjennom medlemsavgifter, som er nært knyttet til omsetning. Fra leverandørene kan de ta seg betalt gjennom både faste og variable beløp.

VANNSENGEFFEKTEN²

Ovenfor har vi diskutert ulike årsaker til at dagligvarekjeder oppnår forskjellige betingelser fra leverandørene. Diskusjonen tok utgangspunkt i den enkelte kjøper-selgerrelasjon og forklarte hvordan forhold på henholdsvis kjøper- og selgersiden påvirker avtalebetingelsene dem imellom. I tillegg kan man tenke seg at de betingelser en bestemt kjøper oppnår, kan få betydning for hvilke betingelser andre kjøpere får; spesielt kan man tenke seg at hvis en stor kjøper forhandler seg til bedre betingelser, vil konkurrentene få sine betingelser tilsvarende forverret. Dette omtales i

² Dette avsnittet bygger på von der Fehr (2013b).

faglitteraturen som "vannsengeffekten" og beskriver den idé at når prisene presses ned i en del av markedet, går de opp andre steder.

Vannsengeffekten henspeiler ikke på det mer generelle tilfelle at større kjøpere kan oppnå bedre betingelser enn mindre kjøpere; vannsengeffekten er avgrenset til det særskilte tilfelle at små kjøpere får dårligere betingelser som følge av at en større kjøper har forhandlet seg til bedre vilkår.

I sin enkleste form er tankegangen som følger. Anta at en kjøper klarer å presse ned prisen vedkommende betaler til en bestemt leverandør. Isolert sett medfører det at leverandøren taper inntekter. For å kompensere for dette tapet, vil leverandørene øke prisene til sine øvrige kunder. For å forhindre en forverring av sitt økonomiske resultat, balanserer med andre ord leverandøren redusert gevinst på en kunde med større gevinst på de andre.

Denne tankegangen reiser umiddelbart spørsmålet om hvorfor leverandøren ikke allerede i utgangspunktet har utnyttet sin forhandlingsmakt overfor de øvrige kundene til å maksimere gevinsten ved å handle med dem. Tankegangen bygger med andre ord på en forutsetning om at leverandørene har et bestemt inntekts- eller resultatmål, og bare justerer prisene når det er nødvendig for å nå dette målet.

Man kan naturligvis ikke se bort fra den mulighet at enkelte aktører driver sin virksomhet etter gitte inntekts- eller resultatmål. Spesielt kan det tenkes at man på kort sikt, innenfor en gitt planperiode, operasjonaliserer de overordnede målsetninger for virksomheten ved å fastsette resultatmål.

Det virker imidlertid urimelig å legge til grunn som en generell beskrivelse at private selskaper ikke forsøker å maksimere sine økonomiske resultater. Det skyldes at de fleste selskaper har lønnsomhet som mer eller mindre eksplisitt mål. Det skyldes også at i de fleste bransjer – herunder de som er aktuelle i denne sak – er man som regel nødt til å drive forretningsmessig, for ikke å tape i konkurransen og bli fordrevet fra markedet.³

³ Deler av norsk matvareindustri har vært kjennetegnet av god lønnsomhet, og enkelte selskaper har nok kunnet tillate seg å slakke litt på effektiviteten uten at virksomheten har vært truet av den grunn; det er imidlertid ingenting som tyder på at disse selskapene ikke har forsøkt å hente ut maksimal fortjeneste på sine produkter.

Spesielt virker det urimelig å legge til grunn at selskapene ikke utnytter de gevinstpotensialer de kjenner til, herunder muligheten for å ta ut best mulige priser hos sine kunder. Det kan selvfølgelig skje at man generelt sett er forsiktig med prisøkninger. Det kan for eksempel være at man er villig til å avstå fra enkelte kortsiktige prisjusteringer for å opprettholde et godt forhold til sine kunder på lengre sikt. Det kan også være at man nøyer seg med å ta ut prispotensialet gradvis og over tid, for eksempel i form av generelle prisøkninger til hele kundemassen. I vannsenghistorien er det imidlertid det motsatte som skjer; her økes prisene til noen kunder som følge av at andre har fått bedre betingelser. En leverandør som er istand til å forskjellsbehandle kundene på denne måten, burde være istand til å ta ut gevinstpotensialet også under andre, mer normale omstendigheter.

En konsistent teori for vannsengeffekten må derfor bygge på at aktørene er økonomisk rasjonelle, herunder at de opptrer slik at de maksimerer sine overskudd.

En slik teori er ikke enkel å lage,⁴ og det nærmeste noen er kommet med en slik konstruksjon, er Roman Inderst og Tommaso M. Valletti;^{5,6} også deres teori bygger imidlertid på forutsetninger som sjelden eller aldri er oppfylt i praksis.⁷ I det følgende

⁴ Flere bidrag i den fagøkonomiske litteraturen kommer faktisk til det motsatte resultat, der sterkere forhandlingsmakt hos en av kjøperne medfører at også de andre kjøperne får bedre betingelser, se f.eks. Snyder (1996) og Chen (2003).

⁵ Som bakgrunn og motivasjon for sitt arbeid, referer Inderst og Valletti (2011, s.1) til den tilbakeholdenhet som konkurransemyndigheter har utvist i forbindelse med vannsengeffekten på grunn av det manglende teoretiske grunnlag og siterer Office of Fair Trading som har uttalt at *"there are theoretical questions that would need to be resolved before concluding that the price differentials observed are evidence of a waterbed effect"* (OFT, 2006, avsn. 6.13).

⁶ Teorien er en videreutvikling av den som presenteres i Europe Economics og Inderst (2006). Denne ligger igjen svært nær modellen i Katz (1987), men han diskuterte ikke vannsengeffekten eksplisitt. I Inderst og Valletti (2009) benyttes en tilsvarende modell til å analysere et forbud mot prisdiskriminering (altså en forhindring av vannsengeffekten), noe forfatterne finner har negative virkninger på sikt. Inderst (2007) er også basert på en tilsvarende modell, men konsentrerer oppmerksomheten om utviklingen over tid av initiale forskjeller i effektivitet og innkjøpsbetingelser. Dobson og Inderst (2007, 2008) gir en mer generell og overordnet fremstilling av teorien, herunder en diskusjon av forutsetningene.

⁷ Det finnes også andre forsøk på å konstruere en teori for vannsengeffekten, men disse bygger på så spesielle forutsetninger at de har liten eller ingen praktisk relevans. Det gjelder for eksempel Gans og King (2002), som forutsetter at bare store kjøpere kan inngå individuelle kontrakter, og at disse har absolutt forhandlingsmakt, mens mindre kjøpere er uten forhandlingsmakt og er henvist til å kjøpe til en gitt listepreis. Majumdar (2005) og Erutku (2005) baserer seg på tilsvarende forutsetninger; i den siste modellen er forøvrig større kjøpermakt alltid gunstig for totalvelferden. Smith og Thanassoulis (2012) legger til grunn at det ikke er konkurranse mellom kjøperne; resultatene er også kritisk avhengige av forutsetninger om kurvaturen til etterspørses- og kostnadsfunksjoner.

presenteres først teorien til Inderst og Valletti og dernest diskuteres forutsetningene teorien bygger på.⁸

Inderst og Valletti (2011) tar utgangspunkt i forhandlingen mellom en leverandør og en innkjøper, der den siste for vårt formål kan betraktes som en dagligvarekjede. Det er forutsatt at leverandøren har all forhandlingsstyrke og derfor kan diktere forhandlingsresultatet. Det innebærer at dagligvarekjeden må akseptere betingelser som ikke er bedre enn det kjeden kunne oppnådd i sitt beste alternativ, som enten er å kjøpe fra en annen leverandør, eller å etablere egen produksjon.

Det er også forutsatt at dersom kjeden skulle velge sitt beste alternativ istedenfor å handle med den aktuelle leverandøren, påløper en fast kostnad. Denne faste kostnaden betyr relativt sett mindre for en stor enn for en liten kjede, fordi den store kjeden kan fordele den faste kostnaden på en større omsetning. Det betyr at en stor kjede har en bedre forhandlingsposisjon enn en liten kjede, og en stor kjede vil derfor få bedre betingelser enn en liten.

Tilsist er det forutsatt at kontrakten mellom leverandør og kjede består av enhetsprisen for varen og ikke noe annet; kontrakten er såkalt lineær.

Med dette utgangspunkt studerer Inderst og Valletti et marked som er oppdelt i en rekke adskilte delmarkeder. I hvert delmarked er det to utsalg eller butikker. Inderst og Valletti ser på en situasjon der det finnes én kjede som opererer én av butikkene i flere delmarkeder, mens de øvrige butikkene drives av uavhengige aktører. Alle aktørene får sine varer fra den samme leverandøren.

Inderst og Valletti viser at når markedet er i likevekt, vil kjeden oppnå en lavere pris fra leverandøren enn aktørene som bare opererer i ett delmarked. Kjeden vil benytte sin kostnadsfordel til å sette en lavere sluttbrukerpris enn konkurrentene, og den vil derfor få større markedsandel i hvert delmarked enn de respektive konkurrentene.

⁸ Se forøvrig Gabrielsen *et al* (2013, s. 19-20) for en diskusjon av teorien til Inderst og Valletti og relevansen av denne for dagligvare; deres argumentasjon bygger i stor grad på Competition Commission (2008, s. 87-92 og Appendix 5.4). Teorien er også kritisk omtalt i et av underarbeidene for Matkjedeutvalgets rapport, kfr. Gabrielsen (2010).

Sammenlignet med det tilfelle at det ikke fantes noen kjede, og alle butikkene derfor opererte uavhengig av hverandre, vinner forbrukerne på kjedens lavere priser, men denne gevinsten motvirkes dersom konkurrentenes priser øker. Det faktum at kjeden setter en lav pris, tenderer til å presse konkurrentenes priser ned, men økningen i innkjøpspris trekker i motsatt retning; hvilken av effektene som dominerer, avhenger av parameterne i modellen. Inderst og Valletti viser i et eksempel at prisene kan gå opp i gjennomsnitt, dersom den samlede etterspørsel i hvert delmarked er helt prisufølsom, kjeden er tilstrekkelig stor, de faste kostnadene ved å bryte forhandlingene tilstrekkelig høye og priskonkurransen i hvert delmarked tilstrekkelig intens.

Teorien til Inderst og Valletti bygger altså på en rekke forutsetninger. Noen av disse må betraktes som teknikaliteter, uten vesentlig betydning for de kvalitative resultatene, mens andre forutsetninger er helt avgjørende.

Det hersker en viss uenighet om styrkeforholdet mellom norske dagligvarekjeder og deres leverandører, men det er neppe noen som for alvor vil hevde at kjedene er fullstendig uten forhandlingsstyrke, og at leverandørene derfor kan diktere kontraktsbetingelsene. Dersom man legger til grunn at forhandlingsstyrken er jevnere fordelt, blir betydningen av kjedens forhandlingsposisjon tilsvarende mindre; den fordel som en stor kjede måtte ha i form av bedre alternativer enn en mindre kjede, vil bare delvis påvirke forhandlingsresultatet fordi kjeden i kraft av sin forhandlingsstyrke oppnår gode betingelser uansett. Hvis vi går til den motsatte ytterlighet av Inderst og Valletti og forutsetter at kjeden har all forhandlingsmakt, spiller kjedens alternativer ingen rolle; den kan uansett presse leverandøren til å godta en avtale som ikke er bedre enn det leverandøren kunne oppnådd uten avtalen (i dette tilfelle er det med andre ord leverandørens beste alternativ som blir avgjørende).

Det er heller ikke klart at de kostnader en dagligvarekjede påføres dersom den skifter leverandør eller starter egen produksjon, kan karakteriseres som faste. Når det gjelder bytte av leverandør, nevner Inderst og Valletti søkekostnader forbundet med å finne en alternativ leverandør samt rene byttekostnader ved å gå fra en leverandør til en annen; selv om man ikke kan se bort fra slike kostnader, er det grunn til å regne med at de i stor grad varierer med størrelsen på kontrakten. Det samme gjelder egenproduksjon, der både investeringer i produksjonskapasitet og markedsføring

formodentlig vil varieres med volumet. Dersom kostnadene i beste alternativ er variable snarere enn faste, forsvinner den stordriftsfordelen som driver vannsengeffekten; riktignok er det en ulempe å bytte leverandør eller starte egen produksjon, men sett i forhold til størrelse, er ulempen den samme for store som for små aktører.⁹

En annen sak er at dersom leverandøren, i likhet med kjeden, påføres faste kostnader hvis forhandlingene ikke fører frem, og vedkommende må finne alternative avsetningsmuligheter, trekker det i motsatt retning og kan i ytterste konsekvens gi en stordriftsulempe i forhandlingene. Dersom kjeden og leverandøren behandles mer symmetrisk både når det gjelder forhandlingsstyrke og forhandlingsposisjon – herunder kostnader ved å bryte forhandlingene – kan et større omfang på kontrakten trekke forhandlingsresultatet både opp og ned, avhengig av partenes relative forhandlingsstyrker og -posisjoner.

En avgjørende forutsetning i teorien til Inderst og Valletti er også at de eventuelle forskjellene i forhandlingsresultat som oppnås av henholdsvis store og små kjeder, slår ut i enhetsprisen. Som Inderst og Valletti (2011, s. 2) skriver: *"A key presumption in this paper is that more powerful buyers obtain discounts not only through lump-sum payments (e.g., slotting allowances or listing fees) but also 'at the margin'".* I deres teori er det forutsatt at kontrakten er lineær, og at forhandlingene derfor utelukkende dreier seg om prisen på varen. I praksis er kontraktene mellom leverandører og deres kunder komplekse, og inneholder både faste og variable elementer. Jo større del av gevinsten kjedene henter ut gjennom faste betalinger, desto mindre blir utslaget på enhetsprisen og dermed grunnlaget for en eventuell vannsengeffekt.¹⁰

I Inderst og Vallettis teori er det på ingen måte gitt at den eventuelle prisreduksjon som en stor kjede forhandler seg frem til fra leverandøren, går utover forbrukerne;

⁹ Inderst og Vallettis resultat om at de små konkurrentene får dårligere betingelser enn den store kjeden, bygger også på enkelte tekniske forutsetninger; disse er oppfylt i mange markedsmodeller men ikke i alle, kfr. Athey og Schmutzler (2001).

¹⁰ Forøvrig vil leverandøren ha incitament til å differensiere de faste leddene snarere enn de variable, for derved å sikre enhetlige konkurransevilkår mellom butikkene nedstrøms; det er spesielt relevant under Inderst og Vallettis forutsetning om at leverandøren kan diktere forhandlingsresultatet.

vertimot kan resultatet gjerne bli at ikke bare kjeden reduserer sine priser til forbrukerne, men at konkurrentene gjør det også. Og selv om konkurrentene skulle heve prisene, er det ikke gitt at denne økningen er så stor at den tilsvarer nedgangen i den store kjedens pris. Det er bare under helt spesielle forutsetninger at prisene går opp i gjennomsnitt og forbrukerne taper. Spesielt gjelder det at *"such consumer detriment from the waterbed effect is more likely if the adversely affected firms are already sufficiently squeezed, due to relatively higher wholesale prices and, consequently, lower market shares"* (Inderst og Valletti, 2011, s. 2).

Inderst og Valletti viser forøvrig at dersom størrelsesforskjellene mellom kjøperne er knyttet til effektivitetsforskjeller, bidrar de resulterende ulikheter i leverandørbetingelser til forbedringer også for forbrukerne.

Oppsummeringsvis kan det sies at Inderst og Valletti har lyktes i å konstruere en konsistent teori for vannsengeffekten. Teorien bygger imidlertid på en rekke forutsetninger som neppe er oppfylt i praksis, ihvertfall ikke fullt ut. Det er dessuten kun i helt spesielle tilfeller at vannsengeffekten medfører at forbrukerne faktisk taper. Vannsengeffekten fremstår således også etter Inderst og Valletti (2011) som en teoretisk mulighet, basert på en temmelig skjør konstruksjon.

Om vannsengeffekten er en teoretisk mulighet, finnes det imidlertid lite eller intet empirisk belegg for at den opptrer i praksis.

Den mest grundige og omfattende undersøkelsen av en mulig vannsengeffekt er formodentlig den som ble gjennomført i perioden 2006-2008 av den britiske Competition Commission som del av en større analyse av markedet for dagligvarer i Storbritannia. Kommisjonen fant blant annet at selvom det var en tendens til at de største dagligvarekjedene oppnådde lavere innkjøpspriser, var bildet var langt fra entydig. De observerte prisforskjellene kunne forklares av en rekke faktorer, herunder stordriftsfordeler, forhandlingsdyktighet, innkjøpshistorie og forventet salgsvekst. Kommisjonen fant imidlertid at forutsetningene som teorien for vannsengeffekten bygger på, ikke var oppfylt i det britiske dagligvaremarkedet (Competition Commission, 2008, Appendix 5.4, s. 11):

"Accordingly, we conclude that, to the extent that any waterbed effect exists in the UK grocery retailing sector, it is likely to be of limited impact, affecting a minority

of suppliers of groceries and largely not affecting the price aspects of the retail offer. In addition, we conclude that the likelihood that a waterbed effect is resulting in material detriment to UK consumers of groceries is very small."

I 2011 avleverte det svenske Konkurrencesverket en rapport basert på en granskning av konkurransen og andre markedsforhold i matvarekjeden i Sverige, herunder muligheten for en vannsengeffekt. Man fant blant annet indikasjoner på at større kjøpere oppnådde bedre betingelser fra leverandørene (Konkurrencesverket, 2011, s. 171):

"Det finns mycket som tyder på att större köpare får bättre pris eller köpvillkor än små. Coop hade ett nordiskt samarbete, delvis med syfte att samordna inköpen för att förstärka förhandlingspositionen. I och med att de nordiska dagligvarukedjorna i övrigt är fristående, är det svårt att förklara denna samordning utifrån kostnadsaspekter. Det uttalade motivet var att stärka förhandlingsstyrkan genom större inköp. Det finns alltså fördelar med att vara stor genom att inköpspriserna blir lägre, alldeles oavsett om det finns andra stordriftsfördelar."

Ikke desto mindre avviste Konkurrencesverket at dette var å betrakte som noe problem (Konkurrencesverket, 2011, s. 171):

"det finns emellertid än så länge inga empiriska belägg för att denna waterbed effect är ett problem för konkurrensen och konsumenten."

I en utredning om kjøpermakt i den norske dagligvaresektoren skrevet på oppdrag av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet, konkluderer forfatterne med at de ikke har *"grunnlag for å hevde at det er grunn til å frykte en vannsengeffekt i det norske dagligvaremarkedet"* (Gabrielsen, Steen, Sørgard og Vagstad, 2013, s. 20). De sier videre (s. 52-53) at

"Det kan synes som om kontraktene som faktisk benyttes i det norske dagligvaremarkedet er fleksible, for eksempel synes det som at det også forhandles over ulike faste betalinger i tillegg til marginale innkjøpspriser eller at det i alle fall innrømmes kvantumsrabatter. Spørsmålet om hvilke kontrakter som faktisk benyttes til syvende og sist et empirisk spørsmål, men vannsengeffekten som beskrevet over vil ventelig forsvinne dersom kontraktene er fleksible nok. Unntaket er dersom dårligere betingelser fører til at en av de andre kjedene forlater markedet."

At vannsengeffekten har liten relevans i dagligvaremarkedet, later også til å være Konkurransetilsynets oppfatning, slik den fremkommer i tilsynets høringssvar til Matkjedeutvalget (Konkurransetilsynet, 2011, s. 15):

"Etter konkurransetilsynets oppfatning er det liten grunn til å tro at det norske dagligvaremarkedet har vært preget av en vannsengeffekt frem til i dag... Heller ikke empiriske undersøkelser i dagligvaremarkeder i andre land har kunnet påvise en vannsengeffekt."

OPPSUMMERING ØKONOMISK ANALYSE

Ideen om at store kjøpere kan oppnå bedre betingelser på bekostning av sine mindre konkurrenter, har dukket opp som et konkurranseøkonomisk tema i de senere år. Det skyldes formodentlig den tiltagende konsentrasjonen på grossist- og detaljistleddene i mange markeder, og den bekymring som særlig mindre aktører har reist om det de oppfatter som en trussel fra større konkurrenter.

Det er neppe tvil om at store kjøpere i noen tilfeller kan oppnå bedre betingelser fra leverandørene enn sine mindre konkurrenter, og disse forskjellene er som regel vel begrunnet i realøkonomiske forhold. Det er imidlertid lite belegg for å hevde at forbedrede betingelser for noen aktører i seg selv medfører dårligere betingelser for andre.

Den fagøkonomiske litteraturen har demonstrert at vannsengeffekten er en teoretisk mulighet, men at den bare oppstår under helt spesielle forutsetninger. Litteraturen viser dessuten at selv i de tilfeller der vannsengeffekten kan oppstå, er den sjelden skadelig for forbrukerne; dette kommer vi nærmere tilbake til nedenfor.

De empiriske undersøkelser som har vært gjort for å avdekke en mulig vannsengeffekt, har ikke ført frem. Riktignok finner man eksempler på at innkjøpsbetingelsene kan variere, men bildet er ikke entydig, og variasjonene kan gjerne forklares med forhold knyttet til transaksjonskostnader og stordriftsfordeler. Dessuten er de teoretiske betingelsene for vannsengeffekten – herunder at kontraktene ikke inneholder faste betalingselementer, og at leverandørene har all forhandlingsstyrke men ikke påføres faste omkostninger om de må finne alternative salgskanaler – ikke oppfylt i praksis, ihvertfall ikke i dagligvarehandelen.

REGULERING AV DISKRIMINERING ETTER GJELDENE RETT

DISKRIMINERING SOM MISBRUK AV DOMINANS

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. 102.¹¹ 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."*¹²

Det er i alminnelighet lagt til grunn at 40 prosent markedsandel representerer en slags nedre grense for dominans, men det kan ikke utelukkes at en slik stilling kan etableres også under denne terskelen.¹³ Et viktig forhold 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.¹⁴ 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

¹¹ Ot.prp. nr. 6 (2003-04), s. 224.

¹² Sak 27/76 United Brands, [1978] ECR 207, prem. 65.

¹³ Se nærmere Hjelmeng og Sørgard (2014), s. 255-56. I sak C-95/04 British Airways v Kommisjonen, [2007] ECR I-2331 ble dominans etablert med 39,7 % markedsandel.

¹⁴ Se Commission (2009), pkt. 10 og 11.

konklusjonen om dominans. Disse sammenhengene er særlig viktige dersom det vurderes å gi misbruksforbudet anvendelse også på ikke-dominerende foretak.

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

*"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."*¹⁵

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"*.

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 betalingssikkerhet eller kvantum, vil spille inn.¹⁶ Egenskaper ved kundene vil kunne føre til at situasjonene ikke anses som sammenlignbare, ofte 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.¹⁷

¹⁵ Sak 85/76 Hoffmann-La Roche, [1979] ECR 461, prem. 91.

¹⁶ 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."*

¹⁷ Se som eksempel sak C-52/07 Kanal 5 og TV4 v STIM, [2008] ECR I-9275.

For det andre kreves det en "competitive disadvantage" for den eller de kunder som diskrimineres, jf. for eksempel British Airways:

*"in order for the conditions for applying subparagraph (c) of the second paragraph of Article 82 EC to be met, there must be a finding not only that the behaviour of an undertaking in a dominant market position is discriminatory, but also that it tends to distort that competitive relationship, in other words to hinder the competitive position of some of the business partners of that undertaking in relation to the others."*¹⁸

Dette kravet har imidlertid 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 nasjonalitet¹⁹ eller diskriminering som tar sikte på å hindre "lekkasjer" mellom ulike handelsområder.²⁰ 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"*.²¹ Det kreves dermed ikke en begrensning i konkurransen i alminnelig forstand, men en vridning i det spesifikke konkurranseforholdet mellom kundene. Samtidig kreves det ikke at slike virkninger påvises; det er tilstrekkelig at diskrimineringen "tilsigter", eller i den engelske versjonen "tends to", en slik virkning. Kravene må dermed anses som relativt lave.

Der det ikke følger av det dominerende foretakets handlemåte, eller det ligger i selve misbrukets karakter at kundene stilles dårligere i konkurransen, vil det måtte foretas

¹⁸ Sak C-95/04 British Airways v Kommissjonen, [2007] ECR I-2331, prem. 144.

¹⁹ Se for eksempel sak 27/76 United Brands, [1978] ECR 207, jf. Whish og Bailey (2015, s. 752). 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 Kommissjonens vedtak i Deutsche Post ([2001] OJ L 331/40, avsnitt 120-134), om diskriminerende vilkår for postforsendelser avhengig av opprinnelse.

²⁰ Se for eksempel sak T-228/97 Irish Sugar [1999] ECR II-2969.

²¹ Sak C-95/04 British Airways v Kommissjonen, prem. 145, jf. også sak C-52/07 Kanal 5 og TV4 v STIM, [2008] ECR I-9275, prem. 44.

en nærmere vurdering. Dette kom også til uttrykk i British Airways, der Domstolen fant at det ut fra de konkrete omstendighetene i saken ikke kunne kreves en konkret påvist effekt, noe som tilsier at man i andre sammenhenger vil måtte foreta en slik vurdering.

Ved ren annenlinjes diskriminering, det vil si at det påståtte misbruket utelukkende består i ulike vilkår uten at det er knyttet til for eksempel geografiske kriterier eller lojalitetsrabatter, vil ikke enhver prisforskjell nødvendigvis utgjøre et misbruk.²² For at en relevant effekt skal være sannsynlig, må det for eksempel kreves at kostnadene ved produktet utgjør en betydelig del av kundens totale kostnader.²³ I Soda Ash/Solvay utgjorde kostnadene 70 prosent av råvarekostnadene, og dette ble tillagt avgjørende vekt av Kommisjonen.²⁴

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.²⁵ Tilsvarende uttalte Domstolen i STIM at ulikheter

²² Det skilles mellom første og annenlinjes diskriminering eller "first vs secondary line injury". Førstnevnte innebærer at forskjellsbehandling mellom kunder skader leverandørens konkurrent (f.eks. ved at kunder som er lojale mot konkurrenten, tilbys bedre betingelser), mens sistnevnte innebærer at det oppstår konkurranseskade mellom leverandørens kunder, dvs. i neste markedsledd. Etter EU/EØS-retten skal det svært mye til før første linjes diskriminering rammes av misbruksforbudet, forutsatt at det ikke foreligger predasjon, jf. sak C-209/10 Post Danmark I, prem. 38.

²³ Se nærmere O'Donoghue og Padilla (2013, s. 800).

²⁴ OJ [1991] L 152/21, avsn. 64: *"The price discrimination has a considerable effect upon the costs of the undertakings affected. ... Although it is only 13 % by weight of the finished product, it accounts for up to 70 % of the raw material batch cost. The cost of soda-ash thus affects the profitability and competitive position of glass manufacturers."*

²⁵ Sak 27/76, United Brands v Kommisjonen, , [1978] ECR 207, prem. 228.

mellom offentlige og private kringkastere kunne anføres som objektiv begrunnelse for ulike beregningsmodeller for opphavsrettsvederlag.²⁶

"ROBINSON-PATMAN ACT"

I USA er det innført regler som mer spesifikt retter seg mot prisdiskriminering, gjennom den såkalte Robinson-Patman Act.²⁷ De sentrale delene av bestemmelsen lyder (med våre understrekninger):

"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 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: ...".

Det fremgår at bestemmelsen ikke oppstiller et absolutt forbud mot prisdiskriminering, men at det også kreves konkurranseskade ("antitrust injury"). Samtidig åpnes det eksplisitt for at det kan gis rabatter, blant annet ut fra kvantum. På denne måten fremstår Robinson-Patman Act – i alle fall ikke ut fra ordlyden – som vesensforskjellig fra misbruksforbudet i europeisk konkurranserett.

Bestemmelsen har vært møtt med massiv kritikk fra både jurister og økonomer. Dette skyldes nok at den forfølger et annet formål enn alminnelig antitrustrett; beskyttelsen av små bedrifter. Samtidig er kriteriene såpass vage at amerikanske domstoler har kunnet håndheve bestemmelsen med varierende intensitet. Dette er bakgrunnen for at bestemmelsen i de senere år har spilt en svært tilbaketrukket rolle – i tråd med den

²⁶ Sak C-52/07 Kanal 5 og TV4 v STIM, [2008] ECR I-9275, prem. 47.

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

alminnelige tendensen i amerikansk antitrustrett om mer fleksible vurderinger basert på økonomisk teori.²⁸

Bakgrunnen for Robinson-Patman Act er beskrevet som følger:

"Welfare losses caused by price discrimination were not on the mind of Congress in 1936. Rather, they were concerned that small businesses, particularly small retailers, were rapidly losing market share to large 'chain stores' that were able to underbuy and thus to undersell the small operators. ...

*Low prices, not discriminatory prices, are the chief evil condemned by the Act. For that reason the Robinson-Patman Act cannot be understood as designed to encourage allocative efficiency or to maximize consumer welfare. It was designed to protect small businesses from larger, more efficient businesses. A necessary result is higher consumer prices."*²⁹

Loven går lenger enn bare å forby prisdiskriminering, jf. ovenfor om konseptet diskriminering. Den forbyr faktisk prisdifferensiering eller prisulikhet, men inneholder noen tilleggsvilkår som gjør at forbudet ikke blir absolutt.³⁰ 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 Robinson-Patman Act kreves såkalt "antitrust injury", det vil si en eller annen form for skade på konkurransen.³¹ 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

²⁸ Se særlig LEEGIN CREATIVE LEATHER PRODUCTS, INC. v. PSKS, INC., <http://laws.findlaw.com/us/000/06-480.html> (2007).

²⁹ Se også om historikken Glick, Mangum og Swenson (2015).

³⁰ 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."*

³¹ 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.*, s. 307.

"like grade and quality".³² 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. Hovenkamp (2016, s. 774) skriver at *"if a producer manufactures and sells a high-priced 'name brand' which is advertised, and a chemically identical but unadvertised 'house-brand' at a lower price, the two sales may violate the statute, even though the seller may have incurred substantial advertising costs for the name brand but not for the house brand"*.³³ 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 måtte akseptere tilbudt størrelse og leveringstidspunkt.³⁴ 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 markedsføringstjenester. Dette er formulert som et spørsmål om det foreligger "funksjonelle rabatter". 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.³⁵ På dette punktet kreves det imidlertid forholdsmessighet, det vil si at rabatten må være begrenset til reelle tjenester.

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. Hovenkamp (2016, s. 784) skriver at *"It has been so rigidly construed by courts*

³² Som påpekt av O'Donoghue Padilla (2013, s. 792), er Robinson-Patman Act her snevrere enn den potensielle rekkevidden til det europeiske misbruksforbudet.

³³ Cit., s. 781, med henvisning til *FTC v. BORDEN*, 383 U.S. 637.

³⁴ *A.A. Poultry Farms Inc. v. Rose Acre Farms Inc.* 881 F.2d 1396, 1407-8 /7th cir. 1989), cert. den.

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

that it virtually requires the defendant to show affirmatively that lower prices to a particular purchaser were proportional to the lower costs of serving that purchaser."

Endelig vil et foretak kunne reise et såkalt "meeting competition" forsvar, 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 "first-hand" kunnskap om lavere priser fra konkurrenter, noe som skapte utfordringer med hensyn til informasjonsdeling mellom konkurrenter.³⁶ I senere praksis er dette myket opp, slik at det er tilstrekkelig at kunder påstår de kan oppnå lavere priser hos andre, og selger ikke har noen plausibel grunn til å tvile på dette.³⁷ Hovenkamp (2016, s. 787) påpeker at denne oppmykningen "*has the potential to create a significant hole in Robinson-Patman enforcement*" og at den "*makes good economic sense*".

Robinson-Patman Act har vært en meget omstridt lov. Det synes klart at det opprinnelige formålet var å beskytte mindre foretak, og at loven på den måten ikke passer inn i en konkurranserettslig logikk. Samtidig er det på det rene at loven i domspraksis har blitt tolket i lys av alminnelige konkurranserettslige prinsipper, og at dette har begrenset rekkevidden.³⁸ Selv om unntakene har budt på tvil, er det også på det rene at disse er tolket slik at det eksisterer et reelt spillerom for differensiering av kommersielle grunner innenfor loven. Likevel vil en streng anvendelse av reglene lett komme i konflikt med antitrustreglenes formål om effektivitet gjennom virksom konkurranse.

Diskrimineringsforbudet i krrl. § 11 reiser en del av de samme problemene som Robinson-Patman Act.³⁹ Særlig selve konseptet "diskriminering" under misbruksforbudet gjør imidlertid dette mindre rigid enn Robinson-Patman Act. Samtidig vil kravet om dominans og "competitive disadvantage" bringe forbudet mer

³⁶ Se FTC v. STALEY, 324 U.S. 746 (1945), og kritikken hos Hovenkamp (2016, s. 786).

³⁷ Se UNITED STATES v. US GYPSUM, 438 U.S. 22 (1978) og FALLS CITY INDUSTRIES v. VANCO BEVERAGE, 460 U.S. 428 (1983).

³⁸ BROOKE GROUP LTD. v. BROWN & WILLIAMSON TOBACCO CORP. 509 US 209, 226 (1993).

³⁹ Se gjennomgående sammenligningen hos O'Donoghue og Padilla (2013, s. 798-803).

på linje med konkurranseretten ellers enn det en har sett i praksis under Robinson-Patman Act.

ØKONOMISKE EFFEKTER AV ET FORBUD

Som vi kommer tilbake til nedenfor, kan et forbud mot prisdiskriminering utformes på flere måter, og utformingen kan ha betydning for effektene av forbudet. Dessuten vil et forbud møte en rekke praktiske vanskeligheter, særlig knyttet til å avgjøre hva som representerer prisdiskriminering. I dette avsnittet ser vi bort fra detaljene både når det gjelder utformingen av forbudet og håndhevelsen av det, og konsentrerer istedenfor oppmerksomheten om de mer fundamentale effektene av et slikt forbud; disse vil i større eller mindre grad gjøre seg gjeldende uavhengig av utforming og håndhevelse.

For å etablere et utgangspunkt for diskusjonen, ser vi først på et yttertilfelle, der forbrukerne får en gevinst ved et forbud mot prisdiskriminering. Anta at den største dagligvarekjeden har absolutt overtak i forhandlingene med leverandørene. I forhandlingsteorien kan det formuleres som at leverandørene er helt uten forhandlingsstyrke. Isåfall vil alle gevinstene tilfalle kjeden, og spesielt vil prisene være så lave som overhodet mulig (tilsvarende leverandørenes kostnader). Anta videre at det innføres et forbud mot prisdiskriminering, slik at leverandørene er nødt til å tilby de samme betingelser til de andre kjedene som de tilbyr til den største. Anta også at forbudet ikke har noen betydning for utfallet av forhandlingene, og spesielt at den største kjeden forhandler seg frem til samme betingelser som uten et forbud. Isåfall blir resultatet av forbudet at de kjedene som tidligere hadde høyere innkjøpspriser enn den største kjeden, får lavere innkjøpspriser. Dersom de lavere innkjøpsprisene leder til sterkere konkurranse om forbrukerne, vil utsalgsprisene gå ned. Isåfall vil forbrukerne vinne. Taperne blir den største kjeden (som får lavere marginer) og leverandørene (som får dårligere betalt fra de andre kjedene). De øvrige kjedene vil vinne dersom reduksjonen i innkjøpsprisene er større enn reduksjonen i utsalgsprisene.

Dette yttertilfellet er urealistisk av flere grunner. For det første er det neppe slik at noen av kjedene – selv ikke den største – fullstendig kan diktere betingelsene i avtaler med leverandørene, ihvertfall ikke med alle. Mange leverandører har også betydelig forhandlingsstyrke og kan influere på betingelsene i avtalene. De vil derfor ikke la seg presse til å senke prisene for alle kjeder helt ned til det laveste nivået.

For det andre vil et forbud mot prisdiskriminering i seg selv påvirke forhandlingssituasjonen mellom kjedene og leverandørene (O'Brien, 2014). Når en leverandør må tilby samme pris til alle, er det som om vedkommende forhandler med kjedene under ett. Det kunne tilsi at det felles forhandlingsresultatet måtte forventes å havne rundt gjennomsnittet av de resultatene man hadde kommet frem til uten et prisdiskrimineringsforbud. Imidlertid vil leverandørene få styrket sin forhandlingsposisjon som følge av diskrimineringsforbudet. Det skyldes at enhver innrømmelse til en bestemt kjede, blir vesentlig dyrere fordi den må gjøres gjeldende for alle de andre kjedene også. Det blir med andre ord lettere og mer troverdig for leverandørene å stå imot ønsker eller krav om bedre betingelser.

For det tredje – og kanskje mest avgjørende – vil et forbud mot prisdiskriminering 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; den nedsettelse man eventuelt forhandler seg frem til, vil automatisk bli gjort gjeldende for de andre kjedene også.

Med et sterkere incitament for leverandørene til å stå imot eventuelle krav om lavere priser, og et svakere incitament for kjedene til å forhandle om pris – både for dem som mister sin tidligere konkurransefordel, og for dem som med et forbud oppnår like gode betingelser som konkurrentene uansett – må man regne med at leverandørene oppnår høyere priser enn de ville ha gjort uten et forbud (hvilket kan forklare hvorfor en del leverandører har stilt seg positive til et slikt forbud⁴⁰).⁴¹ Isåfall blir vinnerne leverandørene og de kjedene som tidligere har hatt de dårligste innkjøpsbetingelsene, fordi de nå får samme betingelser som sine konkurrenter (blant tilhengerne av et diskrimineringsforbud finner vi da også kjeder som anser sine innkjøpsbetingelser

⁴⁰ For eksempel har styreleder i Orkla, Stein Erik Hagen, ved flere anledninger gitt uttrykk for at han ønsker et diskrimineringsforbud, blant annet i Aftenposten 30. januar 2013 og i Dagens Næringsliv 8. oktober 2014.

⁴¹ O'Brien (2014) viser at *"forbidding price discrimination raises the average wholesale price for a wide range of parameters that determine relative bargaining powers"*. I motsetning til O'Briens analyse bygger store deler av litteraturen om diskriminerende innkjøpspriser på forutsetninger som gjør den lite relevante for dagligvaremarkedet, herunder at leverandøren dikterer prisene og diskriminerer i disfavør av de mest effektive eller største kjedene, f.eks. Katz (1987), Yoshida (2010), Arya og Mittendorf (2010), Dertwinkel-Kalt, Haucap og Wey (2012, 2015), Herweg og Müller (2012, 2014, 2016) og Chen (2017). Se ellers Inderst og Shaffer (2009), Inderst og Valletti (2009), Chen og Schwartz (2015) og Li (2017).

som relativt dårlige⁴²). Taperne blir de kjedene som tidligere hadde de beste innkjøpsbetingelsene og deres kunder (det er derfor ikke overraskende at NorgesGruppen er betenkt over et diskrimineringsforbud). Dersom innkjøpsprisene stiger tilstrekkelig, vil alle forbrukere komme dårligere ut; i gjennomsnitt taper forbrukerne uansett, ettersom innkjøpsprisene samlet sett går opp.

Når innkjøpspriser bortfaller som konkurransefaktor, vil formodentlig andre faktorer bli enda viktigere, så som varesortiment, lokalisering og service. For kjedene i lavprissegmentet blir det nødvendig å redusere kostnadene på andre måter enn gjennom lave innkjøpspriser, for eksempel ved å innskrenke vareutvalget, senke servicegraden eller minske butikkarealet. For kjeder som satser på bredt sortiment og høy servicegrad, kan det bli nødvendig å differensiere ytterligere, for å kunne forsvare marginene. De kjedene som idag har de dårligste innkjøpsbetingelsene – herunder små nykommere som baserer seg på netthandel og levering til forbruker – kan utnytte sin relativt bedre kostnadsposisjon til å rendyrke andre konkurransefordeler.⁴³

For kjedene – og særlig dem som i utgangspunktet har de beste innkjøpsbetingelsene – vil det være ønskelig å innrette virksomheten på en måte som gjør at prisdiskrimineringsforbudet får minst mulig betydning. Det kan for eksempel skje gjennom å satse på spesialtilpassede produkter (etter f.eks. etter størrelse, kvalitet eller forpakning), egne merkevarer eller vertikal integrasjon bakover i verdikjeden; dermed unngår man at prisene blir direkte sammenlignbare og således rammet av diskrimineringsforbudet. I den grad slike tiltak motiveres av selve forbudet, vil de være samfunnsøkonomisk ulønnsomme (på samme måte som skattemotiverte tilpasninger innebærer ressursløsning).⁴⁴

Leverandørene vil på tilsvarende måte ha incitamenter til å foreta kostbare tilpasninger som gjør at reguleringen av prisdifferanser virker minst mulig

⁴² Administrerende direktør i Kolonial.no, Karl Alveng Munthe-Kaas, skriver i Aftenposten 26. oktober 2017 at *"dominerende produsenters prisdiskriminering må opphøre. Samme vare må selges til samme pris til kjedene og om nødvendig må dette reguleres"*.

⁴³ Inderst og Valletti (2009) viser at et forbud mot prisdiskriminering alt i alt undergraver kjedenes incitamenter til å forbedre effektiviteten, og at det derfor har negative virkninger for forbrukerne på sikt også i det tilfellet at den kortsiktige virkningen skulle bli lavere priser.

⁴⁴ Katz (1987) skriver: *"Consequently, a potential benefit of price discrimination is that it prevents socially inefficient integration"*.

begrensende.⁴⁵ Disse incitamentene kan være sammenfallende med kjedenes; en leverandør og en kjede kan for eksempel ha felles interesse av å utvikle spesialtilpassede produkter for å unngå å bli rammet av diskrimineringsforbudet.

⁴⁵ Ross (1986) skriver om resultatene av sin analyse av regulering av prisdifferanser: *"It is shown that the firm may profitably choose a technology or location that is not cost minimizing and that gold-plating, or purely wasteful expenditures, may even be profitable."*

UTFORMING AV EN FORBUDSREGEL

Gjennomgangen ovenfor har vist at det vil være vanskelig å utforme en egen regel mot prisdifferensiering som er konsistent med økonomisk velferdsteori og konkurranserettslig analyse, utover de prinsipper som allerede gjelder etter misbruksforbudet i krrl. § 11. Dette er også tydelig ut fra erfaringene med Robinson-Patman Act i USA, og da særlig den spenningen som består mellom ivaretagelse av konkurranse og hensynet til enkeltforetak. I tillegg har reguleringen vist seg retts teknisk komplisert.

Oslo Economics og Oeconomica-rapporten gjør ikke nærmere rede for utformingen av en prisdiskrimineringsregulering. I det følgende legges det til grunn at reguleringen utformes som en forbudsregel, som da vil gripe inn i avtaleforhold som inneholder diskriminerende vilkår, for eksempel etter modell av pristiltaksloven § 2 som setter forbud mot å "ta, kreve eller avtale" urimelige priser.

Det kan tenkes flere alternativer for en regulering, for eksempel:

- Absolutt forbud mot ulike priser for identiske eller tilsvarende produkter.
- Forbud mot ulike priser med unntak knyttet til kostnadsbesparelser mv.
- Forbud mot prisdiskriminering med tilhørende krav om konkurranseskade (uavhengig av eksisterende domiansterskel).

Det er også et spørsmål om hvordan et forbud skal slå inn; ytterpunktene er et generelt påbud om å sette lik pris til alle kjøpere, eller at alle kjøpere har krav på samme (lave) pris som den "beste" kontrakten i hver forhandlingsrunde (typisk de årlige forhandlingene). Begge deler vil åpenbart ha konsekvenser for forhandlingene mellom leverandører og kjeder. Samtidig kan et forbud avgrenses på ulike måter, for eksempel slik at det kun beskytter foretak i etableringsfasen (kun disse som kan påberope seg like vilkår).

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.

I den amerikanske Robinson-Patman Act er det tatt inn en eksplisitt reservasjon for at reglene bare gjelder varer av "like grade and quality". 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 NorgesGruppens "Folkets"-samarbeid med Nortura. En omregning til for eksempel kilopris vil ikke gjenspeile kommersielle forhold knyttet til salgspotensialet for ulike forpakkingsstørrelser. Slik markedet fungerer, anser vi det 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 komplekst. Dagligvarebransjen er preget av kontrakter som i økonomisk teori gjerne omtales som "to-delt 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.

I dagligvarebransjen i dag representerer flere av disse ytelsene også en betaling for tjenester, da typisk i form av at kjedene yter markedsføringstjenester mot rabatter for såkalt "joint marketing". Å fastsette en verdi på slike tjenester, som så vidt vi forstår har ulik utbredelse mellom ulike kjeder, vil gjøre det ytterligere vanskelig å komme frem til objektive sammenligningsgrunnlag for pris. Alternativet ville selvsagt vært å forby denne typen rabatter, men det ble frarådet av Dagligvarelovutvalget.⁴⁶

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

⁴⁶ 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."

fall ett års varighet der pris justeres underveis. Også kontraktens varighet vanskeliggjør en sammenlikning krone for krone og enhet for enhet.⁴⁷

Vår konklusjon 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.

Vår vurdering er at et diskrimineringsforbud, der det konkret må vurderes hva som er sammenlignbare situasjoner, vil være langt mer treffende. I så måte er det imidlertid på det rene at ikke-dominerende aktører vanskelig vil kunne påføre konkurranseskade nedstrøms, og at man således allerede er tilstrekkelig dekket med misbruksforbudet i krrl. § 11, jf. ovenfor.

HÅNDHEVELSE

En bestemmelse som krever ikke-diskriminering eller like priser i kontrakter mellom leverandører og dagligvarekjeder, innebærer nødvendigvis en form for offentlig håndhevelse, idet 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.

En privat søksmålsmulighet vil således være lite treffsikker for å håndheve bestemmelsen. Dette skyldes for det første at terskelen for å saksøke egen leverandør kan være høy (både av hensyn til fremtidig samarbeid, men også av hensyn til kostnader og ikke minst tidsaspektet).⁴⁸ For det andre kan privat håndhevelse ha motsatt effekt; de søksmål som kommer, kan godt være forsøk på å oppnå en bedre

⁴⁷ Også ved enkeltstående kjøp og salg vil det for øvrig være en utfordring å definere en grense for "nærhet i tid" mht. sammenligning av kjøp. Under Robinson-Patman Act 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.

⁴⁸ Se om "underhåndhevelse" NOU 2013: 6, s. 124.

avtale gjennom medvirkning fra domstolene uten at det nødvendigvis er knyttet til reell diskriminering eller prisforskjeller. En slik bestemmelse kan med andre ord innby til strategisk adferd, det vil si at den gir incitament til å skaffe seg uberettigede fordeler.

Begge forhold tilsier at det må etableres et offentlig tilsyn med bestemmelsen, med mulighet for klager fra misfornøyde kunder. Det bør imidlertid utvises forsiktighet med å opprette et organ som risikerer å fungere som en "klagemur" for kjøpere som er misfornøyde med sine kontrakter. Liknende problemstillinger ble behandlet i forbindelse med lov om god handelsskikk. Her sies det (NOU 2013:6 s. 108):

"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."

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. Samtidig vil selve risikoen for slike prosesser måtte komme til å påvirke forhandlingsspillet.

Et ytterligere spørsmål er hvem som skal bære ansvaret for vilkår som avviker fra den standarden man velger, det vil si utelukkende leverandør eller også kjøper. På dette punktet må det være klart at kjøper ikke kan ha innsyn i andres betingelser for dermed å kunne kontrollere om egne vilkår blir "for gunstige". Det er grunnleggende i konkurranseretten at konkurrenter ikke skal ha innsyn i hverandres kontrakter, idet dette lett vil etablere en stilltiende forståelse som reduserer konkurransen mellom dem.⁴⁹ I fravær av innsyn i andres kontrakter vil det vanskelig kunne etableres et

⁴⁹ Tilsvarende argument er reist i forbindelse med det såkalte "meeting competition" forsvaret under Robinson-Patman Act, jf ovenfor og Hovenkamp, cit., s. 786.

medansvar for kjøper. Samtidig er det på det rene at informasjonsasymmetrien mellom leverandør og kjøper vil påvirke forhandlingsspillet; spørsmålet er hvordan en kjøper skal kunne forholde seg til påstander av typen "Vi kan ikke tilby deg bedre vilkår uten å bryte regelverket eller tilby samme vilkår til alle."⁵⁰

Også rettsvirkningssiden eller sanksjonssiden av en slik generell bestemmelse om diskriminering eller like priser vil by på utfordringer. Dersom det etableres et offentlig tilsyn med bestemmelsen, vil sanksjoner som retting eller påbud om opphør og eventuelt overtredelsesgebyr for å sikre en preventiv virkning, være naturlige kandidater. Sanksjoner med sterk preventiv effekt vil imidlertid kunne føre til at foretak blir for forsiktige av frykt for å bryte loven, jf. de iboende uklarheter som er beskrevet ovenfor. Effekten vil være tilbakeholdenhet med å tilby rabatter og lavere priser til enkeltkunder. Dette tilsier at overtredelsesgebyr må være begrenset til mer alvorlige og klare brudd.⁵¹

Også privatrettslige virkninger representerer en utfordring, og dette gjelder mer generelt ved det konkurranserettslige diskrimineringsforbudet. Avtalerettslig kan det reises spørsmål om avtaler skal belegges med ugyldighetsvirkninger så langt de representerer diskriminering, slik at plikten til å betale vederlag bortfaller i den grad vederlaget er diskriminerende. En slik virkning fremstår som lite egnet, både fordi det kreves omfattende informasjon for å fastslå at det foreligger diskriminering, fordi kompleksiteten i kontraktene gjør det vanskelig å finne et klart sammenligningsgrunnlag, og fordi leverandøren kan innrette seg på ulike måter for å unngå overtredelse – for eksempel ved å tilby andre, dårligere vilkår.

Krav på tilbakebetaling av høyere vederlag eller erstatningsansvar reiser tilsvarende problemstillinger. Et erstatningsansvar vil heller ikke nødvendigvis kunne fikseres til differansen mellom vederlaget og andres vederlag. Ved brudd på Robinson-Patman Act i USA beregnes erstatningen i henhold til konkurranseskaden nedstrøms, det vil si at den som er diskriminert, må påvise at vedkommende har tapt markedsandeler i

⁵⁰ For tilsvarende problemstilling under Robinson-Patman Act se Hovenkamp (2016, s. 783).

⁵¹ Se NOU 2013: 6 s. 126-7 om tilsvarende problemstilling ved en god handelsskikkstandard.

konkurransen nedstrøms.⁵² Det vil også måtte sannsynliggjøres at skadelidte faktisk ville ha blitt stilt overfor bedre vilkår i fravær av overtredelsen. Vi går ikke nærmere inn på denne vurderingen; hovedpoenget er at denne typen regel reiser en rekke kompliserte spørsmål vedrørende rettsvirkninger.

EØS-RETTSLIGE SKRANKER FOR ET FORBUD?

EØS-konkurranseloven § 7 andre og tredje ledd lyder:

Anvendelsen av norsk konkurranselovgivning må ikke føre til forbud mot avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, eller som er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3. Konkurransemyndighetene er ikke etter denne bestemmelse forhindret fra å anvende mer restriktiv norsk lovgivning som forbyr eller sanksjonerer foretaks ensidige atferd.

Med forbehold for alminnelige prinsipper og andre bestemmelser i EØS-retten, kommer første og annet ledd ikke til anvendelse når konkurransemyndighetene og domstolene anvender norsk lovgivning om kontroll med foretakssammenslutninger, og de utelukker heller ikke anvendelsen av bestemmelser i lovgivningen som hovedsakelig fremmer et annet formål enn det formål som fremmes av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

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 konkurranserettslig regulering av krrl. § 10.⁵³ For regulering av ensidig adferd eksisterer det derimot ikke skranker mot strengere nasjonal lovgivning.⁵⁴

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.

⁵² Se nærmere Hjelmeng (2003, s. 404-405). Den grunnleggende dommen i USA er J. TRUETT PAYNE CO v. CHRYSLER MOTORS CORP., 451 U.S. 557 (1981).

⁵³ Skrankene her er identiske under EØS-avtalen og EU-reglene.

⁵⁴ Om hva som ligger i begrensningen til "ensidig adferd", se Gjendemsjø og Anchustegui (2017) s. 11.

KONKLUSJON

Enten en regulering utformes som påbud om prislikhet, forbud mot diskriminering eller en annen variant, og uavhengig av om det settes forbud mot å tilby, kreve eller inngå avtaler med ulike priser, eller reguleringen krever at samtlige kjøpere får tilgang til de beste vilkårene det er inngått avtale om, er det på det rene at en regulering vil påvirke dynamikken i forhandlingene mellom selger og kjøper. Selv om det ikke er empirisk belegg for at et diskrimineringsforbud alltid vil føre til at alle kjøpere får de samme dårlige vilkår, er det flere momenter som indikerer at gjennomsnittet blir dårligere.

For kjeder med forhandlingsstyrke vil en visshet om at konkurrentene vil oppnå tilsvarende vilkår, svekke incitamentene til å forhandle hardt for å oppnå de beste vilkårene. 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 tettere samarbeid med leverandører eller økt satsning på egne merkevarer. Dette innebærer at diskrimineringsforbudet ikke vil virke etter hensikten, av to grunner. For det første fordi antallet transaksjoner "innenfor loven" reduseres, for det andre fordi prisene vil bevege seg oppover over hele linjen for de transaksjoner som omfattes.

For leverandører vil et diskrimineringsforbud også ha virkninger på incitamentene i forhandlingene. 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 incitamenter til å unngå å gi etter i forhandlingene med kunden. Andre kunder eller kjeder vil heller ikke ha incitamenter til å forhandle effektivt, fordi de vet at de er garantert beste vilkår uansett. For disse vil det også bli en ensidig oppmerksomhet om pris, som kan stenge for å utvikle innovative samarbeid med leverandører.

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.

At effektene av en regulering mest sannsynlig vil skade forbrukerne, representerer et åpenbart argument mot en slik regulering. Til dette kommer utfordringer både med utforming av reguleringen og håndhevelsen. Erfaringen fra USA og Robinson-Patman Act er at både sammenligningsgrunnlagene (vare, pris og øvrige kontraktsvilkår) og unntak fra en hovedregel om prislikhet ("cost justification" og "meeting competition") skaper uklarheter og legger til rette for tvister. Det er på det rene at etterlevelse av en slik regel kan kreve innsyn i vilkår tilbudt av andre leverandører eller til andre kunder som også er konkurrenter, og at slikt innsyn vil være i strid med de alminnelige konkurransereglene. Dersom etterlevelse skal sikres, krever dette at alle kontrakter innrapporteres til et sentralt organ som kan foreta de nødvendige sammenligningene, og som deretter gjennom enkeltvedtak vil måtte pålegge foretak å rette kontraktene. Dette vil generere byråkrati, og vil også lett kunne tjene som en arena for «rent-seeking» og strategisk adferd.

Selv om det må være opp til foretaket selv å bestemme hvordan retting skal skje, vil en slik form for håndhevelse ta tid og normalt komme lang tid etter at kontraktene er oppfylt. Dessuten vil dette skape usikkerhet om kontraktens innhold og svekke forutberegneligheten i markedet, som også er en forutsetning for å foreta investeringer.⁵⁵ Både dette, samt en mulig utvikling mot flere egne merkevarer, vil dermed kunne ha negative virkninger på innovasjonen i markedet. Dårligere vareutvalg kan også være en virkning av dette.

Ut fra en vurdering av når og hvordan skade på konkurransen kan oppstå, mener vi at det generelle diskrimineringsforbudet i krrl. § 11 er tilstrekkelig.

⁵⁵ Til sammenligning ville forslaget til lov om god handelsskikk (NOU 2013:6), ikke pålegge bestemt innhold i kontraktene, men rettet seg primært mot krav til skriftlighet, begrunnelse for oppsigelse, forbud mot visse klausuler m.v.

REFERANSER

- Arya, Anil og Brian Mittendorf (2010), Input price discrimination when buyers operate in multiple markets, *The Journal of Industrial Economics* LVIII (4), 846-67.
- Athey, Susan og Armih Schmutzler (2001), Investment and market dominance, *RAND Journal of Economics*, 32 (1), 1–26.
- Chen, Zhiqi (2003), Dominant retailers and the countervailing-power hypothesis, *RAND Journal of Economics* 34 (4), 612–25.
- Chen, Chin-Sheng (2017), price discrimination in input markets and quality differentiation, *Review of Industrial Organization* 50, 367-88.
- Chen, Yongmin og Marius Schwartz (2015), Differential pricing when costs differ – a welfare analysis, *RAND Journal of Economics* 46 (2), 442-60.
- Competition Commission (2008), Market Investigation into the Supply of Groceries in the UK, 30. april 2008.
- Commission (2009), Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, [2009] OJ C 45/2
- Dertwinkel-Kalt, Markus, Justus Haucap og Christian Wey (2012), Procompetitive dual pricing, *European Journal of Law and Economics* 41, 537-57.
- Dertwinkel-Kalt, Markus, Justus Haucap og Christian Wey (2012), Raising rivals' cost through buyer power, *Economics Letters* 126, 181-4.
- Dobson, Paul W. og Roman Inderst (2007), Differential buyer power and the Waterbed Effect, *European Competition Law Review* 28 (7), 393-400.
- Dobson, Paul W. og Roman Inderst (2008), The Waterbed Effect when buying and selling power come together, *Wisconsin Law Review* 2, 332-57.

- Erutku, Can (2005), Buying power and strategic interactions, *Canadian Journal of Economics* 38 (4), 1160–72.
- Europe Economics og Roman Inderst (2006), The ‘Waterbed Effect’ – How Non-Cost Related Discounts to Large Retailers can Harm Consumers, rapport skrevet på oppdrag fra Association of Convenience Stores Limited (ACS).
- von der Fehr, Nils-Henrik M. (2013a), Vertikale relasjoner – noen prinsipielle betraktninger, i Ivar Pettersen (red.) *Dagligvarehandel og mat 2013*, Norsk institutt for landbruksøkonomisk forskning (NILF).
- von der Fehr, Nils-Henrik M. (2013b), Vannsengeffekten, rapport skrevet på oppdrag fra advokatfirmaene Thommessen AS, Wikborg, Rein & Co. DA og Ræder DA, juni 2013.
- Gabrielsen, Tommy Staahl (2011), Betydningen av ulike vertikale relasjoner på konkurranseforhold i verdikjeden for mat, særskilt vedlegg til NOU 2011:4 Mat, makt og avmakt.
- Gabrielsen, Tommy Staahl, Frode Steen, Lars Sørgard og Steinar Vagstad (2013), Kjøpermakt i dagligvaresektoren, utredning skrevet på oppdrag fra Fornyingsadministrasjons- og kirke departementet, april 2013.
- Gans, Joshua S. og Stephen P. King (2002), Exclusionary contracts and competition for large buyers, *International Journal of Industrial Organization*, 20 (5), 1363–81.
- Gjendemsjø, Ronny og Ignacio H. Anhustegui (2017), Utredning av muligheten for å etablere en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat som ikke rammes av konkurranseloven § 11, utredning for Nærings- og fiskeridepartementet
[\(https://www.regjeringen.no/contentassets/eab200712f20412c997da6dee6ced5e6/utredning-av-inngrepshjemmel-mot-ensidige-handlinger-1.pdf\)](https://www.regjeringen.no/contentassets/eab200712f20412c997da6dee6ced5e6/utredning-av-inngrepshjemmel-mot-ensidige-handlinger-1.pdf) .
- 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.

Herweg, Fabian og Daniel Müller (2012), Price discrimination in input markets – downstream entry and efficiency, *Journal of Economics and Management Strategy* 21 (3), 773–99.

Herweg, Fabian og Daniel Müller (2014), Price discrimination in input markets – quantity discounts and private information, *Economic Journal* 124, 776–804.

Herweg, Fabian og Daniel Müller (2016), Discriminatory nonlinear pricing, fixed costs and welfare in intermediate-goods markets, *International Journal of Industrial Organization* 46, 107-36.

Hjelmeng, Erling (2003), *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, Fagbokforlaget.

Erling Hjelmeng og Lars Sørgard (2014), *Konkurransopolitikk – rettslig og økonomisk analyse*, Fagbokforlaget.

Hovenkamp, Herbert (2016), *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice*, 5th ed., West Academic Publishing (Hornbook Series).

Inderst, Roman (2007), Leveraging buyer power, *International Journal of Industrial Organization* 25, 908–24.

Inderst, Roman og Greg Shaffer (2009), Market power, price discrimination, and allocative efficiency in intermediate-goods markets, *RAND Journal of Economics* 40, 658-72.

Inderst, Roman og Tommaso M. Valletti (2009), Price discrimination in input markets, *RAND Journal of Economics* (40), 1–19.

Inderst, Roman og Tommaso M. Valletti (2011), Buyer power and the ‘Water Bed Effect’, *The Journal of Industrial Economics* LIX (1), 1-20.

Katz, Michael L. (1987), The welfare effects of third degree price discrimination in intermediate goods markets, *American Economic Review* 77 (1), 154–67.

- Konkurransetilsynet (2011), Høringssvar til Matkjedeutvalgets rapport (NOU 2011:4), 30. november 2011.
- Konkurrenserket (2011), Mat och marknad – från bonde till bord, Rapport 2011:3.
- Li, Youping (2017) differential pricing in intermediate good markets, *The Journal of Industrial Economics*, LXV (3), 585-96.
- Majumdar, Adrian (2005), Waterbed Effects and Buyer Mergers, CCP Working Paper 05-7, ESRC Centre for Competition Policy, University of East Anglia.
- Matthewson, Frank og Ralph A. Winter (1997), Buyer groups, *International Journal of Industrial Organization* 15 (2), 137–64.
- NOU 2013:6, God handelsskikk i dagligvarekjeden, utredning fra et utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 26. oktober 2012, avgitt til Landbruks- og matdepartementet, Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet og Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet 30. april 2013.
- O'Brien, Daniel P. (2014), The welfare effects of third-degree price discrimination in intermediate good markets: the case of bargaining, *RAND Journal of Economics* 45 (1), 92–115.
- O'Brian, Daniel P. og Greg Schaffer (1994), The welfare effects of forbidding discriminatory discounts: a secondary line analysis of Robinson-Patman, *The Journal of Law, Economics & Organization* 10 (2), 296-318.
- O'Donoghue, Robert og Jorge Padilla (2013), *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2nd ed., Hart Publishing.
- OFT (2006), *The Grocery Market: The OFT's Reasons For Making a Reference to the Competition Commission*, Office of Fair Trading, London, May 2006.
- Oslo Economics og Oeconomica (2017), Etableringshindringer i dagligvaresektoren – Rapport utarbeidet på oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet (http://osloeconomics.no/wp-content/uploads/Etableringshindringer-i-dagligvaresektoren_ref2.pdf).

- Ross, Thomas W. (1986), The costs of regulating price differences, *The Journal of Business*, 59 (1), 143-56.
- Smith, Howard og John Thanassoulis (2012), Upstream competition and downstream buyer power, *International Journal of Industrial Organization* 30 (6), 483–95.
- Snyder, Christophe M. (1996), A dynamic theory of countervailing power, *RAND Journal of Economics*, 27 (4), 747–69.
- Sullivan, M. W. (1997), Slotting allowances and the market for new products, *Journal of Law and Economics* 40(2), 461-93.
- Yoshida, Yoshihiro (2000), Third-degree price discrimination in input markets – output and welfare, *The American Economic Review* 90 (1), 240-6.
- Whish, Richard og David Bailey (2015), *Competition Law*, 8th ed., Oxford University Press.