

Kvale og Co advokatfirma

Postboks 1752 Vika
0122 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2002/614
MA1-M1 MADA
411.2

Saksbeh.:

Dato: 27. februar 2003

■ **TINE BA – konkurranseloven § 3-10 – vedtak om inngrep mot bruk av lojalitetsrabatter ved salg av hvitost til industrikunder**

Vedtak V2004-10

1. Innledning

Konkurransetilsynet viser til brev av 9. mai 2003 hvor det ble varslet inngrep etter konkurranseloven (krrl.) § 3-10 mot TINE BAs (TINE) lojalitetsrabatter og andre konkurransebegrensende ordninger ved salg av hvitost til industrikunder.

Etter varselet har tilsynet mottatt kommentarer fra TINE i brev av 5. juni 2003, fra Orkla Foods AS (Orkla) ved brev og i møte av henholdsvis 16. juni 2003 og 5. november 2003, samt fra O. Kavli AS (Kavli) ved brev av 20. juni 2003.

Tilsynet er fortsatt av den oppfatning at TINEs lojalitetsrabatter begrenser konkurransen i markedet for salg av hvitost til industrikunder i strid med lovens formål, og forbyr derfor TINEs årsvolumrabatter og tilsvarende lojalitetsskpende ordninger.

På grunnlag av nye opplysninger om kjøpspliktbestemmelser i TINEs leveranseavtaler med Orkla og Kavli, vil tilsynet imidlertid ikke gjennomføre den del av varselet som gikk ut på inngrep mot kjøpspliktbestemmelser. Tilsynet innfører i stedet en meldepliktsordning for å kunne overvåke at konkurranseskadelige kjøpspliktbestemmelser ikke inntas i framtidige avtaler.

2. Sakens bakgrunn

Ved brev av 21. mai 2002 mottok Konkurransetilsynet en klage fra Synnøve Finden ASA (Synnøve Finden) vedrørende TINE BAs bruk av lojalitetsrabatter ved salg av hvitost til

smelteostproduksjonen til Kavli. Synnøve Finden produserer også hvitost, og er en konkurrent til TINE innenfor blant annet markedet for hvitost som råvare til smelteostindustrien. Synnøve Finden ber tilsynet om å gripe inn mot lojalitetsrabattene med hjemmel i konkurranseloven (krrl.) § 3-10.

Synnøve Finden mener at TINE begrenser konkurransen ved å gi lojalitetsrabatter som stenger ute aktører som kan levere konkurrerende produkter og hindrer den potensielle konkurransen fra Synnøve Finden. Synnøve Finden mener videre at TINE på denne måten opprettholder og styrker sin dominerende stilling.

Ifølge Synnøve Finden medførte TINEs lojalitetsrabatter at bedriften i perioden 1997 til 2002 ikke kom inn på markedet for salg av hvitost til smelteostproduksjon, bortsett fra at Synnøve Finden i 2001 fikk en mindre leveranseavtale med Kavli på [...]¹ tonn hvitost. Synnøve Finden mener at årsaken til leveransene i 2001 er at Kavlis behov for hvitost oversteg volumgrensene i TINEs rabattsystem, slik at Kavli kunne kjøpe mindre kvanta fra andre leverandører enn TINE, uten at volumrabatten ble berørt.

Konkurransetilsynet har innhentet opplysninger om TINEs leveringsforhold, samt kopi av leveranseavtaler med aktuelle industrikunder. Tilsynet har også innhentet opplysninger om TINEs og Synnøve Findens salgstall i volum for hvitost til industrikundene for 2001, 2002 og 2003. Av opplysningene fremgår det at TINE per i dag gir årsvolumrabatter til Orkla og TINEs egen smelteostvirksomhet, TINE Meieriet Øst Tretten, ved kjøp av hvitost.

I varselbrevet av 9. mai 2003 varslet tilsynet inngrep etter krll. § 3-10 mot TINEs bruk av lojalitetsrabatter og andre konkurransebegrensende ordninger som kjøpspliktbestemmelser ved salg av hvitost til industrikunder. Tilsynet oversendte også varslet til Orkla, Kavli og Synnøve Finden for deres eventuelle kommentarer. TINE, Orkla og Kavli har kommet med merknader til varselet. Tilsynet har også hatt et møte med Orkla den 5. november 2003 i anledning saken.

Etter tilsynets varsel har tilsynet fått opplyst at Kavli og TINE har inngått en leieproduksjonsavtale gjeldende fra 1. januar 2003 som delvis erstatter den forutgående leveringsavtalen, slik at Kavli kun kvalifiserte til årsvolumrabatt fram til 2003, se punkt 6.2.

3. TINE BA

TINE er en vertikalt integrert aktør som er dominerende både i markedet for kjøp av råmelk fra bøndene (oppstrømsmarkedet) og i de fleste sentrale markedene for produksjon, distribusjon og salg av foredlede meieriprodukter til dagligvarekjedene, industrikunder med videre (nedstrømsmarkedet). I oppstrømsmarkedet mottar TINE omlag 98 prosent av all melk som leveres fra melkebøndene. I nedstrømsmarkedene varierer TINEs markedsandeler, men TINE har en dominerende stilling i samtlige markeder som utgjør kjerneområdene i meieriproduksjonen, herunder markedet for

¹ Opplysninger unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

konsummelk, ost, fløte og smør. TINE har et produktspekter bestående av 600 – 800 produkter, og nyter sterk merkevarelojalitet blant kunder og forbrukere.

Inntil Synnøve Finden startet produksjon av hvitost i 1996, var TINE enerådende som leverandør av hvitost til ulike kundegrupper i Norge.

4. Markedet for leveranse av hvitost til industrikunder

Industriostkundene er næringsmiddelprodusenter som benytter hvitost som innsatsfaktor i sine produkter, som for eksempel smelteost, pizza, piroger, baguetter, supper, sauser, snacks og kjeks, samt kjøtt- og fiskeprodukter. De største kundene er Orkla, Kavli og TINEs egen smelteostprodusent TINE Meieriet Øst Tretten. Industrikundene etterspør i utgangspunktet ost av samme kvalitet som den som produseres for salg i dagligvaremarkedet. Industrikundene kan til visse produksjonsformål benytte ost av såkalt industrikvalitet, som er annenhåndssortering av ost som opprinnelig er produsert for salg til dagligvaremarkedet. Dette gjelder særlig smelteostprodusenter.

5. TINEs årsvolumrabattsystem

Ifølge de opplysninger tilsynet har mottatt fra TINE gis det årsvolumrabatter til industrikunder etter en trappetrinnskala som er presentert i tabellen nedenfor.² De oppnådde rabattsatsene gis med tilbakevirkende kraft og gjelder for hele det kjøpte kvantumet i perioden, som her er ett år³:

Årsvolumrabattskala	
Uttak per år i tonn	Prosentats av pris
< 800	[...]
800 – 1200	
1200 – 1600	
1600 – 2000	
2000 – 3000	
3000 – 4000	
4000 – 5000	
5000 – 6000	
6000 – 7000	
> 7000	...] ⁴

TINEs årsvolumrabatter er såkalte kumulative volumrabatter, som gis for kundens totale kjøp i løpet av en gitt periode, her ett år. Rabattsatsen øker trinnvis ettersom kundens totale kjøp øker. Dersom kunden oppnår et høyere trinn i rabattskalaen som følge av ytterligere høyere kjøp, får han med andre ord den tilsvarende høyere rabattsatsen for hele det kjøpte volumet i perioden.

² Det fremgår av opplysningene at TINE også gir logistikk- og kvalitetsrabatter ved direkte salg til industrikunder.

³ TINE utvidet i 2001 rabattskalaen til også å gjelde for kjøp ut over 3000 tonn.

⁴ Opplysninger unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

Det framgår av rabattskalaen at kunden må avta et betydelig volum før det i det hele tatt ytes rabatt. Rabattsystemet bærer således preg av å være en form for storkundeavtale. For øvrig gis rabattene for alle typer og kvaliteter av hvitost. TINEs kumulative volumrabatter benevnes heretter som årsvolumrabatter.

TINE opplyser at årsvolumrabattene per i dag kun er i bruk for TINE Meieriet Øst Tretten og Orkla, som er de eneste kundene som kjøper tilstrekkelig stort volum til å oppnå rabatt innenfor skalaen. TINE leverer hvitost etter samme pris- og rabattliste til disse kundene. TINEs leveranseavtale med Kavli gjelder fortsatt, selv om Kavli ikke kjøper tilstrekkelig høyt volum til å kvalifisere til årsvolumrabatt.

6. Avtaler med industrikundene

6.1 TINEs leveranseavtale med Orklas Foods AS

Orkla Foods AS (Orkla) kjøper hvitost fra TINE til bruk i produksjon av pizza, piroger mm. Ifølge opplysninger om salgshall som Konkurransetilsynet har fått fra TINE, kjøpte Orkla ca [...]⁵ tonn hvitost per år i 2001 og 2002. Orkla er TINEs største avtager av hvitost i industrimarkedet.

Den 27. september 1996 inngikk TINE og Orkla en avtale som gjelder leveranse av visse hvitostprodukter for produksjon i Norge av pizza og beslektede produkter for salg til EU. TINEs leveringsplikt er i henhold til avtalen begrenset til maksimalt [...]⁶ tonn hvitost per år, men Orkla opplyser at selskapet under denne avtalen ikke kjøper mer enn 500 tonn, det vil si ca. 11 prosent av Orklas totale behov for hvitost. Avtalen fastsetter [...]⁷. Så lenge avtalen gjelder kun en mindre del av det totale ostevolum som Orkla kjøper fra TINE, vil den ikke ha nevneverdige konkurransemessige virkninger.

Ifølge TINE har TINE og Orkla ingen særskilte avtaler som regulerer Orklas øvrige kjøp (89 prosent) av hvitost fra TINE til produksjon av produkter som selges i Norge eller utenfor EU. Hvitosten leveres som utgangspunkt i henhold til "TINEs salgsbetingelser ved direkte salg til industrikunder". Ifølge TINE foreligger heller ingen kjøpsplikt for denne delen av Orklas kjøp fra TINE.

Det fremgår ikke direkte av avtalen av 1996 eller TINEs salgsbetingelser at kjøp av hvitost fra TINE kvalifiserer til årsvolumrabatter, men TINE oppgir at TINE leverer hvitost til Orkla etter slik rabattliste som redegjort for under punkt 4. Orklas kjøp av ca. [...]⁸ tonn per år i 2001 og 2002, tilsvarer en rabattsats på [...]⁹ prosent i henhold til gjeldende rabattskala.

⁵ Opplysninger unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

⁶ Opplysninger unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

⁷ Opplysninger unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

⁸ Opplysninger unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

⁹ Opplysninger unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

6.2 Kavlis kjøp av hvitost

Inntil første halvdel av 2003 kjøpte Kavli stort sett hele sitt behov for hvitost direkte fra TINE. Dette kjøpet var først regulert i leveranseavtale av 13. oktober 1997, og deretter i leveranseavtale av 27. mars 2003 mellom TINE og Kavli. Kavlis årlige behov for hvitost er omtrent [...]¹⁰ tonn, hvilket tidligere har kvalifisert til en årsvolumrabatt på [...]¹¹ prosent i henhold til årsvolumrabattskalaen. Leveranseavtalen omfattet tidligere også en kjøpsplikt for Kavli til å avta 90 prosent av sitt årlige behov for hvitost fra TINE, dog betinget av at TINE var konkurransedyktig. I den nye leveranseavtalen av 27. mars 2003 er kjøpsplikten begrenset til Kavlis prognostiserte behov fra TINE for [...]¹², med rom for avvik pluss minus [...]¹³ prosent. Gitt at klausulen om kjøpsplikt er utformet slik som nå i ovennevnte avtale, vil tilsynet ikke vurdere denne nærmere i henhold til krrl. § 3-10.

TINE og Kavli oppgir at leveranseavtalen fremdeles gjelder, men at kun mindre kvantum kjøpes under denne. Ifølge TINE avtar Kavli såpass lavt kvantum (ca [...]¹⁴ tonn) at de ikke lenger kvalifiserer til årsvolumrabatt under leveranseavtalen.

Kavli kjøper nå hoveddelen av sitt behov for hvitost fra sitt datterselskap Q-meieriene, som har inngått en avtale med TINE om leieproduksjon av hvitost. TINE produserer hvitosten basert på melkeråvare hovedsakelig levert av Q-meieriene, og Q-meieriene videreselger den ferdigproduserte hvitosten til Kavli. Avtalen trådte i kraft 1. januar 2003. Avtalen gjelder på ubestemt tid, men kan sies opp av hver av partene med [...]¹⁵ måneders skriftlig varsel. Ifølge TINE er selskapene i dialog om mulig utvidelse av leieproduksjonsvolumet. Etter avtalen skal produktene omsettes i dagligvare-, storhusholdnings- og industrimarkedet. Både TINE og Q-meieriene opplyser at Q-meieriene står fritt til å selge hvitosten til andre enn Kavli dersom det er ønskelig.

6.3 TINEs leveringsforhold til TINE Meieriet Øst Tretten

TINE Meieriet Øst Tretten, som bruker hvitost i sin smelteostproduksjon, er en del av TINE-konsernet. TINE opplyser at det ikke er inngått noen skriftlig avtale med Meieriet Øst Tretten om levering av hvitost, men viser til fremlagte fakturauskifter som

¹⁰ Opplysninger unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

¹¹ Opplysninger unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

¹² Opplysninger unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

¹³ Opplysninger unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

¹⁴ Opplysninger unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

¹⁵ Opplysninger unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

eksempler på at meieriet kjøper ost etter identiske salgsbetingelser som de øvrige kundene som kvalifiserer til rabatt innenfor årsvolumrabattskalaen.

Tilsynet finner i foreliggende tilfelle ikke grunnlag for å gripe inn mot TINEs bruk av årsvolumrabatter overfor TINE Meieriet Øst Tretten på grunn av TINEs eiermessige kontroll over meieriselskapet.

7. Konkurransetilsynets saksbehandling

7.1 Spørsmålet om Orkla og Kavli har partsstatus

TINE hevder i brev av 5. juni 2003 at Orkla og Kavli er parter i saken om inngrep overfor TINEs bruk av lojalitetsrabatter ved salg av hvitost til industrikunder. Orkla har også selv påberopt seg partsstatus i saken.

Konkurransetilsynet har hittil ikke ansett Orkla og Kavli som parter i saken. På bakgrunn av TINEs og Orklas anførsler har Konkurransetilsynet imidlertid valgt å foreta en ny vurdering av partsspørsmålet.

Ifølge forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e er en part i saken en ”person som en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder”. Vedtaket i foreliggende sak er rettet mot TINE. Spørsmålet er så om inngrepsvedtaket kan sies å gjelde Orkla og Kavli direkte slik at også disse har partsstatus i saken.

En naturlig tolkning av uttrykket ”direkte gjelder” er at den som berøres indirekte, gjennom at han står i et rettslig eller faktisk forhold til en som får sin rettsstilling direkte berørt, som utgangspunkt ikke vil ha partsstatus.¹⁶ Det er forutsatt i forarbeidene¹⁷ og teorien¹⁸ at partsbegrepet skal tolkes snevert. Sett i sammenheng med forvaltningsloven § 28 som gir klagerett til ”part eller annen med rettslig klageinteresse”, kan det slutes at personkretsen en sak direkte gjelder normalt vil være snevrere enn personkretsen som har rettslig klageinteresse.

Vedtaket i denne saken retter seg mot TINEs markedsatferd som følge av at bedriften er en dominerende aktør. Vedtaket er ikke rettet mot TINEs kunder, og disse er heller ikke ansvarlige for eventuelle overtredelser av Konkurransetilsynets vedtak. TINE hevder at vedtaket vil få konsekvenser for Orklas og Kavlis nåværende og fremtidige avtaler om kjøp av hvitost fra TINE, ved at bortfallet av årsvolumrabatten kan få betydning for disse aktørenes konkurransedyktighet på deres sluttprodukter. Konkurransetilsynet ser at vedtaket vil kunne få visse konsekvenser for innholdet i kundenes avtaler med TINE. Formålet med Konkurransetilsynets inngrep er imidlertid å fremme konkurransen i markedet ved å fjerne etableringshindringer, og legge til rette for at konkurrenter kan etablere seg og opptre i markedet. Vedtaket vil ikke nødvendigvis bety at kundene blir dårligere stilt i konkurransen på sine sluttprodukter, enten ved at TINE endrer prisstrukturen ved for eksempel å senke bruttoprisene slik at de økonomiske virkningene for TINEs kunder blir mindre enn det bortfallet av årsvolumrabattene isolert utgjør, eller ved at økt konkurranse fører til lavere priser. Konkurransetilsynet finner på denne

¹⁶ Se Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 2. utgave 2002 side 370.

¹⁷ Innstilling fra forvaltningskomiteen (1958) side 155.

¹⁸ Se Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 2. utgave 2002 side 369.

bakgrunn at en mulig påvirkning av kundenes konkurransedyktighet i sluttbrukermarkedet er en avledet konsekvens, som ikke er tilstrekkelig til at inngrepsvedtaket kan sies å gjelde TINEs kunder direkte.

Orkla og Kavli er derfor etter Konkurransetilsynets oppfatning ikke å anse som parter i saken i henhold til forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e.

Ettersom vedtaket rettet mot TINE får avledede konsekvenser for et identifiserbart og begrenset antall av TINEs kunder, har Konkurransetilsynet sendt varsel om vedtak i saken også til Orkla og Kavli. Både Orkla og Kavli har benyttet seg av muligheten til å uttale seg. Videre har Konkurransetilsynet gitt Orkla innsyn i sakens dokumenter. Orkla og Kavli vil videre bli underrettet om og få begrunnelsen for vedtaket. At Konkurransetilsynet etter en rettslig vurdering ikke anser Orkla og Kavli som parter i saken vil derfor få begrenset betydning i forhold til deres faktiske situasjon.

7.2 Forholdet til Konkurransetilsynets tidligere uttalelser

Konkurransetilsynet ble i 1996 forelagt avtalen mellom Norske Meierier (i dag TINE BA) og Orkla av 27. september 1996 vedrørende leveranse av hvitost for produksjon i Norge av pizza og beslektede produkter for salg til EU. I brev av 11. oktober 1996 uttalte Konkurransetilsynet at avtalen ikke var egnet til å begrense konkurransen slik at det gav grunnlag for inngrep etter konkurranseloven § 3-10. I vurderingen la Konkurransetilsynet spesielt vekt på at avtalen ikke synes å innholde føringer for hvilken prispolitikk Norske Meierier skulle føre overfor andre norske pizzaprodusenter.

TINE hevder at Konkurransetilsynet i ettertid ikke kan treffe vedtak som griper inn overfor avtalens bestemmelser om leverings- og kjøpsplikt. Orkla viser i sitt brev av 16. juni 2003 til at de savner en vurdering av om Konkurransetilsynet er bundet av sin avgjørelse fra 1996, slik at Konkurransetilsynet ikke har kompetanse til å gripe inn mot avtalen nå.

Spørsmålet er om uttalelsen i brevet av 11. oktober 1996 innebærer at Konkurransetilsynets inngrepsvedtak ikke kan omfatte ovennevnte avtale i avtaleperioden frem til 1. januar 2005. Som nevnt i punkt 6.1 og 12.2 finner tilsynet det foreløpig ikke aktuelt med inngrep mot kjøpspliktsklausulen i avtalen. Dette skyldes at tilsynet mener at Orklas kjøpsplikt for 11 prosent av sitt totale kjøp av hvitost fra TINE over denne avtalen ikke har nevneverdige konkurransemessige virkninger. Det er for øvrig å bemerke at TINEs årsvolumrabatter ikke ble forelagt tilsynet for vurdering i 1996.

Konkurransetilsynet vil likevel presisere at dersom endrede vilkår i avtalen eller endrede markedesforhold gjør at avtalen likevel virker konkurransebegrensende, er uttalelsen i brev av 11. oktober 1996 ikke bindende for tilsynets inngrepskompetanse. Uttalelsen i brevet av 11. oktober 1996 gikk ut på at vilkårene for inngrep i konkurranseloven § 3-10 på det tidspunktet avtalene ble forelagt Konkurransetilsynet, ikke var oppfylt. Uttalelsen må forstås som en veiledning til partene. Uttalelsen kan ikke forstås som en forhåndsbinding om ikke å foreta inngrep. Konkurransetilsynet står fritt til å foreta inngrep, blant annet dersom endrede forhold fører til at vilkårene for inngrep er tilstede.

Orkla hevder at avtalens forhistorie og tidligere klarering av avtalen fra Konkurransetilsynet tilsier at terskelen for å gripe inn mot avtalen må være betydelig høyere enn normalt. Som nevnt ovenfor setter Konkurransetilsynets uttalelser om lovtolkning i brevet av 11. oktober 1996 ingen begrensning i Konkurransetilsynets inngrepskompetanse. Konkurransetilsynets uttalelse kan heller ikke forstås som en begrensning i vurderingen av om Konkurransetilsynet skal benytte seg av sin inngrepskompetanse dersom vilkårene for dette er tilstede.

8. Forholdet til konkurranseloven § 3-10

Med hjemmel i krrl. § 3-10 første ledd kan Konkurransetilsynet ved enkeltvedtak eller forskrift gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger dersom tilsynet finner at disse har til formål, virkning eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med formålet i lovens § 1-1. Lovens formål er å sørge for effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for virksom konkurranse. Ifølge krrl. § 3-10 annet ledd kan tilsynet blant annet gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som kan a) opprettholde eller styrke en dominerende stilling i et marked ved hjelp av konkurransehemmende metoder, eller b) begrense kunders valg, fordyre produksjon, distribusjon eller omsetning, stenge konkurrenter ute eller nekte forretningsforbindelse eller medlemskap i sammenslutninger.

TINEs årsvolumrabatter er å anse som en form for vilkår som Konkurransetilsynet kan gripe inn mot i medhold av krrl. § 3-10 dersom de har som formål, virkning eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med formålet om effektiv ressursbruk.

En forutsetning for at en aktør skal kunne opptre konkurransebegrensende er normalt at den har markedsrett. En aktør som har markedsrett kjennetegnes ved i merkbar grad å kunne opptre uavhengig av sine kunder og konkurrenter, blant annet ved at denne kan foreta en ikke ubetydelig prisøkning uten at dette får merkbar innvirkning på etterspørsel og markedsandeler.

9. Markedsavgrensning

For å vurdere de konkurransemessige virkningene av årsvolumrabattene som TINE gir til industrikundene, tar Konkurransetilsynet utgangspunkt i de markeder som berøres av rabattene.

9.1 Det relevante produktmarked

Det relevante produktmarked inkluderer de varer og/eller tjenester etterspørerne anser som substituerbare med hensyn til dekning av et bestemt behov. Med substituerbarhet menes i hvilken utstrekning etterspørerne kan erstatte ulike produktvarianter med hverandre for å tilfredsstille det samme underliggende behov. Dette vil særlig avhenge av produktenes egenskaper, bruksområde og priser.

Leveransene fra TINE og Synnøve Finden til industrikunder gjelder hovedsakelig ”modnet hvitost”, hvorav TINE leverer gaudaost (Norvegia), emmentahler-/sveitserost (Jarlsberg), mozzarella og cheddar, og Synnøve Finden leverer ost av typen gauda.

Industrikundene benytter i utgangspunktet hvitost av samme kvalitet som selges til dagligvaremarkedet, men noen kunder, spesielt smelteostprodusenter, kan benytte hvitost

av dårligere kvalitet i produksjon av ferdigvarer, såkalt industri- eller smelteostkvalitet. Slik kvalitet kan for eksempel innebære forringet smak, lukt og/eller konsistens.

Tilsynet er således kjent med at det finnes en rekke forskjellige typer modnet hvitost med ulike egenskaper, smak og kvalitet. Sett fra etterspørerne, i dette tilfellet industrikundene, er disse ikke nødvendigvis perfekte substitutter i alle anvendelser. Hvitost av ulike typer og kvalitet er således differensierte produkter.

Avgrensningen er ikke avgjørende for utfallet i saken, da TINE har en dominerende posisjon uansett hvordan markedet for hvitost avgrenses. Det er heller ikke hensiktsmessig å dele markedet for hvitost i mange separate markeder, av den grunn at årsvolumrabattene ytes for kundenes samlede kjøp av både ulike typer og kvaliteter av hvitost på tvers av de anførte markedssegmentene.

Vi avgrenser det relevante produktmarked i denne saken til salg av hvitost til industrimarkedet.

9.2 Geografisk avgrensning av produktmarkedet

Normalt er transportkostnader den faktoren som har størst betydning for den geografiske avgrensningen av markedet. Høye transportkostnader i forhold til verdien på produktet tilsier gjerne et mindre geografisk marked, mens lave transportkostnader tilsier et større geografisk marked. Handelspolitiske tiltak som toll på importerte varer kan også bestemme den geografiske utstrekningen.

På grunn av høye tollsats er importen av hvitost til Norge svært begrenset. Ifølge tolltariffen er de generelle tollsatsene kr 24 – 27 per kilo. I tillegg er det åpnet for tollfri import innenfor kvoter på til sammen 4000 tonn per år. Hovedtyngden av de tollfrie kvotene er per i dag gitt til TINE og dagligvaregrossistene. 300 tonn av kvotene på 4000 tonn fordeles til import av ost til bearbeiding i industrien, men kvoteandelen skal benyttes til Mozzarella og ostepulver.¹⁹ I 2002 og 2003 var den totale importen av hvitost henholdsvis 4284 og 5162 tonn.²⁰ I 2002 var den tollfrie kvoten 2560 tonn. Økningen i den tollfrie kvoten fikk derfor den totale importen til å øke, mens import utenom de tollfrie kvotene forble omtrent uendret fra 2002 til 2003. Dette tyder på at import med toll ikke er et reelt alternativ for industrikundene, og indikerer at markedet for hvitost ikke er større enn Norge. Spørsmålet er derfor om markedet er nasjonalt, regionalt eller lokalt.

Et naturlig utgangspunkt er at det normalt vil gi lavest transportkostnader å kjøpe produkter fra den osteleverandøren som befinner seg nærmest kunden. TINE er representert med produksjonsanlegg for hvitost i hele landet, mens Synnøve Findens produksjonsanlegg ligger i Alvdal. Ifølge dokumentet "Salgsbetingelser ved direkte salg til industrikunder fra TINE BA" vil hele vognlasten til en adresse leveres til kundens lager uten at transportkostnader belastes kunden. Dette tyder på at ulike transportkostnader som følge av ulike avstander mellom TINE og kundene er av underordnet betydning ved kjøp av hvitost fra TINE. Synnøve Finden leverer hvitost til avtalt pris inkludert transportkostnader. Ifølge Synnøve Finden er transportkostnadene lave i forhold til varens verdi, i alle fall når det gjelder distribusjon av hvitost innen Sør-

¹⁹ Forskrift av 20. juni 2003 nr. 907 om fordeling av tollkvoter for landbruksvarer.

²⁰ Kilde: Statistisk Sentralbyrå.

Norge. Transportkostnadene øker noe ved distribusjon av hvitost til kunder i Nord-Norge, men er fremdeles en relativt lav andel av varens verdi. Det kan tyde på at Synnøve Finden kan være et alternativ til TINE for kunder i Nord-Norge.

Vi legger derfor til grunn at den geografiske utstrekning av markedet for salg av hvitost til industrikunder er Norge.

10. Markedsandeler og konsentrasjon

På grunnlag av opplysninger som tilsynet har innhentet om TINE og Synnøve Findens totale salgsvolum i 2002 og 2003 i markedet for leveranser av hvitost til industrikunder i Norge, er deres beregnede markedsandeler²¹ som vist i tabellen nedenfor:

Hvitost-leverandører	2002		2003	
	Tonn	Markedsandel (%)	Tonn	Markedsandel (%)
TINE	[...]	80-90	[...]	80-90
Kavli/ Q-meieriene	-	-	[...]	10-20
Synnøve Finden	[...]	0-10	[...]	0-10
Sum	[...]	100	[...]²²	100

Ved beregningen av markedsandeler tar vi hensyn til at TINE er en vertikalt integrert aktør som også leverer hvitost til sin egen foredlingsindustri. Vi har derfor inkludert salgstallet til TINE Meieriet Øst Tretten i TINEs markedsandeler.

Synnøve leverte [...]²³ og [...]²⁴ tonn hvitost til industrimarkedet i henholdsvis 2002 og 2003, fordelt på 9 kjøpere. Synnøve Finden leverte ikke hvitost til Kavli i 2003.

Som nevnt foran under punkt 6.2 dekker Kavli nå hoveddelen av sitt behov for hvitost ved kjøp fra datterselskapet Q-meieriene. TINE og Q-meieriene har antydnet at leieproduksjonsvolumet skal økes til hele Kavlis behov for hvitost. TINEs og Q-meierienes markedsandeler i 2004 vil således avhenge av hvordan Kavli fordeler sitt kjøp av hvitost mellom TINE og Q-meieriene. Det er ikke avgjørende for tilsynets vurdering av saken hvorvidt markedsandelene tilordnet leieproduksjonen skal tillegges TINE eller Kavli/Q-meieriene.

Markedet for leveranser av hvitost til industrikunder er altså svært konsentrert, hvor TINE har en dominerende stilling.

²¹ Eksakte opplysninger om markedsandeler er i utgangspunktet unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, men Konkurransetilsynet anser at intervallsatser som oppgitt her, ikke er å regne for forretningshemmeligheter.

²² Opplysningene i klammer i tabellen er unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

²³ Opplysningene i klammer er unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

²⁴ Opplysningene i klammer er unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

11. Konkurransemessig vurdering

11.1 Markedsmakt

TINEs høye markedsandel indikerer at TINE har en dominerende markedsposisjon som gjør selskapet i stand til å utøve markedsrett, men er ikke alene avgjørende. Hvorvidt TINE er i stand til å utøve markedsrett avhenger blant annet av hvor virksom konkurransen mellom de etablerte aktørene er (aktuell konkurranse) og om det foreligger etableringshindringer for eventuelle nye aktører (potensiell konkurranse).

11.1.1 Konkurransen fra eksisterende konkurrenter

Per i dag er Synnøve Finden industrikundenes eneste reelle alternativ til TINE som leverandør av hvitost. Fordelingen av markedsandeler mellom TINE og Synnøve Finden, der TINE dertil selger til de største kundene og Synnøve Finden i hovedsak til de minste, viser at Synnøve Finden inntil nå ikke har vært et spesielt aktuelt alternativ for de største industrikundene.

Sett fra kundens side kan det være aktuelt med ulike former for leieproduksjonsavtaler, jf leieproduksjonsavtalen mellom TINE og Q-meieriene. Det er imidlertid usikkert i hvilken utstrekning slik leieproduksjon kan føre til mer fungerende konkurranse i hvitostmarkedet.

TINE mener at det må tillegges vekt at Synnøve Finden har lyktes i å etablere seg som en effektiv konkurrent til TINE i markedet i den perioden rabattsystemet har fungert. Etter tilsynets oppfatning gjør ikke Synnøve Findens markedsandel på 0-10²⁵ prosent i 2003 selskapet til en effektiv konkurrent, og dette indikerer at det er vanskelig å få fotfeste i markedet.

Konkurransen fra Synnøve Finden og eksistensen av Kavli/Q-meierienes leieproduksjonsavtale med TINE har i så måte en svært begrenset disiplinerende effekt på TINEs markedsadferd, herunder TINEs prissetting. Den reelle konkurransen i markedet er altså svak.

11.1.2 Importmuligheter – potensiell konkurranse

Orkla hevder at import begrenser TINEs muligheter til å utøve markedsrett, og viser til visse ordninger i tollregelverket som åpner for import av ost til nedsatte tollsatser som et alternativ til kjøp fra TINE. Den ene ordningen gir virksomheter adgang til tollfri import av landbruksvarer som skal gjenutføres/benyttes i produksjon av eksportvarer (såkalt innenlands bearbeiding).²⁶ Dette medfører potensiell importkonkurranse kun for den delen av industrikundenes behov for hvitost som benyttes i produksjon av eksportvarer, dvs at 6 – 7 prosent av markedet for salg av hvitost til industrikunder i Norge er utsatt for importkonkurranse. Norske virksomheter har også mulighet til å sende norske eller tidligere fortollede varer (f.eks. melkeråvare) til utlandet for bearbeiding (såkalt utenlands bearbeiding). Ved import av den bearbeidede varen (hvitost) påløper 8 prosent toll samt merverdiavgift av bearbeidingskostnadene og fraktkostnadene tur/retur.²⁷ En

²⁵ Eksakte opplysninger om markedsandeler er i utgangspunktet unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, men Konkurransetilsynet anser at intervallsatser som oppgitt her, ikke er å regne for forretningshemmeligheter.

²⁶ Forskrift av 20. januar 1999 om bearbeiding av ufortollede landbruksvarer.

²⁷ Tolltariffens innledende bestemmelser § 17

effektiv utnyttelse av ordningen forutsetter i de fleste tilfeller at produksjonen er innvilget innenlandsk bearbeiding i mottakerlandet, slik at varer ikke blir tollbelagt der.²⁸

Ifølge de opplysningene tilsynet har mottatt fra Kavli, er det ikke lønnsomt å importere hvitost, heller ikke til reduserte tollsatser. Det skyldes både høye tollsatser og økte kostnader ved transport og logistikk. Det er også tilsynets oppfatning at importordningene ikke er spesielt hensiktsmessige eller representerer gode alternativ til kjøp fra TINE eller Synnøve Finden. Importordningene med nedsatte tollsatser er således bare aktuelt for en liten del av industrikundenes behov. Det skal også bemerkes at importvernet for jordbruksvarer er et sentralt virkemiddel for å sikre fortsatt landbruksproduksjon og produksjon av næringsmidler i Norge. Rammebetingelsene, herunder importvernet, er utformet med henblikk på dette. Den lave importen utenom de tollfrie importkvotene tyder også på at import ikke er et reelt alternativ for industrikundene i Norge.

11.1.3 Etablering av ny osteproduksjon i Norge - potensiell konkurranse

Konkurransetilsynet har i tidligere saker lagt til grunn at de eksisterende konkurrentenes muligheter til å øke produksjonen og nye aktørers etableringsmuligheter i meierisektoren er begrensede.²⁹ Dette skyldes spesielt historiske forhold som knytter melkeprodusentene til TINE, samt importvernet, kvoteordningen og forsyningspliktbestemmelsene, som begrenser etablerte og nye aktørers tilgang til melkeråvare. Flere av vilkårene som Konkurransetilsynet satte for å tillate fusjonen i TINE-samvirket går ut på å lette etableringsforholdene, blant annet ved å øke tilgangen på melkeråvare for nye og etablerte aktører.³⁰ Den nye markedsordningen for melk, som trådte i kraft 1. januar 2004, inneholder også endringer som kan lette etableringsforholdene.³¹ Tiltakene kan på sikt gjøre det lettere for nye aktører å etablere seg i hvitostmarkedet og lettere for Synnøve Finden å øke sin produksjon.

Tilsynet mener likevel at tiltakene ikke endrer etableringsmulighetene tilstrekkelig på kort og mellomlang sikt. Etablering av meieranlegg krever store investeringer, og gjør at det kan ta tid å få nye meieranlegg i drift. Det kan videre være vanskelig, både for nye og eksisterende aktører, å få innpass hos kunder (storkunder og forbrukere) i dette markedet hvor TINE allerede har konkurransefortrinn i form av blant annet sterke merkevarer, lojale kunder, godt utbygd distribusjonsapparat og leveranseavtaler med viktige kunder.

TINE har også ledig produksjonskapasitet og bedre mulighet enn sine konkurrenter til å dekke økt etterspørsel fra industrikunder i Norge. Dette kan avskrekke nyetablering og utvidelse av produksjonskapasitet hos etablerte aktører.

Det skal også bemerkes at årsvolumrabattene i seg selv fungerer som et betydelig etableringshinder i industriostmarkedet, ved at store deler av markedet blir skjermet fra konkurranse fra andre leverandører (se punkt 10.2, og 10.3). Årsvolumrabattene bidrar

²⁸ Tollvesenet (2001): Tollnedsettelse i forbindelse med innenlands og utenlands bearbeiding av landbruksvarer.

²⁹ Se vedtak V2002-88 (TINE), punkt 4.

³⁰ Se vedtak V2002-88 (TINE), punkt 6.

³¹ Forskrift av 5. desember 2003 om markedsregulators forsyningsplikt for innenfor melkesektoren.

således til å opprettholde TINEs dominerende posisjon og markedsrett, og er samtidig gjenstand for inngrep i denne saken.

Konkurransetilsynet legger til grunn at det fortsatt vil være vanskelig for eventuelle nye aktører å etablere seg i dette markedet, og at den potensielle konkurransen er svak.

11.1.4 Kjøperrett

Ikke minst Orkla, men også Kavli indirekte gjennom leieproduksjonsavtalen, avtar såpass store volum at de kan ha en viss kjøperrett overfor TINE. TINEs posisjon i industrimarkedet kan i så måte avhenge spesielt av Orklas valg av leverandør. Synnøve Finden, Q-meieriene eller nye leverandører kan på sikt være alternative leverandører til TINE dersom de oppfyller kravene som kundene stiller og foretar en del investeringer. Storkundene kan også investere i egen hvitostproduksjon, og eventuelt flytte deler av eller hele produksjonen til utlandet. Trusler om dette kan disiplinere TINEs prissetting. Som nevnt ovenfor er imidlertid etablering i meierimarkedet generelt sett vanskelig. Eventuell trussel om bruk av alternativ leveringskilde vil således kunne ha begrenset effekt på grunn av usikkerhet eller utfordringer knyttet til skifte av leverandør eller etablering av ny osteproduksjon, eller på grunn av tiden det vil ta før en annen leverandør vil være klar for konkurransedyktige leveranser.

Selv om storkundene er relative store avsetningskilder for TINEs hvitostproduksjon, er TINE likevel ikke avhengig av å selge sine produkter til nettopp disse, ettersom salg av industriost utgjør bare en liten andel av TINEs totale produksjon, og TINE kan omfordele melkeråvare fra industriostproduksjon til andre produksjonsområder. Et annet forhold som styrker TINEs posisjon i forhold til kundene er TINEs brede produktspekter, som gjør TINE til en mer attraktiv leverandør enn Synnøve Finden og eventuelle nye leverandører. Dette kan gi TINE en sterk stilling overfor kundene.

Orkla anfører videre at siden selskapet avtar en så vidt stor andel av TINEs salg til industrikunder, vil en prisøkning på hvitost føre til redusert salg av Orklas sluttprodukter, som igjen vil føre til redusert salg av hvitost. Ifølge Orkla hindrer dette TINE i å øke prisene på hvitost overfor Orkla. Etter tilsynets mening er sammenhengen mellom prisen på hvitost og sluttproduktene atskillig mer kompleks og medfører usikkerhet om hvorvidt høyere hvitostpriser vil slå ut i høyere pris på sluttproduktene og redusert salg.

Det er mer sannsynlig at å bytte til en annen leverandør enn TINE har en sterkere disiplinerende effekt på TINEs prissetting enn trusselen om at prisene på sluttproduktet kan øke. Gitt de svake etableringsmulighetene i markedet, er også trusselen om å bytte leverandør mindre virkningsfull. Orkla må påregnes å ha mer kjøperrett enn mindre industrikunder, men både Orklas og andre kunders kjøperrett overfor TINE er trolig begrenset.

11.1.5 Konklusjon om markedsrett

I dag er Synnøve Finden den eneste reelle alternative leverandøren til TINE av hvitost til industrimarkedet. Konkurransen i markedet må sies å være svært begrenset, og foreløpig er det lite utsikt til konkurranse fra nye aktører. Industrikundene er således langt på vei avhengige av TINE. Selv om etableringsbarrierene på sikt reduseres, medfører TINEs sterke posisjon sammen med årsvolumrabattene at TINE har betydelige

konkurransefortrinn i industrimarkedet. Etter dette finner Konkurransetilsynet det klart at TINE har markedsrett i markedet for leveranser av hvitost til industrikunder.

11.2 Innelåsende virkninger av årsvolumrabattene

Enkelte rabattordninger kan ha lojalitetsfremmende virkninger ved at de gjør det lønnsomt for kundene og gir kundene insentiv til å konsentrere kjøpet sitt hos den leverandøren som gir lojalitetsrabatter. Lojalitetsrabatter virker således innelåsende på kundens kjøp. Følgen av dette kan være at andre aktører hindres eller begrenses i å konkurrere i markedet, for eksempel i form av at det blir vanskeligere for nye aktører å etablere seg og for etablerte aktører å vokse tilstrekkelig til å kunne bli reelle konkurrenter.

TINEs årsvolumrabatter er kumulative volumrabatter. Kumulative volumrabatter gis vanligvis for kundens totale kjøp i løpet av en gitt periode, som i dette tilfellet er ett år. TINEs årsvolumrabatter er utformet slik at rabattsatsen øker trinnvis ettersom kundens totale kjøp øker. Det høyeste oppnådde rabattrinnet gjelder dermed for hele det innkjøpte kvantumet i løpet av et år. Dersom kunden oppnår et høyere trinn i rabattskalaen som følge av ytterligere høyere kjøp, får han med andre ord en høyere prosentrabatt for hele det kjøpte volumet i perioden.

Rabattfordelene som følger av slike kumulative volumrabatter gir kundene insentiv til å konsentrere sine kjøp hos én leverandør, og virker således lojalitetsskapende. Den underliggende ”mekanismen” som gjør konsentrasjon av kjøpet lønnsomt, er de rabattfordelene som kundene taper ved et eventuelt skifte til en annen leverandør, eller ved oppsplitting av innkjøpet på flere leverandører. Tapet av rabattfordeler må regnes som en kostnad, og betegnes gjerne som skiftekostnader. Oppbyggingen av TINEs årsvolumrabatter gjør det således ulønnsomt å bytte leverandør eller å splitte opp kjøpene mellom ulike leverandører, og er egnet til å låse hele eller en betydelig del av kundens etterspørsel til TINE. Når TINE benytter kumulative volumrabatter må andre leverandører kompensere kundene for tapet av rabattfordeler for at et leverandørbytte skal være aktuelt.

Et annet element som gir årsvolumrabattene en konsentrerende virkning på kjøpene, er at rabattene kun gis fra og med 800 tonn, som i dette markedet er et betydelig volum. Det er stor forskjell mellom de rabattberettigede og de øvrige kundenes årlige behov for hvitost. Årsvolumrabattene kan således virke som konsentrasjonsbonuser for de største og viktigste kundene i markedet – de må kjøpe minst 800 tonn fra TINE for å oppnå rabatt.

11.3 Årsvolumrabattenes konkurransebegrensende virkninger

TINEs rabattavtaler virker innelåsende på de rabattberettigede kundenes etterspørsel. TINEs kunder Orkla, TINE Meieriet Øst Tretten og Kavli står for 92 prosent av den samlede etterspørselen i industriostmarkedet. I vurderingen av de konkurransebegrensende virkningene er det lagt vekt på at TINE gjennom sitt eierskap til TINE Meieriet Øst Tretten kan styre leverandørvalget for denne virksomheten. Kavli mottar ikke lenger årsvolumrabatter, men må likevel regnes som en vanskelig tilgjengelig avsetningsmulighet for andre leverandører på grunn av Kavli-konsernets leveranse- og leieproduksjonsavtale med TINE. Orkla står imidlertid for over halvparten av den samlede etterspørselen i industriostmarkedet, men har gjennom årsvolumrabattene

insentiv til å konsentrere kjøpet fra TINE. Avsetningsmulighetene for Synnøve Finden og eventuelle nye aktører er derfor begrensede. Det tilsier som utgangspunkt at det er vanskelig for nye aktører å etablere seg eller for eksisterende konkurrenter å utvide sin virksomhet.

For at andre leverandører skal være konkurransedyktige med TINE må de gi betingelser som kompenserer kundene for tapet av årsvolumrabatten ved å bytte leverandør. Et alternativ er å gi tilbud på kun deler av kundens totale kjøp fra TINE, slik TINE foreslår i sine merknader. Å konkurrere om kun en del av kundens behov innebærer imidlertid å kompensere for bortfallet av en del av den totale rabatten som kunden får fra TINE, hvilket betyr at den nye leverandøren må kompensere kunden for et uforholdsmessig større beløp enn den rabatten TINE gir for samme volum. Gitt at TINE benytter lojalitetsrabatter, er det derfor mest aktuelt for TINEs konkurrenter å tilby totalleverandøravtaler og lignende rabattsystem selv.

Produksjonsøkning i den størrelsesorden som er nødvendig for å bli totalleverandør vil for Synnøve Finden og andre aktører gjerne kreve investeringer i økt produksjonskapasitet. Som nevnt begrenser blant annet tilgangen på melkeråvare mulighetene til både nyetablering og vekst i eksisterende produksjon. På sikt er det imidlertid grunn til å tro at disse etableringshindrene vil reduseres, slik at andre aktører kan etablere seg eller øke produksjonen. Produksjonsøkninger med sikte på totalleverandøravtaler i dette markedet betinger trolig at kundene er villige til å inngå kjøpskontrakter før leverandøren foretar nødvendige investeringer og øker produksjonen. Sannsynligheten for å få sikre kontrakter før en slik produksjonsøkning er foretatt må imidlertid anses som liten.

Bruk av TINEs årsvolumrabatter gjør det vanskelig for nye og eksisterende aktører å få ”fotfeste” i markedet. Det vil være lettere for små aktører å utvide produksjonen dersom de får mulighet til å vokse gradvis. Dette kan la seg gjøre dersom årsvolumrabattene forbyr, slik at det blir rasjonelt for etterspørerne å splitte opp kjøpene mellom ulike leverandører.

Tilsynet er derfor av den oppfatning at TINEs bruk av årsvolumrabattene begrenser konkurransen i markedet for leveranser av hvitost til industrikunder.

11.4 Virkninger på samfunnsøkonomisk effektivitet

11.4.1 Samfunnsøkonomisk effektivitetstap

Selv om de store industrikundene i dag har fordeler av rabattsystemet isolert sett, er rabattsystemet samtidig til hinder for mer effektiv konkurranse. Markedet for leveranser av hvitost til industrikunder er sterkt konsentrert, med de følger det kan ha for ressursutnyttelsen i sektoren. Konkurranse mellom flere aktører gir normalt lavere priser, økt kostnadseffektivitet og økte insentiver til å utvikle nye og bedre produkter og produksjonsmetoder. Etter Konkurransetilsynets vurdering begrenser TINEs årsvolumrabatter konkurransen i markedet. Ved bortfall av årsvolumrabatter vil kundene få økt valgfrihet med hensyn til å splitte opp sine innkjøp, eller til å eventuelt velge en annen totalleverandør enn TINE. Det vil lette etableringsmulighetene for nye aktører og samtidig gjøre det enklere for Synnøve Finden å få innpass hos kundene. På sikt vil dette

kunne gi økt konkurranse på pris, kvalitet, leveringssikkerhet mv. Dette vil også komme industrikundene til gode.

Konkurransetilsynet mener derfor at TINEs årsvolumrabatter er egnet til å hindre en mer fungerende konkurranse i industriostmarkedet på sikt og således medfører et samfunnsøkonomisk effektivitetstap i sektoren.

11.4.2 Samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster

TINE har framholdt at årsvolumrabattene gir kundene andel i kostnadsbesparelsen som håndtering og forutberegnelighet i avsetningen av store volum tilsier. Rabattene er også basert på den besparelsen TINE har ved å kunne ha sikker avsetning for varer av neddømt kvalitet, hvilket betyr rasjonelt kundeforhold og enkel logistikk.

Ved siden av årsvolumrabatter gir TINE også kvantumsrabatter per levering/ordre etter en nærmere definert skala, der rabattsatsene øker jo større den enkelte leveranse er. Ifølge TINE er dette en logistikkrabatt som gir kostnadsbesparelser ved å tilskynde kundene til å gjøre få og store uttak fremfor mange små.

Tilsynet kan ikke se at håndtering og forutberegnelighet knyttet til avsetning av volum utover den enkelte ordre/leveranse, i slik størrelsesorden som årsvolumrabattene er knyttet til, i særlig grad gir effektivitetsgevinster i form av kostnadsbesparelser, og i alle fall ikke i slik grad at årsvolumrabattene kan anses for å gjenspeile dette. Tilsynet kan imidlertid se at det kan være kostnadsgevinster forbundet med at kunden foretar få og store transaksjoner framfor mange små. Rabatter som ikke er knyttet til det totale innkjøpte volumet i en periode, men til den enkelte ordre/leveranse, vil normalt ikke ha konkurranseskadelige virkninger. Etter tilsynets vurdering vil TINEs logistikkrabatter, slik de er utformet, langt på vei gi kundene del i besparelsen forbundet med håndtering og forutberegnelighet i avsetning av store volum. Vedtaket om inngrep er således ikke til hinder for at TINE kan gi rabatter som kun er avhengig av størrelsen på den enkelte ordre/leveranse.

Orkla mener at et forbud mot årsvolumrabattene vil gi Orkla dårligere rammevilkår, som i beste fall vil gi seg utslag i at fremtidige tilleggsinvesteringer blir lagt til EU og ikke til Norge. Dette vil redusere sysselsettingen i industri- og primærnæringen. Orkla kan derfor ikke se at et inngrep som svekker Orklas konkurransekraft vil gi en effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser.

Ifølge konkurranseloven § 1-1 er lovens formål å sørge for effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for virksom konkurranse. Det innebærer at det skal noe til for at andre hensyn, som for eksempel hensynet til sysselsettingen i Norge, skal kunne anses som relevant i tilsynets vurdering, og for at slike skal kunne anses å oppveie skadevirkningene som begrensningen av konkurransen innebærer. Når det gjelder slike avveieringer, må det ses hen til at disse først og fremst må foretas på departementsnivå. Tilsynet har vurdert de hensyn Orkla har framholdt og kommet til at disse ikke kan anses for å oppveie skadevirkningene av konkurransebegrensningen.

11.4.3 Konklusjon samfunnsøkonomisk effektivitet

Tilsynets samlede vurdering er at årsvolumrabattene ikke realiserer samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster som oppveier det samfunnsøkonomiske tapet forbundet med årsvolumrabattenes konkurransebegrensende virkninger.

12. Konklusjon og valg av inngrepsform

12.1 Lojalitetsrabatter

På bakgrunn av vurderingene ovenfor finner Konkurransetilsynet at TINEs årsvolumrabatter er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser, slik at lovens vilkår for inngrep etter krrl. § 3-10 foreligger.

Etter krrl. § 3-10 fjerde ledd første punktum kan vedtak om inngrep gå ut på å nedlegge forbud eller å gi påbud, samt å gi tillatelse på vilkår.

På bakgrunn av ovennevnte vil Konkurransetilsynet forby TINEs lojalitetsskapende årsvolumrabatter og tilsvarende lojalitetsskapende ordninger i avtaler mellom TINE og industrikunder vedrørende salg av hvitost. Med tilsvarende lojalitetsskapende ordninger menes alle former for pris-, rabatt- og bonusordninger som premierer lojalitet ved at disse er avhengig av kundens kjøpsvolum fra leverandøren.

Forbudet er ikke til hinder for at TINE kan gi rabatter som ikke går lenger enn eventuelle dokumenterbare effektivitetsgevinster. Som det fremgår under punkt 12.2 nedenfor, vil tilsynet imidlertid følge nøye med på i hvilken grad eventuelle avtaler om kjøp av større volum innebærer at markedet skjermes for konkurranse fra eksisterende og potensielle konkurrenter.

Formålet med et inngrep mot årsvolumrabattene og tilsvarende lojalitetsskapende ordninger er å fremme konkurransen i markedet ved å fjerne etableringshindringer og legge til rette for at effektive konkurrenter kan operere i markedet. Orkla og Kavli frykter at bortfall av årsvolumrabatter vil føre til økte priser og dermed økte kostnader. Tilsynet understreker at et inngrep som utgangspunkt ikke forhindrer TINE fra å sette ned prisen som kunden betaler, for eksempel ved å gi en høyere flat rabattsats på alle enheter.

Det forventes likevel at det vil ta tid å reforhandle avtalevilkårene eller eventuelt å skifte til alternative leveringskilder. Forbudet mot årsvolumrabattene og lignende lojalitetsrabatter trer derfor i kraft først 6 måneder etter vedtakstidspunktet.

12.2 Meldeplikt

I Konkurransetilsynets varsel av 9. mai 2003 vurderte tilsynet å nedlegge delvis forbud mot kjøpspliktsbestemmelser og lignende lojalitetsklausuler som kan begrense leverandørvalget i bestemte perioder. På bakgrunn av nye opplysninger som tilsynet har fått etter varselet, finner tilsynet at det foreløpig ikke er aktuelt med inngrep mot foreliggende kjøpspliktsbestemmelser.

På bakgrunn av TINEs tidligere praksis med kjøpspliktsbestemmelser er tilsynet likevel bekymret for at konkurranseskadelige kjøpspliktsbestemmelser inntas i framtidige avtaler.

Kjøpspliktsbestemmelser har betydning for hvor stor del av markedet som blir skjermet for konkurranse fra eksisterende og potensielle leverandører, og kan derfor være etableringshindre. Ved bruk av kjøpspliktsbestemmelser eller eksklusive avtaler kan TINE oppnå tilsvarende eller sterkere innelåsende virkninger enn ved bruk av årsvolumrabattene.

På bakgrunn av ovennevnte innfører tilsynet meldeplikt for TINE for avtaler som regulerer leveranser av hvitost til uavhengige industrikunder og om endringer i slike avtaler. I henhold til konkurranseloven § 6-1 plikter enhver å gi konkurransemyndighetene de opplysninger disse myndigheter krever for å kunne utføre sine gjøremål etter loven. Formålet med meldeplikt er å gi Konkurransetilsynet kjennskap til avtalene mellom TINE og industrikundene, slik at tilsynet eventuelt kan vurdere om det er aktuelt med inngrep etter krrl. § 3-10.

13. Vedtak om inngrep og meldeplikt

Konkurransetilsynet har funnet at TINEs årsvolumrabatter er egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål om effektiv ressursbruk. Etter tilsynets oppfatning går vedtaket nedenfor ikke lenger enn det som er nødvendig for å begrense de innelåsende virkningene av TINEs lojalitetsfremmende rabattsystem, og det ulovfestede kravet til forholdsmessighet er således oppfylt. På bakgrunn av ovennevnte, og med hjemmel i konkurranseloven § 3-10, treffer Konkurransetilsynet følgende vedtak:

TINE BA og de fem TINE meieriene forbys å gi industrikunder kumulative volumrabatter eller tilsvarende lojalitetsskapende ordninger ved kjøp av hvitost.

Allerede inngåtte avtaler og eksisterende rabattsystem må endres i samsvar med dette. Denne plikten til endring inntreer først fra og med 6 måneder etter vedtaksdato.

I henhold til konkurranseloven § 6-1 fattes følgende vedtak om meldeplikt:

TINE BA pålegges meldeplikt til Konkurransetilsynet om egne og datterselskapers avtaler med industrikunder om leveranser av hvitost og om endringer i slike avtaler. Skriftlig melding til Konkurransetilsynet skal gis senest innen én måned etter at avtale er inngått eller endring er foretatt. Denne plikten trer i kraft straks.

Vedtaket gjelder til 27. februar 2009.

For ordens skyld gjør vi oppmerksom på at vedtaket kan påklages innen tre uker. En eventuell klage kan stiles til Arbeids- og administrasjonsdepartementet, men sendes Konkurransetilsynet. For øvrig vises til vedlagte skjema "Melding om rett til å klage over forvaltningsvedtak".