

TINE BA
v/ Hanne Refsholt
Postboks 25
0051 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2005/58 - 230
MAB HSTO 410.1

Saksbeh.:

Dato: 19.02.2007

■ **Vedtak V2007-2 - TINE BA – overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, jf. §§ 10 og 11 – konkurransebegrensende eksklusiv leveringsavtale**

Det vises til Konkurransetilsynets varsel om overtredelsesgebyr av 19. september 2005 (heretter varselet), TINE BAs tilsvarende til varselet i brev av 21. november 2005 (heretter tilsvarende til varselet) samt øvrig korrespondanse og kontakt i saken.

Etter en vurdering av alle de foreliggende opplysningene i saken har Konkurransetilsynet kommet til at TINE BA (heretter TINE) på en utilbørlig måte har utnyttet sin dominerende stilling i strid med konkurranseloven § 11 i forbindelse med årsforhandlingene med Rema 1000 Norge AS (heretter Rema) i 2004.

Tidlig i forhandlingene i 2004 ytret Rema ønske om økt leverandørkonsentrasjon blant annet innen ost, men uttrykte overfor TINE at dette ville koste. TINE responderte fortløpende på utspillene fra Rema ved blant annet å øke ytelsene til Rema gjennom forhandlingene. Årsforhandlingene kuliminerte ved at partene den 20. september 2004 ble enige om de økonomiske rammene for 2005 og 2006 og at TINE ble eksklusiv leverandør av fast hvitost og brunost hos Rema ved at Synnøve Finden ble fjernet fra Remas sortiment i januar 2005.

Den ulovlige handlingen består i at TINE gjennom sin opptreden under årsforhandlingene oppnådde eneleverandørposisjon eller tilnærmet eneleverandørposisjon for fast hvitost og brunost

¹ Opplysninger er unntatt offentlighet i medhold av offentlighetsloven av 19. juni 1970 nr. 69 § 5a første ledd, jf. forvaltningsloven av 10. februar 1967 § 13 første ledd nr. 1 og 2. Opplysningene erstattes med skarpe klammer []. I klammene vil det bli angitt hvor mange ord/linjer/avsnitt som er unntatt fra offentlighet.



hos Rema. Etter Konkurransetilsynets vurdering forelå det en avtale eller felles forståelse mellom TINE og Rema om at TINE skulle være eneleverandør eller tilnærmet eneleverandør av fast hvitost og brunost hos Rema. Eneleverandørposisjonen ble oppnådd etter at TINE foretok en betydelig økning av økonomiske ytelser til Rema. Etter tilsynets vurdering er TINEs opptreden under årsforhandlingene med Rema også i strid med konkurranseloven § 10.

TINEs hovedanførsel mot det varslede vedtak synes å være at Rema på selvstendig grunnlag og uavhengig av resultatet av årsforhandlingene med TINE, besluttet å fjerne Synnøve Finden fra sitt sortiment. TINE avviser at det forelå en avtale eller felles forståelse om at TINE skulle være eneleverandør på ost til Rema. Som det vil fremkomme av vedtaket er Konkurransetilsynet og TINE således grunnleggende uenige om hendelsesforløpet høsten 2004 og hvordan TINEs atferd må vurderes.

Etter tilsynets vurdering har TINE videre på en utilbørlig måte utnyttet sin dominerende stilling i strid med konkurranseloven § 11 ved å forsøke å inngå en eneleverandøravtale med ICA Norge AS (heretter ICA) for Rimi-kjeden. Overtredelsen består i at TINE høsten 2004 tilbød ICA betaling for at ICA skulle erstatte Synnøve Findens osteprodukter med produkter fra TINE.

Konkurransetilsynet har i medhold av konkurranseloven § 29 besluttet å ilegge TINE et overtredelsesgebyr på 45 millioner kroner.

1 Sakens bakgrunn

1.1 Berørte foretak

TINE BA

TINE BA er morselskapet i samvirkekonsernet TINE Gruppen (heretter konsernet), og eies av 17 850 melkeprodusenter. Konsernet har 5 350 ansatte, 52 meierianlegg og seks produksjonsanlegg i annen virksomhet. Ifølge årsrapporten for 2005 hadde konsernet i 2004 og 2005 en omsetning på henholdsvis på 14,1 og 14,7 milliarder kroner, og et driftsresultat på henholdsvis 276 og 435 millioner kroner. TINE-konsernet er Norges største næringsmiddelaktør og den største aktøren i meierisektoren.²

TINE utfører virksomhet på alle ledd i verdikjeden for meieriprodukter – fra kjøp og innsamling av melkeråvare til produksjon og salg av ferdige produkter. Med basis i norsk melkeråvare driver konsernet foredling og omsetning av melk og har et bredt spekter av meieriprodukter. TINE har over 40 registrerte varemerker innen meieriprodukter og juice, herunder kjente merkevarenavn som Tine Melk, Norvegia, Jarlsberg, Diplom-Is, Meierienes Juice med flere. TINE mottar årlig 1,5 milliarder liter melkeråvare, hvorav cirka 90 prosent foredles i egen industri til totalt 1000 ulike varelinjer. De fire daglivaregrupperingene er TINEs største kunder og utgjør samlet ca 80 prosent av omsetningen. 51 prosent av salget til dagligvarehandelen distribueres direkte fra TINEs meierianlegg til hver enkelt butikk. TINE har fem regionale meieriselskaper, flere hel- og deleide datterselskaper samt tilknyttede selskaper innen annen

² Prospekt TINE BA av 24. august 2005, utarbeidet i forbindelse med låneopptak i obligasjonsmarkedet



næringsmiddelvirksomhet, blant annet Fellesjuice AS, Diplom-Is AS, OsteCompagniet AS, Maritex AS, Small People AS, Fjordland AS, Landteknikk AS med flere.

TINE inngår hver høst individuelle leverandør- og samarbeidsavtaler med de enkelte dagligvaregrupperinger som normalt gjelder for ett år. I årsforhandlingene fastsettes de nærmere betingelsene for samarbeidet mellom TINE som leverandør og dagligvaregrupperingene som kunde, blant annet pris- og leveringsbetingelser, sortiment, distribusjonsform, markedsføringsaktiviteter med mer. Rabatter og markedsføringsytelser inngår som en del av forhandlingene.

Synnøve Finden ASA

Synnøve Finden ASA (heretter Synnøve Finden) er et næringsmiddelkonsern med virksomhet innen meieriproduksjon, ferdige måltidsløsninger (Nordic Lunch AB), kylling og egg og annen handelsvirksomhet.³ Selskapet har virksomhet i Norge, Sverige og Estland. I Norge har Synnøve Finden syv produksjonsanlegg fordelt på tre meierianlegg i Alvdal, Enebakk og Namsos i tillegg til fire påsmurtanlegg.

Synnøve Finden hadde i 2004 og 2005 en samlet omsetning på henholdsvis 693 og 1251,4 millioner kroner og et driftsresultat på henholdsvis 4,2 og 0,7 millioner kroner. Salg av meieriprodukter som hvitost, brunost, smør og margarin utgjorde henholdsvis 521 og 681 millioner kroner i 2004 og 2005. Ifølge selskapets årsrapport for 2005 foreligger det planer om etablering av konsummelkproduksjon i Namsos meieri. Selskapets produkter omsettes gjennom dagligvarehandelen, storhusholdningsbedrifter og industri.

Synnøve Finden baserer sin produksjon av hvitost og andre meierivarer på leveranser av melkeråvare fra TINE. TINE har i stor grad kontroll over tilgangen på melkeråvare i Norge gjennom blant annet eierforhold og kvoteordningen. For å legge til rette for konkurranse i meierisektoren, har landbruksmyndighetene pålagt TINE en forsyningsplikt for melkeråvare til andre meierier, og på tilsvarende betingelser som til egen industri.⁴ I 2005 måtte Synnøve Finden leieprodusere ost i TINEs anlegg på grunn av leveringsproblemer som følge av økt etterspørsel. Selskapet har nå utvidet sin kapasitet til osteproduksjon slik at etterspørselen dekkes gjennom produksjon i egne anlegg.

Rema 1000 Norge AS

Rema 1000 Norge AS er eid av Reitangruppen. Reitangruppen opererer som grossist, distributør og detaljist innen dagligvarer og servicehandel (kiosk og bensinstasjon). Reitangruppen har også eierinteresser i enkelte leverandører av dagligvarer blant annet Grans Bryggeri AS og Bama Gruppen AS. Virksomheten omfatter Rema i Norge, Danmark og Sverige, samt Narvesen, 7-Eleven, Pressbyrån og YX innen servicehandel.⁵

Rema er et lavpriskonsept og utelukkende basert på franchising som organisasjonsform. Franchising er et nært samarbeid mellom to selvstendige virksomheter – franchisegiver og franchisetaker, hvor franchisegiveren har utviklet standarder for etablering og drift av lokale

³ Nordic Lunch AB ble solgt til Bama Gruppen AS i januar 2007

⁴ Forskrift av 5.12.2003 nr 1602 om markedsregulators forsyningsplikt innenfor melkesektoren

⁵ Hvem er hvem i nordisk dagligvarehandel, Utgave 2 – 2006.



virksomheter (butikker) under felles navn. Gjennom Rema 1000-konseptet er franchisetagerne ved de enkelte utsalgsstedene forpliktet til å følge Reitangruppens bestemmelser om sortiment, prissetting, markedsføring, butikkutforming med mer.

Rema har 398 butikker i Norge og hadde en netto omsetning på henholdsvis 17,6 og 18 milliarder kroner i 2004 og 2005. Rema hadde i 2004 og 2005 en markedsandel på henholdsvis 17,5 og 17,3 prosent i dagligvaremarkedet.⁶

ICA Norge AS

ICA Detalj AS er et datterselskap av ICA Norge AS. ICA eier og driver kjedekonseptene Rimi, ICA Maxi, ICA Supermarked og ICA Nær. Rimi er ICAs lavpriskonsept med smalt sortiment; ICA Super har et noe bredere vareutvalg og ICA Maxi er konseptet innen store supermarkeder med et bredt utvalg. ICA Nær er selskapets nærbutikkonsept. Utsalgsstedene er dels eid og drevet som filialbutikker av ICA Norge, og dels drevet på franchisekontrakter.

Samtlige av ICAs kjedeprofiler er knyttet til et integrert system for innkjøp, sortiment, vareforsyning, administrasjon og markedsføring. ICA Distribusjon er kjedenes grossist. Forhandlinger med leverandører blir gjennomført av sentralledet, både på vegne av egne og uavhengige kjeder. Utsalgspriser og sortiment blir fastsatt av hver kjede i samarbeid med ICA sentralt.

Samlet solgte ICAs 1028 butikker varer for ca. 22,5 milliarder kroner i 2004. I 2005 var antall butikker sunket til 882 med en samlet omsetning på 21,2 milliarder. Rimi-kjedens andel av omsetningen utgjorde omtrent 69 og 45 prosent i 2004 og 2005.⁷ ICA hadde i 2004 og 2005 en markedsandel på henholdsvis 22,4 og 20,2 prosent i dagligvaremarkedet.⁸

NorgesGruppen ASA

NorgesGruppen ASA (heretter NorgesGruppen) eier profilhusene Meny/Ultra, Kiwi og Kjøpmannshuset. Under profilhuset Meny/Ultra inngår supermarkeds- og stormarkedskjedene Meny, Meny Champion, Centra og Ultra, som alle fører et bredt vareutvalg. Kiwi er NorgesGruppens lavpriskonsept. Under profilhuset Kjøpmannshuset inngår små og mellomstore lokale supermarkeder som Spar og Eurospar, nærbutikkonseptene Joker, Nærmat, Nærbutikken og Lønne samt en del uprofilerte butikker. NorgesGruppen har i tillegg et samarbeid med et antall såkalte assosierte kjeder. Den største av disse kjedene er Bunnpris.

NorgesGruppen forhandler selv med leverandører på vegne av alle profilhusene og de assosierte kjedene. I forkant av forhandlingene legger NorgesGruppen i samarbeid med kjedene planer om ønsket sortiment i de ulike profilene. Endelig sortiment bestemmes sentralt i NorgesGruppen. Noenlunde samme fremgangsmåte finner sted for de assosierte kjedene.

Kjedene fastsetter selv sine utsalgspriser innenfor rammene av sitt konsept. De assosierte kjedene bestemmer selv utsalgspriser, markedsaktiviteter og egne strategiske valg.

⁶ Kilde ACNielsen.

⁷ Årsrapport for 2005

⁸ Kilde ACNielsen og Hvem er hvem i nordisk dagligvarehandel: Utgave 2 - 2006.



NorgesGruppen omfattet henholdsvis 1855 og 1898 dagligvarebutikker ved utgangen av 2004 og 2005.⁹ Netto omsetning for disse butikkene i 2004 og 2005 var henholdsvis 35 og 38,5 milliarder kroner. NorgesGruppen hadde i 2004 og 2005 en markedsandel på henholdsvis 34,8 og 36,7 prosent i dagligvaremarkedet.¹⁰

1.2 Konkurransetilsynets saksbehandling

Konkurransetilsynet igangsatte undersøkelser av TINE da tilsynet ble gjort kjent med at dagligvarekjeden Rema ikke lenger ville føre Synnøve Findens osteprodukter, og at selskapet ikke hadde fått fornyet leverandøravtalen med Rema for 2005. Synnøve Finden sendte ut en pressemelding vedrørende dette den 14. desember 2004.

Den 15. desember 2004 var Konkurransetilsynet med hjemmel i konkurranseloven § 24 på informasjonsinnhenting hos Rema, ICA, NorgesGruppen og Coop Norge AS (heretter Coop). Det ble tatt forklaringsopptak av to sentrale personer i Rema.

Den 16. og 17. desember 2004 var Konkurransetilsynet med hjemmel i konkurranseloven § 24 på informasjonsinnhenting hos TINE. Det ble tatt forklaringsopptak av sentrale personer i TINE i dagene frem til 22. desember 2004.

I januar og februar 2005 oppsøkte Konkurransetilsynet på ny de fire dagligvarekjedene. Det ble i denne forbindelse tatt forklaringsopptak hos alle kjedene. Konkurransetilsynet innhentet også informasjon med hjemmel i konkurranseloven § 24 hos TINEs konkurrent Synnøve Finden den 2. februar 2005. Også her ble det tatt forklaringsopptak.

Konkurransetilsynet foretok informasjonsinnhenting med hjemmel i konkurranseloven § 24 hos TINEs datterselskaper TINE Meieriet Øst BA og TINE Meieriet Vest BA den 7. februar 2005. Etter denne kontrollen så tilsynet det som nødvendig å fortsette etterforskningen med hjemmel i konkurranseloven § 25 om bevissikring. Oslo tingrett ga sin beslutning om bevissikring den 15. februar 2005.

Den 15. og 16. februar 2005 var Konkurransetilsynet på bevissikring i privatboligene til [tittel] [navn], [tittel] [navn] og [tittel] [navn] i TINE. Videre foretok tilsynet bevissikringer ved TINEs hovedkontor den 16. februar 2005 og hos Rema den 17. februar 2005. Det siste forklaringsopptaket i saken ble gjennomført hos TINE den 18. mars 2005.

Til sammen har Konkurransetilsynet gjennomført 53 forklaringsopptak i saken. 27 av forklaringsopptakene er tatt av ansatte og tidligere ansatte i TINE. Videre er det tatt 17 forklaringsopptak av personer i Rema, tre personer i ICA, to personer i NorgesGruppen, en person i Coop og tre i Synnøve Finden.

TINE begjærte i brev av 31. mars 2005 innsyn i sakens dokumenter med hjemmel i konkurranseloven § 27. Det ble vist til at innsyn ikke lenger ville være til skade for Konkurransetilsynets etterforskning av saken. I brev av 15. april 2005 til TINE ga tilsynet delvis avslag på innsyn.

⁹ Dagligvarefasiten for 2005

¹⁰ Kilde ACNielsen



Tilsynet anførte at innsynsretten gjaldt sakens dokumenter og at det på det aktuelle tidspunkt kun var en begrenset mengde av de beslaglagte dokumentene som var gjennomgått og definert som saksdokumenter. Av hensyn til etterforskningen ble det videre gitt delvis avslag på innsyn i de dokumenter som på det angjeldende tidspunkt var definert som sakens dokumenter. I tillegg ble forretningshemmeligheter unntatt fra innsyn med hjemmel i forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Ved begjæring av 18. mai 2005 til Oslo tingrett ba TINE om at retten avgjorde spørsmålet om innsyn, jf. konkurranseloven § 27 tredje ledd. I Oslo tingretts kjennelse av 1. juli 2005 ble tilsynet pålagt å gi TINE adgang til Konkurransetilsynets forklaringsopptak av andre enn ansatte i TINE. Begjæring om innsyn ble avslått for den del av det elektroniske beslag foretatt hos Rema som ikke var definert som sakens dokumenter. Det ble ikke gitt innsyn i forretningshemmeligheter jf. forvaltningsloven § 19.

Den 19. september 2005 ble TINE varslet om at Konkurransetilsynet vurderte å ilegge selskapet et overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 på inntil kroner 45 millioner for brudd på konkurranseloven §§ 10 og 11. TINE ble gitt frist til 31. oktober 2005 med å gi merknader til tilsynets vurderinger. Den 21. oktober 2005 ba TINE om utsettelse av fristen til den 21. november 2005. Dette ble innvilget av tilsynet og den 21. november 2005 mottok tilsynet TINEs tilsvarende svar til varselet.

Etter at TINE hadde inngitt tilsvarende svar til varselet, var det behov for å innhente ytterligere informasjon i saken. I brev av 6. februar 2006 ble TINE orientert om at Konkurransetilsynet ville innhente ytterligere informasjon fra Rema og ICA, og at tilsynet i den forbindelse ville anmode de to selskapene om å kommentere deler av varselet av 19. september 2005. Taushetsbelagte opplysninger, som forretningshemmeligheter, skulle ikke foreholdes selskapene. TINE motsatte seg i brev av 10. februar 2006 at varselet skulle legges frem for Rema og ICA. Konkurransetilsynet fastholdt at det var nødvendig å oversende deler av varselet til Rema og ICA i brev av 14. februar 2006 til TINE. Den 16. februar 2006 fremmet TINE begjæring om midlertidig forføyning for Oslo byfogdembete med krav om at Konkurransetilsynet skulle forbys å oversende varselet til Rema og ICA. TINE foreslo deretter i brev av 27. februar 2006 at utsendelse av varselet bare skulle omfatte de deler som gjaldt leverandørforhandlingene med de respektive kjedene. Tilsynet fastholdt at deler av varselet med unntak av forretningshemmeligheter ville bli oversendt. Det ble avholdt rettsmøte til behandling av saken 6. mars 2006. I Oslo byfogdembetes kjennelse av 22. mars 2006 fikk tilsynet medhold i sitt krav, men TINE påkjærte kjennelsen til Borgarting lagmannsrett den 6. april 2006. Den 19. juni 2006 stadfestet Borgarting lagmannsrett kjennelsen fra Oslo byfogdembete.

Konkurransetilsynet fikk medhold i at det hadde rett til å oversende varselet til Rema og ICA for kommentarer. Ovennevnte domstolsprosess medførte en forlengelse av tilsynets saksbehandling. Konkurransetilsynet oversendte først den 23. juni 2006 varselet til Rema og ICA for kommentarer.

Konkurransetilsynet fikk skriftlige kommentarer til varselet i brev av 17. juli 2006 fra ICA og i brev av 8. august 2006 fra Rema. Tilsynet fant det nødvendig å innhente ytterligere informasjon fra Synnøve Finden samt å avholde møter med både Rema og Synnøve Finden. Møtene ble avholdt i tilsynets lokaler 13. oktober 2006. Rema og Synnøve Finden ble også anmodet om å gi samtykke til at TINE kunne gis innsyn i forretningshemmeligheter i saksdokumenter, herunder



dokumenter knyttet til forhandlingene mellom Synnøve Finden og Rema. Både Rema og Synnøve Finden samtykket til at TINE ble gitt utvidet partsinnsyn, noe TINE fikk i e-post av 16. november 2006 og brev av 22. november 2006. TINE har imidlertid ikke fått innsyn i forretningshemmeligheter som Rema og Synnøve Finden anser som særlige sensitive for forretningsvirksomheten.

Konkurransetilsynet har etter mottak av TINEs tilsvare til varselet gjennomført flere undersøkelser og høringsrunder blant TINEs kunder i dagligvarehandelen og hos TINEs konkurrent Synnøve Finden, blant annet for å innhente deres vurderinger av avgrensningen av markedene for hvitost og brunost. Det fremgår av Synnøve Findens svarbrev av 1. mars 2006 at selskapet i den forbindelse har engasjert ECON Analyse for å få utarbeidet en analyse av hvitostmarkedets geografiske utstrekning (Notat 2006-021 – Markedet for faste oster).

Konkurransetilsynet har løpende mottatt nye merknader, notater og rapporter i saken fra TINE. Etter forespørsel fra TINE ble det avholdt et møte 15. mai 2006 mellom tilsynet og TINE for å gjennomgå de økonomiske analysene hovedsakelig knyttet til markedsavgrensningen. Ellers har tilsynet og TINEs advokater jevnlig hatt kontakt per e-post, telefon og brev i anledning saken. TINE har hatt løpende partsinnsyn i sakens dokumenter.

Ved utarbeidelsen av vedtaket har tilsynet vurdert alle opplysninger og kommentarer som tilsynet har innhentet og mottatt fra TINE, samt fra tredjeparter herunder dagligvaregrupperingene og Synnøve Finden.

2 TINEs anførsler med hensyn til Konkurransetilsynets saksbehandling

2.1 Konkurransetilsynets utredningsplikt

TINE anfører at det foreligger brudd på utredningsplikten etter forvaltningsloven § 17 når Rema ikke er blitt forelagt tilsynets saksfremstilling. TINE hevder at utredningsplikten ikke er oppfylt da opplysninger som tilsynet har bygget på, ikke har vært gjenstand for kontradiksjon i forhold til den opplysningen er innhentet hos. TINE fremholder derfor at Rema bør få innsyn i den del av saken som omhandler Remas forhold.

Konkurransetilsynet viser til at det ble foretatt hele 17 forklaringsopptak av sentrale personer i Rema og 3 forklaringsopptak av ansatte i Synnøve Finden i forbindelse med etterforskningen av saken. Rema og Synnøve Finden fikk mange og detaljerte spørsmål om leverandørforhandlingene 2004, blant annet forhandlingene mellom Rema og Synnøve Finden. Rema har hatt god anledning til eventuelt å korrigere tilsynets forståelse av leverandørforhandlingene underveis eller i forbindelse med forklaringsopptakene.

I tilsvare til varselet fremmet TINE imidlertid en rekke innvendinger mot tilsynets fremstilling av faktum i saken. TINE hadde andre forklaringer på mange av de bevis tilsynet la til grunn i varselet. Tilsynet fant det derfor på dette tidspunkt nødvendig å forelegge opplysninger i varselet for Rema og ICA. Varselet ble oversendt Rema og ICA den 23. juni 2006 for kommentarer. I tillegg ble det stilt konkrete spørsmål til de to kjedene. Tilsynet mottok som nevnt Rema og ICAs



kommentarer til tilsynets saksfremstilling henholdsvis den 8. august 2006 og 17. juli 2006, og tilsynet har vurdert og tatt hensyn til deres merknader i vedtaket.

Tilsynet har derfor på alle stadier i saken overholdt utredningsplikten etter forvaltningsloven § 17.

2.2 Partsinnsyn

TINE anfører at Konkurransetilsynet ikke kan bygge et vedtak på opplysninger som ikke har vært gjenstand for partsinnsyn og kontradiksjon. Det fremholdes at hvis tilsynet bygger et vedtak på opplysninger som burde vært gjenstand for partsmeroffentlighet, vil dette kunne utgjøre en saksbehandlingsfeil.

TINE viser til at det foreligger grunnlag for å vurdere partsmeroffentlighet hvor opplysningene er unntatt med hjemmel i forvaltningsloven § 19 bokstav b. Etter TINEs oppfatning kan det være nødvendig å formidle forretningshemmeligheter til parter i en sak for å oppfylle utredningsplikten etter forvaltningsloven § 17. TINE mener særlig å ha krav på innsyn i dokumentasjonen knyttet til forhandlingene mellom Rema og Synnøve Finden høsten 2004.

Det fremkommer av forvaltningsloven § 17 annet ledd at dersom forvaltningsorganet under saksforberedelsen mottar opplysninger om parten eller den virksomhet han driver og parten har rett til innsyn etter forvaltningsloven § 18 og § 19 skal opplysningene forelegges parten for uttalelse. Spørsmålet blir således om TINE har rett til innsyn i forretningshemmeligheter.

Det følger av forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b at en part ikke har krav på innsyn i forretningshemmeligheter. Av forarbeidene til forvaltningsloven, Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) s. 81 uttaler Justisdepartementet seg nærmere om taushetsretten for forretningshemmeligheter etter forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b og forholdet til forvaltningsloven § 17.

Justisdepartementet erkjenner at særlig i forholdet mellom næringsdrivende kan man ikke utelukke muligheten for misbruk av forretningshemmeligheter. Justisdepartementet uttaler videre at denne risiko må avveies mot de hensyn som generelt taler for dokumentoffentlighet og det vern mot utlevering av opplysninger som ligger i innledningen til forvaltningsloven § 19 annet ledd: Det er bare opplysninger av vesentlig betydning for en part som skal utleveres. Videre uttaler Justisdepartementet at vedkommende forvaltningsorgan i den enkelte sak må vurdere i hvilken utstrekning det i medhold av § 17 første ledd vil være grunn til å gjøre forretningsopplysninger kjent for andre parter.

Det er opp til tilsynets skjønn å avveie TINEs behov for opplysningene opp mot aktørenes behov for å holde forretningshemmelighetene skjult.

De opplysninger som er unntatt partsoffentlighet, er i hovedsak opplysninger som vil røpe salg- og markedsstrategier for både konkurrent og kunder. TINE har en konkurrent i markedene for hvitost og brunost, og det er få kunder i markedet. Risikoen for at sensitiv informasjon skal tilflyte andre aktører i markedet, er til stede. Selv om kunnskapen ikke misbrukes, vil kunnskapen i seg selv utgjøre et konkurransefortrinn for TINE ved senere leverandørforhandlinger. Dette kan skade konkurransen i markedet. Til slutt skal nevnes at hvis tilsynet gir parter i en sak innsyn i



svært sensitive forretningshemmeligheter, vil tillitsforholdet til tilsynet kunne bli skadelidende, og tilsynet vil kunne få problemer med innhenting av opplysninger i senere saker.

Ovennevnte hensyn er vurdert opp mot TINEs behov for opplysningene for å ivareta sine interesser i saken og sikre kontradiksjon, og tilsynet mener det ikke foreligger grunnlag for partsmeroffentlighet. Det bemerkes at de opplysningene som TINE ikke har fått innsyn i ikke er avgjørende for saken. Videre vil tilsynet peke på at TINE er kjent med de temaene som er omtalt i de taushetsbelagte opplysningene og TINE har således hatt anledning til å ivareta sine interesser i saken fortløpende.

For å komme TINE i møte anmodet imidlertid Konkurransetilsynet Rema og Synnøve Finden om å gi samtykke til at TINE som part gis innsyn i forretningshemmeligheter i forklaringsopptak og interne notater vedrørende årsforhandlingene i 2004. Aktørene har gitt samtykke til at TINE gis innsyn i deler av de taushetsbelagte opplysningene som vedtaket bygger på. På denne bakgrunn oversendte Konkurransetilsynet i e-post av 16. november 2006 og brev av 22. november 2006 til TINE dokumenter hvor forretningshemmeligheter delvis var frigitt.

På bakgrunn av at TINE ikke har krav på innsyn etter forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b og det ikke foreligger grunnlag for ytterligere parts offentlighet foreligger det ingen saksbehandlingsfeil.

3 Anvendelse av konkurranseloven

Konkurranseloven § 11 forbyr dominerende foretak utilbørlig å utnytte sin stilling. Bestemmelsen lyder i sin helhet:

Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt.

Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i

- a) å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår,*
- b) å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne,*
- c) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*
- d) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.*

Konkurranseloven § 10 forbyr enhver avtale og samordnet opptreden mellom foretak som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen. Bestemmelsen lyder i sin helhet:

Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt, særlig slike som består i



- a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,
- b) å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,
- c) å dele opp markeder eller forsyningskilder,
- d) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
- e) å gjøre inngåelse av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.

Avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til denne bestemmelse, skal ikke ha noen rettsvirkning.

Bestemmelsen i første ledd får ikke anvendelse på avtaler mellom foretak, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten

- a) å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller
- b) å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder.

Kongen kan ved forskrift fastsette regler for hva som skal gå inn under tredje ledd (gruppefritak). Konkurransetilsynet kan bestemme at et gruppefritak ikke skal være anvendelig overfor bestemte foretak i den utstrekning avtaler, beslutninger og samordnet opptreden har virkninger som ikke er forenlige med tredje ledd.

Konkurranseloven §§ 10 og 11 er utformet etter mønster av EF-traktaten artikkel 81 og 82 og EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Det understrekes i forarbeidene til konkurranseloven at rettspraksis om de tilsvarende forbudene i EF-traktaten artikkel 81 og 82 og EØS-avtalen artikkel 53 og 54 vil veie tungt som rettskilde ved den nærmere fastsettelsen av innholdet i konkurranseloven §§ 10 og 11.¹¹

Konkurranseloven § 11 første ledd oppstiller to vilkår som må være oppfylt for at forbudet skal være overtrådt. For det første må foretaket ha en ”dominerende stilling”, og for det andre må foretakets atferd innebære ”utilbørlig utnyttelse”. Det er ikke forbudt i seg selv å ha en dominerende stilling, men konkurranseloven § 11 setter visse grenser for hvordan dominerende foretak kan opptre i markedet. Et dominerende foretak har et særlig ansvar for å unngå at dets atferd begrenser konkurransen.¹²

¹¹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 68

¹² Sak 322/81 Michelin I mot Kommisjonen, premiss 57 og sak T-65/89 BPB Industries mot Kommisjonen, premiss 67



Som det vil fremgå av det følgende, er det Konkurransetilsynets vurdering at begge vilkårene i konkurranseloven § 11 er oppfylt i den foreliggende saken. Tilsynet er av den oppfatning at TINE har en dominerende stilling i det relevante markedet. Det foreligger en utilbørlig utnyttelse ved at det høsten 2004 ble inngått en avtale eller oppnådd en felles forståelse mellom TINE og Rema om eksklusiv kjøp av fast hvitost og brunost. Videre tilbød TINE betaling til ICA for å kun ha TINE som leverandør i Rimi-kjeden.

Konkurranseloven § 10 gjelder både konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak på samme omsetningstrinn (horisontalt samarbeid) og konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak på forskjellige omsetningstrinn (vertikalt samarbeid). Den foreliggende saken omhandler en vertikal avtale mellom en leverandør og en dagligvarekjede.

Som det vil fremgå av det følgende, er det Konkurransetilsynets vurdering at den avtale eller felles forståelse om eneleverandørposisjon for TINE hos Rema som forelå er en konkurransebegrensende avtale som rammes av konkurranseloven § 10 første ledd. Avtalen omfattes ikke av gruppefritaket for vertikale avtaler gitt i medhold av konkurranseloven § 10 fjerde ledd. Avtalen oppfyller heller ikke vilkårene for å falle inn under unntaksbestemmelsen i konkurranseloven § 10 tredje ledd.

En atferd som utgjør en utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling etter konkurranseloven § 11, kan også være i strid med forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i konkurranseloven § 10. Konkurransetilsynet har anledning til å anvende både konkurranseloven §§ 10 og 11 på samme forhold. For de tilsvarende bestemmelsene i EF-traktaten artikkel 81 eller 82 er det fastslått i EF-domstolens praksis at bestemmelsene kan anvendes samtidig når vilkårene er oppfylt.¹³

EØS-avtalens artikkel 53 og 54 får ikke anvendelse fordi fast hvitost og brunost faller utenfor EØS-avtalen. EØS-avtalens artikkel 8 nr. 3 a) og b) fastsetter hvilke type varer EØS-avtalen får anvendelse på. Av EØS-avtalens artikkel 8 nr. 3 følger:

- Med mindre annet er særskilt angitt, får bestemmelsene i denne avtale anvendelse bare for*
- a) varer som hører inn under kapittel 25 til 97 i det harmoniserte system for beskrivelse og koding av varer, med unntak av varer oppført i protokoll 2;*
 - b) varer oppført i protokoll 3 i samsvar med de særlige bestemmelser som er fastsatt i protokollen*

I henhold til EØS-avtalens artikkel 8 nr. 3 a) får EØS-avtalen anvendelse for varer som hører inn under kapittel 25 til 97 i varenomenklaturen utarbeidet av Det internasjonale tollsamarbeidsråd, tolltariffen. Tolltariffen er utformet i overensstemmelse med det harmoniserte system for beskrivelse og koding av varer. Animalske produkter som melk og meieriprodukter, herunder oster, er i tolltariffen plassert i kapittel 4. Produktene fast hvitost og brunost faller derfor ikke inn under EØS-avtalens artikkel 8 nr. 3 a).

¹³ Forenede saker C-395/96 P og C-396/96 P Compagnie maritime belge transports m.fl. mot Kommisjonen, premiss 33 og sak 85/76 Hoffmann- La Roche mot Kommisjonen, premiss 116



I henhold til EØS-avtalens artikkel 8 nr. 3 b) vil også varer oppført i protokoll 3 omfattes av EØS-avtalens artikkel 53 og 54. Protokoll 3 til EØS-avtalen omhandler handel med bearbejdede jordbruksprodukter. I henhold til produktlisten i protokoll 3 er jordbruksprodukter i ytterst begrenset grad berørt av EØS-avtalens konkurranseregler, og fast hvitost og brunost omfattes ikke av denne produktlisten.

Det følger av ovennevnte at EØS-avtalen artikkel 53 og 54 ikke får anvendelse på fast hvitost og brunost jf. EØS avtalen artikkel 8 nr. 3 a) og b).

4 Det relevante markedet

4.1 Innledning

For å kunne vurdere om TINEs atferd i forbindelse med årsforhandlingene med Rema og ICA i 2004 utgjør utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i strid med konkurranseloven § 11 og om atferden er i strid med konkurranseloven § 10, må tilsynet avgrense de relevante markeder som fast hvitost og brunost var en del av i perioden 2004 til 2006. Avgrensningen av det eller de relevante markeder i saken brukes som et verktøy for å kunne vurdere hvorvidt TINE har en dominerende markedsstilling, og for å vurdere de konkurranseskadelige virkningene av TINEs handlinger.

I avgrensningen av det relevante markedet vil Konkurransetilsynet hente veiledning i EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked, heretter EFTAs kunngjøring.¹⁴

Ved avgrensning av det relevante marked tas det utgangspunkt i kundenes mulighet til å foreta etterspørselssubstitusjon, jf. EFTAs kunngjøring punkt 13 og punkt 15-19. Generelt vil en kjøper ta beslutninger basert på egenskaper ved produktene og tilbyderens lokalisering. Det relevante markedet har derfor både en produktmessig og en geografisk dimensjon. Et relevant produktmarked omfatter de produkter som etter forbrukernes oppfatning er innbyrdes ombyttelige eller substituerbare ut fra egenskaper, pris og bruksområde, jf. EFTAs kunngjøring punkt 7. Et relevant geografisk marked omfatter et område der de berørte foretakene tilbyr og etterspør varer eller tjenester, der konkurransevilkårene er tilstrekkelig ensartet, og som kan holdes atskilt fra tilgrensende områder særlig fordi konkurransevilkårene der er merkbart forskjellige, jf. EFTAs kunngjøring punkt 8.

Ved avgrensningen av de relevante markeder kan det i enkelte tilfeller også legges vekt på tilbudssubstitusjon, jf. EFTAs kunngjøring punkt 14 og punkt 20-23. Det vil kunne være tilfellet hvor tilbydere som reaksjon på små og varige endringer i de relative prisene kan legge om produksjonen til de varene det gjelder, og markedsføre dem på kort sikt uten at det medfører betydelige tilleggskostnader eller risiko. Konkurransmessige begrensninger i handlefriheten som følge av tilbudssubstitusjon, unntatt av den art nevnt her, og som følge av potensiell konkurranse, er generelt mindre direkte og krever i alle tilfelle en annen analyse. Denne type konkurransebegrensninger vil bli vurdert i dominans- og konkurranseanalysen.

¹⁴ EØS-tillegget til De Europeiske Fellskaps Tidende nr. 28, 5. årgang, 16.7.1998

I EFTAs kunngjøring tas det utgangspunkt i den såkalte SSNIP-testen¹⁵ ved avgrensningen av det relevante markedet, jf. punkt 15 og 17. Anvendelsen av SSNIP-testen i denne saken innebærer en vurdering av om en hypotetisk monopolist bestående av alle tilbydere av henholdsvis hvitost og brunost i Norge, lønnsomt kan gjennomføre en liten (5-10 prosent), varig relativ prisøkning. Dersom en slik prisøkning er lønnsom, vil ikke andre produkter eller geografiske områder inkluderes i det relevante markedet. Dersom prisøkningen viser seg å bli ulønnsom ved at effekten av tapt omsetning overstiger merverdien av økt pris, vil det nærmeste alternative produktet eller kjøpsområdet bli inkludert i det relevante markedet. Denne testen vil bli gjentatt inntil man står igjen med et sett produkter og et geografisk område der en liten varig prisøkning vil være lønnsom.

For enkelte typer produkter vil substitusjonsmulighetene kunne være begrenset som følge av offentlige reguleringer. Som det fremgår nedenfor, er dette tilfellet i markedet for salg av hvitost og brunost, hvor man blant annet har et toll- og kvotebasert importvern.

I Konkurransetilsynets varsel av 19. september 2005 ble det lagt til grunn at de relevante markedene i saken var salg av henholdsvis fast hvitost og brunost til dagligvarehandelen i Norge. Konklusjonen var hovedsakelig basert på en kvalitativ vurdering av etterspørernes substitusjonsmuligheter ut fra egenskaper, pris og bruksområde. Denne markedsavgrensningen er i samsvar med både tilsynets og andre konkurransemyndigheters avgrensning i tidligere saker.

I 2000 vurderte både de danske og svenske konkurransemyndighetene fusjonen mellom det danske meierisamvirket MD Foods amba og det svenske meierisamvirket Arla e.k. Begge selskapene hadde i all hovedsak tilsvarende posisjon i sine hjemmemarkeder som TINE BA har i Norge. I sin avgjørelse av 24. januar 2000 delte de danske konkurransemyndigheter produksjon og salg av ost til dagligvarehandelen inn i tre ulike relevante nasjonale markeder – markedet for fast gul ost (hard og halvhard), markedet for spesialost (skimmel-, dessert- og smøreost samt revet ost) og til slutt markedet for fetaost.¹⁶ I samme sak avgrenset de svenske konkurransemyndigheter markedet til å være et nasjonalt ostemarked bestående av hard/halvhard ost, spesialost og smøreost. Det fremgår imidlertid av avgjørelsen at de svenske konkurransemyndighetene vurderte de ulike ostesorter til å konkurrere i et snevrere produktmarked, men at de ikke fant det nødvendig for behandling av saken å foreta en slik smalere markedsavgrensning. Markedene ble ansett for å være nasjonale, til tross for at det ikke er tollbarrierer eller andre regulatoriske hindringer i forbindelse med handel med ost mellom landene i EU. Fusjonen ble godkjent i begge landene blant annet basert på en vurdering av at både den faktiske og potensielle konkurransen mellom MD og Arla var svært begrenset, og at fusjonen derfor ikke førte til en vesentlig endring i konkurransesituasjonen i landene.

I 2002 vurderte Konkurransetilsynet fusjonen mellom TINE BA og de 10 regionale meieriselskapene i meierisamvirket, se tilsynets vedtak V2002-88 med vedlegg av 17. oktober 2002. I denne saken fant tilsynet at markedet for produksjon og salg av fast ost (hvitost og brunost) og dessertost til dagligvaremarkedet utgjorde to separate nasjonale markeder. Konklusjonen var

¹⁵ Small But Significant Non-transitory Increase in Prices

¹⁶ <http://www.ks.dk/publikationer/konkurrence/2000/fusion-md-arla/hovednotat-01>, <http://www.kkv.se/beslut/99-0918.htm>



blant annet basert på en vurdering av produktenes egenskaper og anvendelsesområde, samt sterkt importvern med begrensede tollfrie kvoter. Konkurransen ble vurdert til å være vesentlig begrenset i utgangspunktet, og tilsynet mente at TINEs allerede dominerende stilling ble styrket gjennom fusjonen. Tilsynet grep inn mot fusjonen ved å stille en rekke vilkår som TINE måtte oppfylle, herunder salg av to meierianlegg. Vedtaket, som gjelder til 17. oktober 2007, ble ikke påklaget. I melding om fusjonen til Konkurransetilsynet opplyste TINE følgende: *"I markedet for faste hvitoster har TINE en markedsandel i underkant av 80 %. (...) I markedet for brunost konkurrerer TINE med en markedsandel på ca 90 % med Synnøve Finden ASA"*.¹⁷ I denne saken hadde TINE ingen innsigelser til tilsynets markedsavgrensning og tilsynets vurdering av at konkurransen allerede var vesentlig begrenset før fusjonen, jf. brev fra Wiersholm til tilsynet av 8. oktober 2002.

I 2004 foretok Konkurransetilsynet inngrep med hjemmel i konkurranseloven av 1993 § 3-10 mot TINEs bruk av årsvolumrabatter og tilsvarende lojalitetsskapende ordninger ved salg av hvitost til industrikunder, jf. V2004-10 av 27. februar 2004. Samtidig ble TINE pålagt meldeplikt for nye og endrede leveringsavtaler med industrikunder. Vedtaket, som gjelder til 27. februar 2009, ble ikke påklaget. Konkurransetilsynet avgrenset det relevante marked i saken til å være salg av fast hvitost til industrikunder i Norge. TINE bestred denne markedsavgrensningen, jf. brev av 5. juni 2003 fra Kvale & Co, og hevdet at hvitost skulle deles inn i to separate markeder – ett for salg av hvitost til pizza og beslektede produkter og ett for salg av hvitost til smelteostproduksjon. Begrunnelsen var at ulike typer hvitost ikke var ombyttbare sett fra etter-spørreernes side. Vurderingstemaet i denne saken var altså om det burde avgrenses et snevrere produktmarked basert på en differensiering av hvitost etter ulike typer og kvaliteter. Det er for øvrig samme typer hvitost som selges til dagligvarehandelen og industrikunder.

Selv om tidligere saker samsvarer med tilsynets markedsavgrensning i varsel av 19. september 2005, må det likevel foretas en konkret vurdering av det relevante marked i hver enkelt sak. Dette følger av EF-domstolens praksis, der det er slått fast at Kommisjonens avgrensning av det relevante markedet i en sak ikke er bindende for markedsavgrensningen i senere saker.¹⁸

TINE anfører i sitt tilsvaret av 21. november 2005 at hvitost og brunost tilhører et bredere påleggsmarked som har en geografisk utstrekning som minst er nordisk, muligens europeisk. Anførselen er basert på en rapport fra konsultentselskapet Copenhagen Economics, som har utført analyser på oppdrag fra TINE i anledning saken.¹⁹ Rapporten som fulgte tilsvaret, ble senere revidert etter at tilsynet ba om grunnlagsmateriale til rapporten, jf. tilsynets henvendelse av 23. november 2005.²⁰ Videre fremgår det av TINEs brev til tilsynet av 2. august 2006 at TINE, etter møte med tilsynet 15. mai 2006, har gitt Copenhagen Economics i oppdrag å utføre utfyllende analyser til den geografiske markedsavgrensningen.²¹ TINE har ikke endret sin anførsel med hensyn til avgrensningen av det relevante marked i saken etter at de reviderte og nye analysene forelå, jf. TINEs brev til tilsynet av 8. februar 2006 og 2. august 2006.

¹⁷ TINEs brev (ved Wiersholm, Mellbye & Bech) av 25. april 2002 til Konkurransetilsynet

¹⁸ Sak T-125/97 Coca-Cola mot Kommisjonen, premiss 82

¹⁹ Vedlegg 1 til TINEs tilsvaret: "Markedsavgrensning – hvad er de relevante markeder for mælk og hvidost i Norge?"

²⁰ Revidert rapport fra Copenhagen Economics av januar 2006

²¹ Det relevante marked for norsk hvidost – Undersøgelse af efterspørgslen etter udenlandsk hvidost – 2. august 2006

4.2 Det relevante produktmarkedet

I det følgende vil tilsynet først avgrense markedet ut fra en vurdering av produktenes egenskaper og anvendelse, en undersøkelse blant kunder og konkurrenter og muligheten for tilbuds-substitusjon. Deretter følger en vurdering basert på SSNIP-testen.

Produktenes egenskaper og anvendelse

Faste hvitoster er modnede hvitoster med en hard konsistens. Eksempler på faste hvitoster er Norvegia, Jarlsberg, Synnøve Finden Gulost, Gouda, Sveitser, Nøkkel og Edamer.

Konkurransetilsynet finner det ikke nødvendig å skille mellom hvitoster som selges i blokker, oppskåret i skiver eller revet. Brunoster er mysoster laget av myse, geite- og/eller kumelk og fløte. Eksempler på brunoster er geitost, Gudbrandsdalsost, Misvær og prim. Det er heller ikke nødvendig å skille mellom brunoster som selges i blokker, oppskåret i skiver eller primost som selges i beger.

Forbrukerne vil trolig anse fast hvitost og brunost for å være delvis substituerbare med andre typer pålegg, som for eksempel kjøttpålegg og syltetøy. Det kan derfor i utgangspunktet tenkes at det er et eget marked for påleggsprodukter. Konkurransetilsynet legger imidlertid til grunn at forbrukerne i det daglige hushold normalt ønsker flere typer pålegg å velge mellom til frokost, lunsj og kveldsmat. Forbrukerundersøkelser gjennomført av TINE tyder på at flertallet av forbrukerne har minst to ostetyper i kjøleskapet til enhver tid. Mange har i tillegg også flere oste-typer i kjøleskapet, for eksempel smøreost, kremost à la Philadelphia, muggost, feta, parmesan.²² Dette skyldes både ønske om variert kosthold og smakspreferanser. I tillegg er særlig hvitost et mer anvendelig produkt enn mange andre påleggssorter. Hvitost kan brukes i mange typer mat, blant annet som ingrediens, smakshever og tilbehør til ulike matretter, salater, desserter og kaker.

Både hvit og brun ost inneholder dessuten viktige næringsstoffer for kroppen. I likhet med konsummilk inneholder hvitost kalsium. For mange forbrukere er derfor hvitost et godt alternativ til konsummilk for å dekke kalsiumbehovet. Enkelte brunoster inneholder jern, som er viktig for blodomløpet. Næringsinnholdet i hvitost og brunost gjør substitusjonsmulighetene til andre påleggstyper dårlige. På grunn av produktenes karakteristika er det etter tilsynets vurdering grunn til å tro at ost er vesentlig differensiert fra andre påleggstyper.

Egenskaper, smak og bruksområde taler for at hvitost og brunost inngår i et annet produktmarked enn andre påleggstyper. Betydelige smaksforskjeller, ulikheter i næringsinnhold (kalsium, jern og sukker) og i anvendelsesområder reduserer dessuten etterspørselssubstitusjonen mellom fast hvitost og brunost, noe som kan indikere at det er to separate markeder for disse produktene.

Dette er en konklusjon basert på skjønnsmessige vurderinger, og bør om mulig suppleres med kvantitative analyser av faktisk forbruksmønster. Dette har tilsynet gjort nedenfor.

²² Opinion, April 2005, "Skivet ost – drivere og barrierer. En kvalitativ undersøkelse gjennomført for TINE BA."

Undersøkelse blant kunder og konkurrenter

Konkurransetilsynet har undersøkt hvordan TINEs kunder innen dagligvarehandelen og selskapets konkurrenter vurderer substitusjonsmulighetene mellom fast hvitost, brunost og andre påleggssorter, jf. tilsynets brev av 11. januar 2006 til fem ulike dagligvaregrupperinger samt tilsynets brev av 27. januar 2006 til Synnøve Finden. Dagligvarekjedene ble bedt om å oppgi hvorvidt de ville erstatte deler av ostevolumet med innkjøp av andre påleggstyper enn hvitost og brunost dersom samtlige leverandører av hvitost og brunost i Norge foretok en liten, men varig relativ prisøkning (i størrelsesorden 5-10 prosent). Videre ble aktørene bedt om å oppgi i hvilken grad de anser at andre påleggstyper som kjøttpålegg, påleggssalater, syltetøy med mer inngår i de samme relevante produktmarkedene som fast hvitost og brunost. Synnøve Finden ble stilt lignende spørsmål sett fra en leverandørs ståsted, og ble i tillegg bedt om å oppgi hvilke aktører de anser for å være selskapets konkurrenter.

Ifølge de fire dagligvaregrupperingene ICA Norge, NorgesGruppen, Rema og Coop Norge vil fast hvitost og brunost ikke erstattes med andre påleggssorter ved en liten varig prisøkning. Dette begrunnes med at forbrukerne, etter kundenes vurdering, trolig ikke vil endre sitt forbruksmønster ved en slik prisøkning. Lidl, som etablerte seg i dagligvaremarkedet i Norge i 2004, antar at deres kunder i noe større grad vil velge andre påleggstyper enn ost dersom prisene på fast hvitost og brunost øker. Verken Coop Norge, ICA Norge eller NorgesGruppen vurderer andre påleggstyper som tilstrekkelig nære substitutter til faste hvitoster og brunoster når det gjelder å tilfredsstille forbrukernes behov. Fast hvitost og brunost utgjør etter deres oppfatning egne produktmarkeder der andre påleggstyper ikke inngår. Rema og Lidl svarer derimot at ost, kjøtt-pålegg, syltetøy med mer kategoriseres som pålegg som kan substituere hverandre.

Copenhagen Economics har også på bakgrunn av samtaler med nøkkelpersoner i TINE vurdert detaljhandelens oppfatning av substitusjonsmulighetene mellom de ulike ostetyperne og andre påleggssorter. Konsulentselskapet har funnet klare tegn på direkte konkurranse mellom forskjellige typer oster, men mindre klare tegn på at ost og andre typer pålegg anses som direkte konkurrenter til den samme plass i butikkene.²³

For øvrig viser TINEs og dagligvarekjedenes planogrammer og hyllemaler samt butikkenes utforming i praksis at hvitost og brunost er plassert i separate kjøledisker, atskilt fra andre påleggssorter. I butikker med en viss størrelse på sortimentet er det for dessert- og spesialoster også ofte en betjent ostedisk som er fylt med produkter som har mer utpreget smak, er av høyere kvalitet og som koster betydelig mer per kilo enn fast hvitost og brunost.

Synnøve Finden har besvart tilsynets spørsmål i brev av 1. mars 2006. Etter Synnøve Findens vurdering vil dagligvarekjedene ikke erstatte deler av ostevolumet med andre påleggssorter som følge av en liten, varig prisøkning. Det begrunnes med at en slik endring vil føre til tap av kunder til andre kjeder som tilbyr ost. Synnøve Finden mener andre påleggstyper ikke er substitutter til fast hvitost og brunost. Hvitost og brunost har en sentral plass i forbrukernes bevissthet og kjøleskap, samtidig som smak og andre egenskaper gjør at andre påleggsprodukter ikke inngår i samme relevante produktmarked. Synnøve Finden betrakter for øvrig TINE som den eneste konkurrent når det gjelder salg av hvitost og brunost.

²³ Revidert rapport fra Copenhagen Economics av januar 2006, kapittel 3.3

Ifølge TINEs egne rapporter og interne notater om markedsstrategier er det Synnøve Findens oster som TINEs Norvegia og øvrige osteprodukter måles opp mot hva gjelder markedsandeler, hylleplassering, priser med mer. Videre er TINEs markedsobservasjon, ifølge revidert rapport fra Copenhagen Economics side 39, fokusert på innhenting av informasjon om andre osteprodusenters priser, salgstall og strategier, men ikke andre påleggsprodusenters priser og strategier. [Tre linjer unntatt]. I tilsvaret begrunner TINE den begrensede markedsobservasjonen med kostnadene knyttet til slik overvåkning. Tilsynet anser det som trolig at den reelle årsaken til at markedsobservasjonen er fokusert på andre osteprodusenter, er den vesentlige betydning salg av fast hvitost har for TINEs virksomhet, og at TINE ikke anser leverandører av andre påleggstyper som direkte konkurrenter.

Tilbudssubstitusjon

Selv om substitusjonsmønstrene på etterspørselssiden ikke tyder på at forbrukerne anser ost som et nært substitutt til andre pålegg, kan det i utgangspunktet tenkes at trusselen om tilbudsside-substitusjon kan disiplinere prissettingen på fast hvitost og brunost nok til at andre pålegg tilhører det relevante markedet. Produsenter av andre typer pålegg kan imidlertid ikke produsere fast hvitost eller brunost uten betydelige og tidkrevende nyinvesteringer i meierianlegg og markedsføring.

Videre er det vesentlige teknologiske forskjeller mellom produksjonsanleggene for fast hvitost og brunost. Brunost kokes i egne vakuumkokere, mens fast hvitost presses og modnes over en lengre periode. Det foreligger derfor ingen mulighet for tilbudssubstitusjon mellom brunost og fast hvitost.

På grunn av bakteriologiske forhold som er av vesentlig betydning for produksjon og lagring av både fast hvitost og brunost, kan ikke anlegg for produksjon av andre ostetyper anvendes til produksjon av fast hvitost og brunost. Det vil derfor heller ikke være tilbudssubstitusjon mellom andre typer ost og fast hvitost eller brunost.

Som følge av at det kreves en spesialisert produksjonsprosess for å kunne lage fast hvitost eller brunost, vil dessuten ikke produsenter av andre typer pålegg som for eksempel syltetøy, majonesbaserte påleggssalater og skinke kunne produsere fast hvitost eller brunost uten store nyinvesteringer. Dermed foreligger det heller ikke muligheter for tilbudssubstitusjon mellom andre typer pålegg og ost.

SSNIP-testen ved hjelp av kritisk tap-analyse

I det følgende vil Konkurransetilsynet først gjøre rede for Copenhagen Economics bruk av SSNIP-testen for å avgrense det relevante produktmarkedet. Dernest gjøres rede for tilsynets vurderinger av Copenhagen Economics anvendelse av SSNIP-testen.

Beregningene til Copenhagen Economics

TINE har i tilsvaret anført at tilsynets markedsavgrensning er basert på skjønn, og ikke empiri eller markedsundersøkelser. TINE har gitt Copenhagen Economics i oppdrag å foreta en bred markedsundersøkelse, blant annet basert på empiri.

Copenhagen Economics har foretatt en analyse av substitusjonsvirkninger hvis prisen på en enkelt ostetype stiger med fem prosent. På denne bakgrunn er det beregnet hva som er såkalt kritisk tap for en hypotetisk monopolist ved en slik prisøkning, det vil si det etterspørselstapet som gjør at prisøkningen ikke vil være lønnsom for den hypotetiske monopolisten. Det kritiske tapet er dernest blitt sammenlignet med monopolistens faktiske tap, beregnet på bakgrunn av estimater for etterspørselsetlastisitetene.²⁴

Beregningen er gjennomført først for fast hvitost alene. Dernest er brunost og kremost inkludert i produktområdet til den hypotetiske monopolist. Ifølge Copenhagen Economics er utvidelsen av kandidatmarkedet med brunost og kremost basert på beregninger av krysspriselasiteter.²⁵ Ifølge Copenhagen Economics kan beregningene tyde på at forbrukerne anser disse produktene for å være substitutter. På grunn av manglende data, har Copenhagen Economics ikke gjennomført en kritisk tap-analyse som inkluderer andre påleggssorter.

Copenhagen Economics konklusjon er som følger:

”Vi fokuserer først på det relevante produktmarked. Vi konkluderer at hvidost ikke udgør et separat produktmarked, men tilhører et bredere produktmarked der udover hvidost omfatter andre slags oste, og muligvis også andre slags pålæg. Vi har imidlertid ikke opplysninger nok til klart fastslå om konkurransen fra andre slags pålæg er sterk nok til at disse produkter også tilhører samme relevante produktmarked som hvidost og andre slags oste.”

For å komme frem til denne konklusjonen, har Copenhagen Economics brukt kvantitative metoder til å gjennomføre en såkalt kritisk tap-analyse. Analysen er gjennomført i tre trinn.

I første trinn beregnes hvor stor prosentvis nedgang i salget av fast hvitost en hypotetisk monopolist kan tåle ved en prisøkning på fem prosent, forutsatt at profitten skal være lik før og etter prisøkningen. Denne salgsreduksjonen er det kritiske tapet for den hypotetiske monopolist. Det følger av økonomisk teori at det kritiske tapet er bestemt av marginen mellom salgpris og marginalkostnader i produksjon av angjeldende produkt, i dette tilfellet hvitost, før prisøkningen. Desto høyere marginen er i utgangspunktet, jo lavere salgsreduksjon skal til før det blir ulønnsomt for en hypotetisk monopolist å gjennomføre en prisøkning på fem prosent. En lav margin betyr at en hypotetisk monopolist tåler en større salgsreduksjon ved en fem prosent prisøkning, gitt forutsetningen om at monopolistens profitt skal være konstant. Med utgangspunkt i estimater på marginen for hvitost har Copenhagen Economics beregnet at kritisk tap av salg av hvitost ved en fem prosent prisøkning er syv prosent.

Copenhagen Economics opplyser at deres beregning av marginen for hvitost dels er basert på tall fra Norsk institutt for landbruksøkonomisk forskning (NILF), og dels er egen informasjon om markedet. Det vises til at data om salg priser er nettopriser hentet direkte fra NILF-2005 Notat Nr 2005-5, en rapport utarbeidet i forbindelse med Statens landbruksforvaltnings (SLF) halvårige etterregning og etterkontroll med TINEs prissetting i meierisektoren. I marginberegningen har

²⁴ En etterspørselsetlastisitet måler prosentvis etterspørselsreduksjon ved en prisøkning på én prosent.

²⁵ Krysspriselasiteter angir hvor mye etterspørselen etter nevnte produkter øker dersom prisen på hvitost øker med en prosent.

Copenhagen Economics lagt til grunn at salgspris utgjør [] kroner per kilo fast hvitost, jf. tabell 40 i revidert rapport.

Videre legger Copenhagen Economics til grunn at marginalkostnaden i osteproduksjon består av to deler, foredlingskostnader og råvarekostnader knyttet til melkeråvare (fratrukket verdien av biproduksjonen av fløte). *Foredlingskostnadene* har Copenhagen Economics hentet direkte fra NILF 2005-5, jf. tabell 3.11 i hvor produksjonskostnadene er oppgitt å være 23,30 per kilo for gruppen Modna oster, dagligvare – 5A som helhet.²⁶ Når det gjelder *råvarekostnadene*, velger Copenhagen Economics ikke å bruke data fra NILFs rapporter. Det hevdes at en hypotetisk ostemonopolists reelle råvarekostnad er nettoverdien av råmelken i råmelkens beste alternative anvendelse dersom den ikke skal brukes til å produsere ost. Det legges til grunn at en prisøkning på fem prosent på fast hvitost vil føre til et melkeoverskudd, som igjen vil gi ringvirkninger i form av prisreduksjoner på andre meieriprodukter. Ifølge Copenhagen Economics er de beregnede marginale råvareomkostningene 0,35 kroner per liter anvendt melk til ost, jf. tabell 48 på side 59 i revidert rapport fra Copenhagen Economics.

I andre trinn beregnes den prosentvise salgsnedgang som den hypotetiske monopolist faktisk vil oppleve dersom prisen på fast hvitost økes med fem prosent. Copenhagen Economics finner at faktisk tap utgjør åtte prosent gitt en egenpriselasitet for fast hvitost på -1,6 prosent, se tabell 29 og 54 i rapporten. Etterspørselsfunksjonen for fast hvitost er estimert ved hjelp av ukedata fra ACNielsen over salg av fast hvitost i dagligvaremarkedet.

I tredje trinn sammenlignes faktisk tap med kritisk tap. Siden det beregnede faktiske tapet er åtte prosent og det kritiske tapet er estimert til syv prosent, konkluderer Copenhagen Economics med at det ikke er lønnsomt for en hypotetisk monopolist å øke prisen på fast hvitost med fem prosent og at det relevante produktmarked derfor omfatter flere produkter.

Dernest bruker Copenhagen Economics ukedataene fra ACNielsen til å beregne krysspriselasitetene mellom fast hvitost og henholdsvis brunost, kremost, kjøttpålegg, smørepålegg, påleggssalater og syltetøy. Ifølge Copenhagen Economics er krysspriselasitetene 0,7, 0,36, 0,13, 0,12, 0,70 og 0,35.

Ifølge Copenhagen Economics beviser ikke positive og signifikante krysspriselasiteter mellom fast hvitost og brunost, kremost, kjøttpålegg, påleggssalater og syltetøy at produktene er i samme relevante produktmarked. Dette er begrunnet med at det er vanskelig å si noe generelt om hvor høye elastisitetene må være for at produkter skal være tilstrekkelig nære substitutter til at de inngår i samme marked. Copenhagen Economics foretar derfor en ny kritisk tap-analyse der brunost og kremost inkluderes i det hypotetiske markedet som monopolisten foretar en prisøkning i. Kritisk tap beregnes nå til 7 prosent, mens det faktiske tap beregnes til seks prosent. Ut fra disse beregningene mener Copenhagen Economics at det vil være lønnsomt for en hypotetisk monopolist å øke prisen på alle typer ost med fem prosent. På basis av dette konkluderer Copenhagen Economics med at den empiriske analysen viser at det relevante marked for fast hvitost sannsynligvis omfatter andre oster, men neppe annet pålegg. Det vises imidlertid

²⁶ [to linjer unntatt]



til at forskjellen mellom kritisk tap og faktisk tap er liten, og at det derfor ikke kan konkluderes håndfast.

Tilsynets vurderinger

Konkurransetilsynet har gått gjennom Copenhagen Economics rapporter, metoder og underlagsmateriale. Det bemerkes at Copenhagen Economics analyse og konklusjon om avgrensningen av det relevante produktmarkedet i saken ikke skiller seg særlig mye fra tilsynets markedsavgrensning. Copenhagen Economics finner at all ost inngår i det samme relevante produktmarkedet, altså et noe bredere produktmarked enn det tilsynet legger til grunn i varselet, og som også de mer kvalitative og skjønnsmessige vurderingene peker i retning av.

Konkurransetilsynet kan ikke se at TINE har tatt hensyn til resultatene fra analysen i Copenhagen Economics reviderte rapport, siden selskapet holder fast ved anførselen fra tilsvaret til varselet om at fast hvitost tilhører et bredere påleggsmarked. Denne konklusjonen var basert på Copenhagen Economics tidligere analyser der det var feil i datagrunnlaget. TINE fremholder at faktisk tap er større enn kritisk tap, og at dette tilsier at det ikke vil være lønnsomt å foreta en prisøkning på fem prosent.

Tilsynet er uenig i enkelte av forutsetningene for Copenhagen Economics analyse. Dersom man legger det som etter tilsynet vurdering er korrekte forutsetninger til grunn, trekker dette i retning av et smalere produktmarked enn ost.

I EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked beskrives SSNIP-testen som en metode der markedet utvides gradvis inntil det er lønnsomt å øke prisene med en SSNIP.²⁷ Ut fra dette kan det slås fast at det relevante produktmarked er den minste produktgruppe der det er lønnsomt for en hypotetisk monopolist å foreta en liten prisøkning på fem til ti prosent.

Konkurransetilsynet vil videre bemerke at markedsavgrensningen ikke omfatter en vurdering av hvilke aktører som faktisk deltar i markedet. Det relevante marked omfatter kun en gruppe produkter og et geografisk område. Identifikasjonen av aktørene i markedet skjer først på senere stadier i analysen etter at det relevante markedet er avgrenset. Det vises i denne sammenheng til kunngjøringen om det relevante marked, kapittel IV der det fremgår at markedsavgrensningen i dets produktdimensjon og geografiske dimensjon gjør det mulig å identifisere leverandører og kunder som er aktive i markedet.

Grunnen til at tilsynet ønsker å understreke ovennevnte, er at Copenhagen Economics synes å ha satt likhetstegn mellom den hypotetiske monopolisten og TINE som en aktør som er vertikalt integrert fra produksjon og innsamling av melkeråvare i både oste- og konsummelkmarkedet. På dette grunnlaget argumenterer Copenhagen Economics med at prisfastsettelsen i ostemarkedet ikke kan vurderes isolert, fordi TINE har mottakspunkt. På side 54 i revidert rapport fra Copenhagen Economics fremgår følgende:

²⁷ EFTAs kunngjøring punkt 15 flg



”Noteringsprisen er imidlertid ikke den reelle råvareomkostning i en SSNIP-test. TINE har plikt til at modtage al den mælk som produceres. Derfor er betalingen til landmændene en fast omkostning for TINE. Det betyder at noteringsprisen ikke er en marginalomkostning for TINE. Indtjeningen på nogle produkter er væsentligt under 3,80 NOK pr. kg.”

Copenhagen Economics blander med dette en faktisk markedsaktør sammen med den hypotetiske monopolisten, noe som etter Konkurransetilsynets vurdering er metodisk feil og leder til uriktig resultat. I denne saken er det produktmarkedet for fast hvitost og brunost som skal avgrenses med utgangspunkt i en vurdering av om det vil være lønnsomt for en hypotetisk monopolist å øke prisen med fem prosent. Potensielle virkninger for TINE BA som aktør i andre relaterte markeder, herunder i markedet for melkeråvare, er ikke relevant i forbindelse med markedsavgrensningen.

Reguleringene i meierisektoren er innrettet med henblikk på å sikre alle meierier, herunder osteprodusenter, tilgang på melkeråvare til lik pris. Blant annet har Statens landbruksforvaltning og TINE BA inngått en avtale hjemlet i jordbruksavtalen om et regnskapsmessig og administrativt vertikalt skille mellom TINE Råvare og TINE Industri, en såkalt brannmur, nettopp for å sikre samtlige aktører like råvarepriser. På foredlingsleddet skal TINE Industri konkurrere under de samme rammevilkår som andre meieriselskap.

Konkurransetilsynet finner det derfor naturlig å betrakte markedet som vertikalt separert, der foredlingsleddet er atskilt fra råvareleddet. Utgangspunktet for markedsavgrensningen vil derfor være en hypotetisk monopolist med kontroll over salg av fast hvitost på foredlingsleddet, og tilsvarende for brunost. På foredlingsleddet vil den hypotetiske monopolisten stå overfor en faktisk råvarekostnad – noteringsprisen - som den må betale til råvareleddet. Dette er en variabel kostnad, og vil dermed være den relevante marginalkostnad som må legges til grunn når en hypotetisk monopolist finner det lønnsomt å heve prisene med fem prosent.

Copenhagen Economics legger vekt på at TINE BA har mottaksplikt, og mener av den grunn at en må ta hensyn til hva melkeråvaren ville bli brukt til hvis den ikke benyttes til å produsere ost.²⁸ I så fall vil marginalkostnaden som legges til grunn i markedsavgrensningen være en annen og lavere enn den faktiske råvareprisen som foredlingsleddet betaler. Konsekvensen av denne innfallsvinkelen er at Copenhagen Economics lar den hypotetiske monopolisten ha kontroll over hele meierisektoren, og dermed over produkter som ikke er substituerbare for forbrukerne, for eksempel konsummelk og ost. Dette bryter etter Konkurransetilsynets vurdering med de grunnleggende prinsippene for markedsavgrensningen.

Samlet sett mener tilsynet derfor at det korrekte vil være å bruke de faktiske råvarekostnader osteprodusentene har som anslag på marginalkostnad i marginberegningen i forbindelse med SSNIP-testen. Konkurransetilsynet er imidlertid enig i at mottaksplikten kan påvirke TINEs prisatferd som markedsaktør i flere vertikalt og horisontalt relaterte markeder. Denne problemstillingen vil derfor tilsynet komme tilbake til i forbindelse med virkningsanalysen i kapittel 6.5.3.

²⁸ Forskrift av 28.11.1996 nr 1478 om markedsregulering av norskprodusert melk og melkeprodukter, jf. § 19

Den relevante råvarekostnaden for melk i beregning av den hypotetiske monopolists pris-kostnads-margin i kritisk tap-analysen for fast hvitost, er således noteringspris for melkeråvare justert for tilskudd/avgift. Dette betyr at korrekt marginalkostnad er 3,734 kroner per liter råvare i stedet for 0,35 kroner.²⁹ TINEs tilnærming gjør at marginen blir for høy, noe som trekker i retning av at markedet defineres for bredt.

Konkurransetilsynet vil fremheve at selv om en betrakter den hypotetiske monopolist som en vertikalt integrert enhet med mottakspått og som horisontalt integrert aktør med kontroll over hele meierisektoren, vil likevel den råvarekostnad som TINE har lagt til grunn være for lav. Det foreligger en viss mulighet for at en slik hypotetisk monopolist kan påvirke samlet råvaretilgang og et eventuelt melkeoverskudd som følge av redusert ostesalg selv på relativt kort sikt. I dagens situasjon kan TINE påvirke melkemengden for eksempel gjennom å gi innspill om melkekvoter, omsetnings- og overproduksjonsavgifter samt målpris i forbindelse med de årlige jordbruksforhandlingene. Dette betyr at dersom en vertikalt integrert aktør av en eller annen årsak forventer et overskudd eller underskudd av melkeråvare, kan en slik aktør treffe tiltak for å påvirke fremtidig råvaretilgang.

I tillegg kan en slik hypotetisk monopolist finne alternative anvendelser av råvaren dersom det skulle oppstå overskudd. Med utgangspunkt i dagens situasjon har TINE et bredt spekter av meieriprodukter som stadig utvikles gjennom innovasjonsvirksomhet. Videre har salget av ost, herunder fast hvitost, vokst de seneste årene til tross for stigende priser. En hypotetisk monopolist vil også kunne bruke reguleringstiltak for å kvitte seg med et eventuelt overskudd av melkeråvare. Slike tiltak finansieres av samtlige melkeprodusenter gjennom omsetningsavgift. Følgelig skal den råvarekostnad som legges til grunn ved markedsavgrensningen, uansett være høyere enn den som Copenhagen Economics har lagt til grunn, hvilket isolert sett drar i retning av smalere markeder enn det TINE har konkludert med. Hvis en øker marginalkostnadene noe ut over det Copenhagen Economics har lagt til grunn, men mindre enn det som tilsvarer marginalkostnaden basert på noteringspris, vil fast hvitost og brunost avgrenses som egne relevante markeder. Denne konklusjonen styrkes hvis marginalkostnaden heves ytterligere slik at den avspeiler noteringsprisen.

Konkurransetilsynet vil også peke på at Copenhagen Economics synes å ha lagt til grunn en for høy salgspris på fast hvitost i marginberegningen, noe som bidrar til å øke marginen og dermed redusere kritisk tap. Som tidligere nevnt er konsultentselskapets estimat for netto salgspris [] kroner per kilo fast hvitost. Ifølge NILFs rapport utgjør netto salgspris for gruppen modnet ost som helhet 56,79 kroner, men for Norge 1 kilo kun [] kroner per kilo. Det er hele 147 ulike artikler i gruppen av modnet ost i NILFs etterkontroll. Salgsprisene varierer betydelig innad i gruppen, og det synes som Copenhagen Economics har plukket ut et produkt i en pakningsstørrelse som er priset særlig høyt og over gjennomsnittet for gruppen av modnet ost. Det vises i den forbindelse til side 12 i ECONs rapport av 15. februar 2006 om markedet for faste oster som er utarbeidet for Synnøve Finden i anledning saken. Her fremgår det blant annet at TINE og Synnøve Finden opererer med nettopriser fra rundt [] kroner per kilo fast hvitost i

²⁹ I NILF 2005-5 oppgis det at veid noteringspris for andre halvår 2004 var 3,814 kroner per liter melkeråvare uansett anvendelse (se side 7 og tabell 2.1). Korrigert for tilskudd til råvare nytt til produksjon av modnet ost solgt til dagligvare (-0,080), var råvarekostnaden for gruppen som helhet 3,734 kroner per liter melkeråvare.

pakning på 1 kilo eller større. Ifølge ECON anslår Synnøve Finden at gjennomsnittsprisen for 1 kilo økobit er [] kroner per kilo når alle aktivitetsrabatter knyttet til produktet er trukket fra.

Prisen på Norvegia (1 kilo og 1,2 kilo økobit) i større ostebiter er altså lavere enn Norvegia 500 gram som er brukt som utgangspunkt for salgspris i Copenhagen Economics marginberegning, og utgjør videre en betydelig større del av salget av fast hvitost. Det taler for at det ville vært mer naturlig å ta utgangspunkt i prisen på de såkalte økobitene ved beregning av marginen for den hypotetiske monopolist av fast hvitost. Copenhagen Economics anslag på salgspris trekker i retning av at produktmarkedet avgrenses for bredt.

Tilsynet vil også bemerke at Copenhagen Economics anslag på egenpriselasititeten på fast hvitost er høy sammenlignet med andre beregninger. I forbindelse med innføringen av ny markedsordning for melk gjennomførte NILF en omfattende analyse og gjennomgang av meierimarkedene. Blant annet vurderte man mulige konsekvenser av fjerning av pristjevningsordningen. NILF la da til grunn at egenpriselasititeten for fast hvitost var -0,5 prosent.³⁰ Anslaget var basert på resultater fra flere undersøkelser hvor det er funnet lavere egenpriselasititet for fast hvitost. Blant annet fant Gustavsen og Rickertsen i en undersøkelse fra 2001 at egenpriselasititeten for fast hvitost og brunost henholdsvis var -0,39 og -0,85.³¹ En lavere priselasititet fører til et lavere faktisk tap, noe som trekker i retning av et snevrere produktmarked. Dersom en hadde anvendt disse egenpriselasititetene i analysen, ville en konkludert med at fast hvitost og brunost utgjør to separate produktmarkeder. Dette ville vært konklusjonen selv om en hadde lagt til grunn den marginalkostnad som TINE og Copenhagen Economics har forutsatt.

SSNIP-testen og the Cellophane Fallacy

Ved anvendelse av SSNIP-testen i saker vedrørende utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling må det tas i betraktning at den faktiske markedsprisen ofte allerede vil være forhøyet som følge av at konkurransen allerede er begrenset, jf. EFTAs kunngjøring punkt 19.³² Dersom dette ikke tas hensyn til i analysen, er det fare for at det avgrenses for brede relevante markeder. I så fall omfatter markedet produkter eller geografiske områder som kun utgjør et konkurransepress fordi gjeldende markedspris allerede er høyere enn prisene som ville foreligge i en situasjon med velfungerende konkurranse. Dette problemet knyttet til anvendelse av SSNIP-testen i forhold til dominerende aktører, omtales ofte som "the cellophane fallacy".³³

Copenhagen Economics viser til Cellophane Fallacy og påpeker at dersom prisene allerede er monopolpriser, så vil det aldri lønne seg med en ytterligere prisøkning. Det konkluderes imidlertid med at "*hvis ikke jordbrugsaftalens afgifter og tilskud fører til monopolpriser, men til priser der svarer til et marked med begrenset konkurranse, kan vi godt bruke SSNIP-testen*" (side 13). Til støtte for dette anføres et sitat fra konsulentfirmaet NERA, som skriver følgende i

³⁰ NILF-rapport 2002-5 *Ny markedsordning for melk*, side 111

³¹ Se G. W. Gustavsen og K. Rickertsen: "Forecasting by theory-constrained multistage demand system." *European Review of agricultural Economics*. 30(4), side 539-588, 2003

³² Se også DG Competition discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, punkt 13-15

³³ Betegnelsen er hentet fra en amerikansk sak som involverte en produsent av cellofan, *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 76 S.Ct 994 (1956)



en rapport for Office of Fair Trading: *"We argue that the existence of the cellophane fallacy does not imply the need for a new framework for defining relevant markets."*

Til dette må det bemerkes at NERA i samme rapport sterkt advarer mot de feil som kan oppstå ved anvendelse av SSNIP-testen, se rapportens punkt 3.34: *"As a result of the 'cellophane fallacy' the application of the standard market definition test to identify substitution at current prices will tend systematically to define overly broad markets for the purpose of assessing investigations under Article 82 or Chapter II of the Act and so underestimates a firm's market share and possibly in consequence its degree of market power."*

I rapporten til NERA pekes det på ulike grunner til at SSNIP-testen likevel er nyttig i saker som gjelder mulig misbruk av markedsdominans. Produkter og områder som blir holdt utenfor de relevante markeder når det foretas en SSNIP-test med utgangspunkt i gjeldende priser, vil også bli holdt utenfor hvis utgangspunktet er mer konkurransebaserte og dermed lavere priser.³⁴ Testen er således nyttig til å avgjøre hvilke produkter som helt klart ikke kan være i markedet. Det betyr at når Copenhagen Economics ved anvendelse av testen i denne saken finner at andre påleggssorter enn ost ikke inngår i det relevante markedet, så er dette etter tilsynets oppfatning et meget robust resultat.

Selv om SSNIP-testen dermed kan anvendes også i dominanssaker, er det helt nødvendig med supplerende analyser for å kontrollere at markedet ikke avgrenses for bredt, for eksempel i form av kvalitative vurderinger av produktenes egenskaper, pris og bruksområde. Tilsynet viser i denne sammenheng til drøftelsene ovenfor.

Konkurransetilsynet slutter seg til TINEs anførsel om at det ikke vil lønne seg å øke prisen over monopolprisen, men mener av ovennevnte grunner at SSNIP-testen har verdi selv ved monopolpriser. Tilsynet er imidlertid ikke enig med Copenhagen Economics synspunkt om at SSNIP-testen kan anvendes uten hensyntagen til Cellophane Fallacy hvis landbruksprisene er lavere enn monopolprisene. Problemet med Cellophane Fallacy er ikke begrenset til kun en situasjon med monopolpriser, men generelt til at prisene allerede reflekterer en dominerende markedsposisjon.

Konklusjon på avgrensning av det relevante produktmarkedet

Etter Konkurransetilsynets vurdering utgjør salg av fast hvitost og brunost til dagligvarehandelen to separate produktmarkeder, atskilt fra dessertost/spesialost samt andre påleggssorter. Denne konklusjonen er basert på produktenes karakteristika, kunders og konkurrenters vurderinger, vurdering av muligheten for tilbudssubstitusjon samt anvendelse av SSNIP-testen og hensyntagen til Cellophane Fallacy.

Produktene skiller seg klart fra hverandre med hensyn til egenskaper, priser og bruksområde, noe som tilsier at forbrukerne ikke vil endre forbruksmønster i vesentlig grad ved en liten, varig prisøkning. Dette er i samsvar med dagligvarehandelen og konkurrentens vurderinger av produktmarkedet. Også TINEs innretning av markedsovervåkning synes å støtte dette. En slik

³⁴ I punkt 3.34 i rapporten til NERA heter det: *"If B and C are not competitors at current prices then they are clearly not in the same relevant market as A."*



markedsavgrensning er videre lagt til grunn av norske og utenlandske konkurransemyndigheter i tidligere saker, og er ikke bestridt etter det tilsynet kjenner til.

Avgrensningen støttes videre av de kvantitative undersøkelsene som Copenhagen Economics har utført for TINE i forbindelse med saken. Analysen tyder på at det er lønnsomt for en hypotetisk monopolist på fast hvitost og brunost å foreta en liten, varig relativ prisøkning. Dette gjelder uavhengig av om råvarekostnaden som legges til grunn i kritisk tap-analysen, er noteringsprisen på melkeråvare korrigert for avgift/tilskudd eller alternativverdien av melkeråvare. Under førstnevnte forutsetning er det klart at fast hvitost og brunost er to separate relevante markeder. Under sistnevnte forutsetning viser studiene at det relevante markedets produktdimensjon høyst kan være ost, det vil si fast hvitost, brunost og andre ostetyper som dessertost.

Det bemerkes for øvrig at det i denne saken vil ha liten betydning for tilsynets vurderinger om fast hvitost og brunost inngår i samme marked, eller er to forskjellige markeder. Tilsynet mener likevel en vurdering av produktenes egenskaper, bruksområde og priser tilsier at det er tale om to forskjellige relevante produktmarkeder.

Konklusjonene understøttes ytterligere ved å ta hensyn til the Cellophane Fallacy, fordi anvendelsen av SSNIP-testen i dominanssaker vil tendere til å overestimere omfanget av det relevante produktmarkedet.

4.3 Det relevante geografiske markedet

I det følgende vil det bli gjort rede for tilsynets analyse av utstrekningen av det relevante geografiske markedet. Dernest presenteres kvantitative analyser av det geografiske markedet foretatt av konsulentselskapene Copenhagen Economics og ECON.

Tilsynets vurderinger

I Norge skjer omsetningen av ost og andre dagligvarer til forbruker i all hovedsak gjennom de fire store dagligvaregrupperingene NorgesGruppen, ICA, Coop og Rema.

I denne saken er temaet konkurransen mellom meieriene i markedene for salg av fast hvitost og brunost til dagligvarehandelen. Spørsmålet er om konkurransen mellom meierier foregår i et lokalt, regionalt, nasjonalt eller i et større geografisk marked.

Som nevnt over er det i Norge fire store dagligvaregrupperinger som samlet står for omtrent 99 prosent av dagligvaremarkedet, og som dermed er de viktigste kundene for meieriene. Alle dagligvaregrupperingene bortsett fra Rema omfatter flere ulike kjedeprofiler. De fleste kjedene har et landsdekkende forhandlernet av dagligvarebutikker. Konkurransen mellom de ulike dagligvarebutikkene foregår hovedsakelig i avgrensede lokale markeder med begrenset reiseavstand for forbruker. Likevel gjør dagligvaregrupperingenes koordinerte opptreden, med blant annet felles innkjøpsforhandlinger om landsdekkende leverandøravtaler, landsdekkende grossist- og distribusjonsapparat og felles sortiment, markedsføring og prispolitikk, at konkurransen mellom meieriselskapene om leveranser til dagligvaregrupperingene foregår i et geografisk marked som minst er nasjonalt.



Det som skal undersøkes, er da om markedene for meierienes salg av fast hvitost og brunost til dagligvarehandelen har en større geografisk utstrekning enn Norge. Også i vurderingen av utstrekningen av det relevante geografiske markedet tillegges etterspørernes substitusjonsmuligheter stor vekt.

Dagligvarehandelen selger ost til sluttbrukerne, og kjedenes etterspørsel etter ost vil være avledet av sluttbrukernes etterspørsel etter ost. Hvis det er slik at sluttbrukerne er villige til å betale mer for norsk ost enn utenlandsk ost, betyr det i så fall at kjedene kan ta en høyere pris på norsk ost enn utenlandsk ost. Alternativt kan det innebære at kjedene får solgt mindre ost hvis norsk ost byttes ut med utenlandsk ost. Følgelig er sluttbrukernes etterspørsel etter henholdsvis norsk og utenlandsk ost av betydning for hvorvidt kjedene vil finne det lønnsomt å bytte ut norsk ost med utenlandsk ost.

I varselet la Konkurransetilsynet til grunn at den geografiske utstrekningen av markedene for salg av henholdsvis fast hvitost og brunost til dagligvarehandelen var Norge. Det ble vist til at import av ost til Norge er belagt med høye tollsatser, og at kvotene for nær tollfri import er begrenset. Tilsynet konkluderte med at for dagligvarehandelen var ikke import et reelt alternativ til å kjøpe ost fra de norske produsentene.

Som en del av landbrukspolitikken er det høye tollsatser på import av ost til Norge. Importvernet er utformet med sikte på å beskytte norske osteprodusenter mot konkurranse fra utlandet, for på den måten sikre avsetning av norsk melkeråvare. Ifølge tolltariffen er de generelle tollsatsene på 24,68 - 28,24 kroner per kilo ost.³⁵ Dette tilsvarer omkring 50 prosent av meierienes salgspris på pakninger med 1 kilo fast hvitost fratrukket alle rabatter. Tollvernet er derfor betydelig.

Det er åpnet for tollfri import av ost fra EU innenfor kvoter. Kvotene er begrenset til 4500 tonn per år. Statens landbruksforvaltning har beregnet at samlet sett utgjorde import ni prosent av totalomsetningen av ost i Norge i 2004.

Undersøkelser tilsynet har foretatt hos kunder, viser at en betydelig del av importen består av oster som ikke er en del av de relevante produktmarkeder for fast hvitost og brunost. I 2004 og 2005 bestod importen i stor grad av utenlandske ostepesialiteter og dessertoster, fersk ost som feta med lake, parmesan med mer.

Dagligvarekjedene har opplyst at fast hvitost utgjør en svært begrenset del av deres innkjøp av importost, og dermed også av salget av fast hvitost i butikkene. Når det gjelder brunost, finnes det ikke kjente utenlandske alternativer. Dagligvarehandelen fremhever at norske hvitoster og brunoster er sterke merkevarer, noe som sammen med tollsatsene bidrar til å gjøre import lite attraktivt og lønnsomt. Kjedene anser osteimport for å være et supplement og ikke et alternativ til å handle fra norske osteprodusenter. Det gjeldende handelsmønster tyder således på at markedene for fast hvitost og brunost er av nasjonal karakter.

³⁵ "Det norske ostemarkedet 2002-2006", Statens landbruksforvaltnings hjemmeside:
http://www.slf.dep.no/portal/page?_pageid=53.418236&_dad=portal&_schema=PORTAL&p_d_i=-121&p_d_c=&p_d_v=5762&p_d_i=-221&p_d_c=&p_d_v=5762

Konkurransetilsynet finner også grunn til å tro at det ikke kun er det tollbaserte importvernet som beskytter innenlandske produsenter av fast hvitost og brunost mot konkurranse fra utenlandske osteleverandører. I tillegg er forbrukernes preferanser og lojalitet til kjente norske merkevarer en fordel for norske osteprodusenter. Det gjelder ikke minst for TINE som innen fast hvitost eier sterke merkenavn som Norvegia ("folkets favoritt") og Jarlsberg. TINE beskriver seg selv som Norges største næringsmiddelaktør og en klar markedsleder i så godt som alle kategorier i meieri-sektoren. TINE har selv uttalt at bedriften må ligge i tet på produktutvikling og markeds-tilpasning for å holde sin posisjon. TINE har skåret høyest på en rekke undersøkelser av omdømmeverdi og merkevarestyrke foretatt av blant annet MMI og Norsk Gallup, og selskapet har vunnet mange design, reklame- og sponsorpriser.³⁶

Kundenes sterke merkevarelojalitet til TINE gjør at kundene er villige til å betale mer for TINEs osteprodukter enn for tilsvarende produkter fra mindre kjente og ukjente leverandører. Handelens egne ostemerker av typen gouda, slik som Coops Husets Ost og NorgesGruppens First Price Ost, har foreløpig fått begrenset gjennomslag hos norske forbrukere til tross for at de selges til betydelig lavere priser enn TINEs produkter. I løpet av en treårsperiode frem til tidlig vår 2006 ble Norvegia solgt til sluttbruker til en pris som var drøyt 19 prosent høyere enn gjennomsnittlig pris på handelens egne ostemerker i samme periode.³⁷ Det illustrerer at TINEs faste hvitost har en sterk merkevarefordel, og at utenlandske faste hvitoster vil måtte selges til betydelig lavere pris enn Norvegia for å kunne bli attraktive for sluttbrukerne. Vedrørende brunost vil merkevarefordelen være enda større i forhold til utenlandsk ost, da det er et produkt som er mer typisk norsk enn hva tilfellet er med fast hvitost.

Ifølge ACNielsen er andelen egne merker lav i Norge sammenlignet med Europa. For kategorien kjølte varer, som ost er en del av, er andelen egne merker kun tre prosent per 30. april 2006.³⁸ Også Synnøve Findens begrensede markedsandel sammenlignet med TINE tyder på at merkevarelojalitet er av betydning i ostemarkedet ettersom Synnøve Findens produkter selges til [noen ord unntatt] til kjedene.

Merkeloyaliteten medfører at selv om en prisøkning på norsk ost faktisk skulle føre til at import kan skje til marginalt lavere priser enn norsk fast hvitost og brunost, betyr ikke det at norske forbrukere i vesentlig grad vil substituere seg over til importert ost.

Videre er det sannsynlig at gjeldende markedspriser på fast hvitost og brunost er påvirket av at det foreligger dominans og få markedsaktører på meieriledet. TINE har trolig tilpasset prisene på fast hvitost og brunost slik at profitten maksimeres under gjeldende markedsforhold og tollsatser. Som tidligere nevnt bør SSNIP-testen, der man ser på virkninger av en liten, varig prisøkning ved hjelp av kvantitative metoder, anvendes med forsiktighet i markeder med dominerende aktører. Hvis markedsprisen i utgangspunktet er høy på grunn av markedsdominans, kan det føre til at konkurransemyndighetene feilaktig avgrenser markedet for vidt ved anvendelse av kvantitative metoder.

³⁶ <http://www.superbrands.no/>

³⁷ Dette er tall som er hentet fra dataserien Copenhagen Economics rapport av 2. august bygger på

³⁸ <http://www.acnielsen.no/news/20060515.shtml>

Kvantitative analyser

TINE anfører at den geografiske utstrekningen av det relevante markedet er større enn Norge. Det hevdes at kundenes importmuligheter er så gode at markedet minst er nordisk, og muligens europeisk. Anførselen er basert på Copenhagen Economics rapporter der det argumenteres for at det ikke vil være lønnsomt for osteprodusentene i Norge å øke prisen med fem prosent, siden det da vil bli attraktivt for utenlandske osteeksportører å selge ost til Norge.

I Copenhagen Economics rapport av 2. august 2006 vurderes kjedenes og forbrukernes substitusjonsmuligheter nærmere. Det fremgår at det ikke er mulig direkte å estimere i hvor stor utstrekning detaljkjedene vil erstatte norsk ost med utenlandsk ost dersom norsk faste hvitost skulle bli dyrere enn utenlandsk ost. Ifølge Copenhagen Economics skyldes dette manglende datagrunnlag fordi situasjonen aldri har vært aktuell i Norge som følge av den høye tollbeskyttelsen. Det brukes derfor to indirekte metoder for å undersøke kjedenes substitusjon nærmere: substitusjonsmulighetene mellom ostetyper og innsparinger ved å velge importost. Copenhagen Economics mener at de forskjellige ostetyperne er nære substitutter, dernest at kjedene kan spare millionbeløp ved å velge utenlandske leverandører til egne varemerker dersom prisen på norsk ost stiger. Ut fra dette konkluderer Copenhagen Economics med at dagligvarekjedene vil kjøpe ost av utenlandske leverandører hvis norsk ost blir for dyr i innkjøp.³⁹

Hva angår substitusjonsmulighetene, har Copenhagen Economics i sin studie lagt stor vekt på størrelsen på krysspriselasitetene. På grunnlag av størrelsene på krysspriselasitetene har Copenhagen Economics konkludert med at egne merker er den sterkeste konkurrenten til Norge⁴⁰:

”.. konkurransen fra private labels er meget viktig for salget av TINEs Norge. Hvis detailkæderne kan sænke prisen på deres private label ost fordi de kan købe osten billigere i udlandet vil det altså også skade salget af Norge.”

Etter Konkurransetilsynets vurdering er det ikke grunnlag for å hevde at konkurransen fra handelens egne merker er meget viktig for salget av Norge. Copenhagen Economics har ikke tatt høyde for at det er svært liten omsetning av egne merker sammenlignet med omsetningen av Norge. En gitt prosentvis økning i eget salg for et merke med stor omsetning er åpenbart mer skadelig for Norge enn en gitt prosentvis økning i eget salg for et merke med liten omsetning. Størrelsen på krysspriselasitetene er følgelig ikke et riktig kriterium for å avgjøre om et produkt er et nært substitutt. Det må i tillegg tas hensyn til hvor stort salg det enkelte produkt har. De høye krysspriselasitetene reflekterer i større grad at det selges lite av handelens egne merker enn at egne merker er en hard konkurrent til Norge.

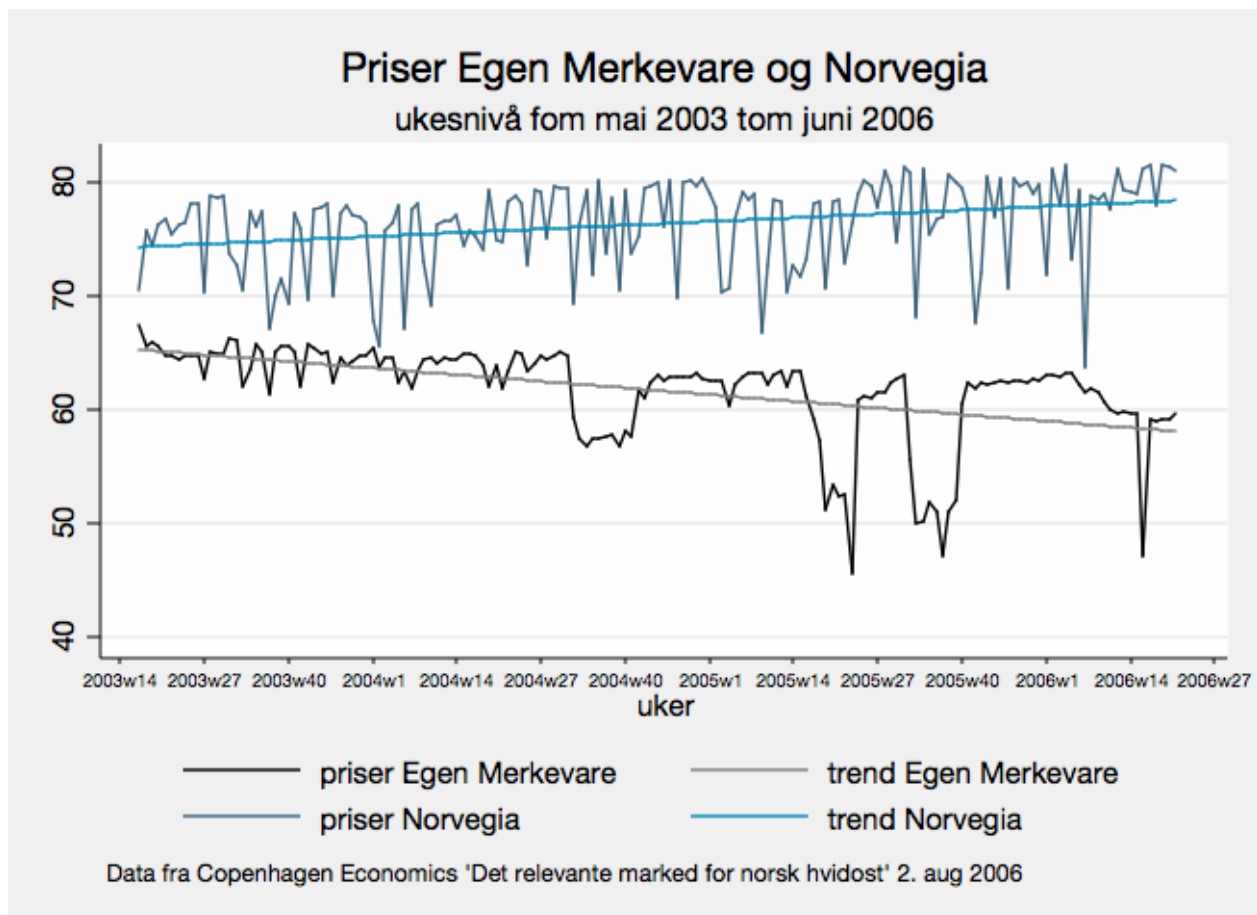
Ved å vurdere hvilke osteprodukter som får størst økning i omsetning som følge av en økning i prisen på Norge, får man på en mer korrekt måte målt hvilke produkter som Norges kunder oppfatter som de nærmeste substituttene til Norge. Når det foretas en slik analyse med utgangspunkt i de opplysninger som er gjengitt i Tabell ni i Copenhagen Economics rapport, er ikke lenger handelens egne merker den nærmeste konkurrenten til Norge. Da er det andre

³⁹ Se side 21-26 i Copenhagen Economics rapport av 2. august 2006

⁴⁰ Se side 24 i Copenhagen Economics rapport av 2. august 2006

norske faste hvitoster⁴¹ som er det nærmeste substituttet, etterfulgt av brunost, Synnøve Finden, dessertost, egne merkevarer og utenlandske faste hvitoster. Dette illustrerer at verken ”*private labels*” eller ’utenlandske hvide’ er de nærmeste substituttene til Norvegia, og at prisingen av Norvegia i liten eller ingen grad er påvirket av prissettingen av egne merker og utenlandske oster.

Figuren gjengitt under illustrerer at prisreduksjon på handelens egne merker ikke har ført til lavere utsalgspriser på Norvegia ut fra butikk. I en tre-årsperiode frem til tidlig i 2006 ble priser på egne merker senket gradvis, og prisen gikk ned med om lag ti prosent på de tre årene. Dette ledet til at markedsandelen til egne merker i slutten av tre-årsperioden var om lag fire prosent. I samme periode har prisen på Norvegia økt.



Konkurransetilsynet vil nedenfor gi en oversikt over de priser, toll og kostnader som Copenhagen Economics og ECON hevder påløper ved import av fast hvitost til Norge. Importkostnaden sammenlignes dernest med de norske osteprodusentenes netto salgspris til kunder innen dagligvarehandelen.

⁴¹ Denne kategorien består primært av andre TINE-oster



Norsk osteproduksjon beskyttes som nevnt av tollsatser fra 24,68 kroner per kilo til 28,24 kroner per kilo avhengig av type ost. Ifølge både TINE og ECON er tollsatsen for fast hvitost av type Edamer og Gouda 27,15 kroner per kilo.

Copenhagen Economics legger til grunn at gjennomsnittlig grossistpris for fast hvitost i Norge er [] kroner per kilo. Videre vises det til at danske produsenter eksporterer fast hvitost til en gjennomsnittlig pris av 30 kroner per kilo. Basert på tall fra TINE anslås det at transportkostnadene som påløper ved import utgjør [] kroner per kilo fast hvitost.⁴² Ut fra disse tallene er prisen på importert fast hvitost til Norge ca [] kroner per kilo. En prisøkning på [] kroner i forhold til en salgspris på [] kroner utgjør [] prosent. Copenhagen Economics konkluderer derfor med at en fem prosents prisøkning på norsk fast hvitost vil være tilstrekkelig til å gjøre import av fast hvitost fra Danmark lønnsomt, noe som indikerer at det geografiske markedet er større enn Norge.

ECON har på oppdrag fra Synnøve Finden undersøkt importmulighetene for fast hvitost. Basert på tall fra Synnøve Finden anslår ECON at eksportprisen fra utlandet er ca [] kroner per kilo for faste hvitoster som Gouda og Edamer. Det er tatt hensyn til gjeldende valutakurs samt kostnadene ved at osteblokker er delt i såkalt økonomibit på en kilo. ECONs undersøkelser tyder på at transportkostnadene til Norge per kilo fast hvitost utgjør minst [] krone ved import av tre paller eller mer. Det utelukkes ikke at transport- og distribusjonskostnadene innenlands kan være høyere for importost enn for ost fra de etablerte norske produsentene, noe som kan bety at anslaget på [] krone er lavt. Utover de faktiske kostnadene, viser ECON til at kjente merkevarer er viktig for forbrukerne. Basert på Synnøve Findens anslag antydes det at utenlandske eksportører har en merkevareulempe som minst utgjør [noen ord unntatt] per kilo. Videre legger ECON til grunn at TINE og Synnøve Finden opererer med netto salgspriser fra [] kroner per kilo (en kilo økobit) fast hvitost og oppover. Etter at alle aktivitetsrabatter er trukket fra, anslår Synnøve Finden at gjennomsnittsprisen for en kilo økobit er [] kroner per kilo. Ifølge ECON vil selv ikke en prisøkning på mer enn 10 prosent gjøre importert fast hvitost konkurransedyktig med norskprodusert ost. ECON mener det er liten tvil om at det geografiske markedet for fast hvitost ikke er større enn Norge.

Fast hvitost kroner per kilo	Copenhagen Economics	ECON
Eksportpris	30	26
Toll	27,15	27,15
Transportkostnader	[]	[]
Merkevareulempe	0	[]
Pris på importert fast hvitost	[]	[]
Gjennomsnittlig grossistpris i Norge	[]	[]
Forskjell	[]	[]

⁴² S. nr 2005/58 dokument nr 201, e-post av 27. november 2006 fra Wiersholm til Konkurransetilsynet, vedlegg 6 TINE Salg/market, "Prisendringer 01072005"



Konkurransetilsynet registrerer at det er ikke ubetydelige forskjeller i anslagene, blant annet hva angår merkevareulempe og gjennomsnittlig grossistpris i Norge, og vil i det følgende drøfte de to anslagene spesielt.

Merkevareulempen er av ECON anslått til å være minst [noen ord unntatt] kroner, mens den ikke er tallfestet i Copenhagen Economics anslag. En merkevareulempe vil avspeile hvor mye lavere pris en kjede må sette til sluttbruker for at kunden skal ønske å kjøpe det alternative produktet. Tall gjengitt over viser at det er betydelig prisforskjell mellom Norvegia og handelens egne merker, til tross for at produktenes andre karakteristika, slik som bruksområde, smak og næringsinnhold skulle tilsi at de var nære substitutter. I tre-årsperioden som sluttet tidlig vår 2006 var prisen på handelens egne merker drøyt 19 prosent lavere, hvilket tilsvarer i overkant av 14 kroner per kilo ved salg ut av butikk. Prisforskjellen illustrerer at ECONs anslag på merkevareulempe er svært konservativt, og at det er grunn til å tro at merkevareulempen er betydelig større enn [noen ord unntatt] kroner. Det indikerer at ved overgang til utenlandsk ost vil kjedene måtte selge ost til en betydelig lavere pris til sluttbrukerne, hvilket i seg selv taler imot at kjedene vil finne det lønnsomt å erstatte norsk ost med utenlandsk ost.

Når det gjelder gjennomsnittlig grossistpris i Norge, har Konkurransetilsynet merket seg at det er en ikke ubetydelige forskjell på de netto salgspriser som TINE og Synnøve Finden har oppgitt til Copenhagen Economics og ECON. Tilsynet har videre merket seg at TINEs oppgitte salgpris på [] kroner per kilo avviker betydelig fra netto salgspriser tilsvarende [] kroner per kilo fast hvitost i økobit som NILF har funnet i etterkontrollen for 2004. For å få et mest mulig nøyaktig tall for TINE og Synnøve Findens nettopriser til dagligvarekjedene, har tilsynet derfor hentet inn opplysninger om innkjøpspriser fra dagligvaregrupperingene. I tabellen nedenfor gjengis gjennomsnittspriser basert på disse opplysningene.

Produkt	August 2004	Januar 2005	August 2005
Norvegia 27 prosent økobit	[]	[]	[]
Synnøve finden Gulost økobit	[]	[]	[]

For å vurdere lønnsomheten av import, er det videre naturlig å sammenligne prisen på importert fast hvitost og brunost med prisen som dagligvarekjedene må betale for handelens egne merker. Ifølge opplysninger fra TINE betalte Coop Norge [] kroner per kilo for eget varemerke, Husets Ost, i 2004.

Dagligvarehandelens og Synnøve Findens opplysninger om meierienes salgspriser tyder på at kjedene kan kjøpe inn fast hvitost fra norske produsenter til vesentlig lavere pris enn det TINE og Copenhagen Economics baserer sin konklusjon og analyse på. Disse opplysningene bekreftes av salgspriser fra NILFs etterkontroll av enkeltprodukter samt informasjon fra TINE om prisen på handelens egen merkevare innen ost. Tilsynet mener at det bør legges en lavere innenlands kilopris på mellom [] kroner til grunn.

På denne bakgrunn konkluderer tilsynet med at det ikke vil være lønnsomt for kundene i dagligvarehandelen å importere fast hvitost ved en liten, varig prisøkning fra norske osteprodusenters side. Det synes som prisøkningen må være over 20 prosent før import blir lønnsomt. Etter tilsynets vurdering viser de kvantitative analysene klart at det relevante geografiske marked for fast hvitost og brunost må avgrenses til Norge.

Konklusjon på det relevante geografiske markedet

Etter Konkurransetilsynets vurdering vil ikke import av fast hvitost og brunost være et reelt, lønnsomt alternativ for dagligvarehandelen til kjøp av produktene fra norske osteprodusenter. Det skyldes høye tollsatser på fast hvitost, manglende substitutter til brunost, transport- og distribusjonskostnader og kundenes preferanser for og lojalitet til nasjonale merkevarer.

Konkurransetilsynet konkluderer derfor med at i denne saken er Norge den geografiske utstrekningen av markedene for salg av fast hvitost og brunoster til dagligvarehandelen.

Konklusjonene understøttes ytterligere ved å ta hensyn til the Cellophane Fallacy, fordi anvendelsen av SSNIP-testen i dominanssaker vil tendere til å overestimere omfanget av det relevante geografiske markedet.

5 Dominerende stilling

5.1 Innledning

Det er slått fast i EF-domstolens praksis at et foretak har en dominerende stilling når det er i stand til i betydelig grad å opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder og sluttbrukere i det relevante markedet.⁴³ En slik dominerende markedsposisjon kan foreligge selv om det er en viss grad av konkurranse i markedet, men foretaket det gjelder, må ha en merkbar påvirkning på konkurranseforholdene.⁴⁴ I vurderingen av om et foretak i betydelig grad er i stand til å opptre uavhengig, vil særlig markedsandeler være et sentralt element. Det følger av rettspraksis under EU/EØS-retten at dersom et foretak har en markedsandel på mer enn 50 prosent, foreligger det en presumsjon for at det er dominerende.⁴⁵ Praksis fra EF-domstolen tilsier at presumsjonen for dominans er sterkere desto høyere markedsandelen er. En markedsandel på over 70 prosent er generelt vurdert som et sterkt bevis på dominans. I Hilti-saken fastslo EF-domstolen at markedsandeler mellom 70 og 80 prosent var så høye at det ikke var nødvendig med ytterligere bevis for å konstatere at det forelå dominerende stilling.⁴⁶ Videre er det slått fast at med unntak av i helt spesielle tilfeller vil svært høye markedsandeler alene være tilstrekkelig bevis for et foretaks dominerende stilling. Foretaket må i så fall ha opprettholdt en slik markedsposisjon over en viss periode.⁴⁷ Det er også slått fast at forholdet mellom markedsandelen til foretaket under gransking og nærmeste rival er en signifikant indikator for dominans.⁴⁸

Forhold som kan tale imot at det foreligger dominans, er blant annet at konkurrentene har gode muligheter for å ekspandere, at det er lave etableringshindringer eller betydelig kjøpermakt.

⁴³ Sak 27/76 United Brands mot Kommissjonen, premiss 65

⁴⁴ Sak 85/76 Hoffmann-La Roche mot kommissjonen, premiss 39

⁴⁵ Sak 62/86 AKZO Chemie BV mot Kommissjonen, premiss 60

⁴⁶ Sak 30/89, Hilti AG mot kommissjonen (1991) ECR II-1439, premiss 92, Sak 53/92P, Hilti mot kommissjonen (1994) ECR I-667

⁴⁷ Sak 85/76 Hoffmann-La Roche mot Kommissjonen, premiss 41

⁴⁸ Sak T-219/99, British Airways mot kommissjonen, dom av 17. Desember 2003, premiss 210

TINE anfører at selv med tilsynets avgrensning av de relevante markeder vil dagligvarehandelens betydelige kjøpermakt, lave etableringshindringer og landbrukspolitiske virkemidler gjøre at TINE ikke kan sies å ha en dominerende stilling i konkurranserettslig forstand.

Som det vil fremgå nedenfor mener Konkurransetilsynet at TINE har en dominerende stilling i det norske markedet for fast hvitost og brunost.

Det bemerkes at det sentrale spørsmålet i saken er om TINE hadde en dominerende stilling da den utilbørlige utnyttelsen skjedde høsten 2004 i forbindelse med inngåelse av [noen ord unntatt] leveringsavtale med Rema og en 1-årig leveringsavtale med ICA for Rimi.

5.2 TINEs markedsandeler

I 2004 som i dag var det kun TINE og Synnøve Finden som var leverandører av faste hvitoster og brunoster i Norge. Konkurransetilsynet har beregnet de to selskapenes markedsandeler for 2004 med utgangspunkt i innrapporterte omsetningstall fra de fire dagligvaregrupperingene Rema, ICA, NorgesGruppen og Coop.

I markedet for salg av brunost til dagligvarehandelen hadde TINE i 2004 en markedsandel på []⁴⁹ prosent, Synnøve Finden []⁵⁰ prosent mens andre hadde []⁵¹ prosent (hovedsakelig importprodukter). TINEs kjedeandel i de ulike dagligvaregrupperingene varierte mellom [] og [] prosent. Ifølge ECON var markedsandelene til TINE og Synnøve Finden per september 2005 henholdsvis [] prosent og [] prosent.⁵²

I markedet for salg av fast hvitost til dagligvarehandelen hadde TINE i 2004 en markedsandel på []⁵³ prosent, Synnøve Finden hadde []⁵⁴ prosent mens andre hadde []⁵⁵ prosent (hovedsakelig importprodukter). I TINEs markedsandel er produksjon av Coops private merke inkludert. Ifølge ECON Analyse var markedsandelene til TINE og Synnøve Finden per september 2005 henholdsvis [] prosent og [] prosent, men i disse tallene er TINEs produksjon av Coops private merke ikke inkludert. Per september 2005 utgjorde produksjonen av Husets Ost for Coop en markedsandel på []⁵⁶ prosent.⁵⁷ Ifølge opplysninger i Copenhagen Economics rapport har markedsandelen til egen merkvarerost vært []⁵⁸ prosent de tre siste årene.⁵⁹ TINEs kjedeandel i de enkelte dagligvaregrupperingene varierte mellom [] og [] prosent i 2004.

Tilsynet har også innhentet tall fra 2003. TINE hadde da marginalt høyere markedsandel på fast hvitost, og marginalt lavere markedsandel på brunost. Etter at Synnøve Finden etablerte seg i

⁴⁹ 90-100 prosent

⁵⁰ 5-15 prosent

⁵¹ 0-10 prosent

⁵² ECON Analyse: ECON-notat nr. 2006-021 Markedet for faste oster. Kilde: ACNielsen

⁵³ 70-80 prosent

⁵⁴ 15-25 prosent

⁵⁵ 0-10 prosent

⁵⁶ 0-10 prosent

⁵⁷ ECON Analyse: ECON-notat nr. 2006-021 Markedet for faste oster. Kilde ACNielsen

⁵⁸ 0-10 prosent

⁵⁹ Copenhagen Economics – Det relevante marked for norsk hvitost. 2. august 2006

1996, har selskapets markedsandeler gradvis økt. TINEs markedsandeler er likevel relativt stabile fra år til år, og TINE har opprettholdt sin dominerende markedsposisjon også i tiden etter at Synnøve Finden kom inn på markedet.

TINEs stabilt høye markedsandeler på over 70 prosent i markedet for fast hvitost og over 90 prosent i markedet for brunost betyr at det foreligger en sterk presumsjon for at selskapet er dominerende. Videre bemerkes at det kun er én aktør i tillegg til TINE som har fått fotfeste i markedene for fast hvitost og brunost, noe som ytterligere taler for at det foreligger markedsdominans.

Selv om høye markedsandeler taler for at TINE har en svært dominerende stilling, vil Konkurransetilsynet vurdere om etableringsmuligheter og kjøpermakt gjør at TINE likevel ikke er dominerende.

5.3 Hindringer for ekspansjon og nyetablering

Konkurransetilsynet har i tidligere saker lagt til grunn at det er begrensede muligheter for eksisterende konkurrenter til å øke produksjonen, og for nye aktører til å etablere seg i meierisektoren.⁶⁰

For å kunne starte produksjon og salg av fast hvitost og brunost i Norge, er tilgang på melkeråvare av avgjørende betydning ettersom melkeråvare er den viktigste innsatsfaktoren i disse produktene. TINE er en vertikalt integrert aktør som opererer på alle ledd i verdikjeden fra melkeproduksjon på gårdene til produksjon, distribusjon og salg av bearbejdede meieriprodukter til kunder innen dagligvare, industri og storhusholdning. I markedet for kjøp og innsamling av melkeråvare hadde TINE i 2004 en markedsandel på 98 prosent, noe som betyr at selskapet har tilnærmet full kontroll over tilgangen på råvare.

Kvoteordningen begrenser det totale tilbudet av melkeråvare, og manglende omsetningsmuligheter for kvotene begrenser nye og allerede etablerte aktørers mulighet til å basere produksjon på råvare fra egne melkebønder. Det er for eksempel bare allerede etablerte melkeprodusenter som kan kjøpe kvote. Videre er muligheten for å knytte til seg melkeprodusenter begrenset av eiermessige og historiske forhold mellom melkeprodusentene og TINE, som er eid av hovedtyngden av norske melkebønder. Nye og eksisterende aktørers mulighet for å få leveranser av melkeråvare fra utlandet forhindres av det tollbaserte importvernet samt vanskeligheter med å frakte ferskvare over lengre transportavstander.

Dette betyr at aktuelle og potensielle konkurrenter er avhengig av å kjøpe melkeråvare fra TINE. På grunn av TINEs sterke kontroll over melkeråvaren er foretaket pålagt forsyningsplikt, som skal sikre uavhengige aktører leveranser på likeverdige vilkår som til TINEs egne meieriselskap.⁶¹ Hensikten med forsyningsplikten er å legge til rette for konkurranse på foredlingsleddet i meierisektoren. Flere av vilkårene som Konkurransetilsynet satte for å tillate foretakssammenslutningen i TINE-samvirket i 2002 gikk ut på å lette etableringsforholdene,

⁶⁰ Se vedtak V2004-10 "Tines lojalitetsrabatter på hvitost" punkt 11.1.3

⁶¹ Forskrift nr 1602 av 5.12.2003 om markedsregulators forsyningsplikt innenfor melkesektoren

blant annet ved å øke tilgangen på melkeråvare for nye og allerede etablerte aktører.⁶² Det kan ikke utelukkes at tiltakene på sikt kan bidra til å gjøre etablerings- og ekspansjonsmulighetene noe lettere i markedene for hvit og brun ost. I denne saken er imidlertid spørsmålet om TINE hadde en dominerende stilling da den utilbørlige utnyttelsen fant sted. Det er derfor vurdering av markedsstruktur, etableringsmuligheter og konkurranseforhold med utgangspunkt i dette tidspunkt som er relevant.

Det er på det rene at ingen nye produsenter av fast hvitost og brunost har etablert seg på det norske markedet i perioden fra 2004 og frem til i dag. Etter tilsynets oppfatning innebærer konkurrenters avhengighet av å få levert melkeråvare fra TINE at konkurransen blir mindre effektiv enn den ellers ville ha vært. TINE som vertikalt integrert aktør kan ha incentiver til å fordyre og vanskeliggjøre produksjonen for sine konkurrenter.

Tilsynet viser videre til at det er andre betydelige etableringshindringer for nye aktører og ekspansjonshindringer for den eksisterende konkurrenten på kort og mellomlang sikt. Etablering av meierianlegg krever store investeringer og gjør at det kan ta tid å få nye anlegg i drift. Det kan videre være vanskelig, både for nye og eksisterende aktører, å få innpass hos kunder i markeder der TINE allerede har konkurransefortrinn i form av blant annet sterke merkevarer og merkevarelojalitet bygd opp ved hjelp av betydelige investeringer i reklame og goodwill. Det betyr at nye selskaper som ønsker å etablere seg i markedet, må påregne betydelige investeringer i merkevarebygging. Dette er irreversible investeringer som vil øke etableringsrisikoen, og som således utgjør en etableringskostnad.

TINE har også et landsdekkende salgs- og distribusjonsapparat, med et omfattende salgskorps som følger opp vareplassering i butikkene. Over tid har TINE opparbeidet seg langsiktige kunderelasjoner med dagligvaregrupperingene, og selskapet har leveranseavtaler med de største kundene der foretaket har status som kundens hovedleverandør av meieriprodukter. TINE har dessuten ledig produksjonskapasitet og bedre muligheter enn sin konkurrent til å dekke økt etterspørsel fra kundene i dagligvarehandelen. Dette kan virke avskrekkende i forhold til nyetablering og utvidelse av produksjonskapasitet hos den andre etablerte aktøren.

TINE hevder at det ikke er vesentlige etableringshindringer i markedet for produksjon av ost i Norge. Det anføres at gjennom gjeldende markedsordning oppnår andre osteprodusenter like god tilgang på melk som TINE Industri. I tillegg hevder TINE at store internasjonale aktører som Arla Foods og dagligvarekjedene ikke vil være begrenset av at TINE har sterke merkevarer, lojale kunder, et godt utbygd distribusjonsapparat samt gode kundeforhold til dagligvarekjedene. Det anføres at TINE ikke vil ha styrke til verken å hindre internasjonale meieriaktører i å etablere seg i Norge eller til å konkurrere slike aktører ut av markedet. TINE peker også på at dagligvarekjedene introduserer egne merkevarer i stadig flere produktkategorier, herunder i kategorien fast hvitost. Ifølge TINE kan dagligvarekjedene bruke egne merkevarer til å styrke sin forhandlingsposisjon overfor merkeleverandørene, både gjennom å etablere alternative produkter og ved at kjedene har mulighet til skifte produsent av egne merkevarer.

⁶² Se vedtak V2002-88 "Tine norske meierier" punkt 6

Som vist i punkt 4.3 har det tidsperioden fra 2004 og frem til i dag ikke vært lønnsomt å importere fast hvitost til Norge under gjeldende tollsatser. Verken det danske svenske meieriselskapet Arla Foods eller andre internasjonale osteprodusenter har foretatt en større etablering i Norge basert på eksport av fast hvitost. Erfaring fra andre land tyder på at utenlandske meieriaktører som Arla Foods i mange tilfeller etablerer seg i nye geografiske markeder gjennom oppkjøp av meieriselskaper lokalisert i området.⁶³ Dersom en internasjonal osteprodusent hadde etablert seg i Norge basert på produksjon i Norge, ville denne produsenten stå overfor de samme rammebetingelser som Synnøve Finden har i dag. Til tross for at Synnøve Finden har vært etablert i snart 10 år i Norge, har selskapet vanskeligheter med å oppnå tilfredsstillende lønnsomhet. I en artikkel i Nationen 7. desember 2006 fremgår det at Arla Foods ikke ser det som aktuelt å etablere konsummelkproduksjon i Norge gjennom oppkjøp av Q-Meieriene på grunn av usikkerhet om rammebetingelsene for meierivirksomhet. Det er liten grunn til å tro at det fremstår som mer attraktivt å etablere seg som osteprodusent i Norge. Konkurransetilsynet viser dessuten til punkt 4.3 hvor det ble gjengitt tall for prisforskjeller som tyder på at TINE har en betydelig merkevarfordel innen fast hvitost og brunost sammenlignet med både andre leverandørers merkevarer og handelens egne merker.

Konkurransetilsynet legger med dette til grunn at det i 2004 var og at det fortsatt er betydelige etableringshindringer i markedet for fast hvitost og brunost. Det er vanskelig for eventuelle nye aktører å etablere seg i markedene for hvitost og brunost, og vanskelig for den eksisterende konkurrenten å ekspandere sin virksomhet. Den potensielle så vel som den faktiske konkurransen er således svak.

5.4 Kjøpermakt

Kjøpermakt kan begrense eller helt fjerne en selgers mulighet til å utøve selgermakt. For at kjøpermakt skal foreligge, kreves det enten at det er flere troverdige alternative tilbydere som kundene kan spille ut mot hverandre, eller at kunden er villig til å sponse/subsidiere etablering av nye aktører.

De fire dagligvaregrupperinger har om lag 99 prosent av all omsetning i norsk dagligvarehandel, og disse grupperingene vil i utgangspunktet kunne ha et potensial for å utøve kjøpermakt. Etter Konkurransetilsynets vurdering er imidlertid dagligvarekundernes kjøpermakt ikke tilstrekkelig til å motvirke TINEs markedsrett. Dette vil det bli gjort nærmere rede for i det følgende.

TINE har en rekke kjente merkevarer. Eksempler på sterke merkevarer er Tine Melk, Norvegia, Jarlsberg, Meierienes Juice og Tine Smør, Diplom-Is, med flere. TINEs merkevestyrke er en faktor som begrenser dagligvaregrupperingenes kjøpermakt vis a vis TINE. TINEs høye markedsandeler i ostemarkedet (se punkt 5.2) viser tydelig at det er svært mange forbrukere som har TINEs osteprodukter som førstevalg. Dette innebærer at dagligvarehandelen vanskelig kan klare seg uten TINEs osteprodukter i sortimentet dersom de ønsker å tilfredsstille etterspørselen fra forbrukerne. Etter tilsynets vurdering fremstår TINEs konkurrenter derfor mer som supplement enn som reelle alternativer for dagligvaregrupperingene.

⁶³ <http://www.arlafoods.dk/appl/HJ/HJ201AFD/HJ201D01.NSF/CatNewsSearch?Open&Fusioner>



TINE er hovedleverandør av meieriprodukter til samtlige dagligvaregrupperinger. Etter det tilsynet er kjent med, har ingen av dagligvaregrupperingene fjernet eller truet med å fjerne TINEs osteprodukter fra sortimentet. Derimot har Synnøve Finden hatt vanskeligheter med å komme inn med sine osteprodukter, og selskapet er blitt truet med å bli kastet ut av kjedene, jf. for eksempel Coop Norge AS's (heretter Coop) oppsigelse av kundeforholdet med Synnøve Finden i juni 2004.⁶⁴

TINE anfører i denne sammenheng at Coops kastet den kjente merkevareleverandøren Kellogg's ut sommeren 2004. Tilsynet vil understreke at Kellogg's møter konkurranse fra andre sterke internasjonale merkevareleverandører som Nestlé og Quaker når det gjelder salg av frokostblandinger. I denne produktkategorien har altså kjedene flere alternative leverandører å spille ut mot hverandre. I tillegg er importtrusselen betydelig sterkere enn i ostemarkedet.

TINE viser til Konkurransetilsynets avgjørelse A2003-14 (Mills – Margarinfabrikken), der tilsynet la vekt på at kjøpermakt og potensiell konkurranse, bidro til at konkurransen i det berørte markedet ikke var vesentlig begrenset før ervervet. Det fremholdes at en slik vurdering også må legges til grunn for TINE i markedet der ost inngår. Tilsynet vil blant annet peke på at markeds-konsentrasjonen var vesentlig lavere i denne saken enn i angjeldende sak. Det var fire aktører og Mills som hadde rundt 55 prosent av markedet for "gult fett". I tillegg var det potensiell konkurranse fra leverandører av tilsvarende produkter til bakerimarkedet. Tilsynet anser derfor at vurderingen i ovennevnte sak har liten relevans når det gjelder vurderingen av om TINE innehar en dominerende stilling i markedene for salg av hvit og brun ost i Norge.

TINE hevder at merkevareleverandørene i fremtiden kommer til å møte betydelig konkurranse fra handelens egne merkevarer, noe som vil føre til økt kjøpermakt. TINE refererer i denne sammenheng til notatet "Egne merkevarer" fra professor Dag Morten Dalen. Han peker i sitt notat på at kjedene ønsker å etablere egne merkevarer for å (i) utøve kjøpermakt, (ii) prisdiskriminere eller (iii) redusere kostnad ved bytte av leverandør.

Konkurransetilsynet vil peke på at utøvelse av kjøpermakt typisk vil skje ved at det egne merket legges tett opp til leverandørens merke. Hvis det egne merket er lagt tett opp til leverandørens merkevare, vil det ikke være mulig å selge leverandørens merkevare til en betydelig høyere pris til kundene. Dette synes imidlertid å stemme dårlig overens med det som observeres i de norske markedene for fast hvitost og brunost. Tilsynet observerer betydelige høyere pris på leverandørens ostemerker enn på handelens egne merker samtidig som leverandørmerket opprettholder et høyt salg (se punkt 4.3). Etter tilsynets vurdering er en mer sannsynlig forklaring på etablering av handelens egne merker at det gir mulighet for å prisdiskriminere mellom ulike kunder. De prisfølsomme kundene kjøper egne merker til lav pris, hvilket betyr at kun de lojale kundene er interessert i å kjøpe leverandørens merkevare. Dermed er det mulig å sette en relativt høy pris på leverandørmerket. Som vist i punkt 4.3 for treårsperioden frem til våren 2006 steg prisene på Norvegia samtidig som prisen på egne merker falt med 10 prosent. Dette er i tråd med det man forventer dersom egne merker bidrar til prisdiskriminering.

⁶⁴ Se oppslag i Finansavisen 3, 6. og 12. juli 2004.

Kjede og leverandør kan ha felles interesse av at det introduseres egne merker for å prisdiskriminere mellom ulike kundegrupper. Dette er forklart i Dalens notat (side 10-11):

”Som allerede forklart, fordrer effektiv prisdiskriminering lansering av flere varianter av samme produktet. Dersom merkevareleverandøren – som eneste tilgjengelige leverandøren - bidrar med flere varianter, vil det samlede overskuddet i handelen øke, og forhandlingene kan sikre at partene får en del av gevinsten. Hvis lavprisvarianten må ha en synlig lavere kvalitet enn den originale merkevaren for å kunne gjennomføre effektiv prisdiskriminering, kan det være i kjedens og leverandørens felles interesse å lansere dette som en ny variant lansert under den samme merkevareparaplyen. På den måten kan leverandøren forhindre at lavprisvarianten bidrar til å undergrave forbrukernes oppfatning av kvaliteten på den originale merkevaren.”

Notater utarbeidet internt i TINE viser at det kan være tjenelig for selskapet at kjedene fører en strategi hvor egne merker posisjoneres som lavpris.⁶⁵ Dette er helt i tråd med Dalens påstand om at leverandør og kjede kan ha felles interesse av at handelen introduserer egne merker.

I Norge er det i mange tilfeller de store merkevareleverandørene som produserer handelens egne merker. I ostemarkedet har det i hovedsak vært TINE og Synnøve Finden som har stått for produksjon av handelens egne merker. Opplysninger fra leverandørene tyder på at produksjon av handelens egne merkevarer også kan ha andre fordeler for selskapene, for eksempel ved at det bidrar til bedre kapasitetsutnyttelse og blokkering for konkurrenter. Tilsynet vil bemerke at handelens egne merker ifølge tall fra ACNielsen foreløpig har svært begrenset gjennomslag i Norge, særlig i kategorien kjølte varer hvor andelen var kun tre prosent i 2006.⁶⁶ I 2004 var det bare Coop som hadde ost under eget merke i sortimentet. Denne var og er fortsatt i dag produsert av TINE. De andre dagligvaregrupperingene introduserte fast hvitost under eget merke først i 2005 og 2006.

Konkurransetilsynet er derfor av den oppfatning at etablering av egne merker ikke har sin årsak i utnyttelse av kjøperkraft fra dagligvarehandelens side, men at det i stedet kan forklares med ønske om å prisdiskriminere mellom ulike kjøpegrupper. Dagligvarehandelens bruk av egne merkevarer motvirker derfor ikke at TINE er i stand til å opptre uavhengig av kunder, konkurrenter og leverandører.

Etablering av egen produksjon og sponsing av rivaler

Som det fremgår over kan kjøperkraft foreligge dersom det er aktuelt for kjedene å etablere egen eller sponse ekstern osteproduksjon.

Konkurransetilsynet har undersøkt om det kan være aktuelt for kjedene å etablere egen osteproduksjon. Bare Rema anfører at dette kan være aktuelt. Osteproduksjon synes å ligge utenfor dagligvaregrupperingenes kjernevirksomhet. Videre vil dagligvarekjedene stå overfor de samme betydelige etableringshindringer som andre aktører møter i markedet. Manglende lønnsomhet i osteproduksjon for allerede etablerte rivaler til TINE vil også kunne virke avskrekkende for

⁶⁵ Vedlegg 6 til TINEs tilsvare: Referat fra møte i konsernledelsen i TINE 1.9.2003 – Konkurransestrategi hvitost. Se også punkt 6.2 og vedlegg 1 til vedtaket

⁶⁶ <http://www.acnielsen.no/news/20060515.shtml>

nyetablering fra kjedenes side. Etter det tilsynet kjenner til, har ingen av dagligvarekjedene vært aktive i forhold til kjøp av meierianlegg som TINE har lagt ut for salg. I perioden fra 2004 og frem til i dag har kjedene ikke etablert egen osteproduksjon, og tilsynet anser det som lite sannsynlig at kjedene vil foreta en slik etablering på kort og mellomlang sikt.

Generelt vil kjedene være opptatt av å beholde flere leverandører, da et eventuelt monopol på leverandørsiden vil frata dem muligheten til å presse leverandører til å konkurrere. I den foreliggende saken taler dette for at aktørene samlet sett vil ønske at Synnøve Finden er aktiv i markedet, eventuelt at det legges til rette for nyetablering om Synnøve Finden skulle falle ut av markedet. Men hver enkelt kjede vil ikke nødvendigvis ta ansvar for å holde liv i TINEs konkurrenter. En kjede kan ønske å gi TINE posisjon som eneleverandør, i håp om at noen av de andre kjedene fortsatt skal føre Synnøve Findens eller andre konkurrerende produkter. Dermed oppstår et koordineringsproblem mellom dagligvaregrupperingene der alle ønsker at noen av de andre sikrer omsetning for konkurrenten til TINE.

TINE anfører at det teoretiske problemet med manglende koordinering kjedene imellom ikke er omtvistet. TINE hevder likevel at det ikke forelå noe koordineringsproblem mellom dagligvaregrupperingene fordi alle kundene kjente til Synnøve Findens økonomiske situasjon.

Tilsynet vil peke på at dagligvarekjedene ikke synes å ha koordinert seg i forhold til Synnøve Finden, og at hver kjede kan ha forskjellige oppfatninger om hvilke konsekvenser bortfall av leveranser vil ha for Synnøve Findens muligheter til å forbli i markedet. Hver for seg kan Rema og ICA ha vurdert det slik at bortfall av leveranser til kjeden de representerer ikke ville presse Synnøve Finden ut av markedet.

Koordineringsproblemer gjør videre at kjedene vil ha mangelfulle incentiver til å sponse eller subsidiere nyetableringer. Dette skyldes et gratispassasjerproblem der konkurrerende grupperinger kan nyte godt av slike investeringer uten selv å måtte pådra seg kostnadene. Tilsynets vurdering er derfor at koordineringsproblemet mellom kjedene begrenser deres kjøpermakt. TINE synes også å ha utnyttet denne mangel på koordinering. Som det vil fremgå under punkt 6.3.2, 6.5.1 og 6.5.3, synes TINE å ha lagt en strategi for å kuppe NorgesGruppen før Synnøve Finden fikk beskjed om Remas oppsigelse av leveranseavtalen 7. desember 2004. Dette skulle hindre Synnøve Finden i å få avsatt ostevolumet som kom i spill gjennom et mer omfattende samarbeid med NorgesGruppen. TINEs atferd illustrerer at selskapet kan opptre uavhengig av sine kunder, konkurrenter og sluttbrukere, og at kjøpermakten ikke er tilstrekkelig til å motvirke TINEs markedsmakt.

Konkurransetilsynet er av den oppfatning at dagligvarehandelens kjøpermakt ikke er tilstrekkelig til å motvirke at TINE kan utøve markedsmakt og opptre uavhengig av sine kunder, konkurrenter og leverandører. Dette følger av en samlet vurdering av leverandørkonsentrasjon og mangel på alternative leverandører å spille ut mot hverandre, mangel på koordinering kjedene imellom med hensyn til å sikre nye og eksisterende konkurrenters tilstedeværelse i markedet samt utforming av kjedenes og leverandørenes egen merkevare-strategi i ostemarkedet.

Politiske rammebetingelser og TINEs muligheter til selvstendig prissetting

TINE anfører at politiske rammevilkår er til hinder for at TINE har en dominerende stilling. TINE er eiet av melkebøndene og er tillagt markedsreguleringsansvaret. Ifølge TINE er selskapets målfunksjon å maksimere verdien av råvaren, ikke overskuddet av industrivirksomheten. TINE hevder dette innebærer at hvis andre bedrifter kan foredle og omsette råvaren mer effektivt enn TINE, lønner det seg for selskapet å ikke foredle råvaren selv, men selge råvaren til andre foredlere. TINE mener dette taler for at selskapet ikke kan utøve markedsrett i osteproduksjon. TINE anfører videre at etterkontrollen i markedsordningen for melk og mulighet for bruk av styringsprisen i forbindelse med jordbruksforhandlingene hindrer selskapet i å øke prisene på ost.

Konkurransetilsynet vil innledningsvis bemerke at Landbruks- og matdepartementet (LMD), som er sektor- og reguleringsmyndighet for meierisektoren, i brev av 10. oktober 2004 til tilsynet har gjort det klart at landbruksmyndighetene ikke regulerer TINEs prisfastsettelse på foredlede meieriprodukter som fast hvitost og brunost. Det gis i brevet uttrykk for at det er LMDs ”klare oppfatning at prisen på Norvegia F45 ikke er regulert, i lov, forskrift eller avtale som medfører at dette forholdet har unntak etter krrl. § 11.”⁶⁷ Etter tilsynets vurdering taler landbruksmyndighetenes uttalelse for at det ikke foreligger landbrukspolitiske reguleringer som hindrer TINE i å øke prisen på for eksempel fast hvitost.

Konkurransetilsynet kan heller ikke se at eierforholdene i TINE tilsier at selskapet vil tilpasse seg på en annen måte i markedet enn foretak som har en annen eierstruktur eller selskapsform. En vertikalt integrert aktør som TINE med et bredt spekter av produkter vil kunne ha incentiv til å utnytte markedsrett dersom dominans foreligger i ett eller flere markeder. Eierne i TINE mottar utbetalinger fra selskapet både i form av råvarepris fra TINE Råvare og utbytte/bonus fra et eventuelt overskudd i TINE Industri, og det er dermed av mindre betydning hvilken del av virksomheten inntektene er generert fra.

Tilsynet kan videre ikke se at etterkontrollen, som er en del av markedsordning for melk, hindrer TINE i å øke salgsprisene på ost. Det følger direkte av regelverket knyttet til kontrollen at det er tale om en indirekte form for minsteprisregulering av TINEs prissetting på meieriprodukter der TINE møter konkurranse, og ikke en form for maksimalprisregulering.⁶⁸

Konkurransetilsynet mener det er feil når TINE hevder at styringsprisen hindrer TINE i å øke prisene på meieriprodukter som fast hvitost og brunost. Det fremgår av prisbestemmelsene i jordbruksavtalen punkt to at myndighetenes fastsettelse av styringspris er relatert til regulering av TINE Råvares prissetting på melkeråvare og ikke til TINEs prissetting på foredlede meieriprodukter som ost. Styringspris er et instrument som Statens landbruksforvaltning kan ta i bruk dersom råvareprisen har ligget over avtalt målprisnivå eller dersom det er foretatt endringer i tilskudd og avgifter i prisutjevningsordningen for å bygge opp midlene i prisutjevningsfondet.⁶⁹

⁶⁷ Sak 2004/738

⁶⁸ Forskrift 4.12.2003 nr 1453 om prisutjevningsordningen for melk, § 8 og Forskrift 13.06.2006 nr 953 om satser og etterregning i prisutjevningsordningen for melk og satser for produksjonsfløte og tilvirkningsverdi på smør, § 2.

⁶⁹ Jordbruksavtale (2006-2007) punkt 2.1.



Konklusjon

På bakgrunn av TINEs stabilt høye markedsandeler, betydelige etablerings- og ekspansjonshindringer i markedet samt ulike forhold som begrenser dagligvaregrupperingenes kjøpermakt, konkluderer Konkurransetilsynet med at TINE har en dominerende stilling i de relevante markedene. TINE har dermed et særlig ansvar for å unngå at selskapets atferd begrenser konkurransen.

6 Utilbørlig utnyttelse

6.1 Utilbørlig utnyttelse – rettslig utgangspunkt

Konkurranseloven § 11 forbyr ensidig atferd fra et dominerende foretak som begrenser konkurransen i markedet. Avgjørende er om det dominerende foretaket opptrer på en måte som medfører fare for at konkurransen i det relevante markedet elimineres eller reduseres.⁷⁰

Utilbørlig utnyttelse kan grovt deles inn i to hovedkategorier: utnyttende misbruk og ekskluderende misbruk. Denne saken omhandler ekskluderende misbruk. Ekskluderende misbruk er atferd som påvirker markedsstrukturen ved å svekke eller eliminere aktuelle eller potensielle konkurrenter noe som i siste omgang kan skade forbrukerne.

Dominerende foretak har et særlig ansvar for ikke å begrense konkurransen i markedet.⁷¹ Det fremgår av praksis fra Kommisjonen og EF-domstolen at det særlige ansvaret for dominerende foretak skjerpes ytterligere hvis foretaket nærmer seg en monopolsituasjon. Dersom et dominerende foretak har markedsandeler over 90 prosent, og øvrige konkurranseforhold ligger til rette for utnyttelse av markedsrett, for eksempel ved at det kun eksisterer en konkurrent i markedet, må den dominerende aktøren utvise særlig varsomhet for ikke å begrense konkurransen i markedet ytterligere.⁷² Det kreves ikke årsakssammenheng mellom den dominerende stilling og den utilbørlige utnyttelsen.⁷³

Vurderingen av om det foreligger en konkurransebegrensende atferd, er i utgangspunktet objektiv.⁷⁴ Dette innebærer at det ikke kreves bevis for skyld eller hensikt. Det er de faktiske forhold som er avgjørende for om konkurranseloven § 11 er overtrådt. Bevis for foretakets subjektive hensikt vil likevel kunne tillegges vekt ved vurderingen av om konkurranseloven § 11 er overtrådt.⁷⁵

Domstolene har beskrevet ekskluderende misbruksatferd på følgende måte:

“Misbrugsbegrepet er et objektivt begrep, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfaerd, som efter sin art kan paavirke strukturen paa et marked, hvor

⁷⁰ Forenede saker 6 og 7/73 Commercial Solvents premiss 25, og sak C-7/97 Bronner premiss 38

⁷¹ Sak 322/81 Michelin mot Kommisjonen premiss 57, sak T-228/97 Irish Sugar mot Kommisjonen premiss 112

⁷² Sak C-395/96 Compagnie Maritime Belge Transports SA mot Kommisjonen premiss 119, sak C-333/94 Tetra Pak mot Kommisjonen premiss 28-31 og Richard Wish, Competition Law (5. utgave 2003) side 189-190

⁷³ Sak 6/72 Continental Can mot Kommisjonen premiss 27

⁷⁴ Sak 85/76 Hoffmann-La Roche premiss 91

⁷⁵ Richard Wish, Competition Law (5. utgave 2003) side 194



konkurrencen netop som følge af den paagaelende virksomheds tilstedevaerelse allerede er afsvaekket, og som bevirker, at der laegges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestaaende konkurrence paa markedet eller udviklingen af denne konkurrence som foelge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsaetning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig paa grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser.”⁷⁶

Det følger av dette at den dominerende aktørs handling må avvike fra hva som er normal atferd ved tilbud av varer og tjenester. Det er vanligvis ikke i strid med konkurranseloven § 11 dersom et dominerende foretak ekskluderer konkurrenter fra markedet ved å konkurrere på ytelse som pris og kvalitet (competition on the merits). Det følger også av den nevnte avgjørelsen og senere praksis fra EF-domstolen at det stilles visse krav i forhold til atferdens virkning på markedet.

Konkurranseloven § 11 rammer ensidige handlinger, og det kreves ikke at det foreligger en juridisk bindende avtale om kjøpseksklusivitet for at atferden skal rammes av bestemmelsen. Både avtaler, felles forståelse og ensidig atferd som leder til eksklusivitet kan rammes av konkurranseloven § 11. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at det i denne saken forelå en avtale om kjøpseksklusivitet. Under enhver omstendighet forelå felles forståelse om at TINE skulle være eneleverandør av fast hvitost og brunost til Rema, noe som også rammes av § 11. Etter tilsynets oppfatning rammes imidlertid allerede TINEs ensidige atferd under årsforhandlingene med Rema av konkurranseloven § 11. Det samme gjelder TINEs tilbud om ytelse mot eneleverandørstatus overfor ICA.

Dersom en dominerende aktør inngår en avtale om kjøpseksklusivitet eller tilbyr en kunde eneleverandørstatus, vil det kunne innebære utilbørlig utnyttelse i strid med konkurranseloven § 11. I Hoffmann- La Roche premiss 89 er eksklusive kjøpsforpliktelser beskrevet på følgende måte:

” En virksomhed, som indtager en dominerende stilling paa et marked, og som – ogsaa efter anmodning fra disse – binder koebere til sig ved hjaelp af en forpligtelse til eller et loefte om at daekke hele eller en betydelig del af deres behov udelukkende hos virksomheden, misbruger herved sin dominerende stilling som naevnt i traktatens artikkel 86, uanset om forpligtelsen staaer alene eller modsvarers af en bonusydelse.”

Slik Konkurransetilsynet vurderer det har TINE og Rema i konkurranserettslig forstand forpliktet seg til, eller Rema gitt løfte om, at TINE skulle være eksklusiv leverandør av fast hvitost og brunost til Rema. Når det gjelder ICA har TINE avgitt tilbud om økonomiske ytelse mot eksklusivitet.

Det er imidlertid ikke nødvendig å sannsynliggjøre at det foreligger en forpliktelse eller et løfte om eksklusivitet mellom aktørene. Som nevnt rammes ensidige handlinger og det avgjørende er om atferden har en utestengende virkning. Det følger av Van den Bergh Foods⁷⁷ at faktisk, så vel som avtalebasert eksklusivitet, rammes av konkurranseloven § 11. Det er således ikke grunnlag

⁷⁶ Sak 85/76 Hoffmann-La Roche premiss 91

⁷⁷ Sak T-65/98 Van den Berg Foods og Konkurrenceretten i EU 2. utgave side 584 av Christensen mfl.

for å oppstille et skille, slik som TINE gjør, mellom *faktisk eneleverandørsituasjon* som er lovlig, og en *avtale om eneleverandørstatus* som vil kunne være ulovlig.

Konkurransetilsynet vil videre fremheve at for å konstatere en utilbørlig utnyttelse, er det tilstrekkelig at kjøper forplikter seg til å handle ”*en betydelig del av deres behov*” fra den dominerende aktøren.⁷⁸ Det oppstilles således ikke krav om at hele varebehovet må dekkes gjennom den dominerende aktøren. I denne sammenheng vises det også til at gruppefritaket for vertikale avtaler definerer konkurranseklausul som en klausul hvor kjøper forplikter seg til å erverve 80 prosent eller mer av kjøperens årlige innkjøp av avtalevarer eller -tjenester fra leverandøren.⁷⁹ I saker etter konkurranseloven § 11 vil en forpliktelse til å kjøpe alt fra den dominerende aktøren vurderes strengere enn en forpliktelse til kun å kjøpe en viss prosentandel.⁸⁰ Når det i dette vedtaket tales om eksklusivitet eller eneleverandørforhold, så siktes det både til det tilfellet at kjøps eksklusiviteten dekker hele eller en betydelig del av Rema og ICAs behov for de aktuelle produktene.

Det forhold at et dominerende foretaks avtalemotparter er store foretak, eller at avtalen er inngått etter en anmodning fra avtalemotparten, har ingen betydning for vurderingen av om det foreligger en utilbørlig utnyttelse.⁸¹

I rettskraftig avgjørelse fra Retten i Århus av 10. februar 2006 ble Arla Foods Amba (Arla) ilagt en bot på fem millioner kroner for å ha misbrukt sin dominerende stilling på det danske markedet for salg av frisk hvit melk og syrnede produkter. Arla betalte 200 000 kroner som jubileumstilskudd til grossisten Metro mot at Metro ekskluderte en mindre meierileverandør, Hirtshals Andelsmejeri. Det forelå ingen skriftlig avtale der det fremgikk at Arla skulle utbetale 200 000 kroner mot at Metro sluttet å kjøpe melk fra Hirtshals. Arla hevdet at beløpet var betaling for diverse markedsføringskampanjer og ikke betaling for eksklusivitet. Det bemerkes at retten ikke fant det nødvendig å vurdere om markedsføringstilskuddet hadde lojalitetsskapende virkninger. Det ble heller ikke sett på som avgjørende at Arla mottok markedsføring som stod i forhold til det ytede beløp. Retten fant det bevist at Arlas utbetaling av markedsføringstilskuddet var betinget av Metros eksklusjon av Hirtshals Andelsmejeri, og dette var avgjørende for saken.

I det følgende vil tilsynet knytte enkelte merknader til hvilke krav som stilles i forhold til atferdens konkurransemessige virkning. Når en dominerende aktør oppnår eksklusivitet, skjer det på et marked hvor konkurransen allerede er svekket. Eksklusiviteten vil på denne bakgrunn kunne medføre at det oppstår ytterligere begrensninger i konkurransestrukturen på markedet. På denne bakgrunn har EF-domstolen fastslått at misbruksbegrepet prinsipielt omfatter enhver eksklusiv kjøpsforpliktelse til fordel for en virksomhet som har en dominerende stilling.⁸² Det må imidlertid vurderes konkret i den enkelte sak om atferden kan ha en utstengende effekt.

⁷⁸ Sak 85/76 Hoffman-La Roche premiss 89

⁷⁹ Forskrift av 17.08.2004 nr 1196 om anvendelsen av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden § 1 litra b) og Richard Wish, Competition Law (5. utgave 2003) side 699

⁸⁰ Richard Wish, Competition Law (5. utgave 2003) side 656

⁸¹ Sak 85/76 Hoffman-La Roche premiss 89 og 120

⁸² Sak 85/76 Hoffmann-La Roche premiss 120 og 121, Sak T- 65/89 BPB Industries mot Kommisjonen premiss 68



Det er ikke nødvendig å konstatere at atferden har hatt eller vil få konkrete faktiske virkninger på det berørte markedet. Det er tilstrekkelig at atferden potensielt kan begrense konkurransen ved å sannsynliggjøre at atferden ”er egnet til å ha eller sannsynligvis vil ha en konkurransebegrensende virkning”. I British Airways⁸³ er dette formulert som at den dominerende aktørens atferd “...tends to restrict competition or, in other words, that the conduct is capable of having, or likely to have, such an effect”.

Når et dominerende foretak faktisk gjennomfører en praksis med henblikk på å fortrenge eller utestenge konkurrenter, kan det foreligge utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling selv om det ønskede resultat ikke blir oppnådd.⁸⁴ Dette er også blitt formulert som at hvis dominerende foretak har til formål å begrense konkurransen, vil denne atferden være egnet til å begrense konkurransen.⁸⁵

Konkurransetilsynet legger til grunn at konkurranseloven § 11 kommer til anvendelse selv om det dominerende foretaks atferd ikke fører til full utestengning av markedet. Det må vurderes om virkningene er av et slikt omfang at atferden kan sies å ha en utestengende effekt. Den utestengende effekten vil være større desto større andel av avtakerne som er bundet opp og jo lenger varighet utestengingen har. Dersom det foreligger dominans, er det grunn til å anta at den ekskluderende atferden vil kunne ha negativ virkning i markedet. Jo sterkere dominans, desto sterkere vil de negative markedsvirkningene være. I en slik situasjon er det viktig å beskytte den begrensede konkurransen som allerede finnes i markedet og fremveksten av ny og økt konkurranse.

Ifølge rettspraksis fra EF-domstolen kan atferd som har en legitim begrunnelse, bli ansett for ikke å innebære en utilbørlig utnyttelse.⁸⁶ Det er det dominerende foretaket som har bevisbyrden for å godtgjøre at atferden er legitim begrunnet.⁸⁷ Hva som skal til for at det foreligger en legitim begrunnelse, og om vilkårene er oppfylt i denne saken, vil bli gjennomgått under punkt 6.5.4 nedenfor.

TINEs anførsel om at selskapets handlinger ikke atskiller seg fra hva som er normalt ved tilbud av varer og tjenester (“competition on the merits”) kan, som det vil fremkomme av tilsynets vurdering under punkt 6.5.1 til 6.5.4 ikke føre frem. Etter Konkurransetilsynets oppfatning følger det klart av EF-domstolens praksis at den atferd TINE har utvist i dette tilfellet klart må anses som et avvik fra normal konkurranseatferd. Heller ikke et effektivitetsforsvar kan legitimere TINEs handling jf. punkt 6.5.4 nedenfor

6.2 TINEs analyse og vurderinger av konkurrenter, kunder og marked

Før det foretas en gjennomgang av hva som konkret skjedde under årsforhandlingene høsten 2004 vil Konkurransetilsynet kort gjennomgå noen dokumenter som viser enkelte av TINEs vurderinger av konkurrenter, kunder og markedet for øvrig i denne perioden. Dokumentene

⁸³ Sak T-219/99 British Airways premiss 293, se også sak T-203/01 Michelin II premiss 239

⁸⁴ Sak T-219/99 British Airways premiss 297

⁸⁵ Sak T-203/01 Michelin II premiss 241

⁸⁶ Sak T-228/97 Irish Sugar premiss 112 og 189

⁸⁷ Sak T-203/01 Michelin II premiss 107-109



illustrerer noen av de temaene TINE har hatt fokus på i diskusjoner og i vurderinger om konkurransestrategi.

Konkurransetilsynet har fått opplyst fra TINE at konsernstyret i selskapet i 2003 iverksatte en strategiprosess – TINE 2010 – som munnet ut i et endelig strategidokument som ble vedtatt av styret 26. januar 2005. I forbindelse med denne strategiprosessen ble det utarbeidet en rekke notater som ble benyttet som arbeidsdokumenter og diskusjonsgrunnlag.

En arbeidsgruppe med basis i TINE Markedssenter utarbeidet høsten 2003 et notat som ble benyttet som diskusjonsgrunnlag for konsernledelsen i forbindelse med beslutninger om videre konkurransestrategi i markedet for hvitost. Dokumentet ble behandlet i et konsernledermøte i TINE den 1. september 2003. Notatet gir mye informasjon om TINEs interne vurderinger av hvitostmarkedet.

- **Vedlegg 1:** Tiltaksplan og konkurransestrategi hvitost 2004-2006 - med vekt på spørsmål om EMV [egen merkevare] og lavprisprodukt innen dagligvare

Det fremgår blant annet at TINE vurderte hvitost for å være det mest konkurranseutsatte produktområdet i denne tidsperioden. TINE anså at endrede rammebetingelser i form av blant annet økt import og etablering av hard discount-butikker ville få konsekvenser for hvitostsalget.

[Syv linjer unntatt] I forhandlingene med Rema høsten 2004 benyttet TINE, etter Konkurransetilsynets oppfatning, leieproduksjon av egen merkevare-hvitost som et argument for at Rema kun skulle satse på Norge i tillegg til en eventuell egen merkevare- hvitost.

Konkurransetilsynet har videre beslaglagt andre dokumenter som gir innblikk i interne vurderinger i TINE knyttet til posisjonen i Rema.

Et av dokumentene er fra august 2003 og er mest sannsynlig utarbeidet som et ledd i forberedelsene til årsforhandlingene med dagligvarekjedene høsten 2003. Dokumentet har overskriften ”Gruppearbeid”. Under punkt to, med overskriften ”Sikre sortiment”, fremgår følgende:

”[seks linjer unntatt]”

- **Vedlegg 2:** Internt notat med overskriften ”Gruppearbeid”

Under TINEs årskonferanse på Lillehammer den 24.- 26. november 2004 ble det holdt en presentasjon for salgsapparatet om TINEs status i Rema. Under overskriften ”*Utfordringer 2005*” kommer TINEs kunnskap om at Synnøve Finden skal ut av Rema, til uttrykk i ett av punktene. Her heter det:

”*Vi SKAL vise andre at det faktisk går an å satse på et merke/ leverandør.*”

- **Vedlegg 3:** Presentasjon fra TINEs årskonferanse på Lillehammer 24.- 26. november 2004

6.3 TINEs årsforhandlinger for 2005 og 2006 med Rema

Som det fremkommer innledningsvis mener Konkurransetilsynet at det høsten 2004 ble inngått en avtale eller oppnådd felles forståelse om at TINE skulle være eneste leverandør av fast hvitost og brunost til Rema. I dette punktet gjennomgås de sentrale opplysningene som har fremkommet i Konkurransetilsynets etterforskning av TINEs årsforhandlinger med Rema for 2005 og 2006. I tillegg til opplysninger som vedrører disse forhandlingene direkte, er det også inntatt et dokument og utdrag fra forklaringer som vedrører TINEs årsforhandlinger med NorgesGruppen. Opplysningene om disse forhandlingene sier noe om TINEs strategi overfor Synnøve Finden under årsforhandlingene høsten 2004.

Til slutt under dette punktet følger en gjennomgang av Remas årsforhandlinger for 2005 og 2006 med Synnøve Finden. Gjennomføringen og resultatet av disse forhandlingene har en nær sammenheng med det som ble avtalt mellom TINE og Rema høsten 2004.

Konkurransetilsynets vurdering av fakta følger under punkt 6.5.

Dokumentbevisene presenteres i kronologisk rekkefølge. Bevisene og forklaringsopptakene nummereres fortløpende som vedlegg til varselet. I beskrivelsen av ulike møter, e-post-korrespondanse og andre dokumentbevis vil det i en del tilfeller siteres direkte fra dokumentene. Opplysninger som har fremkommet i forklaringsopptak, og som kan bidra til å klargjøre og utdype innholdet av møter, dokumenter, strategier eller annen viktig informasjon er også inntatt.

6.3.1 Perioden før og under årsforhandlingene mellom TINE og Rema

Sentrale personer under årsforhandlingene:

TINE:

[navn] ([tittel])

[navn] ([tittel])

[navn] ([tittel])

[navn] ([tittel])

Rema:

[navn] ([tittel])

[navn] ([tittel])

[navn] ([tittel])

I forkant av årsforhandlingene for 2005 hadde TINE og Rema et innledende møte den 6. juli 2004. Et møtereferat viser at Rema allerede i dette møtet informerte TINE om at de ønsket å satse på leverandørkonsentrasjon innenfor ost. [navn] har opplyst at Rema spurte TINE om hvor mye TINE var villig til å betale for å bli en betydelig større leverandør hos Rema.

- **Vedlegg 4:** Forklaringsopptak 20. desember 2004 av [navn]



Av [navn]s notater fra møtet fremgår det at TINE ikke kan eller vil kjøpe seg ut av konkurranse.

- **Vedlegg 5:** [navn]s håndskrevne notater fra møte 6. juli 2004

Den 19. august 2004 sendte [navn] i TINE en e-post til [navn] i Rema der han viser til hva som tidligere er avtalt, og videresender en vurdering av lønnsomheten ved å ha én kontra to leverandører på melk og på hvitost. Vurderingen er utarbeidet av Genius Retail Management AS (som er et uavhengig konsulentselskap), og det oppsummeres med at ”*tallenes tale er entydige*”.

- **Vedlegg 6:** E-post fra [navn] til [navn] 19. august 2004

[navn] har forklart at [navn] i forkant av e-posten hadde etterspurt dokumentasjon eller vurderinger fra [navn] i TINE vedrørende lønnsomheten av én kontra to leverandører på melk og hvitost.

- **Vedlegg 7:** Forklaringsopptak 14. februar 2005 av [navn]

[navn] opplyste videre at [navn] ønsket å oversende vurderingen. [navn] har bekreftet overfor tilsynet at dokumentet er et argument for at Rema skal satse på én leverandør, og at dokumentet ble oversendt Rema rett før første forhandlingsmøte høsten 2004.

- **Vedlegg 8:** Forklaringsopptak 14. februar 2005 av [navn]

Første forhandlingsmøte mellom TINE og Rema fant sted 3. september 2004. [navn] i TINE har forklart om dette møtet at ”*Rema ønsket blant annet å vurdere et scenario med én hovedleverandør for norsk ost og et mindre sortiment. Rema ønsket på dette møtet blant annet å få vite hva TINE var villige til å tilby for en sterkere leverandørposisjon totalt.*” TINE svarte da at selskapet i all kommunikasjon har vært tydelig på at de ser konkurransen innenfor både ost og andre kategorier som positiv for den totale utviklingen innenfor hver kategori. Få dager etter møtet la TINE frem et samarbeidsforslag for 2005 med ytelser og motytelser. [navn] har benektet at TINE hadde stilt noe krav overfor Rema om å få en eneleverandørposisjon i Rema.

- **Vedlegg 9:** Forklaringsopptak 16. desember 2004 av [navn]

[navn] i Rema har forklart at TINE ikke hadde noen krav eller ønsker om eksklusivitet overfor Rema i dette møtet, og at de heller ikke fremmet ønske om at Synnøve Finden måtte ut av Remas sortiment.

- **Vedlegg 10:** Forklaringsopptak 15. desember 2004 av [navn]

Senere samme dag, den 3. september 2004, fremsatte TINE per e-post det første tilbudet for 2005. Tilbudet var på [] kroner. Dette utgjorde en økning på [] prosent i forhold til årsavtalen for 2004.

- **Vedlegg 11:** E-post fra [navn] til [navn] 3. september 2004



I en e-post den 7. september 2004 sendte [navn] et ”oppsett over hvordan 2005 blir med Tine som eneleverandør” til [navn]. Vedlagt denne e-posten finnes flere Excel-ark med detaljerte utregninger av hvordan en eventuell overgang til en eneleverandøravtale med TINE vil påvirke Remas resultat. [Fire linjer unntatt].

I e-posten sier [navn] at [to linjer unntatt]. Han oppsummerer fra Excel-beregningene at det tilbudet som foreligger, innebærer at Remas resultat forbedres med [] kroner, dersom Rema velger TINE som eneleverandør på ost og melk. [tre linjer unntatt]. I en oppfølgende e-post samme dag skriver [navn] til [navn]:

”[sitat unntatt]”

- **Vedlegg 12:** E-postkorrespondanse (med vedlegg) mellom [navn] og [navn] 7. september 2004

Dagen etter, den 8. september 2004, videresendte [navn] e-postkorrespondansen (vedlegg 12) internt i Rema, til [] og [], med skjult kopi til [navn] og [navn] ([tittel]). Her skriver [navn]:

"[sitat unntatt]".

Til slutt i e-posten står det:

"IKKE videresend infoen i denne mailen til noen andre!"

- **Vedlegg 13:** E-post fra [navn] til [navn] og [navn] med flere 8. september 2004

Sent samme dag, den 8. september 2004, sendte [navn] en e-post til [navn] der han spør om det kunne være en idé å la TINE tegne et planogram for ost og flytende (et planogram er en detaljert oversikt over plassfordelingen i en butikkhylle eller, i dette tilfellet, kjøledisk, der det fremgår hvilke produkter som får plass og hvor stor plass hvert enkelt produkt tildeles).

- **Vedlegg 14:** E-post fra [navn] til [navn] 8. september 2004

Den 9. september 2004 sendte [navn] i Rema en e-post til [navn] i TINE med denne beskjednen:

”Tegn et planogram fast/flytende uten Finden og Q. en tradisjonell og en ny og crazy variant”.

- **Vedlegg 15:** E-post fra [navn] til [navn] 9. september 2004

[navn] har forklart at han sendte e-posten fordi Rema vurderte ulike scenarier, blant annet ett uten produkter fra Synnøve Finden i sortimentet. Rema ville derfor se hvordan kjøledisken ble seende ut ved en slik endring. Han kunne ikke huske å ha fått noe svar fra [navn] på denne forespørselen (vedlegg 4). [navn] har forklart at TINE ikke har laget slike planogrammer som [navn]



etterspurte, og at TINE ikke engang svarte på e-posten fra [navn]. Han så ikke noe poeng i å lage disse planogrammene fordi Rema velger sitt sortiment selv.

- **Vedlegg 16:** Forklaringsopptak 22. desember 2004 av [navn]

E-postbeslag tilsynet har gjort, viser at [navn] videresendte forespørselen fra Rema til [navn] 15 minutter etter at han mottok den fra [navn].

- **Vedlegg 17:** E-post fra [navn] til [navn] 9. september 2004

[navn] er den hos TINE som har ansvaret for å utarbeide planogrammer for Rema. Fra forklaringen til [navn] siteres (vedlegg 7):

”Da [] [navn] fikk lese vedlegg 3 og 4⁸⁸ forsto [] at Rema hadde planer om å fjerne Synnøve Finden og Q. [] antar at han snakket med [] [navn] om e-posten i vedlegg 4. [] sier at både han og [] skjønnte hva [navn] i Rema mente med forespørselen. [] sier at [] selv har arbeidet med planogrammer tidligere. Vedrørende [...] e-poster av 09.09.04 kl. 13.27 og 13.42 om nye planogrammer uten Synnøve Finden og Q opplyser [] at både den ”tradisjonelle” og den ”crazy” varianten er uten Synnøve Finden og Q.”

[navn] har videre forklart at han var overrasket over forespørselen fra Rema om å tegne planogrammer uten Synnøve Finden. Dette fordi det var rimelig ”tøff” å fjerne et produkt som hadde om lag 20 prosent av både salg og hylleplass i Remas butikker.

15. september 2004 sendte [navn] ferdige utarbeidede planogrammer til [navn] i Rema, med kopi til [navn].

- **Vedlegg 18:** E-post fra [navn] til [navn] med flere 15. september 2004

I alle disse planogrammene er det tegnet inn plassløsninger for Remas ostedisk uten Synnøve Finden-produkter. [navn] antar at han brukte ca to-tre dager på å lage planogrammene. Han tok kun for seg ostedisken og gjorde ikke noe med den delen av forespørselen som gjaldt flytende produkter.

Tidligere [tittel] i Rema (frem til 21. oktober 2004), [navn], har forklart at det er gjort ”en ekstra jobb” i TINE i utarbeidelsen av disse planogrammene, i og med at både A- og B-sortimentene er tegnet inn uten Synnøve Finden.

- **Vedlegg 19:** Forklaringsopptak 3. mars 2005 av [navn]

A-sortimentet er tvunget. Det vil si at varene er en del av et sentralt bestemt sortiment som skal være i alle Rema-butikker. B-sortimentet er også et sentralt bestemt sortiment, men disse varene står butikkene mer fritt til å ta inn. [navn] har forklart at et planogram med både A- og B-sortiment der bare TINE er inkludert, tilsier at TINE ville bli eneleverandør på norsk hvitost.

⁸⁸ Henviser til vedlegg til forklaringsopptaket og tilsvarende vedleggene 15 og 17 til vedtak



[navn] sa videre at det er ”*nærmest uhørt*” under normale omstendigheter i årsforhandlingene å tegne løsninger med bare én aktør i ostedisken, gitt at både A- og B-sortimentet skal inkluderes. [navn] mente at dette måtte bety at det skulle inngås en eksklusiv avtale. Dette er basert på [navn]s erfaringer fra tilsvarende forhandlinger tidligere. Han mente også at [navn] under normale omstendigheter burde ha inkludert Synnøve Finden-produkter i sin forespørsel etter planogrammene.

Som nevnt over har [navn] forklart at e-posten ikke var blitt besvart, og at planogrammene ikke var blitt utarbeidet. Etter dette forklaringsopptaket fant imidlertid tilsynet e-posten med oversendelsen av de ferdige planogrammene (vedlegg 18) blant [navn]s slettede e-poster. Konfrontert med dette funnet kunne [navn] fortsatt ikke huske at forespørselen var blitt besvart. Han kunne heller ikke se poenget i at TINE skulle utarbeide slike planogrammer (vedlegg 8).

Den 16. september 2004 fremsatte TINE per e-post det andre tilbudet til Rema.

- **Vedlegg 20:** E-post fra [navn] til [navn] med flere 16. september 2004

Tilbudet var på dette stadiet i forhandlingene [] kroner. Dette utgjorde en økning på [] prosent i forhold til 2004-avtalen. I denne e-posten heter det blant annet følgende:

”Vi har kun satt en ramme. Sammen må vi sette oss ned å se på hvordan vi skal fordele beløpene”.

I vedlegget til e-posten heter det blant annet:

”[sitat unntatt]”

Videre er det oppgitt noen forutsetninger for tilbudet:

”[sitat unntatt]”

I den samme e-posten skriver [navn] til [navn] at TINE jobber iherdig med en kalkyle på ”private label-hvitost (PL)”⁸⁹, og at prisen på denne vil oversendes Rema så snart den er klar. PL eller private label er det samme som egen merkevare.

Den 16. september 2004, samme dag som TINE fremsatte sitt andre tilbud til Rema, sendte [navn] en e-post til [navn] med kopi til blant andre [tittel] i TINE, [navn], med utkast til avtale om produksjon av private label-ost for Rema.

- **Vedlegg 21:** E-post fra [navn] til [navn] med flere 16. september 2004, vedlagt avtale om leieproduksjon av hvitost for Rema

[navn] var i 2004 [tittel] i TINE med ansvar for [tre ord unntatt]. I e-posten sier han til [navn] at han ikke klarer å få ferdig et pristilbud i løpet av dagen, men at det skal være klart så raskt som

⁸⁹ Private label er det samme som egen merkevare



mulig (se [navn]s beskjed til [navn] i vedlegg 20). Videre ber han [navn] om å orientere om dette ”videre oppover i systemet”.

Foranledningen for utarbeidelsen av denne avtalen går frem av en e-post datert 10. september 2004 fra tidligere [tittel] [navn] (daværende sjef for [navn]) til [navn] med flere, og av oppfølgende e-post fra [navn] til [navn]. [navn] sier her at Rema har kommet med en forespørsel om en TINE-produsert private label-ost, i en hvit og en brun variant. TINE har forklart at produksjon av private label-ost forutsetter at det er mulig å differensiere kvalitets- og prismessig fra TINEs ordinære hvit- og brunoster. Årsaken er at TINE ikke tjener på private label-produksjon dersom de ikke klarer å ”fange opp” et lavprissegment i markedet, det vil si et annet segment enn det TINEs egne oster ligger i.

[navn] ber deretter [navn] å melde fra til Rema at det kommer et tilbud, men kun på en hvit private label-ost.

- **Vedlegg 22:** E-post fra [navn] til [navn] med flere 10. september 2004

Hos [navn] har tilsynet funnet et internt dokument der det er regnet på hvordan det vil påvirke Remas resultat å inngå en eneleverandøravtale med TINE. Dokumentet er en oppfølging av regnestykket omtalt over, der TINEs første tilbud til Rema er tatt inn (vedlegg 12). I dette regnestykket er TINEs andre tilbud fra 16. september 2004 på [] kroner tatt inn. Det betyr at regnestykket er utarbeidet i perioden 16.–20. september 2004 (TINE økte sitt tilbud den 20. september 2004). I dokumentet heter det blant annet:

”Forutsetning: Tine = ”eneleverandør” av ost og melk til RN [Reitan Norge]”

I regnestykket konkluderes det med at TINEs andre tilbud innebærer at Rema forbedrer sitt resultat med [] kroner. [to linjer unntatt].

Nederst på dokumentet er følgende kommentar påført:

”Tines PL-ost kommer inn i januar/februar – []% billigere enn Norgeia”

- **Vedlegg 23:** Internt regnestykke utarbeidet av [navn] i Rema i perioden 16.–20. september 2004

Den 17. september 2004, dagen etter at TINE fremsatte sitt andre tilbud til Rema per e-post, videresendte [navn] tilbudet til [navn] og [navn]. Vedlagt e-posten er en litt annen versjon av regnestykket omtalt over (vedlegg 23). I e-posten skriver [navn]:

*”Her er nytt tilbud, og oppdatert beslutningsgrunnlag.
[Fire linjer unntatt]”*

- **Vedlegg 24:** E-post fra [navn] til [navn] og [navn] 17. september 2004



Den 20. september 2004 fant det andre og siste forhandlingsmøtet mellom TINE og Rema sted. I dette møtet deltok [navn] og [navn] fra TINE og [navn], [navn] og [navn] fra Rema. Møtet ble avholdt i Remas lokaler fra klokken 20.00 og utover. Partene kom i dette møtet til enighet om rammene for [noen ord unntatt] leverandøravtale. Det var enighet om at TINE skulle yte rabatter til Rema på til sammen [] kroner i årsavtalen for 2005 (avtalen ble signert først 15. november 2004). Dette innebar at ytelsene var økt med [] prosent i forhold til 2004-avtalen.

[tittel] [navn] har forklart at han vanligvis ikke deltok i forhandlingsmøter med Remas leverandører. Han deltok likevel i dette møtet, blant annet fordi han ville ha bedre betingelser fra TINE og ”fordi TINE innså at de ville bli en større total leverandør for Rema”.

- **Vedlegg 25:** Forklaringsopptak 6. januar 2005 av [navn]

[navn] har forklart at Rema i møtet 20. september 2004 gjentok at de ønsket å satse tungt på TINE, og å gi TINE et økt volum på ost og melk (vedlegg 4). TINEs tilbud så langt ([] kroner) var imidlertid ikke godt nok. Da TINE spurte ”hva som skulle til” for at Rema ville godta et tilbud, svarte Rema at de krevde [] kroner for å øke satsingen på TINE. [navn] har bekreftet at TINE ikke ville ha fått en så omfattende avtale over [] år dersom de ikke hadde godtatt kravet på [] kroner (vedlegg 25).

[navn] har senere forklart at Rema i det siste forhandlingsmøtet presiserte overfor TINE at de kunne klare seg med én leverandør av norsk ost dersom rabattene ble økt, og at rammeavtalen som ble inngått samme kveld innebar en mye sterkere satsning med hensyn til plass og økt omsetning av ost fra TINE.

- **Vedlegg 26:** Forklaringsopptak 10. februar 2005 av [navn]

[navn] har forklart at TINE i dette møtet først økte sitt tilbud fra [] kroner til [] kroner. Rema var fortsatt ikke fornøyd, og [navn] har presisert at TINE strakk seg meget langt da de til slutt møtte Remas krav på [] kroner. Partene ”møttes ikke på midten” da dette ifølge [navn] er det høyeste kravet Rema kom med på noe tidspunkt under forhandlingene.

- **Vedlegg 27:** Forklaringsopptak 11. januar 2005 av [navn]

Økningene i TINEs tilbud i det siste forhandlingsmøtet bekreftes av [navn]s møtenotater, der det blant annet står:

”[sitat unntatt]”.

- **Vedlegg 28:** Diverse håndskrevne notater funnet hos [navn]

[navn] har videre forklart at TINE ikke krevde mer fra Rema i form av motytelser enn det som lå til grunn i tilbudet av 16. september 2004 (vedlegg 20), selv om rabattbeløpet i forhold til dette tilbudet ble økt med [] kroner.



Allerede i møtet 6. juli 2004 (se over) sa Rema ifølge [navn] at de ville vurdere å satse på TINE som eneleverandør dersom rabattene var gode nok. Dette utspillet gjentok Rema overfor TINE i årsforhandlingene for 2005 og senest i det siste forhandlingsmøtet 20. september 2004. [navn] har forklart at TINE dermed visste at de ville bli en betydelig større leverandør hos Rema dersom tilbudet var godt nok (vedlegg 26). Om dette har [navn] sagt at han etter enighet i det siste forhandlingsmøtet tolket det slik at TINE kunne bli eneleverandør på ost hos Rema i 2005 (vedlegg 8).

Fra forklaringsopptak av [navn] siteres følgende om utspillet fra [navn] i møtet 20. september 2004:

”På kveldsmøtet 20.09.04 uttalte også [navn] at Rema kunne klare seg uten Synnøve Finden og Q-melk om bare TINE kunne komme med høye nok ytelser til Rema. Dette forhandlingsutspillet ga ikke noen bindende løfter om eneleverandørstatus for TINE, men kun løfte om en sterkere satsning på TINE-produkter i Rema. Det lå i kortene at Synnøve Findens posisjon med henhold til sortiment og fremtidig omsetning i Rema kunne bli mindre dersom TINE satset sterkt på Rema, og var villige til å betale mer for Remas effektivitet og ”[ett ord unntatt]⁹⁰”.

- **Vedlegg 29:** Forklaringsopptak 10. februar 2005 av [navn]

Av [navn]s møtenotater går det også frem at TINE som eneleverandør har vært et tema i møtet 20. september 2004:

*”[navn] -
Årsforh. lev. konsentrasjon
[...]
Kun Tine – ut SF [Synnøve Finden] ut Kavli [som eier Q-melk]”*

- **Vedlegg 30:** [navn]s håndskrevne notater fra møte 20. september 2004

Det samme kan leses av [navn]s møtenotater (vedlegg 28):

*”Q vs én lev.
Finden vs. én lev.”*

I de samme notatene står det:

”forbehold om at alt går i box juridisk”.

På [navn]s arbeidsplass har tilsynet funnet et dokument med håndskrevne påtegninger. Dokumentet er identisk med vedlegget til e-posten av 16. september 2004 som inneholdt TINEs andre tilbud til Rema (vedlegg 20). Dokumentet er skrevet ut samme dag som det siste

⁹⁰ [en linje unntatt]



forhandlingsmøtet, og regnestykkene tilsier at påtegningene er gjort i selve møtet eller i etterkant av møtet. Her heter det blant annet:

”Forbh: juridisk vasking” og ”Kraftsamling på en lev”.

- **Vedlegg 31:** TINEs andre tilbud til Rema med senere påtegninger av [navn]

I [navn]s møtenotater heter det videre (vedlegg 28):

”Vi vil ha regien på hvordan dette kjøres i media.”

Tilsynet har bedt flere av møtedeltagerne om en forklaring på hvorfor man diskuterte medie-strategi i forhandlingsmøtet 20. september 2004. [navn] har forklart at han ikke kan huske at media ble diskutert i dette møtet, til tross for at det er omtalt i hans egne møtenotater.

- **Vedlegg 32:** Forklaringsopptak 14. februar 2005 av [navn]

[navn] har derimot forklart at mediestrategi var et tema i møtet, og at TINE ga Rema klar beskjed om at Rema måtte ta seg av media dersom de skulle velge å ta Synnøve Findens produkter ut av ostedisken (vedlegg 8).

[navn] deltok ikke i noen av forhandlingsmøtene med Rema, men har forklart følgende om media og avtalen mellom TINE og Rema (vedlegg 7):

”[][navn] informerte [] [navn] om at det var Rema som skulle håndtere medieoppslagene som man antar at ville komme etter at avtalen mellom Rema og TINE ble undertegnet. Dette fordi man mente det ville medføre stor medieoppmerksomhet at Synnøve Finden skulle kastes ut av Rema.[] kan ikke huske eksakt når dette skjedde, men det skjedde antakeligvis i forbindelse med diskusjonene på avdelingen om at Synnøve Finden skulle ut av Rema. [...] [] sier at hans inntrykk da han fikk vite at Synnøve skulle ut av Rema var at dette skulle holdes internt i TINE. Dette hadde sammenheng med at det var Rema som skulle ha regien vedrørende dette i media. [] sier også at man i hans avdeling i TINE på dette tidspunkt var usikker på om Synnøve Finden hadde fått beskjed om at selskapet skulle ut av Rema.”

Tidligere på dagen den 20. september 2004 hadde konsernledelsen i TINE møte. Ett av punktene på agendaen var årets kjedeforhandlinger med dagligvarekjedene. Konkurransetilsynet har fått bekreftet at daværende konserndirektør salg/markeds [navn] under dette punktet presenterte et notat skrevet av [tittel] [navn] tidligere samme måned. Notatet ble sendt per e-post fra [navn] den 15. september 2004.

- **Vedlegg 33:** E-post fra [navn] til [navn] 15. september 2004, vedlagt notat til konsernledermøte i TINE 20. september 2004

Under overskriften *”Utfordringer på de enkelte kjedene”* står det blant annet:



”REMA har det siste året prioritert opp Q og delvis Synnøve. Kjeden står imidlertid overfor et taktskifte sortimentsmessig. Man går i retning av færre leverandører og satser tyngre på de største merkevarene. Dette gir muligheter for oss, men vil selvsagt koste.”

Konkurransetilsynet har spurt [navn] om hva som menes med denne siste setningen. [navn] har forklart at ”muligheter” dreier seg om å øke salget av TINE-produkter i Rema, og at det som vil koste er at økt salg medfører økte rabatter, noe som er en kostnad for TINE. [navn] presiserte at denne økningen i rabatter er i kroner og ikke i prosent av omsetningen.

- **Vedlegg 34:** Forklaringsopptak 21. desember 2004 av [navn]

I e-post av 21. september 2004 bekrefter [navn] overfor [navn] at TINE aksepterer Remas krav, og at de går for rammeavtalen med totale ytelser på [] kroner. I emnefeltet på e-posten står det ”SAMARBEIDSAVTALE BEKREFTELSE”.

- **Vedlegg 35:** E-post fra [navn] til [navn] 21. september 2004

E-posten der [navn] bekrefter at TINE aksepterer Remas siste krav, ble videresendt fra [navn] til [navn] og [navn] senere samme dag, den 21. september 2004. I e-posten skriver [navn]:

”Her er bekreftelsen fra Tine. Jeg løser de formelle sidene ved avtalen på torsdag sammen med [navn], [navn] og Tines advokat.

Da burde det være mulig å gi gass videre?”

- **Vedlegg 36:** E-post fra [navn] til [navn] og [navn] 21. september 2004

Møtet det her refereres til, ble avholdt torsdag 23. september 2004. [navn] har bekreftet at det var i dette møtet partene kom til enighet om fordelingen av det totale rabattbeløpet på ulike rabattkategorier.

6.3.2 Perioden etter at TINE og Rema var enige om 2005-avtalen

Den 20. september 2004 ble altså TINE og Rema enige om rammene for 2005-avtalen. Avtalen ble imidlertid ikke signert før 15. november 2004. Det er brakt på det rene at det ikke ble gjort noen endringer i de økonomiske rammene i avtalen mellom den 20. september 2004 og den 15. november 2004. Det som gjensto for TINE og Rema etter 20. september 2004, var å komme til enighet om fordelingen av det totale rabattbeløpet på ulike kategorier av motytelser. Denne fordelingen ble foretatt den 23. september 2004. I det følgende vil tilsynet presentere dokumentasjon og forklaringsopptak som dreier seg om denne perioden. Tilsynet vil her blant annet presentere dokumentasjon som viser at det var kjent for TINE allerede den 20. september 2004 at Synnøve Finden skulle tas ut av Remas sortiment, men at dette i lengre tid ble holdt skjult for Synnøve Finden og andre.

[tittel] i TINE Salg dagligvare [navn] videresendte den 24. september 2004 en e-post fra salgskonsulent [navn] til [navn] vedrørende eventuell utmelding av Q-melk fra Remas sortiment.

- **Vedlegg 37:** E-postkorrespondanse mellom [navn] og [navn] 24. og 27. september 2004

I e-posten skriver [navn] at enkelte henvendelser tyder på at Rema allerede har informert noe i sitt system. Han spør [navn] om ikke dette er noe tidlig, og om avtalen med Rema er på plass.

Den 27. september 2004 svarer [navn]:

”Ja avtalen er på plass, men se VG i dag side 21.....⁹¹ Når det gjelder ost skjer det foreløpig ikke noe på infofronten. Tror vi også skal holde dette lavt.”

[navn] har forklart at han oppfattet [navn]s e-post slik at TINE ikke skulle gå ut med informasjon til salgssapparatet i TINE om at Synnøve Finden skulle ut av Rema. [navn] har bekreftet at han på dette tidspunktet var klar over at Synnøve Finden skulle ut av Rema, og at dette betydde at Synnøve Finden ikke ville få noen leveranser av ost til Rema i 2005.

- **Vedlegg 38:** Forklaringsopptak 17. mars 2005 av [navn]

I et referat fra et internt telefonmøte mellom innkjøpsavdelingen i Rema og regionale markeds-sjefer den 27. september 2004 heter det (referatet er skrevet av [navn]):

”Info tett til brystet. Q kan snakkes om”.

- **Vedlegg 39:** Håndskrevet referat fra telefonmøte i Rema 27. september 2004

[navn] har forklart at sitatet ”Q kan snakkes om” trolig dreier seg om at Rema på dette tidspunktet ikke fikk leveranser fra Q-meieriene (med unntak av enkelte butikker i området rundt Q-meierienes meieri), jf. tema i e-postkorrespondansen i TINE samme dag. Verken [navn], [navn] eller noen av de andre møtedeltakerne tilsynet har snakket med, har imidlertid kunnet gjøre rede for hvilken informasjon som skulle ”holdes tett til brystet”.

Den 28. september 2004 var det ledermøte i TINE Salg dagligvare. I et referat fra møtet er det en sak på agendaen kalt ”*RUNDEN RUNDT BORDET*”. Under denne saken heter det blant annet:

”[navn]; Avtalen til Rema er i orden. Synnøve og Q helt ut”

- **Vedlegg 40:** Referat fra ledermøte i TINE Salg dagligvare 28. september 2004

Konfrontert med dette dokumentet har [navn] forklart at han en gang i perioden mellom 20. september og 28. september 2004 ble informert om at Synnøve Finden skulle ut av Rema, og at dette innebar at Synnøve Finden ikke ville få noen fornyet leverandøravtale med Rema for 2005.

⁹¹ VG skrev i denne artikkelen om avtalen mellom NorgesGruppen og Q-meieriene inngått i 2001, som blant annet innebar at Q-meieriene ble nektet å levere melk til Rema

- **Vedlegg 41:** Forklaringsopptak 9. februar 2005 av [navn]

[navn] har forklart at det ikke var noen møter mellom TINE og Rema i denne perioden. Han antok derfor at han fikk beskjed om dette per telefon av [navn], som er den personen i Rema [navn] stort sett har all kontakt med under årsforhandlingene. [navn] har imidlertid forklart tilsynet at han ikke har hatt noen slik telefonsamtale med [navn] i dette tidsrommet. Han har opplyst at TINE trolig fikk denne beskjeden av Rema første gang rundt tiden da det kom ut i media, det vil si rundt den 14. desember 2004 (vedlegg 26). [navn]s forklaring på dette punktet samsvarer ikke med forklaringsopptak av andre sentrale personer og øvrig dokumentasjon tilsynet har innhentet i saken.

Blant annet har [navn] sagt at han den 28. september 2004 informerte deltakerne i det nevnte ledermøtet om at Synnøve Finden og Q-meieriene skulle ut av Rema. Referatet (vedlegg 40) viser at 18 personer innad i TINE enten var til stede på møtet eller mottok kopi av referatet. Blant disse var [navn]s overordnede, [tittel] [navn] og [navn]s overordnede, konserndirektør [navn].

Den 24. september 2004 sendte daværende [tittel] [navn] en e-post til blant andre [navn] om en eventuell TINE-produsert egen merkevare-ost i Rema (se også vedleggene 21 og 22). TINE og Remas forhandlinger om en eventuell TINE-produsert private label-ost foregikk parallelt med, og i etterkant av, de ordinære årsforhandlingene. Her skriver han blant annet:

”[sitat unntatt]”

- **Vedlegg 42:** E-postkorrespondanse mellom [navn], [navn], [navn], [navn] m.fl. 24. september – 10. oktober 2004

[navn] har forklart at hans vurdering var at Rema aldri ville ønske tre ulike typer gulost i sitt sortiment, og at det ville være logisk at Rema kastet ut Synnøve Finden dersom de skulle innføre en TINE-produsert private label-ost. Dette var dels basert på Remas generelle profil som innebærer et smalt sortiment, og dels på erfaringene med den TINE-produserte private label-osten som Coop fører. Denne osten hadde i 2004 tatt en del av omsetningen av Synnøve Findens ost, mens omsetningen av Norvegia i kjeden ikke ble redusert. [navn] mente derfor at det neppe ville være fare for ”kannibalisering” i Rema, det vil si en situasjon der den TINE-produsert private label-osten tar av omsetningen og fortjenesten fra TINEs Norvegia.

- **Vedlegg 43:** Forklaringsopptak 11. januar 2005 av [navn]

[navn] slutter seg til vurderingene fra [navn], og har forklart at -teori tilsier at en kjede vil føre én hvitosttype som Norvegia og én private label-ost som er billigere, men relativt lik Norvegiaen. Det å føre en tredje variant hvitost når man har en private label-ost i sortimentet, strider etter [navn]s mening mot enkel merkevareteori.

- **Vedlegg 44:** Forklaringsopptak 10. februar 2005 av [navn]



TINEs eventuelle bruk av private label-ost i forbindelse med årsforhandlingene med dagligvarekjedene er diskutert ovenfor. Fra dette punktet hitsettes utvalgte sitater fra et dokument utarbeidet internt i TINE høsten 2003 (vedlegg 1). Dokumentet dreier seg om tiltaksplan og konkurransestrategi for hvitost i perioden 2004-2006, blant annet med vekt på private label-ost innen dagligvarehandelen:

Vedrørende strategi for Norge (side 7):

”[sitat unntatt].”

[navn] deltok i prosjektgruppen som utarbeidet dokumentet. Vedrørende det siste kulepunktet over har han i forklaringsopptak bekreftet at dette dreier seg om Synnøve Findens gulost.

- **Vedlegg 45:** Forklaringsopptak 18. mars 2005 av [navn]

I det ovennevnte strategidokumentet står det videre følgende om TINEs eventuelle produksjon av egen merkevare-ost (side 35):

”[sitat unntatt].”

Videre om satsing på egen merkevare-ost (side 36):

”[sitat unntatt].”

[navn] har forklart at mye av diskusjonen i denne rapporten dreier seg om hvordan TINE skal møte konkurransen fra Synnøve Finden uten å svekke den status TINEs Norge har blant forbrukerne. [to linjer unntatt] (vedlegg 45).

[navn] har forklart at han ikke kan huske at TINE ”brakte” private label-ost i forhandlingene om 2005-avtalen, men at Rema rundt disse tider (september 2004) forsøkte å få til en separat avtale om leieproduksjon med TINE der private label-osten var [] prosent billigere i innkjøp enn Norge (vedlegg 26). I denne forbindelse kan det nevnes at det i [navn]s håndskrevne notater fra det siste forhandlingsmøtet om ny årsavtale 20. september 2004 (vedlegg 28) står skrevet: ”PL – hvitost []%?”.

I februar 2005 ble Rema og Synnøve Finden enige om årsavtale for 2005, og Synnøve Findens produkter ble tatt inn igjen i Remas sortiment. [navn] har opplyst til Konkurransetilsynet at det var mindre sannsynlig at TINE ville produsere en PL hvitost for Rema etter at Synnøve Finden ble tatt inn igjen i Remas sortiment. [tre linjer unntatt]

- **Vedlegg 46:** Forklaringsopptak 15. mars 2005 av [navn]

Den 9. november 2004 var det ledermøte i TINE Salg dagligvare. I et referat fra møtet er det en sak på agendaen kalt ”*RUNDEN RUNDT BORDET*”. Under denne saken heter det blant annet:

”Rema, kjedeforhandlinger; [navn] skal ha underskriftsmøte på fredag. [en setning unntatt].”



- **Vedlegg 47:** Referat fra ledermøte i TINE Salg dagligvare 9. november 2004

Den 15. november 2004 signerte TINE og Rema årsavtalen for 2005 og 2006:

- **Vedlegg 48:** Signert avtale mellom Rema 1000 Norge AS og TINE BA for 2005 og 2006

[ett avsnitt unntatt]

Konkurransetilsynet har funnet et dokument merket ”*Intern oppsummering Strategi 17.11.04*”. Dokumentet er altså datert to dager etter at avtalen mellom TINE og Rema ble signert. Det er skrevet av [navn], som er TINEs kjedeansvarlige overfor NorgesGruppen. Under Punkt tre i dokumentet heter det:

”Vi kupper NG [NorgesGruppen] før Synnøve får beskjed om Rema avtalen. Vi går aggressivt ut med Sortiment og plassføringer. [en setning unntatt].”

- **Vedlegg 49:** Internt strategidokument datert 17. november 2004 skrevet av [navn]

Om dette punktet i strategidokumentet har [navn] forklart:

”Et strategisk element i scenariet, jfr. pkt. 3, er at Synnøve Finden sannsynligvis ville ønske å kompensere tapt volum hos Rema om det ble kjent at avtalen mellom TINE og Rema var undertegnet og at Synnøve Finden dermed måtte ut av Rema”.

- **Vedlegg 50:** Forklaringsopptak 9. februar 2005 av [navn]

Om det å ”*kuppe NG før Synnøve får beskjed om Rema avtalen*”, har [navn] videre forklart:

”Med dette mente [] [navn] at et alternativt scenario for TINE kunne være å få i land en avtale / fremskynde forhandlingsprosessen med NG før Synnøve Finden fikk kjennskap til Tines avtale med Rema for 2005.”

- **Vedlegg 51:** Forklaringsopptak 16. desember 2004 av [navn]

[tittel][navn] i Synnøve Finden har forklart at [tre linjer unntatt]:

”[sitat unntatt].”

- **Vedlegg 52:** Forklaringsopptak 2. februar 2005 av [navn]

Tilsynet har i etterforskningen fått opplyst at ost som ”er i flyt i markedet”, naturlig vil finne en eller annen avsetningskanal. Med dette menes at det ostevolumet som ikke avsettes gjennom én kjede, i stedet avsettes gjennom én eller flere andre kjeder. [tittel] i TINE Salg dagligvare, [navn],



har sagt følgende om Synnøve Findens ostevolum som var i flyt da det var klart at selskapet var ute av Rema (vedlegg 38):

”[] [navn] opplyser at [] opplever det som problematisk når en konkurrent blir kastet ut av en kjede fordi konkurrenten da forsøker å kompensere volumtapet ved å gå ”kraftigere” til verks i forhandlingene med andre kjeder. Mener her at varene er jo der og må omsettes i andre kjeder/kanaler”.

[tittel] [navn] i Synnøve Finden har forklart følgende om Synnøve Findens planer for å få avsatt noe av det bortfalte volumet i Rema:

”[] opplyser at de mistet en omsetning på [] tonn ost ved bortfall av Remas omsetning. Dette tilsvarer et salg fra SF [Synnøve Finden] på [] kroner. [Seks linjer unntatt].”

- **Vedlegg 53:** Forklaringsopptak 2. februar 2005 av [navn].

6.3.3 Remas årsforhandlinger for 2005 med Synnøve Finden

Sentrale personer under årsforhandlingene:

Synnøve Finden:

[navn] ([tittel])

[navn] ([tittel])

[navn] ([tittel])

Rema:

[navn] ([tittel])

[navn] ([tittel])

Dagen etter at Rema og TINE var kommet til enighet om årsavtalen for 2005, 21. september 2004, hadde Rema og Synnøve Finden et møte. Møtet var ikke en del av årsforhandlingene for 2005. Fra Rema stilte tidligere [tittel] [navn] ([navn]s forgjenger). [navn] deltok ikke i møtet, men i notatene hans har tilsynet funnet et ark med overskriften ”Finden 21/9-04” (vedlegg 28). Her har [navn] blant annet skrevet:

”Ikke si at de kan bli kastet”

[navn] har forklart at han antar at dette var adressert til [navn] i forkant av møtet (vedlegg 4).

Den 14. oktober 2004 innkalte [navn] Synnøve Finden til første forhandlingsmøte om årsavtalen for 2005. Møtet skulle finne sted 9. november 2004. Synnøve Finden leverte sitt første tilbud til Rema for 2005 den 2. november 2004. Tilbudet innebar en økning i rabattene på [] kroner i forhold til 2004-avtalen. Den 6. november 2004 fikk Synnøve Finden beskjed fra [navn] om at møtet måtte utsettes til 17. november 2004, grunnet lav bemanning i Rema.



- **Vedlegg 54:** Oppsummering av forhandlingene mellom Rema og Synnøve Finden

Det var ingen kontakt mellom Rema og Synnøve Finden i perioden 6. til 17. november 2004. Møtet den 17. november 2004 fant sted to dager etter at TINE og Rema hadde signert årsavtalen for 2005. I dette møtet stilte [navn] – som da hadde tatt over [navn]s stilling som [tittel] – og [navn] fra Rema, mens [navn] og [navn] møtte fra Synnøve Finden. [navn] har forklart følgende om møtet (vedlegg 53):

”SF fikk meget god tilbakemelding på SF sin varelevering og oppfølging for 2004. De var også fornøyd med SF sitt tilbud, [en linje unntatt].”

Beløpet på [] kroner var betydelig mer enn Synnøve Findens første tilbud på [] kroner. Rema forklarte sitt krav [en linje unntatt]. [Fire linjer unntatt]. [navn] har forklart at Synnøve Finden argumenterte med at ost har en lavere fortjeneste enn gjennomsnittet for andre varegrupper, og at en økning på [] kroner fra 2004 til 2005 derfor var urimelig. Rema aksepterte dette argumentet, selv om de mente at en økning på [] kroner på langt nær var godt nok. På en agenda fra dette møtet oppsummerer [navn]:

”[sitat unntatt].”

- **Vedlegg 55:** Agenda med [navn]s påtegninger fra forhandlingsmøte 17. november 2004

Ifølge [navn] fikk Synnøve Finden i dette møtet to dagers frist til å forbedre sitt tilbud til Rema. Den 19. november 2004 sendte Synnøve Finden et nytt tilbud per e-post. Dette tilbudet innebar en økning på [] kroner i forhold til 2004-avtalen og også en [ett ord unntatt] økning i forhold til tilbudet av 2. november 2004 (vedlegg 53).

Rema svarte i e-post den 23. november 2004 at tilbudet ikke var godt nok (vedlegg 54). I e-posten skriver [navn] blant annet:

”Tilbudet er ikke bra nok. Ser ikke noen grunn til å ha møte før det foreligger et bedre forslag fra dere.”

[navn] har forklart følgende om dette avslaget (vedlegg 53):

”[] ringte deretter til [navn] og spurte hva som ikke var godt nok. [navn] svarte ikke på dette, men bad kun om et nytt tilbud. Han ga ingen signaler om hva som skulle til. Det ble i SF stusset over at de ikke fikk noe møte med Rema om dette siste tilbudet for å forklare tilbudet. Dette hadde vært helt normalt under [navn]s ledelse av forhandlingene tidligere.”

I en e-post til Rema den 29. november 2004 økte Synnøve Finden tilbudet med ytterligere [] kroner, slik at økningen i forhold til 2004 var på [] kroner (vedlegg 54). Den siste økningen på [tre linjer unntatt].

Det siste forhandlingsmøtet fant sted hos Rema 7. desember 2004. Fra Synnøve Finden deltok [navn], [navn] og [navn], mens [navn] og [navn] deltok fra Rema. [navn] har forklart at Synnøve



Finden på dette tidspunktet trodde det kun var justeringer som gjensto før avtalen var i boks. I stedet var det et 15 minutter langt møte der Synnøve Finden fikk beskjed om at de ikke ville få noen avtale med Rema for 2005. [navn] har forklart følgende om møtet (vedlegg 52):

”Møtet mellom SF og Rema 07.12.04 var ekstremt kort og det var første gang [] [navn] traff den nye [tittel] i Rema [navn] og Remas [tittel] [navn]. Det var [navn] som førte ordet for Rema. [navn] gikk ikke inn på SF`s tilbud, og kommenterte ikke mht. at Rema fant SF`s tilbud for dårlig. [navn] kom ikke med noe krav om høyere tilbud fra SF. [navn] åpnet bare møtet med å meddele DS og SF om at Rema ikke ville inngå noen ny leverandøravtale med SF for 2005. [navn] opplyste bare at ”SF var nå ute hos Rema”. [navn] ga heller ingen begrunnelse for at forhandlingene ble brutt.”

[navn] har forklart følgende om møtet:

”På møtet 07/12-04 så førte [navn] ordet for Rema fra start med å si: ”For å gjøre en lang historie kort, så er ikke SF lenger med i Remas planer”. ”Jeg skjønner at dere er skuffet”. [navn] ga ingen forklaring.[[navn] reagerte med å si at skuffet ikke var rette ord men at dette var ”eksistensielt” for SF siden Remas omsetning av SF-ost var svært vesentlig for SF. Da svarte [navn] at – ”det skjønner jeg”. SF ønsket å få gå igjennom sitt tilbud til Rema, noe [navn] avviste. [...]”

- **Vedlegg 56:** Forklaringsopptak 2. februar 2005 av [navn]

Konkurransetilsynet har spurt [navn] hvorfor Synnøve Finden ikke fikk sjansen til å forbedre sitt siste tilbud (vedlegg 32). [navn] svarte da at Rema regnet med at det var det beste tilbudet som lå på bordet, og at dette ikke var godt nok i forhold til Remas forventninger. [navn] forklarte [en linje unntatt]. I [navn]s møtenotater heter det blant annet:

”[sitat unntatt] ”

- **Vedlegg 57:** [navn]s håndskrevne notater fra møte 7. desember 2004

[navn] har forklart at Rema hadde utarbeidet en konkret forhåndskalkyle med hensyn til hva Rema måtte ha av økte rabatter fra Synnøve Finden i forhold til 2004-avtalen for å kunne inngå en leverandøravtale for 2005. [navn] klarte ikke å finne tilbake til denne kalkylen da tilsynet ba om å få se den.

- **Vedlegg 58:** Forklaringsopptak 5. januar 2005 av [navn]

[navn] har forklart [syv linjer unntatt].⁹²

Remas oppsigelse av samarbeidsavtalen med Synnøve Finden er formalisert i et brev datert 7. desember 2004. Avtalen mellom Rema og Synnøve Finden hadde én måneds oppsigelsestid.

⁹² [Tre linjer unntatt].



- **Vedlegg 59:** Brev med oppsigelse av avtale, vedlagt e-post fra [navn] til [navn] og [navn] 7. desember 2004

Rema og Synnøve Finden inngikk ny leveranseavtale den 11. februar 2005. Avtalen kom i stand etter initiativ fra [tittel] [navn] i Rema. Avtalen innebar at Rema fikk økte ytelser fra Synnøve Finden på [] kroner sammenlignet med året før. Som tidligere nevnt forelå det et tilbud fra Synnøve Finden til Rema som innebar en forebedring på [] kroner sammenlignet med året før da Rema sa opp avtalen med Synnøve Finden i desember 2004.

6.4 TINEs årsforhandlinger for 2005 med ICA

Som det fremgår innledningsvis er Konkurransetilsynet av den oppfatning at TINE har tilbudt ICA betaling for eneleverandørstatus hos Rimi-kjeden. I dette punktet gjennomgås de sentrale opplysningene som har fremkommet i Konkurransetilsynets etterforskning av TINEs årsforhandlinger med ICA for 2005.

Det er gjennomført en rekke forklaringsopptak for å avklare hva som faktisk skjedde under årsforhandlingene mellom TINE og ICA. Alle som tilsynet har snakket med har imidlertid gitt uklare og ufullstendige forklaringer på hva som ble diskutert i de ulike møtene. Ingen av de involverte kan heller huske nøyaktig datoene for forhandlingsmøtene. ICA og TINE har dessuten begge kommentert det hendelsesforløp tilsynet la til grunn i varselet, men partene har noe ulik oppfatning med hensyn til rekkefølgen av begivenhetene og hva som ble diskutert i møtene. Ved å sammenholde forklaringsopptakene med den dokumentasjon som er innhentet under etterforskningen, legger Konkurransetilsynet til grunn følgende hendelsesforløp.

Tilsynets vurdering av fakta følger under punkt 6.5.

Sentrale personer under forhandlingene:

TINE:

[navn] ([tittel])

[navn] ([tittel])

[navn] ([tittel])

ICA:

[navn] ([tittel])

[navn] ([tittel])

Leverandørforhandlingene 2005 ble innledet ved at ICA innkalte de enkelte leverandørene til et fellesmøte den 24. september 2004. På dette møtet ble ICAs ønsker for 2005 presentert. Det ble informert om ICAs nye forretningskonsept der Rimiprofilen skulle rendyrkes. Rimi skulle endres fra soft discount-butikker til hard discount-butikker. Den nye Rimiprofilen ville innebære et smalere sortiment med fokus på bestselgerprodukter.

Det første forhandlingsmøtet fant sted 5. oktober 2004. [navn], [navn] og [navn] var til stede på møtet. TINE presenterte her sitt tilbud for 2005.



- **Vedlegg 60:** Presentasjon fra møte 5. oktober 2004

[fem linjer unntatt]

- **Vedlegg 61:** Forklaringsopptak 6. januar 2005 av [navn]
- **Vedlegg 62:** Forklaringsopptak 10. februar 2005 av [navn]

I et notat datert 4. oktober funnet hos [navn] står blant annet følgende:

”[sitat unntatt]”

- **Vedlegg 63:** Notat av 4. oktober 2004 funnet hos [navn]

[tre linjer unntatt]. Dette bekreftes også av [navn] i forklaringsopptak (vedlegg 61 punkt 7 og 8).

Det andre forhandlingsmøtet mellom partene var 14. oktober 2004. Det var imidlertid først i det tredje forhandlingsmøtet den 26. oktober 2004 at TINE presenterte en tilbakemelding på ovennevnte utspill. I tillegg til et tilbud til ICA på [] kroner utarbeidet TINE ved [navn] et dubleringstilbud på [] kroner. [navn] hadde utarbeidet beregninger på hva TINE var villig til å betale for at ICA erstattet konkurrerende produkter med TINE-produkter innen kategoriene hvitost, hvitost skivet, revet ost, brunost og risdesserter. Dubleringstilbudet var gjennomgått av [navn], og konserndirektør [navn] var også informert om tilbudet.

- **Vedlegg 64:** Presentasjon med dubleringstilbud fra tredje forhandlingsmøte

[navn], [navn] og [navn] var til stede i møtet. I forkant av møtet hadde [navn] og [navn] en gjennomgang av møteagendaen. [to linjer unntatt] (vedlegg 62 punkt fire og fem).

”[sitat unntatt]”

Ovennevnte oppstilling viser at TINE for eksempel var villig til å betale [] kroner i ytelser for å bli eneleverandør på varegruppen hvitost.

[tre linjer unntatt]:

”[sitat unntatt]”.

- **Vedlegg 65:** E-post fra [navn] til [navn] datert 1. november 2004.

[to linjer unntatt].

Konkurransetilsynet la i varselet til grunn at det fjerde forhandlingsmøtet mest sannsynlig fant sted den 9. november 2004. Dette støttes også av [navn]s forklaring, jf. vedlegg 66 nedenfor. TINE hevder imidlertid i tilsvaret at det fjerde forhandlingsmøtet mest sannsynlig fant sted den 15. november 2004, men endrer tidspunktet til 9. november i brev til tilsynet av



11. oktober 2006, jf. brev fra Wiersholm til Konkurransetilsynet av 11. oktober 2006 side tre. [navn] mener for øvrig at det fjerde forhandlingsmøtet fant sted den 15. november (vedlegg 61 punkt 17). Konkurransetilsynet anser at tidspunktet for det fjerde forhandlingsmøtet er uten betydning for om det har skjedd en overtredelse av konkurranseloven § 11. Tilsynet tar forbehold om at møtet kan ha funnet sted den 15. november 2004.

På det fjerde forhandlingsmøtet var [navn], [navn] og [navn] til stede fra TINE og [navn], [navn] samt en trainee til stede fra ICA.

[navn] har forklart at størstedelen av det fjerde forhandlingsmøtet gikk med til å drøfte standard avtaleutkast (vedlegg 66). Det var særlig diskusjon rundt TINEs ytelsesbaserte tilbud på [] kroner. Dette tilbudet hadde som utgangspunkt et tilsvarende sortiment og aktivitetstrykk fra TINE som i leverandøravtalen for 2004. Det var ingen diskusjoner rundt dubleringstilbudet på [] kroner. [navn] uttalte på slutten av møtet at han hadde med seg dubleringstilbudet. [navn] ba om å få oversendt tilbudet per e-post da det var liten tid igjen av møtet.

- **Vedlegg 66:** Forklaringsopptak 15. mars 2005 av [navn]

[navn] skal ha presisert i møtet at han ikke ønsket noen monopolsituasjon som eneleverandør av ost i ICA. [navn] har også forklart at han i møtet uttalte et ønske om ikke å gå videre med dubleringstilbudet (vedlegg 44 og 46).

Forutsatt at det fjerde forhandlingsmøtet ble avholdt den 9. november 2004, oversendte [navn] dubleringstilbudet per e-post to dager etter møtet, den 11. november 2004. [navn]s e-post besvarer [navn]s forespørsel av 1. november 2004 (vedlegg 65). Dette var første gang TINE oversendte dubleringstilbudet til ICA i sin helhet.

- **Vedlegg 67:** E-post med vedlegg fra [navn] til [navn] datert 11. november 2004

[navn] mottok ikke noen umiddelbar respons på oversendelsen av dubleringstilbudet. Han purret gjentatte ganger på ICA for å få fortløpende i forhandlingene (vedlegg 62 punkt 6). Først den 3. desember 2004 besvarte [navn] purringene ved å si at en del brikker begynte å falle på plass, og at ICA nå var klar for et nytt møte. [navn] og [navn] avtalte nytt møte den 9. desember 2004.

Den 6. desember 2004 ba [navn] om å få oversendt siste eksemplar av avtalen. [navn] besvarte e-posten samme dag og oversendte de avtaledelene som TINE hadde presentert for ICA. Oversendelsen omfattet også dubleringstilbudet.

- **Vedlegg 68:** E-postutveksling mellom [navn] og [navn] datert 6. desember 2004

Det følger av forklaringsopptak av [navn] at ICA i det femte forhandlingsmøtet i desember 2004 ikke ville ta stilling til videre fremdrift i forhandlingene vedrørende dubleringstilbudet. Dette fordi ICA ikke var ferdig med kategorianalysene. [navn] skal ha uttalt at det derfor var best å utsette de videre forhandlingene (vedlegg 62).



Det følger av forklaringsopptak av [navn] at han i møtet ga uttrykk for at ICA avsto dubleringstilbudet (vedlegg 61). [navn] begrunnet avslaget med at ICA ikke var klar for å ta den type strategiske valg. Ifølge [navn] uttalte [navn] at han syntes dette var en grei beslutning. [navn] husket i den anledning at [navn] i et tidligere møte uttalte at TINE ønsker å ha Synnøve Finden som konkurrent.

[navn] støttet [navn]s forklaring i forhold til at ICA avsto dubleringstilbudet fra TINE.

- **Vedlegg 69:** Forklaringsopptak 9. februar 2005 av [navn]

[navn] har forklart at han oppfattet dubleringstilbudet som at det ikke var noen koblinger mellom ytelsene. ICA kunne fritt velge fra dubleringspresentasjonen hvilke produkter de ønsket. Dersom ICA hadde sagt ja til alle dubleringene ville Synnøve Finden vært betydelig mindre til stede i Rimi-butikkene (vedlegg 61).

[navn] har forklart at han oppfattet dubleringstilbudet som et reelt tilbud. Det ville være svært uvanlig om TINE ved [navn] kunne legge frem et slikt tilbud uten at TINE ville være bundet i de videre forhandlingene (vedlegg 69).

[navn] har forklart at dubleringstilbudet var et arbeidsdokument, et innspill for videre forhandlinger, men har bekreftet at TINE i utgangspunktet ville være bundet av tilbudet. TINE ville hatt problemer med å gå tilbake på summene dersom ICA hadde valgt å gå videre med tilbudet. Vedrørende produktet hvitost økonomipakke hadde ICA tidlig i forhandlingsprosessen varslet at det ikke var aktuelt å ta ut Synnøve Finden gulost økonomipakke fordi det ville få store konsekvenser for Synnøve Finden. Ifølge [navn] var det derfor en forutsetning i dubleringstilbudet at Synnøve Finden gulost økonomipakke ikke skulle ut av ICAs sortiment. (vedlegg 62).

[navn] har også forklart at dubleringstilbudet var et arbeidsdokument. Tilbudet var dårlig kvalitetssikret og ville ved en eventuell videre diskusjon bli gjenstand for helt nye vurderinger. [navn] innrømmet at TINE ikke pleide å ta med seg arbeidsdokumenter inn i forhandlingsmøter, og at dette var en feilvurdering fra hans side (vedlegg 46).

Konkurransetilsynet har fått utkast til avtale slik den forelå den 15. april 2005. Avtalen viser at TINE og ICA ble enige om at TINE skal betale [] kroner i ytelser/rabatter for 2005.

- **Vedlegg 70:** Samarbeidsavtale for 2005 mellom ICA Norge AS og TINE BA, del tre

6.5 Konkurransetilsynets vurdering av fakta

I dette avsnittet vil Konkurransetilsynet først foreta en konkurransemessig vurdering av de beskrevne forhandlingene med henholdsvis Rema og ICA (6.5.1 og 6.5.2), og dernest vurdere de mulige konkurransemessige virkningene av TINEs atferd (6.5.3).



6.5.1 TINEs årsforhandlinger for 2005 med Rema

Innledning

Konkurransetilsynet er av den oppfatning at den samlede mengde bevis i denne saken viser at det foreligger en avtale om eksklusivitet eller en felles forståelse om at TINE skulle være eneleverandør av hvitost og brunost til Rema som innebærer en overtredelse av konkurranseloven § 11. Etter tilsynets oppfatning rammes også TINEs ensidige atferd under årsforhandlingene med Rema av samme bestemmelse.

Under punkt syv vil det bli redegjort nærmere for at det også foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 10.

Konkurransetilsynet har videre funnet det bevist at TINE ved sin atferd hadde til hensikt å ekskludere Synnøve Findens produkter.

Tidlig i forhandlingene i 2004 ytret Rema ønske om å smalne inn sortimentet blant annet innen ost, men uttrykte overfor TINE at dette ville koste. TINE responderte fortløpende på utspillene fra Rema ved blant annet å øke ytelsene til Rema gjennom forhandlingene og å oversende planogrammer og lønnsomhetsberegninger til Rema. Etter hvert som Rema mottok nye tilbud fra TINE, foretok Rema beregninger av lønnsomheten ved å fjerne Synnøve Finden fra sitt sortiment og kun ha TINE som leverandør av hvitost og brunost. Årsforhandlingene kuliminerte ved at partene den 20. september 2004 ble enige om de økonomiske rammene for 2004 og 2005 og at TINE ble eksklusiv leverandør av hvitost og brunost hos Rema ved at Synnøve Finden ble fjernet fra Remas sortiment i januar 2005.

Slik Konkurransetilsynet vurderer det var TINEs ytelsel til Rema i form av økte rabatter betaling for eksklusivitet. Det er uten betydning hvordan ytelsen navngis eller begrunnes hvis den i realiteten er betaling for eksklusivitet. Det har heller ikke betydning om ytelsene i tillegg til å være betaling for eksklusivitet var betaling for andre gjenytelser fra Rema. Slik Konkurransetilsynet vurderer det har partene søkt å kamuflere at avtalen er en eksklusiv avtale.

Før Konkurransetilsynet foretar en oppsummering av de mest sentrale vurderingstemaene og bevisene må det fremheves at det er helt avgjørende i denne saken at samtlige bevis som foreligger, vurderes samlet, og ikke hver for seg løsrevet fra helheten, slik TINE har gjort i tilsvar til varselet. En samlet vurdering av den det totale bevismaterialet viser at det er overveiende sannsynlig at TINE har opptrådt i strid med konkurranseloven § 11.

Konkurransetilsynets vurdering

Det fremkommer av dokumentbevis at eksklusive leveranser var et tema i samtlige forhandlingsmøter mellom partene. Når partene høsten 2004 forhandlet om at TINE skulle bli en betydelig større leverandør, og TINE allerede hadde en markedsandel på ca []⁹³ prosent (hvitost) og []⁹⁴ prosent (brunost), må dette bety at partene i realiteten drøftet eneleverandørstatus eller i hvert fall tilnærmet eneleverandørstatus for TINE. Spørsmålet om en styrking av TINEs posisjon

⁹³ 75-95 prosent

⁹⁴ 90-100 prosent



i Rema dukket opp allerede i møtet mellom TINE og Rema 6. juli 2004. Rema kom da med et forhandlingsutspill med forespørsel om ”*hvor mye Tine var villig til å betale for å bli en betydelig større aktør hos Rema 1000 Norge AS enn på dette tidspunkt.*” (vedlegg 4, punkt 21).

I det første forhandlingsmøtet, den 3. september 2004, gjentok Rema at selskapet fortsatt vurderte et scenario med én hovedleverandør for norsk ost. Rema ønsket på ny å undersøke nærmere hvor mye TINE var villig til å tilby for å få en sterkere leverandørposisjon totalt (vedlegg 10).

I det siste forhandlingsmøtet den 20. september 2004, der partene ble enige om de økonomiske rammene, ble også spørsmålet om eneleverandørstatus diskutert. Møtet ble innledet med at Rema presiserte overfor TINE at Rema kunne klare seg med en leverandør på ost dersom TINE var villig til å øke sitt tilbud til Rema (vedlegg 26). At spørsmålet om TINE som eneleverandør ble diskutert den 20. september fremgår av møtenotater av [navn] i Rema (vedlegg 28) og [navn] i TINE (vedlegg 30).

[navn] har notert følgende fra møtet:

*”Q vs én lev.
Finden vs. én lev.”*

[navn] har notert følgende:

*”Årsforh. lev. konsentrasjon
[...]
Kun Tine – ut SF [Synnøve Finden] ut Kavli [som eier Q-melk]”*

[navn] har videre skrevet ”forbehold om at alt går i box juridisk” og [navn] har notert ”Forbh: juridisk vasking”.

Tilsynet vil også vise til at et viktig element i forhandlingene var ”prislappen” for at TINE skulle oppnå eneleverandørstatus. TINE responderte på Remas utspill i møte den 3. september ved å tilby [] kroner (vedlegg 11). Senere økte TINE tilbudet til [] kroner (vedlegg 20). I møtet den 20. september økte TINE først sine ytelser med [] kroner og senere med ytterligere [] kroner. Det vises i denne sammenheng til [navn]s og [navn]s håndskrevne notater fra møtet (vedlegg 28, 30 og 31). Det er i denne sammenheng sentralt at TINE ikke krevde noen spesifikk motytelse for å øke ytelsene med til sammen [] kroner i møtet. Den endelige summen på TINEs ytelser ble [] kroner.

Konkurransetilsynet kan konstatere at økningen i TINEs samlede ytelser [en linje unntatt], og etter tilsynets oppfatning er betaling for eksklusivitet bakt inn i beløpet. Økningen av ytelsene og begrunnelsen for disse økningene må blant annet sees i sammenheng med opplysninger som fremkommer i referat fra konsernledermøte i TINE vedrørende forhandlingene med Rema (vedlegg 33): ”...Man [Rema] går i retning av færre leverandører og satser større på de største merkevarene. Dette gir muligheter for oss, men vil selvsagt koste.”



Dokumenter i saken viser at det er en nær kobling mellom ytelsene fra TINE til Rema og Remas interne beregninger med hensyn til om det vil være lønnsomt å erstatte Synnøve Findens produkter med TINE-produkter. I denne sammenheng bemerkes innledningsvis at TINE allerede i august 2004 oversendte en vurdering av lønnsomheten ved å ha en kontra to leverandører av hvitost og brunost til Rema (vedlegg 6). Videre vises det til at etter hvert som TINE økte sine ytelser, foretok Rema detaljerte utregninger av hvordan en overgang til eneleverandøravtale med TINE ville påvirke Remas resultat. Rema har omtalt lønnsomhetsberegningen som et ”*oppsett over hvordan 2005 blir med TINE som eneleverandør*” (vedlegg 12). Disse beregningene er direkte knyttet til TINEs tilbudte ytelser. På dette tidspunktet hadde TINE tilbudt [] kroner i ytelser til Rema. TINEs tilbud er tatt inn i regnestykket og [navn] konstaterte [en linje unntatt] (vedlegg 12). [navn] besvarte e-posten samme dag: [en linje unntatt]. E-posten indikerer at partene forhandlet om ”prislappen” på eneleverandøravtalen. I denne sammenheng er det verdt å merke seg at det beløp partene til slutt endte opp med – [en linje unntatt], [to linjer unntatt].

Det er brakt på det rene gjennom dokumentasjon og forklaringsopptak at TINE og Rema først ble enige om de økonomiske rammene for avtalen, og at partene i ettertid ble enige om fordelingen av rabattene fra TINE på ulike kategorier av motytelser. Den endelige fordelingen fremstår som tilfeldig, spesielt med hensyn til rabatten som omtales som ”[ett ord unntatt]”, og Konkurransetilsynet mener at dette har gjort det enkelt for TINE og Rema å skjule betaling for eksklusivitet under dekke av forskjellige rabattkategorier.

Tilsynet finner grunn til å knytte enkelte kommentarer til rabattkategorien ”[ett ord unntatt]”. Denne rabattkategorien utgjør hele [] kroner. Dette beløpet utgjorde over en tredjedel av TINEs totale ytelser til Rema for 2005, og det var første gang denne rabattkategorien figurerte i en årsavtale mellom TINE og Rema. Under etterforskningen klarte verken TINE eller Rema å fremskaffe de økonomiske beregningene som lå til grunn for [ett ord unntatt], eller gjøre rede for størrelsen på beløpet på annet vis. Heller ikke i ettertid er det gitt en tilfredsstillende redegjørelse med hensyn til denne rabattkategorien.

I tillegg til at spørsmål om eneleverandørstatus var tema under samtlige forhandlingsmøter og at TINEs ytelser til Rema ble doblet under årsforhandlingene, vil Konkurransetilsynet fremheve den kommunikasjonen som var mellom partene vedrørende planogrammer uten Synnøve Finden i kjøledisken for osteprodukter. I forkant av siste forhandlingsmøte den 20. september oversendte TINE planogrammer til Rema som viste hvordan kjøledisken til Rema ville se ut når Synnøve Findens osteprodukter ble byttet ut med TINEs produkter. Planogrammene som TINE sendte til Rema var således en figurativ angivelse av TINEs eksklusivitet hos Rema. Kommunikasjon mellom partene vedrørende planogrammer fremkommer av vedlegg 14 til 18. At det er en kobling mellom utarbeidelsen av planogrammene og eneleverandørstatus for TINE hos Rema, understøttes av forklaringsopptak i saken. En rekke personer har forklart seg om planogrammene, og noen av vitnene har avgitt forklaringer som ikke stemmer med andre bevis i saken. [navn] i TINE benektet under sitt forklaringsopptak at TINE hadde laget planogrammer som [navn] i Rema etterspurte (vedlegg 15). Senere under etterforskningen avdekket imidlertid tilsynet selve oversendelsen av planogrammene blant [navn]s slettede e-poster (vedlegg 18).

Konkurransetilsynet vil videre vise til at det er dokumentert gjennom notater og forklaringsopptak at mediestrategi ble diskutert i det siste forhandlingsmøtet den 20. september



2004. Mediestrategi er et uvanlig tema i ordinære forhandlingsmøter mellom leverandører og dagligvarekjeder (vedlegg 45). [navn] i Rema har forklart at han ikke husket at media ble diskutert i dette møtet. Det fremgår imidlertid av [navn]s møtenotater (vedlegg 28) at forholdet til mediene var et tema i dette møtet. At partene i møtet 20. september 2004 diskuterte mediestrategi, underbygger at noe ekstraordinært ble avtalt.

Konkurransetilsynet vil videre vise til at dokumenter fra dagene etter at enighet ble oppnådd også viser at det ble inngått avtale om eksklusivitet den 20. september 2004. Konkurransetilsynet vil her trekke frem referat fra et ledermøte i TINE den 28. september 2004 (vedlegg 40). Av dette referatet fremgår det at [navn] har opplyst om at avtalen med Rema er i orden, og at Synnøve Finden og Q-meieriene er helt ute av Rema. Når det gjelder TINEs kunnskap om at Rema skulle fjerne Synnøve Finden fra sitt sortiment vises det også til vedlegg 8 side 15, vedlegg 9 side 5 og 12 og vedlegg 39 punkt 15. Konkurransetilsynet vil videre fremheve et dokument om TINEs strategi i de pågående årsforhandlingene med NorgeGruppen utarbeidet av TINE to dager etter at avtalen mellom Rema og TINE ble signert den 15. november 2004 (vedlegg 49). I strategidokumentet fremgår det at *"Vi kupper NG før Synnøve får beskjed om Rema avtalen"*. Dette sitatet viser helt klart at TINEs kunnskap om at Synnøve Finden skulle ut av Rema i 2005, var noe TINE ville bruke i forhandlingene med andre dagligvarekjeder. [navn] har forklart at det var viktig for TINE å få slutført forhandlingene med NorgesGruppen før Synnøve Finden forsøkte å få avsetning for volumet som var bortfalt i Rema.

Forhandlingene rundt TINEs eventuelle produksjon av en egen merkevare-ost for Rema underbygger ytterligere at TINE skulle være eneleverandør av ost til Rema. TINEs tilbud til Rema om leieproduksjon av ost ville gjøre det mulig for Rema å fortsatt kunne tilby kundene lavprisprodukt etter at Synnøve Finden ble fjernet fra sortimentet. [Fire linjer unntatt] (vedlegg 1 side 7). Det er videre fremlagt dokumentasjon som viser at spørsmålet om egen merkevare-ost var et tema under årsforhandlingene (vedlegg 20, 21 og 42).

Som det fremkommer ovenfor ble TINE og Rema enige om årsavtalen for 2005 den 20. september 2004. Dette var to måneder før Rema hadde sitt første ordinære forhandlingsmøte med Synnøve Finden, den 17. november 2004. Konkurransetilsynets vurdering av bevisene over viser at Rema allerede i september 2004 hadde bestemt seg for ikke å fornye avtalen med Synnøve Finden. Dette taler for at Remas forhandlinger med Synnøve Finden høsten 2004 var proforma.

Konkurransetilsynet finner at den samlede mengde bevis viser at det foreligger en avtale om eksklusivitet eller en felles forståelse om at TINE skulle være eneleverandør av hvitost og brunost til Rema, og at det er en nær sammenheng mellom TINEs økte ytelser og at Synnøve Finden ble fjernet fra Remas sortiment. Etter tilsynets vurdering er TINEs atferd i strid med hva som er normal konkurranseatferd for dominerende aktører ved tilbud av varer og tjenester, og som det fremgår nærmere under punkt 6.5.3 nedenfor vil TINEs atferd kunne ha konkurranseskadelige virkninger.

Kommentar til enkelte av TINEs anførsler med hensyn til årsforhandlinger mellom Rema og TINE

TINE har anført at det ikke er inngått en eksklusivavtale mellom TINE og Rema. Det er i denne sammenheng blant annet vist til at den skriftlige avtalen inneholder ingen eksklusivitetsbestemmelser, og det anføres videre at det ikke finnes dokumenter og forklaringer som indikerer at det foreligger en slik avtale, jf. TINEs tilsvarende svar til varselet side 47 følgende og side 63 følgende. Konkurransetilsynet vil i denne sammenheng bemerke at det ikke kan oppstilles noe krav om at eksklusiviteten må komme skriftlig til uttrykk i avtalen mellom partene eller at det foreligger en juridisk bindende avtale om eksklusivitet, jf. punkt 6.1 ovenfor. Både kontraktmessig og faktisk eksklusivitet rammes av § 11. Som det fremkommer under punkt 6.5.1 viser en samlet vurdering av bevisene i saken at det foreligger en avtale om eksklusivitet eller en felles forståelse om at TINE skulle være eneleverandør av hvitost og brunost til Rema. Etter tilsynets oppfatning rammes også TINEs ensidige atferd under årsforhandlingene med Rema av konkurranseloven § 11.

TINE har videre anført at en skjult avtale om eksklusivitet ikke kan håndheves av TINE dersom den brytes av Rema, jf. tilsvarende svar til varselet side 64. Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det ikke avgjørende om det foreligger formelle håndhevingsmekanismer. Det er imidlertid på det rene at den skriftlige avtalen mellom TINE og Rema kunne reforhandles og eventuelt sies opp ved vesentlig mislighold (vedlegg 48 punkt 17 i leverandøravtalen). Videre fremgår det av vedlegg til samarbeidsavtalen mellom TINE og Rema (vedlegg 48, Vedlegg til samarbeidsavtalen mellom Rema 1000 Norge AS og TINE BA for 2005 og 2006) "[...] *Årsavtalen gjelder i [] år og revideres høsten 2005 ifht totalutviklingen i samarbeidet*". Til dette kommer at TINE og Rema er avhengig av å ha gjensidig tillit til hverandre da partene årlig forhandler om levering av meieriprodukter. TINE har i kraft av sin sterke merkevareposisjon både på melk, ost og andre meieriprodukter mulighet til å "straffe" Rema i senere forhandlinger.

I TINEs tilsvarende svar til varselet på side 63 følgende kommenteres enkeltbevis og enkeltargumenter i tilsynets vurdering, og TINE mener at det enkelte bevis og argument isolert sett tilsier at det ikke foreligger en avtale om eksklusivitet. Tilsynet vil ikke kommentere enkelthetene i TINEs gjennomgang, men viser til at det er en samlet vurdering av alle bevis som leder til konklusjonen om at det her foreligger en utilbørlig utnyttelse.

TINE har videre anført at TINEs ytelsener er lovlige, jf. TINEs tilsvarende svar til varselet side 51 følgende. TINE argumenterer for at ingen av ytelsene er knyttet til noen betingelse om eksklusivitet og at rabattene ikke har lojalitetsskapende virkninger. Videre mener TINE at ytelsene kan begrunnes i økonomiske motytelser eller andre økonomiske fordeler. Under punkt 6.5.1 har Konkurransetilsynet vist at det er en nær sammenheng mellom TINEs ytelsener og eksklusiviteten. Tilsynet har lagt til grunn at betalingen for eksklusivitet er søkt skjult gjennom rabattene. Det vises i denne sammenheng særlig til rabattkategorien som omtales som "dropsize". Konkurransetilsynet ser ikke bort fra at enkelte av ytelsene i tillegg til å være betaling for eksklusivitet også er reflektert i motytelser fra Rema. I Arla-saken, som det er vist til i kapittel 6.1 ovenfor, fant retten det imidlertid ikke nødvendig å vurdere om markedsføringstilskuddet hadde lojalitetsskapende virkninger. Det ble heller ikke sett på som avgjørende at Arla mottok markedsføring som sto i forhold til den ytede beløp. Retten fant det bevist at Arlas utbetaling av

markedsføringstilskuddet var knyttet til Metros eksklusjon av Hirtshals Andelsmejeri og dette var avgjørende for saken.

6.5.2 TINEs årsforhandlinger for 2005 med ICA

[fem linjer unntatt]

TINEs dubleringstilbud var brukket ned på produktnivå for alle typer produkter innen fem varekategorier. Alle konkurrerende produkter ble foreslått byttet ut med TINE-produkter. Tilbudet inneholdt nesten alle Synnøve Findens produkter. Dette innebar at hvis ICA hadde akseptert hele dubleringstilbudet, ville Synnøve Finden nærmest vært ekskludert fra Rimi.

Dubleringstilbudet ble utarbeidet av [navn] og godkjent av [navn] (vedlegg 62). [navn] hadde en mer aktiv rolle i forhandlingene enn normalt, fordi [navn] skulle slutte i selskapet. Tilbudet var derfor godt kjent på [tittel]nivå. I tillegg var konserndirektør [navn] orientert, noe som må innebære at dubleringstilbudet også var kjent på konserndirektørnivå (vedlegg 44). Dette viser at [navn]s uttalelse om at dubleringstilbudet var dårlig kvalitetssikret, ikke medfører riktighet. Dette viser også at TINEs uttalelser i tilsvaret til varselet om at dokumentet ikke var et rettslig bindende tilbud, men kun et arbeidsdokument, heller ikke kan medføre riktighet.

At dokumentet ikke er et arbeidsdokument, forsterkes av at dubleringstilbudet utgjør en del av forhandlingene i nesten hele forhandlingsperioden, fra 26. oktober 2004 og til siste forhandlingsmøte i desember 2004. [navn] mener at han i fjerde forhandlingsmøte ytret ønske om å avslutte forhandlingene om dublering. Likevel ble tilbudet gjenstand for videre forhandlinger. Dubleringstilbudet ble sendt per e-post både den 11. november 2004 og den 6. desember 2004 (vedlegg 67 og 68). I e-post av 6. desember 2004 (vedlegg 68) omtales dubleringstilbudet dessuten som en ”*avtaledel*”, noe som ytterligere forsterker dokumentets karakter.

Hvis ICA hadde sagt ja til alle produktdubleringene, ville TINE vært bundet av dette. ICA oppfattet tilbudet som klart bindende for TINE (vedlegg 69).

Konkurransetilsynet har funnet bevist at TINE fremla et bindende dubleringstilbud til ICA. Hvis tilbudet var blitt akseptert i sin helhet, ville konsekvensen ha vært at Synnøve Finden ble ekskludert fra Rimi-butikkene.

Konkurranseloven § 11 får anvendelse på dominerende foretaks ensidige handlinger. Det er ikke nødvendig å påvise at det foreligger en avtale eller samordnet opptreden slik som etter konkurranseloven § 10. Det er den ensidige handlingen – ”utnyttelse” av dominerende stilling – som må påvises. Det foreligger ikke noe krav om *evne til ensidig gjennomføring*, slik TINE hevder i tilsvaret til varselet, for at handlingen skal rammes av § 11. Etter Konkurransetilsynets oppfatning tilsier både ordlyden og formålet med konkurranseloven § 11 at TINEs atferd rammes. Ved å fremme tilbudet om dublering har TINE gjort det som var nødvendig og tilstrekkelig fra TINEs side for å få i stand en avtale om eneleverandørstatus med ICA. Det forhold at ICA enten ikke tok stilling til tilbudet eller avslo tilbudet medfører ikke at TINEs ensidige handling blir rettmessig. Slik Konkurransetilsynet vurderer det er det ingen dokumentasjon som viser at TINE trakk tilbudet tilbake.

At TINE fremsetter et bindende tilbud om dublering av nærmest alle Synnøve Findens produkter, er en fullbyrdet ensidig handling som omfattes av ordlyden i konkurranseloven § 11. Dette må i alle fall være tilfelle når det slik som her tilbys ytelser eller fordeler mot eksklusivitet.

Handlingen må karakteriseres som avvik fra normal konkurranseatferd i det den har til hensikt å begrense konkurransen. Fremsettelsen av dubleringstilbudet er videre egnet til å begrense konkurransen. Det følger av rettspraksis at det ikke er nødvendig å konstatere at atferden har hatt konkrete virkninger på det berørte marked. Det er tilstrekkelig at atferden potensielt kan begrense konkurransen ved å sannsynliggjøre at en dominerende virksomhets utilbørlige utnyttelse har til hensikt å begrense konkurransen eller er egnet til å ha denne virkningen, jf. Michelin II premiss 293 og British Airways premiss 293.

Konkurransetilsynet legger til grunn at TINE ved sin atferd overfor ICA hadde til hensikt å ekskludere Synnøve Findens produkter fra ICA.

6.5.3 Virkninger i markedet

Som redegjort for i punkt 6.1 er det ikke nødvendig å konstatere at den utilbørlige utnyttelsen av en dominerende stilling har hatt konkrete virkninger i det berørte markedet. Det er tilstrekkelig at atferden potensielt kan begrense konkurransen. Det avgjørende er om atferden er egnet til eller sannsynligvis vil ha en konkurransebegrensende virkning, og følgelig om atferden kan ha eller vil ha en skadelig effekt for forbrukerne.

Det foreligger streng praksis fra EF-domstolen med hensyn til dominerende aktørers anvendelse av eneleverandøravtaler og annen tilsvarende atferd som leder til eksklusivitet (se punkt 6.1). Det skal lite til for at denne typen atferd rammes av konkurranseloven. I denne saken foreligger det sterk dominans, da TINE har stabilt høye markedsandeler, det er betydelige etableringshindre og kjøpermakten ikke er tilstrekkelig til å motvirke TINEs markedsrett (se kapittel 5). Det er kun én konkurrent i dette markedet, og som følge av den dominerende aktørens atferd, er denne konkurrenten blitt stengt ute fra én av fire dagligvarekjeder og forsøkt utestengt fra ytterligere én dagligvarekjede (se punkt 6.3 og 6.4). På bakgrunn av EF-domstolens strenge praksis med hensyn til denne typen atferd, den dominerende aktørens sterke stilling samt den konkrete markedssituasjonen handlingen er utført i, finner Konkurransetilsynet at TINEs atferd er egnet til og sannsynligvis ville hatt en konkurranseskadelig virkning på markedet.

Ovennevnte forhold er tilstrekkelig til å konstatere at det foreligger utilbørlig utnyttelse i henhold til konkurranseloven § 11. Det er således ikke nødvendig å foreta en ytterligere vurdering av konkurransemessige virkninger av atferden. Tilsynet har likevel vurdert virkninger for Synnøve Finden, TINEs eneste konkurrent i det relevante markedet, og virkninger for forbrukerne på kort og lang sikt.

Virkninger for Synnøve Finden

Slik Konkurransetilsynet vurderer det, ville TINEs atferd hatt stor betydning for Synnøve Finden i form av bortfall av leveranser dersom eneleverandøravtalen med henholdsvis Rema og Rimi hadde blitt gjennomført. I 2004 var [] prosent av Synnøve Findens omsetning knyttet til leveranser til Rema og Rimi. Synnøve Findens omsetning til Rema utgjorde samme år nær [] prosent av selskapets totale omsetning. De andre kundene til Synnøve Finden i daglig-



varehandelen var NorgesGruppen, Coop Norge og Lidl.⁹⁵ Synnøve Finden var allerede inne med et kjedetilpasset produktsortiment i alle disse kjedene, slik at selskapet hadde begrensede muligheter til å øke sitt salg gjennom disse kjedene.

Synnøve Finden kunne forsøkt å få erstattet det tapte volumet gjennom å øke sitt salg gjennom blant annet NorgesGruppen. TINE gjorde det imidlertid vanskelig for Synnøve Finden å få avsetning for det tapte volumet hos NorgesGruppen. Det vises i denne sammenheng til vedlegg 49 som er et internt strategidokument fra TINE, der blant annet følgende fremgår:

”Vi kupper NG før Synnøve får beskjed om Rema avtalen. Vi går aggressivt ut med Sortiment og plassføringer. Vil nok koste [].”

En slik strategi ville i vesentlig grad ha redusert Synnøve Findens muligheter til å øke sitt salg gjennom NorgesGruppen. Strategien ble fulgt opp ved at TINE tilbød NorgesGruppen en økning i rabattene. Tilbudet ble akseptert av NorgesGruppen, og dette gjorde det vanskelig for Synnøve Finden å avsette det tapte volumet hos NorgesGruppen. Etter tilsynets vurdering ville det også vært svært vanskelig for Synnøve Finden å finne avsetning for bortfallet av volum på andre måter.

TINE iverksatte tiltak overfor tre av de fire dagligvarekjedene som kunne svekket Synnøve Findens mulighet for tilgang til disse kjedene. Så vidt tilsynet er kjent med, hadde ingen av de tre kjedene full oversikt over TINEs atferd overfor de andre kjedene. I en slik situasjon kan det lett oppstå et koordineringsproblem. Den enkelte kjede kan ha antatt at de andre kjedene ville foretatt innkjøp fra Synnøve Finden, og derfor funnet det formålstjenlig å gi kun begrenset tilgang for Synnøve Finden i butikkhyllene. Dermed kunne kjedene som følge av mangel på koordinering i sum ha gjennomført tiltak som førte til at Synnøve Finden ble tvunget til å forlate markedet.

TINE har ikke bestridt at det kunne oppstå et koordineringsproblem mellom kjedene. Selskapet hevder imidlertid at det var vel kjent i markedet at Synnøve Finden var i en vanskelig økonomisk situasjon i 2004, og at hver av kjedene hadde et selvstendig ansvar for å ”holde liv” i Synnøve Finden. Det anføres videre at dersom Rema og ICA likevel var villige til å inngå eneleverandøravtale, måtte det være fordi gevinsten ved en slik avtale alt i alt var større enn tapet ved redusert konkurranse.

Konkurransetilsynet vil påpeke at denne anførselen fra TINE bare viser at eneleverandøravtalen var positiv for Rema og eventuelt ICA. I vurderingen av de konkurransemessige virkninger må det imidlertid også tas hensyn til virkningene for forbrukerne samt andre forhandlere og leverandører. Redusert konkurranse kan bety at kjedene øker prisene til forbrukerne. Dette er fremhevet av professor Gabrielsen i hans vurdering av de økonomiske argumentene i TINEs tilsvare.

- Vedlegg 71: Tommy S. Gabrielsen: ”TINE BA – Eneleverandøravtaler, kontrakter og egne merkevarer. Kommentarer til Dalen og von der Fehr”, 20. november 2006.

⁹⁵ Lidl etablerte seg med 20 butikker i Norge i 2004

Kjedenes valg av eneleverandøravtale innebærer følgelig ikke at den type avtale er gunstig for forbrukerne.

Konkurransetilsynet er av den oppfatning at selv om hver kjede hadde vurdert det slik at de hadde et selvstendig ansvar for å ”holde liv” i Synnøve Finden, ville den enkelte kjede sannsynligvis ikke foretatt en avveining som er i tråd med forbrukernes interesse. Videre viser tilsynet til at det faktisk forelå et koordineringsproblem høsten 2004. Det forligger ingen opplysninger om at den enkelte kjede kjente til TINEs strategi overfor de andre kjedene i årsforhandlingene. Det var derfor en risiko for at de øvrige kjedene hver for seg kunne opptre slik at den samlede virkning ville blitt at Synnøve Finden ble presset ut av markedet og at forbrukerne således ville kunne bli skadelidende.

Ved vurderingen av om TINEs atferd sannsynligvis ville ha en utestengende virkning, har Konkurransetilsynet vurdert virkningen av delvis utestengning, det vil si at Synnøve Finden hadde blitt utestengt fra Rema og Rimi. Videre har tilsynet vurdert virkningen av full utestenging av Synnøve Finden fra markedet som følge av TINEs atferd. Nedenfor følger tilsynets vurdering av virkningene i de to tilfellene for priser, produktutvalg, kostnadseffektivitet og produktutvikling.

Prisvirkninger for forbrukerne av delvis utestengning

Etter Konkurransetilsynets oppfatning kunne TINEs atferd medført høyere priser for forbrukerne. Denne konklusjonen er basert på dels generelle vurderinger av mulige effekter av eneleverandøravtaler, og dels på en konkret vurdering av mulige priseffekter i markedene for fast hvitost og brunost.

Det fremgår av Konkurransetilsynets vurderinger i punkt 4.3 (avgrensning av geografisk marked) og punkt 5.3 (hindringer for ekspansjon og nyetablering), at muligheten for lønnsom import og nyetableringer i de aktuelle markedene er begrensede. Forholdene ligger således godt til rette for at prisene på fast hvitost og brunost kan stige. I en slik situasjon kan en kortsiktig prisøkning føre til vedvarende høyere priser. Tilsynet har derfor vurdert mulige kortsiktige prisvirkninger av TINEs atferd.

På oppdrag fra Konkurransetilsynet har professor Tommy S. Gabrielsen foretatt en vurdering av virkningene av TINEs atferd. I rapportene drøfter Gabrielsen henholdsvis de generelle økonomiske argumentene i tilsvaret til varselet (vedlegg 71) og mer spesifikt mulige pris- og velferdsvirkninger av delvis utestenging (vedlegg 72). Begge rapportene er kommentert av TINE, jf. e-post fra Wiersholm av 13. februar 2007 med vedlegg av notat av von der Fehr og Dalen.

- Vedlegg 72: Tommy S. Gabrielsen: ”Delvis utestenging – prisvirkninger og effekter for konsumentoverskudd”, 11. januar 2007.

Selv om det kan være lønnsomt for en leverandør og en detaljist å inngå en eneleverandøravtale, betyr ikke dette nødvendigvis at også forbrukerne kommer bedre ut (vedlegg 71). Gabrielsen peker tvert imot på at forbrukerne ofte kommer dårligere ut. Eneleverandøravtaler kan føre til dempet konkurranse og derigjennom økt profitt for avtalepartnerne på bekostning av forbrukerne og effektiviteten i bruken av samfunnets ressurser. Bakgrunnen for dette kan være redusert

intramerkekonkurranse (konkurranse om distribusjon og salg av produkter fra en merkevareleverandør). Dersom færre kjeder fører et merke dempes konkurransen om det aktuelle merket mellom kjedene. Redusert intramerkekonkurranse kan føre til redusert intermerkekonkurranse (konkurranse mellom produkter fra ulike merkevareleverandører), da dempet konkurranse innen et merke kan lede til mindre hard konkurranse mellom alle merker. Videre kan dempet konkurranse skyldes at leverandøren som inngår eneleverandøravtaler øker prisen som følge av økt etterspørsel. Det vil igjen oppmuntre dagligvarekjedene til å sette en høyere pris til forbrukerne. Gabrielsen konkluderer med at den samlede effekt i en slik situasjon, er at forbrukerne kommer dårligere ut (se oppsummering i vedlegg 72).

Konkurransetilsynet legger i tråd med professor Gabrielsens vurdering til grunn at eneleverandøravtaler kan være skadelig for forbrukerne selv om de er lønnsomme for avtalepartene.

I det følgende vil tilsynet foreta en vurdering av om TINEs atferd ville kunne påvirket prisene i dette konkrete tilfellet.

TINE anfører at det eneste sannsynlige resultatet av TINEs atferd ville vært en prisreduksjon i markedet, både på kort og lang sikt. TINE viser blant annet til at det før årsforhandlingene i 2004 var kjent at både Rema og Rimi ønsket å spisse sin lavprisprofil ved å redusere antall varelinjer og redusere prisene. TINE anfører videre at Rema ville satt lavere pris på TINEs osteprodukter som følge av en innsnevring av sortimentet etter at Synnøve Finden ble fjernet fra sortimentet. Ifølge TINE ville en slik prisreduksjon være mulig på grunn av lavere kostnader.

Konkurransetilsynet vil påpeke at når prisreduksjon for kjedene gis som et fast beløp som er uavhengig av det solgte kvantum, slik tilfellet var i forhold til Rema, vil kjeden ikke nødvendigvis finne det lønnsomt å redusere sluttprisen. Videre er det ikke dokumentert at en innsnevring av sortimentet ville gjort det nødvendig å redusere prisene. Forbruksundersøkelser utført for TINE, tyder på at kunder ikke bytter butikk dersom Synnøve Finden ikke finnes i sortimentet.⁹⁶ Følgelig er det ikke grunnlag for å hevde at prisen må senkes for å kompensere for dårligere vareutvalg.

Konkurransetilsynet vil bemerke at von der Fehr og Dalen i sine kommentarer til Gabrielsens rapporter synes å forutsette at TINE ikke, eller i liten grad, gir prisreduksjoner i form av faste beløp. Dette samsvarer dårlig med det som var forhandlingstema i årsforhandlingene mellom TINE og Rema, samt mellom TINE og de øvrige dagligvarekjedene. TINE har for eksempel opplyst at det er rammen – det totale rabattbeløpet – som er det viktige for TINE. Hvordan Rema velger å fordele disse rabattene er av mindre betydning for TINE (vedlegg 16).

Etter Konkurransetilsynets oppfatning ville avtalen mellom TINE og Rema ikke ledet til prisreduksjon. Under etterforskningen fant tilsynet konkrete bevis for at Rema ikke ville sette ned prisen på TINE produkter som følge av eneleverandøravtalen med TINE, jf. vedlegg 12 og 23. Etter hvert som TINE kom med nye tilbud om totalt rabattbeløp for årene 2005 og 2006, foretok Rema interne beregninger med hensyn til bedring i resultatet for Reitan Norge (RN)

⁹⁶ S.nr 2005/58 dokument nr 201, e-post av 27. november 2006 fra Wiersholm til Konkurransetilsynet, Vedlegg: "Skivet ost – drivere og barrierer. En kvalitativ undersøkelse gjennomført for TINE." April 2005



sammenlignet med 2004. Det var en forutsetning for beregningene at TINE var eneleverandør av ost og melk til RN.

Rema har et [fem linjer unntatt].

Beregningen viser at [syv linjer unntatt].

Slik tilsynet oppfatter Remas interne beregninger, var det bedring i resultat for konsernet og ikke reduksjon i salgspriser til forbruker som var sentralt i Remas vurdering av eksklusivavtalen med TINE. Tilsynet kan ikke se at Rema vurderte å sette ned prisene på ost som følge av at selskapet fikk forhandlet seg frem til betydelig økte rabatter fra TINE.

På denne bakgrunn finner tilsynet at Rema ikke hadde planer om å sette ned prisen på ost på kort sikt. Konkurransetilsynet legger til grunn at eneleverandørstatus for TINE i Rema ikke ville utløse økt priskonkurranse mellom de ulike dagligvaregrupperingene på TINEs produkter.

TINEs anførsel om at Synnøve Finden vil ønske å sette lavere pris på sine produkter som følge av et eventuelt bortfall av leveranser til Rema og Rimi, kan heller ikke føre frem (vedlegg to side 13 til TINEs tilsvaret til varselet). Det vises i denne forbindelse til kjedenes prissetting og at eneleverandøravtaler mellom TINE og henholdsvis Rema og ICA for Rimi-kjeden ikke ville ha påvirket prissettingen av Synnøve Findens produkter i de kjedene hvor produktet fortsatt selges. Dette vil det bli redegjort for nedenfor.

Etter det opplyste [fire linjer unntatt]. Rema er den dagligvarekjeden som vanligvis har lavest pris og de andre kjeder ser ofte hen til Remas priser ved fastsettelse av sine priser. Lav pris på Synnøve Findens ost i Rema bidrar derfor trolig til en relativt lav pris på Synnøve Findens produkter også i andre kjeder. Når Rema ikke lenger fører Synnøve Findens produkter, blir konkurransen svekket mellom forhandlere av disse produktene.

Videre viser Konkurransetilsynet til at de kjedene som etter utestengingen fortsatt vil føre Synnøve Findens produkter, står friere i prissettingen av disse produktene. Dette vil i neste omgang kunne påvirke prissettingen av det merket som ikke er ekskludert, i dette tilfellet TINEs osteprodukter. Mindre konkurranse fra Synnøve Finden vil kunne innebære at kjedene også setter høyere pris på det merket som fortsatt er til stede i samtlige kjeder, det vil si TINEs osteprodukter.

Ved vurderingen av prisvirkningene for forbrukerne ved delvis utestengning vil tilsynet også vise til at TINE og Rema under årsforhandlingene i 2004 diskuterte om TINE skulle produsere Remas egen merkevare innen hvitost. TINE og Rema drøftet kun muligheten for å introdusere én ostevariant, slik at introduksjonen uansett ville fått begrensede prisvirkninger.

Introduksjonen av et eget merke med relativt lav pris vil isolert sett være til fordel for forbrukerne som kjøper dette merket. Forbrukere som kjøper de nasjonale merkevarene (i dette tilfellet TINEs Norge, Jarlsberg mv.), kan imidlertid oppleve høyere pris. Det skyldes at de kundene som er prisfølsomme har valgt å gå over til det egne merket hvilket gjør det lønnsomt å heve prisen overfor de resterende kundene som fortsatt kjøper det nasjonale merket. I punkt 4.3 fremgår det at

prisen på Norvegia har steget i den perioden andelen egne merker har vist en svak økning, og at andelen egne merker fortsatt er svært lav i Norge. Dette innebærer at hovedtyngden av forbrukerne har opplevd en prisøkning på fast hvitost, mens noen få har tjent på lavere priser på handelens egne merker. Denne utviklingen vil derfor sannsynligvis ha negative effekter for forbrukernes velferd samlet sett.⁹⁷

På noe lenger sikt ville etterspørselen etter TINEs produkter trolig økt i de kjedene hvor TINE var eneleverandør. TINEs respons på dette kunne ha vært å sette en høyere pris til kjedene, hvilket i neste omgang kunne ført til en høyere pris til kundene.⁹⁸ Videre ville introduksjon av egne merker medført at de ulike kjedenes butikker ville bli mer differensierte. Økt differensiering vil alt annet likt innebære at ulike butikker blir mindre nære substitutter, hvilket vil gjøre det mulig for de ulike kjedene å konkurrere mindre hardt. På lang sikt kunne derfor eneleverandøraftalene kombinert med introduksjonen av egne merker redusert konkurransen ytterligere i ostemarkedet og dermed ført til høyere priser. von der Fehr og Dalen er også av den oppfatning at eneleverandøraftaler kan føre til større differensiering mellom kjeder, noe som i neste omgang kan føre til høyere priser (vedlegg 2 til TINEs tilsvarende svar til varselet side 12 og 13).

Samlet sett finner Konkurransetilsynet at konsekvensen av TINEs eksklusiv avtale med Rema og eventuelle eksklusiv avtale med ICA for Rimi-kjeden etter all sannsynlighet ville medført høyere priser til forbrukerne på kort eller mellomlang sikt. Da det ikke foreligger en reell trussel om import eller nyetableringer, ville den langsiktige virkningen også vært høyere priser.

TINE har anført at de politiske rammebetingelsene tilsier at prisene ikke vil øke. Det fremgår i punkt 5.3 i vedtaket under overskriften "*Politiske rammebetingelser og TINEs muligheter til selvstendig prissetting*" at TINE har mulighet til å øke sine priser for leveranser til kjedene. Kjedene har også anledning til å sette høyere priser. Dette betyr at prisene på fast hvitost og brunost kan øke. Konkurransetilsynet kan ikke se at TINEs mottakplikt for melkeråvare fjerner muligheten for en prisøkning. Som redegjort for i punkt 4.2 tyder beregningene til Copenhagen Economics på at TINE uansett har incentiver til å øke prisene. Tilsynet har samme sted videre pekt på at TINE i tillegg til osteproduksjon har en rekke alternative anvendelser av melkeråvaren, og at TINE til en viss grad kan påvirke total tilgang på melk. Dette innebærer at selv under de gitte politiske rammebetingelser er det rom for prisøkninger. Mottakplikten ville ikke hindret en prisøkning, men kunne eventuelt begrenset størrelsen på prisøkningen.

Prisvirkninger for forbrukerne av full utestengning

Dersom eneleverandøraftalene hadde ført til at Synnøve Finden måtte trekke seg fra markedet, ville konkurransepresset fra Synnøve Finden ha forsvunnet helt. Etableringshindringene i markedet er betydelige, jf. punkt 4.3 og 5.3, og det forelå dermed en reell fare at ingen konkurrenter ville etablere seg på kort eller mellomlang sikt. Monopolisering av et marked fører normalt til at prisene øker. De konkrete forhold i denne saken viser at det er potensial for prisøkninger. Synnøve Findens produkter benyttes av kjedene som prispresser, og hvis produktene forsvant ut av markedet, ville det gi mindre mulighet for kjedene til å presse TINE til å sette lave priser gjennom å spille leverandørene ut mot hverandre. De største volumproduktene

⁹⁷ Vedlegg 71, punkt 5

⁹⁸ Denne virkningen er drøftet av professor Gabrielsen, vedlegg 72



til Synnøve Finden, brunost og hvitost, er relativt nære substitutter til tilsvarende produkter fra TINE. Lav differensieringsgrad tilsier at priseffekten blir stor når markedet blir monopolisert.

TINEs anførsel om at muligheter for import, nyetablering, kjøpermakt og politiske rammebetingelser vil forhindre TINE i å øke prisene, kan ikke føre frem. Det vises i denne sammenheng til at det foreligger betydelige importbarrierer, etableringshindringer, og at kjøpermakten ikke er tilstrekkelig til å motvirke TINEs selgermakt. Videre vises det til at TINE og kjedene har mulighet til å sette høyere priser, selv om eksistensen av mottaksplikt for TINE kunne lagt begrensninger på størrelsen av prisøkningen.

Virkninger for produktutvalget

Slik Konkurransetilsynet vurderer det, ville TINEs ekskluderende atferd kunne ført til redusert produktutvalg for forbrukerne. Det vises i denne sammenheng til at samtlige produkter fra Synnøve Finden ble fjernet fra Remas sortiment i en kort periode før de ble tatt inn igjen.

Hvis TINE hadde blitt eneste osteleverandør til Rema og Rimi, ville det hatt konsekvenser for forbrukerne. Eventuelle kunder som uansett ønsket å kjøpe Synnøve Findens produkter, ville blitt pådratt kostnader fordi de enten måtte skifte butikk eller handle i flere butikker enn før. For kunder i Rema og Rimi som sjelden foretar innkjøp i flere ulike kjeder, ville eksklusivitet ha ført til færre valgmuligheter. Dersom Synnøve Finden hadde gått konkurs og trukket seg fra markedet som følge av ekskluderingen, ville samtlige forbrukere fått reduserte valgmuligheter.

TINE har anført at innføring av Remas egen merkevare produsert av TINE ville bidratt til at forbrukerne fortsatt ville hatt gode valgmuligheter. Konkurransetilsynet viser i den forbindelse til at det bare var aktuelt å innføre ett nytt produkt, hvilket innebærer at Remas egen merkevare i liten grad ville erstattet bortfallet av 17 produkter fra Synnøve Finden med andre produkter.⁹⁹ Det er således sannsynlig at produktutvalget ville blitt betydelig redusert.

Virkninger for kostnadseffektivitet

Etter Konkurransetilsynets vurdering var og er konkurransen vesentlig begrenset i markedene for fast hvitost og brunost, og TINE har vedvarende hatt en svært dominerende markedsposisjon. En ytterligere forverring av konkurransesituasjonen som følge av TINEs ekskluderende markedsatferd, enten det hadde funnet sted i form av hel eller delvis utestenging av Synnøve Finden, vil kunne ført til at TINE og eventuelt andre aktørers fokus på intern kostnadseffektivitet hadde blitt mindre.

Konkurransemyndighetene har i flere saker vedrørende foretakssammenslutninger pekt på at ytre press i form av effektiv konkurranse bidrar til å sikre kostnadseffektivitet. Lavere konkurranstrykk vil kunne føre til ineffektivitet og dermed høyere kostnader og slakk.¹⁰⁰ I Konkurransetilsynets vedtak av 17. oktober 2002 om inngrep mot fusjonen i TINE Gruppen ble det blant annet pekt på fare for enda lavere effektivitetspress i TINE som følge av fusjonen.

⁹⁹ Det fremgår av vedlegg til Synnøve Finden brev av 1. desember 2006 til Konkurransetilsynet at det var 15 varelinjer som var inne i sortimentet til Rema i 2004. Opplysninger fra Rema tilsier at det var 17 varelinjer.

¹⁰⁰ Se blant annet Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak av 6. februar 2006 (Prior-Norgården), side 16 samt vedtak av 17. januar 2007 (Falck Danmark A/S-Viking Redningstjeneste AS), side 21



Vedtaket som oppstiller en rekke vilkår TINE må oppfylle, gjelder fortsatt, og ble ikke påklaget av TINE.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil tilsvarende vurderinger også ha relevans i saker vedrørende utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling gjennom konkurranseskadelig atferd. Dersom TINEs ekskluderende atferd hadde ført til at den eneste faktiske konkurrenten ble skjøvet helt eller delvis ut av markedet, ville forverringen i konkurransen sannsynligvis resulterte i at incentivene til å holde lave kostnader, ville blitt svekket. Høyere kostnader innebærer i seg selv et samfunnsøkonomisk effektivitetstap og kan i neste omgang føre til høyere priser enn ellers.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning legger Synnøve Finden press på TINEs kostnadseffektivitet i produksjon av hvitost og brunost. Det vises i denne sammenheng til at TINE på grunn av etterregningsordningen og Synnøve Findens rett til å få utbetalt differansen mellom noteringspris og faktisk råvareverdi, vil være opptatt av å holde lave kostnader på foredlingsleddet. Dersom Synnøve Finden stenges ute, helt eller delvis, vil incentivene til å holde lave kostnader svekkes. Høyere kostnader kan i neste omgang føre til høyere priser til forbrukerne.

Virknninger for produktutvikling

Etter Konkurransetilsynets oppfatning ville TINEs atferd kunne påvirket produktutviklingen i markedet. TINE var i 2004 en svært dominerende aktør i markedene for fast hvitost og brunost. En enda sterkere stilling ville kunne redusere TINEs incentiver til å utvikle nye produkter, fordi selskapet vet at nye produkter i større grad enn tidligere vil erstatte selskapets eksisterende produkter.

TINE anfører at trusselen fra eksisterende og potensielle konkurrenter ville gitt TINE incentiver til produktutvikling. Denne anførselen kan ikke føre frem. Det vises i denne forbindelse til at det foreligger betydelige etableringshindringer og at det derfor ikke kan ses hen til potensiell konkurranse. Det vises videre til at trusselen fra eksisterende konkurrenter ikke nødvendigvis fører til økt produktutvikling, da en dominerende aktør kan opprettholde sin posisjon på en rekke andre måter.¹⁰¹ Inngåelse av eneleverandøravtaler er nettopp et eksempel på en måte den dominerende aktøren kan opptre på, som hindrer nyetableringer og konkurrenter i å vokse. Dersom den dominerende aktøren hindres i å inngå eneleverandøravtaler, er den tvunget til å konkurrere på andre måter blant annet ved å øke produktutviklingen. Inngåelse av eneleverandøravtaler reduserer incentivene til produktutvikling.

Konkurransetilsynet legger videre til grunn at eneleverandørstatus for TINE hos Rema og Rimi også kunne gitt Synnøve Finden reduserte incentiver og evne til å drive produktutvikling. Synnøve Findens betydelige tap av forretningsvolum ville medført lavere salgspotensial og lønnsomhet ved lansering av nye produkter. Det kan tenkes at selskapet ville hatt interesse av å intensivere sin produktutvikling for å kunne komme inn igjen i alle kjedene, men selskapets utsatte posisjon og risiko for mindre omsetning ville redusere evnen og incentivene for å investere i produktutvikling.

¹⁰¹ Se for øvrig professor Gabrielsens vurderinger i vedlegg 71, punkt 7

Etter dette legger Konkurransetilsynet til grunn at TINEs atferd ville redusert incentivene til produktutvikling både for TINE og Synnøve Finden. Dersom Synnøve Finden hadde måttet trekke seg fra markedet, ville det ledet til en monopollignende stilling for TINE i de relevante markedene, hvilket ytterligere hadde forsterket de uheldige langsiktige virkningene av de eksklusive avtalene. Tilsynets konklusjoner synes å være i tråd med vurderingene til professorene Dag Morten Dalen og Christian Riis i deres studie av konkurranse og innovasjon utført på oppdrag av Moderniseringsdepartementet¹⁰²:

”Økonomisk teori gir ikke grunnlag for å hevde at innovasjonshensynet krever en prinsipiell omlegging av konkurransepolitikken. Konkurranse vil skjerpe innovasjonsincentivene. Det å hevde at konkurranse undergraver innovasjonstakten, og at man av den grunn bør kunne akseptere store bedrifter med markedsrett, bryter med grunnleggende økonomisk teori”.

Konklusjon

Konkurransetilsynet har funnet at TINEs atferd innebærer en utilbørlig utnyttelse. Det vises i denne sammenheng til EF-rettens strenge praksis med hensyn til eneleverandøravtaler og tilsvarende atferd som leder til eksklusivitet. Etter tilsynets vurdering vil en innelåsing av en betydelig del av kundemassen i den foreliggende markedssituasjon der TINE har en sterk dominans, og det foreligger høye etableringshindre og begrenset kjøpermakt, bety at atferden har konkurranseskadelige virkninger. Selv om det ikke er nødvendig for å konstatere brudd på konkurranseloven § 11, har Konkurransetilsynet i tillegg vist de konkrete konkurranseskadelige virkningene som TINEs atferd sannsynligvis ville fått i form av høyere priser, dårligere produktvalg, redusert kostnadseffektivitet og mindre produktutvikling.

6.5.4 Legitim begrunnelse

Ifølge rettspraksis fra EF-domstolen kan atferd som har en legitim begrunnelse, bli ansett for ikke å innebære en utilbørlig utnyttelse.¹⁰³ Det er det dominerende foretaket som har bevisbyrden for å godtgjøre at atferden er legitim begrunnet.¹⁰⁴

Læren om legitim begrunnelse er utviklet i EF-retten og omfatter læren om konkurranse på ytelse, (meeting competition defence). Et slikt forsvar innebærer at også dominerende foretak har rett til å beskytte sine interesser ved å konkurrere på ytelse. Hvis konkurrenter til det dominerende foretaket ekskluderes fra markedet fordi det dominerende foretaket konkurrerer mer effektivt på pris, kvalitet og service, er atferden ikke i strid med konkurranseloven § 11.¹⁰⁵

Det er ikke klart hvor langt retten til å beskytte sin kommersielle stilling går. Men det følger av EF-retten at det foreligger et proporsjonalitetskrav, det vi si et krav om at atferden skal være proporsjonal i forhold til trusselen fra konkurrentene. Videre følger det av praksis fra EF-

¹⁰² Se D. M. Dalen og C. Riis: ”Konkurranse for innovasjon”, 1. august 2005.

¹⁰³ Sak T-228/97 Irish Sugar premiss 112 og 189

¹⁰⁴ Sak T-203/01 Michelin II premiss 107-109

¹⁰⁵ Sak T-219/99 British Airways premiss 280, T-228/197 Irish Sugar premiss 189



domstolen at atferden er ulovlig når formålet er å styrke og misbruke den dominerende stillingen.¹⁰⁶

TINE synes å anføre at denne saken dreier seg om lojalitetsrabatter og at avtalens fem rabatter til Rema ikke har lojalitetsskapende virkninger. Forutsatt at rabattene er lojalitetsskapende, mener TINE at hver av de fem rabattene kan begrunnes i en motytelse. Slik Konkurransetilsynet oppfatter det anfører TINE her forsvaret om konkurranse på ytelse.

Som det fremkommer ovenfor mener Konkurransetilsynet at TINE har gått lenger enn det som er nødvendig for å beskytte sin kommersielle stilling. Konkurransetilsynet har sannsynliggjort at det forelå en avtale eller felles forståelse om eksklusivitet mellom TINE og Rema, og at TINEs ytelser til Rema var koblet til eksklusivitet for TINE. Konkurransetilsynet mener det er ført bevis for at formålet med atferden var å utestenge konkurrenter, at TINE hadde til hensikt å ekskludere Synnøve Finden produktene fra Rema og ICA. Dette innebærer at forsvaret om konkurranse på ytelse ikke kommer til anvendelse. Under enhver omstendighet er tilsynet av den oppfatning at TINEs atferd ikke er proporsjonal i forhold til en eventuell trussel fra Synnøve Finden.

Tilsynet vil likevel kommentere rabatten "[ett ord unntatt]". Som det fremgår under kapittel 6.5.1 har TINE ikke sannsynliggjort at denne rabatten på [] kroner tilsvarer TINEs besparelser ved å ha en effektiv distribusjon overfor Rema. TINEs begrunnelse har med andre ord uansett ikke gjort det mulig konkret å forklare kostnadsbesparelsene.

Tilsynet viser også til avgjørelsen i den danske saken mot Arla.¹⁰⁷ Arla hevdet at et beløp på 200 000 kroner til grossisten Metro var betaling for diverse markedsføringstilskudd. Retten uttalte at det var uten betydning at det ytede beløp hadde medført en motytelse til Metro i form av markedsføring.

Videre kan en handling være legitim dersom den dominerende aktøren kan sannsynliggjøre at effektivitetsgevinster som følge av atferden oppveier de negative effektene av handlingen, herunder den skade som forbrukerne påføres som følge av handlingen (effektivitetsforsvar). Det er noe uklart i hvilken grad effektivitetsforsvaret kan påberopes i forbindelse med anvendelse av konkurranseloven § 11. Konkurransetilsynet legger imidlertid til grunn at den dominerende aktøren må sannsynliggjøre at handlingen vil bidra til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling. Videre må forbrukerne sikres en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd. Dernest må foretaket ikke pålegges restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse målene. Til sist må ikke konkurransen utelukkes for en vesentlig del av de varer det gjelder.

Når det gjelder vilkåret om at forbrukerne må sikres en rimelig andel av de fordelene som er oppnådd, må det legges til grunn at dersom forbrukerne i det relevante markedet blir dårligere

¹⁰⁶ Sak T-228/97 Irish Sugar mot Kommisjonen premiss 112, sak 27/76 United Brands mot Kommisjonen premiss 189 og 190

¹⁰⁷ Dom avsagt at Retten i Århus den 10. februar 2006 i sak mellom Anklagemyndigheten og Arla side 33 og 34

stilt som følge av den ekskluderende atferden, kan atferden ikke rettferdiggjøres gjennom effektivitetsforsvaret.¹⁰⁸

Det er TINE som har bevisbyrden for et effektivitetsforsvar. Det er noe uklart for tilsynet om TINE påberoper seg effektivitetsforsvaret som legitim begrunnelse for handlingen. TINE anfører imidlertid generelt ved gjennomgangen av virkningen av eneleverandøravtaler at det kan oppstå gevinster av å inngå en eneleverandøravtale. Det anføres blant annet at den type avtaler gjør det mulig å utnytte stordriftsfordeler, i form av fallende gjennomsnittlig produksjonskostnad, større leveranser til hver butikk og mindre bruk av hylleplass. Videre hevder TINE at det kan oppstå gevinster ved at kjeden kan forholde seg til færre leverandører og at relasjonsspesifikke investeringer, som markedsføring, blir bedre beskyttet. Videre fremgår det på side 89 i tilsvaret til varselet at Remas beslutning om å fjerne Synnøve Finden fra sortimentet dels var begrunnet med forenklinger i logistikk, redusert plassbehov i butikk og en rekke andre kostnadsreduksjoner ved å ha en leverandør.

Tilsynet kan ikke se at TINE har sannsynliggjort at det foreligger effektivitetsgevinster som vil bidra til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling. Det er ikke fremlagt noen dokumentasjon for eventuelle effektivitetsgevinster knyttet til den konkrete avtalen med Rema. TINE har ikke sannsynliggjort at forbrukerne sikres en rimelig andel av de eventuelle effektivitetsgevinstene som er oppnådd, og Konkurransetilsynet er av den oppfatning at forbrukeren blir dårligere stilt som følge av atferden. I forbindelse med vurderingen av virkningen av TINEs atferd, jf. punkt 6.5.3 ovenfor har tilsynet vist at atferden vil kunne ha negative virkninger for forbrukerne, og Konkurransetilsynet kan ikke se at eventuelle effektivitetsgevinster kan oppveie dette tapet for forbrukerne. Etter Konkurransetilsynets oppfatning er heller ikke de øvrige vilkårene for effektivitetsforsvaret oppfylt.

6.5.5 Konklusjon

Konkurransetilsynet har i punkt 6.5.1 vist at det forelå en avtale eller felles forståelse mellom TINE og Rema om at TINE skulle ha eneleverandørstatus hos Rema. I punkt 6.5.2 har tilsynet vist at TINE har forsøkt å inngå en eksklusiv avtale med ICA for Rimi-kjeden. I punkt 6.5.3 har Konkurransetilsynet vist at TINEs atferd vil begrense konkurransen i markedet. Tilsynet finner ingen legitime begrunnelser for TINEs atferd. På denne bakgrunn finner Konkurransetilsynet at TINEs atferd er en utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling og derfor innebærer en overtredelse av forbudet i konkurranseloven § 11.

7 Konkurranseloven § 10

Konkurranseloven § 10 rammer avtaler som har til formål eller virkning å hindre, vri eller innskrenke konkurransen.

Konkurranseloven § 10 omfatter enhver *avtale* eller *samordnet opptreden*. Anvendelse av § 10 forutsetter en eller annen form for samarbeid mellom uavhengige virksomheter. Avtalebegrepet i

¹⁰⁸ Sak T-228/97 Irish Sugar premiss 189

konkurranseretten er videre enn det tradisjonelle norske avtalebegrepet. Avtalens form er ikke avgjørende, både muntlige og skriftlige, uttrykkelige og stilltiende avtaler omfattes. Det kan ikke oppstilles noe krav om at avtalen er juridisk bindende eller kan tvangsfullbyrdes. Det avgjørende er om de involverte virksomheter har uttrykt en felles vilje til å innrette sin atferd på en bestemt måte.¹⁰⁹ Videre omfattes også samordnet opptreden av bestemmelsen. Samordnet opptreden danner den nedre grensen for forbudet i konkurranseloven § 10. I henhold til praksis er det tilstrekkelig at det foreligger gjensidighet og kontakt mellom partene.¹¹⁰

Etter Konkurransetilsynets vurdering innebærer den foreliggende avtale eller felles forståelse mellom TINE og Rema om eksklusiv kjøp av faste hvitoster og brunoster fra TINE en avtale eller samordnet opptreden i henhold til konkurranseloven § 10. Det vises i denne sammenheng til den redegjørelse som er gjort under punkt 6.3 og 6.5.1 ovenfor.

Forbudet omfatter bare samarbeid mellom *foretak*. Det er på det rene at både TINE og Rema er foretak som rammes av § 10.

Det er bare avtaler eller samarbeid som har konkurransebegrensende formål eller virkning som rammes av § 10 første ledd. I denne saken dreier det seg om et samarbeid som ikke har konkurransebegrensende formål, og det må derfor vurderes konkret om samarbeidet har konkurransebegrensende virkninger.

EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for vertikale begrensninger¹¹¹ gir veiledning for denne analysen. Av retningslinjene følger at markedsposisjonene til henholdsvis leverandøren og avtakeren vil være sentrale utgangspunkt. Det vil også være relevant i hvilken grad leverandørens konkurrenter har markedsposisjoner som kan veie opp for de aktuelle restriksjonene. Videre må man vurdere forhold som etableringshindringer og markedsstruktur.

Av retningslinjene punkt 146 følger:

”Dersom leverandøren har en dominerende markedsstilling kan enhver forpliktelse til å kjøpe produktene bare eller hovedsakelig fra denne leverandøren, lett føre til en alvorlig utestengende virkning på markedet. Jo mer dominerende markedsstilling leverandøren har, desto større fare er det for utestenging av andre konkurrenter.”

Av retningslinjene punkt 142 vedrørende konkurrentenes markedsstilling følger:

”Det er sannsynlig at konkurrerende leverandører utestenges bare dersom de er betraktelig mindre enn leverandøren som anvender konkurranseklausulen.”

Av retningslinjene punkt 148 vedrørende produktets art følger:

¹⁰⁹ Sak T-9/99 HFB Holding mot Kommisjonen premiss 122 og sak C-2/01P/3/01P Bayer mot Kommisjonen premiss 97

¹¹⁰ Sak T-25/95 Cementeries mfl. mot Kommisjonen, premiss 18

¹¹¹ EF-Tidende 2002 L 26/7

”For ferdige produkter er utestenging mer sannsynlig på detaljnivå, fordi det foreligger betydelige etableringshindringer for de fleste produsenter ved oppstart av detaljsalgssteder bare for egne produkter. I tillegg er det på detaljnivå at konkurranseklausuler kan føre til redusert konkurranse mellom merkene i butikk. For et foretak med dominerende markedsstilling, vil selv en beskjedne bundet markedsandel kunne resultere i betydelige konkurransebegrensende virkninger. Jo mer dominerende markedsstilling foretaket har, desto større fare er det for at andre konkurrenter utestenges.”

TINEs markedsandeler i markedene for brunost og hvitost er på henholdsvis []¹¹² prosent og []¹¹³ prosent (se punkt 5.2). Tilsvarende tall for Synnøve Finden er []¹¹⁴ prosent og []¹¹⁵ prosent. I tillegg foreligger det betydelige etableringshindringer. Asymmetrien i størrelsen mellom TINE og Synnøve Finden indikerer at den eksklusive avtalen vil kunne få utestengende virkninger, jf. retningslinjene ovenfor.

For øvrig viser Konkurransetilsynet til vurderingen av atferdens konkurransemessige virkninger for Synnøve Finden og for forbrukerne på kort og lang sikt i punkt 6.5.3 ovenfor. Fra virkningsanalysen fremheves at Synnøve Findens vanskelige økonomiske situasjon innebar en reell risiko for at den eksklusive avtalen ville kunne presse selskapet ut av markedet. Den eksklusive avtalen ville videre kunne ha en negativ effekt på forbrukernes valgmulighet i Rema-butikkene. En ytterligere forsterkning av TINEs dominans ville videre redusere både Synnøve Findens og TINEs insentiver til produktutvikling.

Konkurransetilsynet finner etter dette at avtalen mellom TINE og Rema må anses som konkurransebegrensende.

Det er også et vilkår etter § 10 at konkurransen må påvirkes *merkbar*.¹¹⁶ Dette følger ikke direkte av ordlyden i § 10, men det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at det må oppstilles et merkbarhetskrav tilsvarende det som er fastsatt gjennom rettspraksis om EF-traktaten artikkel 81 og EØS-avtalen artikkel 53. Ved vurdering av merkbarhetsvilkåret vil Konkurransetilsynet hente veiledning fra EFTAs overvåkningsorgans merkbarhetskunngjøring.¹¹⁷ Det følger av kunngjøringen at merkbarhetskravet ikke vil være oppfylt når samlet markedsandel er under 15 prosent. I denne saken har TINE en dominerende stilling og det er klart at merkbarhetskravet er oppfylt.

Forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd kommer ikke til anvendelse på avtaler og samarbeid som faller inn under unntaksbestemmelsen i § 10 tredje ledd. Disse vilkårene er drøftet under punkt 6.5.4 og etter Konkurransetilsynets vurdering kommer unntaksbestemmelsen i § 10 tredje ledd ikke til anvendelse i dette tilfellet.

¹¹² 90-100 prosent

¹¹³ 70-80 prosent

¹¹⁴ 5-15 prosent

¹¹⁵ 15-25 prosent

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 225.

¹¹⁷ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avtaler av mindre betydning som ikke merkbart begrenser konkurransen i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 (merkbarhetskunngjøringen), EF-tidende C67/20 2003 og EØS-tillegget til EF-tidende nr 15/11 2003.



Det foreligger heller ingen legitim begrunnelse for avtalen, jf. punkt 6.5.4 ovenfor.

Etter dette legger Konkurransetilsynet til grunn at det foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 10.

8 Overtredelsesgebyr

8.1 Beviskrav ved ileggelse av overtredelsesgebyr

Utgangspunktet i norsk forvaltningsrett er at beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Et tilsvarende beviskrav er lagt til grunn i sivilprosessen. Ileggelse av overtredelsesgebyr er en administrativ sanksjon som følger sivilrettslige regler.

Konkurranseloven regulerer ikke spørsmålet om hvilket beviskrav som gjelder ved ileggelse av overtredelsesgebyr, og selve lovteksten gir for øvrig heller ingen eksplisitt veiledning til avgjørelsen av dette spørsmålet. Lovgivers intensjon er imidlertid klar. I forarbeidene til konkurranseloven er det lagt til grunn at det skal gjelde et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt ved ileggelse av overtredelsesgebyr.¹¹⁸

Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at beviskravet ved ileggelse av overtredelsesgebyr er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at det i denne saken ikke foreligger rimelig tvil om at TINE har overtrådt både konkurranseloven §§ 10 og 11 og utvist den tilstrekkelige skyld, se punkt 8.2 nedenfor. Uansett hvilket beviskrav som legges til grunn er kravene til bevis oppfylt og det foreligger etter Konkurransetilsynets oppfatning en overtredelse av ovennevnte bestemmelser.

8.2 Grunnlag for overtredelsesgebyr

Etter konkurranseloven § 29 kan et foretak ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket eller noen som handler på vegne av foretaket, forsettlig eller uaktsomt overtrer konkurranseloven §§ 10 og 11. Som det fremgår av redegjørelsen ovenfor, har TINE i strid med konkurranseloven § 11 på en utilbørlig måte utnyttet sin dominerende stilling i forbindelse med årsforhandlingene med Rema i 2004. TINE har videre i strid med konkurranseloven § 11 på en utilbørlig måte utnyttet sin dominerende stilling gjennom forsøk på å inngå en eneleverandøravtale med ICA for Rimi-kjeden. I tillegg er avtalen mellom TINE og Rema en konkurransebegrensende avtale i strid med konkurranseloven § 10.

Etter Konkurransetilsynets vurdering har TINEs overtredelse av konkurranseloven §§ 10 og 11 vært forsettlig. Konkurransetilsynet mener det er klart at forsettet dekker hele det objektive gjerningsinnholdet i bestemmelsen.

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 117 og Innst.O. nr. 50 (2003-2004) side 41



8.3 Generelt om utmåling av overtredelsesgebyr

Etter konkurranseloven § 29 tredje ledd annet punktum skal det ved fastsettelsen av gebyrets størrelse særlig legges vekt på foretakets omsetning og på overtredelsens grovhet og varighet. Angivelsen av disse momentene er ikke uttømmende. Også andre momenter kan være av betydning ved utmåling av overtredelsesgebyr.

Det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at det ved utmåling av overtredelsesgebyr særlig skal sees hen til regelverk, retningslinjer og praksis for utmåling av bøter under EU/EØS-retten.¹¹⁹ Henvisningen til EU/EØS-retten får konsekvenser for både fremgangsmåten som benyttes ved utmålingen og for nivået på overtredelsesgebyret.

Forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr av 22. august 2005 nr. 909 (heretter forskriften) gir nærmere regler om beregning av overtredelsesgebyr. Det fremgår av merknadene til forskriftens § 2 at bestemmelsene legger til rette for at det kan ilegges overtredelsesgebyr på et nivå som gjenspeiler målet i forarbeidene om en harmonisering i forhold til bøtenivået i konkurransesaker i EU/EØS. Videre fremgår det av merknadene at departementet ved utarbeidelse av forskriftens § 3 blant annet har sett hen til Kommisjonens retningslinjer for beregning av bøter, offentliggjort den 14. januar 1998, og tilsvarende retningslinjer om bøtefastsettelse fra EFTAs overvåkningsorgan.

Kommisjonen har utarbeidet nye retningslinjer for beregning av bøter som ble offentliggjort den 28. juni 2006.¹²⁰ Kommisjonen uttaler i de nye retningslinjene punkt tre at den nå har tilstrekkelig erfaring til å utvikle og presisere bøtepolitikken ytterligere. Videre uttales i punkt fire at det bør fastsettes så høye bøter at de har en tilstrekkelig avskrekkende virkning. Kommisjonen har et mål om gjennom de nye retningslinjene å øke gebyrenes størrelse betydelig. Kommisjonens nye retningslinjer får dog ikke betydning i denne saken, da varsel ble sendt TINE før retningslinjene ble offentliggjort, jf. de nye retningslinjene punkt 38. Dette innebærer at det fortsatt er Kommisjonens gamle retningslinjer tilsynet ser hen til ved vurderingen av overtredelsesgebyrets størrelse.

8.4 Utmåling

Ved fastsettelsen av gebyrets størrelse skal det særlig legges vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet, jf. konkurranseloven § 29 tredje ledd. Etter forskriftens § 3 skal det ved vurderingen av overtredelsens grovhet særlig tas hensyn til overtredelsens art, dens faktiske innvirkning på markedet, størrelsen på det berørte markedet, foretakets gevinst, utvist skyld og om overtrederen har hatt en ledende eller passiv rolle i overtredelsen.

Av Kommisjonens retningslinjer for beregning av bøter fremgår det at overtredelser klassifiseres i tre kategorier avhengig av overtredelsens grovhet; mindre alvorlige overtredelser, alvorlige overtredelser og svært alvorlige overtredelser. Utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling er

¹¹⁹ Innst.O. nr. 50 (2003-2004) punkt 2.7 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 241

¹²⁰ Retningslinjer for beregning av bøter etter art. 23 nr. 2 bokstav a) i forordning nr. 1/2003 (2006/C 210/02)

klassifisert som en alvorlig eller svært alvorlig overtredelse. Utilbørlig utnyttelse i form av ekskluderende atferd er i retningslinjene kategorisert som alvorlig overtredelse av konkurranse-reglene. Videre fremgår det av retningslinjene at overtredelsen kan klassifiseres som svært alvorlig ved klare tilfeller av utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling begått av foretak med tilnærmet monopol. Kommisjonen fremhever i retningslinjene at innenfor de tre kategoriene av overtredelser vil gebyrene variere avhengig av overtredelsens art.

I vurderingen av overtredelsens grovhet, jf. forskriftens § 3 andre ledd, legger Konkurransetilsynet vekt på at atferden i den foreliggende saken utgjør en klar overtredelse av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i konkurranse-loven § 11 og konkurranse-lovens forbud mot konkurransebegrensende avtaler i § 10. Det foreligger ingen berettiget tvil om lovligheten av den aktuelle atferden som kan gi grunnlag for reduksjon av overtredelsesgebyret.

Konkurransetilsynet legger videre til grunn at TINE er en dominerende aktør på alle ledd i verdikjeden fra kjøp og innsamling av melkeråvare til markedsføring og salg av meieriprodukter til ulike avtakere. På markedet for salg av fast hvitost og brunost til dagligvarekjedene har TINE en markedsandel på henholdsvis []¹²¹ prosent og []¹²² prosent. TINE er et meget stort konsern sammenlignet med sine konkurrenter innen de ulike markeder i meierisektoren. De potensielle skadevirkningene av TINEs ekskluderende atferd er meget alvorlige. Atferden innebar blant annet en reell risiko for at Synnøve Finden skulle bli presset helt ut av markedet på grunn av svekket lønnsomhet. TINE ville da få en monopollignende stilling i de berørte markedene. En slik atferd vil ha en klart skadelig konkurransebegrensende effekt. Overtredelsens faktiske innvirkning på markedet har imidlertid vært begrenset. Konkurransetilsynet behandling av saken og press fra media og forbrukerne førte til at avtalen mellom Rema og TINE opphørte etter en periode på omtrent to måneder, noe som førte til at Rema igjen tok inn Synnøve Findens produkter som en del av sitt sortiment fra februar 2005.

Konkurransetilsynet legger vekt på at det berørte markedet er relativt stort. Omsetningen totalt i markedet for faste hvitoster og brunoster til dagligvarekjedene i Norge var i 2004 på 2,49 milliarder kroner. TINEs omsetning i dette markedet var i samme periode på [] kroner. Dette utgjør en betydelig andel av TINE-konsernets totale omsetning på 14,1 milliarder kroner i 2004.

Konkurransetilsynet tar videre hensyn til at overtredelsen varte i en så kort periode at TINE neppe oppnådde særlige økonomiske fordeler av sin atferd. Som det fremgår ovenfor var imidlertid årsaken til at Synnøve Finden ble tatt inn i Remas sortiment den oppmerksomhet saken fikk fra media, forbrukerne og offentlige myndigheter.

I overensstemmelse med forskriften legger Konkurransetilsynet også vekt på graden av utvist skyld fra TINEs side. Etter tilsynets vurdering har TINE forsettlig overtrådt konkurranse-loven §§ 10 og 11.

¹²¹ 70-80 prosent

¹²² 90-100 prosent



I tillegg har TINE hatt til hensikt å ekskludere Synnøve Findens produkter fra dagligvarekjedene Rema og Rimi, noe som taler i skjerpene retning. Hensikt er en kvalifisert form for forsett og således sterkt klanderverdig. Av merknadene til forskriftens § 3 følger at måten overtredelsen er begått på er relevant i grovhetsvurderingen. TINE har bevisst bidratt til å holde avtalen om eksklusivitet skjult for derigjennom å forsøke å inngå en eksklusivavtale med ICA samt forhindre Synnøve Finden å omallokere sitt tap til de andre kjedene. TINE hadde kunnskap om at Synnøve Finden skulle ut av Rema omtrent to og en halv måned før Synnøve Finden selv visste det. TINEs hemmeligholdelse innebar at Synnøve Finden hadde liten mulighet til å hente inn igjen tapt volum hos de andre dagligvareaktørene. Konkurransetilsynet har ovenfor dokumentert at TINE benyttet kunnskapen strategisk i forhandlingene med NorgesGruppen. TINEs mål var å få på plass en årsavtale med NorgesGruppen før Synnøve Finden fikk vite at TINE skulle være eksklusiv leverandør hos Rema.

I vurderingen legger Konkurransetilsynet dessuten vekt på at TINE har hatt en aktiv rolle i overtredelsen. Den første forespørselen om eksklusive leveranser kom riktignok fra dagligvarekjedene, men TINE har vært svært aktiv i forhandlingene om eksklusive leveringsavtaler. TINE har blant annet utarbeidet beregninger av kjedenes lønnsomhet ved å ha én sammenlignet med to leverandører, oversendt planogrammer til kjedene uten Synnøve Findens produkter i hyllene, og tatt initiativ til hyppige forhandlingsmøter for å få avtalene på plass.

Konkurransetilsynet konkluderte i varselet med at TINEs overtredelse av konkurranseloven §§ 10 og 11 klart var å anse som en alvorlig overtredelse. Alvorlige overtredelser har i henhold til Kommisjonens retningslinjer en påregnelig beløpsramme på mellom 1 million euro og 20 millioner euro. Denne klassifiseringen og beløpsrammene ble ikke tatt inn i den norske forskriften, men er relevant å se hen til ved utmålingen.

Til slutt skal det bemerkes at det av merknadene til forskriftens § 3 følger at for overtredelser av § 11 vil overtredelsens art gjennomgående ha mindre betydning, ettersom grovheten ved disse overtredelsene henger nærmere sammen med størrelsen på den dominerende aktøren, graden av dominans og størrelsen på markedet hvor misbruket fant sted. Sett hen til at TINE er en svært dominerende aktør, at foretaket er et stort konsern med en eller få og betydelig mindre konkurrenter, og at det berørte markedet er svært stort, er TINEs overtredelse å anse som en alvorlig overtredelse.

Det følger av ovennevnte at Konkurransetilsynet fastholder at TINEs overtredelse av konkurranseloven §§ 10 og 11 er å anse som en alvorlig overtredelse.

Det bemerkes at det er TINEs atferd i forbindelse med årsforhandlingene med Rema som er den mest alvorlige overtredelsen og som har vært avgjørende ved tilsynets utmåling av overtredelsesgebyr i denne saken. Konkurransetilsynet har i liten grad lagt vekt på TINEs atferd i forbindelse med årsforhandlingene med ICA ved utmålingen av overtredelsesgebyret.

Konkurransetilsynet vil videre peke på at det ikke har betydning for utmålingen av overtredelsesgebyret i denne saken at TINEs atferd under årsforhandlingene med Rema rammes av både konkurranseloven § 10 og § 11. Ved utmålingen av størrelsen på overtredelsesgebyret

legger tilsynet derfor til grunn at overtredelsen i forbindelse med årsforhandlingene med Rema kun utgjør en overtredelse.

8.5 Andre momenter av betydning for utmåling

Andre momenter som kan påvirke utmålingen av gebyr er etter forskriftens § 3 tredje ledd blant annet om avtalen er gjennomført, om foretaket kunne ha forebygget overtredelsen, om foretaket har bistått Konkurransetilsynet i forbindelse med etterforskningen av overtredelsen og økonomien til det konsern foretaket er en del av.

TINEs overtredelse av konkurranseloven §§ 10 og 11 ble gjennomført ved at TINE rent faktisk ble eneleverandør hos Rema. Dette taler etter Konkurransetilsynets oppfatning i skjerpene retning. Som redegjort for ovenfor synes årsaken til at TINEs eneleverandørposisjon bortfalt, å være den oppmerksomhet saken fikk fra media, forbrukerne og offentlige myndigheter.

I skjerpene retning taler også at TINE er et stort konsern som råder over juridisk og økonomisk ekspertise. TINE har gode forutsetninger for selv å vurdere om foretakets atferd kan være i strid med konkurransereglene og innrette seg deretter. Etter Konkurransetilsynets oppfatning burde TINE vært i stand til å forebygge denne typen overtredelser av konkurranseloven som denne saken gjelder.

Konkurransetilsynet fastholder at TINE i denne saken ikke har bistått Konkurransetilsynet på en slik måte at det kan få betydning i formildende retning. Konkurransetilsynet startet etterforskningen av TINEs utilbørlige utnyttelse av dominerende stilling i desember 2004. Konkurransetilsynets etterforskning var klart ressurskrevende for TINE idet Konkurransetilsynet foretok mange varslede besøk hos TINE, innhentet opplysninger fra TINE med hjemmel i konkurranseloven § 24 og gjennomførte mange forklaringsopptak av involverte personer i TINE. Til tross for utleveringsplikten etter konkurranseloven § 24 hadde imidlertid Konkurransetilsynet mistanke om at informasjon ble tilbakeholdt. Dette medførte at det stadig var behov for nye forklaringsopptak av personer i TINE, og at det var nødvendig å gjennomføre bevissikring ved TINEs hovedkontor og hjemme hos ansatte hos TINE.

Overtredelsens varighet er begrenset til perioden fra leverandørforhandlingene startet i september 2004 og til Rema tok Synnøve Findens produkter tilbake i sitt sortiment i februar 2005. Det innebærer at overtredelsens varighet er relativt kort. Forskriftens § 3 fjerde ledd bestemmer at overtredelsesgebyret kan økes dersom overtredelsen har pågått i over ett år. Ettersom TINEs overtredelse har en varighet på under ett år, medfører varigheten ikke noe tillegg i gebyrets størrelse.

8.6 Bøtenivået i EU

Av konkurranselovens forarbeider følger at utmåling av overtredelsesgebyr så langt som mulig bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS.¹²³ I tillegg følger det et mål om en harmonisering i forhold til bøtenivået i konkurransesaker i EU/EØS, jf. punkt 8.3 ovenfor.

¹²³ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 118

TINE anfører at det varslede overtredelsesgebyret er satt for høyt sammenlignet med tilsvarende nivå i EU/EØS-området. Det vises til at både utmålingsmomentene og utmålingsnivået skal søkes harmonisert med EU/EØS. Det anføres at geografiske markedet er mindre enn EU-markedet og at forbrukere som påvirkes av en handling, er færre i det norske markedet. Dette innebærer etter TINEs oppfatning at det berørte markedet får en tilsvarende lavere verdi. TINE mener det norske markedet utgjør i underkant av to prosent av EU/EØS-markedet. Ifølge TINE bør forskjellen i utstrekning av de berørte markeder i Norge og EU/EØS begrunne at nivået på overtredelsesgebyret må være vesentlig lavere enn nivået på de bøter Kommisjonen ilegger.

TINE hevder at et overtredelsesgebyr på 45 millioner kroner må anses å være for høyt også sett hen til bøtenivået i Sverige, jf. TINEs henvisning til tre svenske avgjørelser. Konkurransetilsynet vil i denne sammenheng bemerke at de tre nevnte avgjørelsene er fra 2001 eller tidligere, og knytter seg til overtredelser fra henholdsvis 1993, 1995/96 og 1996/97. Det har skjedd en betydelig skjerping av bøtenivået i EU/ EØS etter denne tid. Til sammenligning kan det blant annet vises til Kommisjonens avgjørelse i Tomra-saken¹²⁴ der det ble utmålt overtredelsesgebyr på 24 millioner euro for misbruk av dominerende stilling. Tomra-saken gjelder ekskluderende praksis over flere år i flere land, men det berørte markedet er mindre enn i denne saken. For ordens skyld bemerkes at avgjørelsen i Tomra-saken ikke er rettskraftig.

For øvrig når det gjelder bøtenivået i EU/EØS, vises det til den oversikt som er inntatt i Departementets høringsnotat i forbindelse med utarbeidelse av forskrift om utmåling og lemping av overtredelsesgebyr.¹²⁵

Konkurransetilsynet har sett hen til bøtenivået i EU/EØS og også tatt hensyn til det norske markedets geografisk utstrekning ved utmålingen av gebyrets størrelse. Tilsynets varslede gebyr på inntil 45 millioner kroner utgjør kun om lag to prosent av TINEs omsetning i det berørte marked og ca 0,3 prosent av TINEs totale omsetning. Dette er ikke høyt i forhold til bøter fastsatt av Kommisjonen. Et gebyr på 0,3 prosent av foretakets omsetning er dessuten lavt sett i forhold til at den øvre grense for størrelsen på overtredelsesgebyret er 10 prosent av omsetningen, jf. forskriftens § 2.

Konkurransetilsynet kan for øvrig ikke se at de forhold som er påberopt av TINE kan medføre lavere gebyr enn det som er fastsatt av Konkurransetilsynet.

8.7 Foretakets omsetning

Det er i konkurranseloven § 29 ikke angitt noen øvre grense for overtredelsesgebyrets størrelse. Forskriftens § 2 bestemmer imidlertid at overtredelsesgebyret kan være på inntil 10 prosent av foretakets omsetning. Denne terskelverdien vil imidlertid ikke få noen betydning i denne saken, da momentene for øvrig tilsier at overtredelsesgebyret vil være langt lavere enn den øvre grensen for gebyrets størrelse.

¹²⁴ Sak COMP/E-1/38.113, Prokent/ Tomra

¹²⁵ <http://odin.dep.no/filarkiv/232302/kpa2004-1.pdf>



8.8 Størrelsen på overtredelsesgebyret

På bakgrunn av en samlet vurdering av de ovenfor nevnte momenter har Konkurransetilsynet kommet frem til at TINE skal ilegges et overtredelsesgebyr på 45 millioner kroner.

9 Vedtak

På denne bakgrunn og med hjemmel i konkurranseloven 29, jf. §§ 10 og 11, fatter Konkurransetilsynet følgende vedtak:

"TINE BA ilegges overtredelsesgebyr på 45 millioner kroner for overtredelse av konkurranseloven §§ 10 og 11. TINE har utilbørlig utnyttet sin dominerende stilling under årsforhandlingene i 2004 ved at det ble inngått en avtale eller oppstod en felles forståelse mellom TINE og Rema om at TINE skulle være eneleverandør eller tilnærmet eneleverandør av fast hvitost og brunost hos Rema i [noen ord unntatt]. Eneleverandørposisjonen ble oppnådd etter at TINE foretok en betydelig økning av økonomiske ytelser til Rema. Videre har TINE forsøkt å inngå en tilsvarende avtale med ICA ved å tilby ICA økonomiske ytelser for eksklusiv levering av fast hvitost og brunost til Rimi-kjeden."

Overtredelsesgebyret vil forfalle til betaling to måneder etter at vedtaket er fattet, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd.

Med hilsen

Knut Eggum Johansen
konkurransedirektør

Lasse Ekeberg
avdelingsdirektør