



OSLO TINGRETT

DOM

Avsagt: 25.03.2009
Saksnr.: 07-063120TVI-OTIR/07
Dommer: Tingrettsdommer Knut Erik Strøm
Saken gjelder: Overtredelsesgebyr etter konkurranselover

Tine Ba

Advokat Wilhelm Matheson

mot

Staten v/Konkurransetilsynet

Advokat Christian Lund

Det ble for åpne dører avsagt slik

d o m :

INNHALDSFORTEGNELSE

INNLEDNING

TVISTENES HOVEDLINJER	5
SAKENS GANG FOR RETTEN	7
PARTENES PÅSTANDER	7
STRUKTUREN FOR DEN VIDERE FREMSTILLING	8

HOVEDTREKK I ANFØRSLERNE OM HENDELSESFORLØPET

GENERELT OM ÅRSFORHANDLINGER OG MARKEDSSTRUKTUR

Aktørene i matvarebransjens detaljhandel	8
Årsforhandlingene ("Høstjakta")	9
Begrepsbruk om dominans og markedsposisjon	10
Rema 1000s kålrotfond	10
Tematisk eller kronologisk fremstilling av hendelsesforløpet	11

STATENS ANFØRSLER OM HENDELSESFORLØPET

Tines forhandlinger med Rema 1000	11
Rema 1000s forhandlinger med Synnøve Finden	12
Tines forhandlinger med ICA	13
Tines forhandlinger med Norgesgruppen	14

TINES ANFØRSLER OM HENDELSESFORLØPET

Lidls etablering i Norge	14
Tines forhandlinger med Rema 1000	14
Rema 1000s forhandlinger med Synnøve Finden	16
Tines forhandlinger med ICA	16
Tines forhandlinger med Norgesgruppen	17

ANFØRSLER OM DOMINANSVURDERINGEN

UOMSTRIDTE FORUTSETNINGER

Generelt	18
Markedsordningen for melk	19

STATENS ANFØRSLER OM DOMINERENDE STILLING

Utgangspunktet	20
Avgrensningen av produktmarkedet	21
Avgrensningen av det geografiske markedet	23
Kjøpermakt	25

TINES ANFØRSLER OM DOMINERENDE STILLING

Utgangspunktet	25
Avgrensningen av produktmarkedet	26
Avgrensningen av det geografiske markedet	27
Kjøpermakt	29

DOMSTOLENES PRØVINGSINTENSITET

STATENS ANFØRSLER OM PRØVINGSINTENSITETEN

Tilbakeholdenhet i overprøvingen	29
Beviskravene	29

TINES ANFØRSLER OM PRØVINGSINTENSITETEN

Tilbakeholdenhet i overprøvingen	31
Beviskravene	32

FORSTÅElsen AV KONKURRANSELOVEN §§ 10 OG 11

STATENS ANFØRSLER

Innledning	33
Statens rettslige anførsler om overtredelse av krrl. §11	34
Statens rettslige anførsler om overtredelse av krrl. § 10	34

TINES ANFØRSLER

Innledning	35
Tines rettslige anførsler om konkurranse-loven § 10	36
Tines rettslige anførsler om konkurranse-loven § 11	37

VIRKNINGSKRAVET

STATENS ANFØRSLER

Statens anførsler om virkningskravet i konkurranse-loven § 10	38
Statens anførsler om virkningskravet i konkurranse-loven § 11	40

TINES ANFØRSLER OM VIRKNINGSKRAVET I KRRL. §10 OG 11	40
--	----

UTMÅLINGEN AV GEBYRET

STATENS ANFØRSLER OM UTMÅLINGEN	42
---------------------------------------	----

TINES ANFØRSLER OM UTMÅLINGEN	43
-------------------------------------	----

ANFØRSLER OM RESULTATET VED MELLOMLØSNINGER

KONKLUSJONER OM TINES MARKEDSPOSISJON

RETTENS VURDERING AV HENDELSESFORLØPET

PRØVINGSINTENSITETEN	45
----------------------------	----

BEVISBYRDEN	45
-------------------	----

BEVISENES VEKT	47
----------------------	----

PERSONGALLERIET	48
-----------------------	----

HENDELSESFORLØPET

Oktober 2002

<i>Genius-rapporten</i>	48
-------------------------------	----

Mai til juni 2003

<i>Lidl-rapporten</i>	49
-----------------------------	----

<i>Produksjon av EMV-ost for Coop</i>	49
---	----

August-september 2003

<i>Gruppearbeid hos Tines selgere</i>	49
---	----

<i>Tiltaksplan for hvitost</i>	50
--------------------------------------	----

Juni 2004

<i>Rema 1000s dagligvarenotat</i>	51
---	----

<i>Tines interne notater</i>	51
------------------------------------	----

Juli – august 2004

<i>Forberedelsene til forhandlingene med Rema 1000</i>	52
--	----

<i>Møtet mellom Tine og ICA den 14. juli</i>	52
--	----

September 2004

<i>Første forhandlingsmøte mellom Tine og Rema 1000</i>	53
---	----

<i>Beregninger omkring eneleverandørsituasjonen</i>	54
---	----

<i>Møtet mellom Synnøve Finden og Rema 1000 den 9. september</i>	55
--	----

<i>Rema 1000s forespørsel om produksjon av EMV-ost</i>	55
--	----

<i>Rema 1000s strategisamling på Sem Gjestegård</i>	55
---	----

<i>Tines andre tilbud til Rema 1000</i>	55
---	----

<i>Andre forhandlingsmøte mellom Tine og Rema 1000</i>	56
--	----

<i>Møtet mellom Rema 1000 og Synnøve Finden den 21. september</i>	58
---	----

<i>ICAs fellesmøte den 24. september</i>	<i>58</i>
<i>Interne forhold i Tine resten av september.....</i>	<i>58</i>
Oktober 2004	
<i>Tines brev til Norgesgruppen av 4. oktober</i>	<i>59</i>
<i>Første forhandlingsmøte mellom Tine og ICA</i>	<i>59</i>
<i>Første forhandlingsmøte mellom Tine og Norgesgruppen</i>	<i>59</i>
<i>Andre forhandlingsmøte mellom Tine og ICA</i>	<i>60</i>
<i>Andre forhandlingsmøte mellom Tine og Norgesgruppen</i>	<i>60</i>
<i>Høidalens avgang i Rema 1000</i>	<i>60</i>
<i>Tredje forhandlingsmøte mellom Tine og ICA</i>	<i>61</i>
<i>Tredje forhandlingsmøte mellom Tine og Norgesgruppen</i>	<i>61</i>
November 2004	
<i>ICAs forespørsel på varelinjenivå</i>	<i>61</i>
<i>Synnøve Findens første tilbud til Rema 1000</i>	<i>62</i>
<i>Fjerde forhandlingsmøte mellom Tine og ICA</i>	<i>62</i>
<i>Fjerde forhandlingsmøte mellom Tine og Norgesgruppen</i>	<i>63</i>
<i>Den formelle avtaleinngåelse mellom Tine og Rema 1000</i>	<i>63</i>
<i>Tines såkalte strategidokument om Norgesgruppen</i>	<i>64</i>
<i>Tines første tilbud om økning til Norgesgruppen.....</i>	<i>65</i>
<i>Synnøve Findens første forhandlingsrunde med Rema 1000</i>	<i>65</i>
<i>Forhandlinger mellom Tine og Norgesgruppen frem til avtale</i>	<i>66</i>
<i>Tines årskonferanse på Lillehammer</i>	<i>67</i>
Avslutning Synnøve Finden/Rema 1000 og Tine/ICA november/desember 2004	
<i>De avsluttende forhandlinger mellom Synnøve Finden og Rema 1000</i>	<i>67</i>
<i>De avsluttende forhandlinger mellom Tine og ICA</i>	<i>68</i>
Desember 2004 til februar 2005	
<i>Etterspill i media.....</i>	<i>68</i>
<i>Ny avtale mellom Synnøve Finden og Rema 1000</i>	<i>69</i>
RETTENS KONKLUSJONER BASERT PÅ HENDELSFORLØPET	
Årsavtalen med Rema 1000	70
Tines dubleringsnotat og forholdet til ICA	73
SAKSOMKOSTNINGER.....	74
DOMSSLUTNING	76

INNLEDNING

TVISTENS HOVEDLINJER

Saken gjelder lovligheten av et vedtak i Konkurransetilsynet (heretter kalt Tilsynet) om å ilegge TINE AB (heretter kalt Tine) et overtredelsesgebyr etter konkurranseloven (krrl.) §29 for overtredelse av krrl. §§ 10 og 11 på 45 millioner kroner. Vedtaket med begrunnelse var på 96 sider, men selve vedtaket lød:

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 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 2005 og 2006. 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.

Det er i vedtaket også lagt til grunn at Tine hadde som strategi å utnytte denne situasjonen i sine forhandlinger overfor Norgesgruppen ASA (heretter kalt Norgesgruppen) ved å få en avtale istand før de var klar over avtalen mellom Rema og Tine.

Det er i Norge én stor leverandør av fast hvitost og brunost, nemlig Tine, som er en del av landbrukssamvirket. Konkurrenten er det langt mindre børsnoterte selskap Synnøve Finden ASA (heretter kalt Synnøve Finden). Det er også en konkurranse i form av import av ost innenfor begrensede tollfrie kvoter, eller import med forholds høy beskyttelsestoll. Dagligvaremarkedet domineres av fire grupper som har fra i underkant til i overkant av en fjerdedel av markedet hver.

Hendelsene som danner bakgrunnen for saken var gjenstand for en intens medieoppmerksomhet da de skjedde. For Tine er det foruten gebyret også involvert store verdier, både i form av goodwill i markedet og i form av politisk goodwill for landbrukssamvirket. Kravet om handling i media har også gjort at det er en betydelig politisk prestisje involvert i saken for Tilsynet. For Synnøve Finden innebar måten saken ble presentert på, en betydelig gevinst av goodwill, og saken har derfor fremdeles stor betydning også for Synnøve Findens goodwill i markedet. Også Rema 1000 Norge AS (heretter kalt Rema 1000) og ICA Norge AS (heretter kalt ICA) har en ikke ubetydelig goodwill knyttet til begrunnelsen av utfallet av saken.

Det er enighet om at retten har kompetanse til å prøve alle sider ved avgjørelsen, og denne kompetansen strekker seg noe lenger enn normalt, idet retten har en kompetanse som tilsvarer den et klageorgan normalt har i forvaltningssaker. Konkurranseloven er utformet i samsvar med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, og det er også enighet om at EU- og EØS-retten utgjør et sentralt rettskildemateriale.

Forøvrig er det uenighet i forhold til de fleste dimensjoner i saken. De mest sentrale punkter for uenighet gjelder følgende:

- Det er uenighet om det faktiske hendelsesforløpet. Saksøker anfører blant annet at en rekke enkeltdetaljer i dokumenter er misforstått i vedtaket, at Tilsynet hverken har hatt

- tilstrekkelig forståelse for dagligvarebransjen eller foretatt en tilstrekkelig vid vurdering til å forstå hva som egentlig har funnet sted.
- Det er rettslig uenighet om hvor den nedre grense for urettmessige handlinger går i forhold til krrl. §§ 10 og 11. Argumentasjonen omkring lovforståelsen er i stor grad knyttet til den praksis som har utviklet seg ved EU-domstolen.
 - Det er også rettslig uenighet om bevisbyrdereglene. Denne uenigheten gjelder både i forhold til internrettslige kilder, og i forhold til den Europeiske Menneskerettskonvensjonen (EMK), samt EU/EØS-retten.
 - Det er uenighet om hvorvidt Tine kommer inn under det rettslige begrepet dominerende stilling. Dette er i utgangspunktet en uenighet om faktum. Det foreligger omfattende utredninger fra begge sider om spørsmålet. Det er uenighet om hvor korrekte konkrete beregninger er. Men den mest vesentlige uenigheten gjelder hvilken betydning forskjellige særnorske regler om regulering av landbruksmarkedet og tollvern har i forhold til generelle kriterier for markedsdominans som blir anvendt innenfor EU-retten. Dette siste gjør at grensen mellom bevisbedømmelse og rettsanvendelse er flytende.
 - Selv om statens syn på hva som er avtalt legges til grunn, er det uenighet om hvilke markedsmessige konsekvenser avtalene har.

Personene fra Tine og Rema 1000 som har vært gjennom forklaringsopptak, og som har vært gjenstand for bevissikring på arbeidsplassen eller i privatbolig, har til dels vært meget kritiske og negative til Tilsynets fremferd. Noe av bakgrunnen for uenigheten om hendelsesforløpet, er også en uenighet om hvorvidt Tilsynet nærmet seg saken med et åpent sinn, eller med en forhåndskonklusjon som de prøvde å finne bevis for å understøtte. Men utover disse bakgrunnsvurderinger, er det ikke tvist knyttet til selve fremgangsmåten. Det er altså ikke omstridt at Tilsynet har opptrådt korrekt og holdt seg innenfor de rettslige skranker som regulerer deres virksomhet. Det er også enighet om at protokollasjonen fra forklaringsopptakene er korrekte.

Det finnes to grunnleggende dilemmaer i saken som ikke har direkte betydning for løsningen, men som er viktige å være klar over som en bakgrunn.

Konkurranselovens formål er å sette rammer som fremmer en fri konkurranse. Når dagligvaremarkedet beherskes av fire grupper, og det for fast hvitost og brunost bare er en stor og en liten innenlandsk produsent, vil en avtale som får til faktisk konsekvens at den lille produsenten mister omlag en fjerdedel av sitt marked, ha en så stor konkurransevridende effekt at den bør behandles med den ytterste skepsis i forhold til reglene i konkurranseloven. Hvis man på den annen side praktiserer reglene slik at de skaper vanskeligheter for den gruppe som ønsker å kutte ut den minste av produsentene, vil dette medføre at den reelle konkurranse mellom osteprodusentene forsvinner. Slike begrensinger bør derfor behandles med en ytterste skepsis i forhold til reglene i konkurranseloven. Retten kan her ikke velge den ene eller den annen synsvinkel, men må foreta sin lovanvendelse under hensyn til begge disse to helt motstridende synsvinkler.

I Norge fastsettes grunnlaget for bøndenes inntekter i forhandlinger med staten. Inntekstmålsetningene skal dels nåes ved direkte statstilskudd, dels dekkes av de

alminnelige forbrukere. Landbrukssamvirket gjennom Tine har i den forbindelse mottakspåkt for melk. Melkeprisen til bøndene og leveringsprisen av melk til osteproduksjon er regulert gjennom den detaljerte og kompliserte prisutjevningssystemet og kvoteordningen for melk, samt regler om beskyttelsestoll. Denne massive og detaljerte reguleringen av markedet er akseptert av lovgiver, og har full tilslutning av de utøvende myndigheter, og håndheves særlig ved Statens Landbruksforvaltning. Omsetningen av matvarer, inklusive ost, til forbrukerne er basert på fri konkurranse. Denne fri konkurranse beskyttes av reglene i konkurranseloven og konkurransereglene i EØS/EU-retten. Denne reguleringen av aktørenes atferd for å skape et fritt marked er akseptert av lovgiver, og har full tilslutning av de utøvende myndigheter, og håndheves særlig ved Konkurransetilsynet. Dette betyr at den norske stat i noen grad etterlever og håndhever to systemer som lett kan komme i motstrid med hverandre. Retten kan her ikke velge det ene eller det andre systemet, men må foreta sin lovanvendelse under hensyn til begge disse systemer.

SAKENS GANG FOR RETTEN

Stevning ble tatt den 19. april 2007. Tilsvar innkom i rett tid. Det ble avholdt et saksforberedende møte den 31. oktober 2007.

Retten avsa den 16. mai 2008 kjennelse for utlevering av bevis fra staten i forhold til opplysninger som var hemmeligholdt som forretningshemmeligheter, og som gjaldt dokumenter og forklaringsopptak knyttet til Synnøve Finden og til ICA. Avgjørelsen ble påkjært av Synnøve Finden og ICA. Lagmannsretten avsa kjennelse i saken den 29. august 2008, og etter videre kjæremål fra ICA ble endelig avgjørelse truffet ved Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse 7. oktober 2008.

Hovedforhandling ble avholdt 13. oktober til 3. desember 2008. Begge parter møtte med tre advokater under forhandlingene, henholdsvis advokatene Wilhelm Matheson, Magnus Hellesylt og Trygve Hodne og advokatene Christian Lund, Anne Grethe Larsen Hestnes og Henrik Kolderup. Det er avhørt 25 vitner, hvorav 5 var sakkyndige vitner. Det er foretatt en omfattende dokumentasjon.

PARTENES PÅSTANDER

Saksøker Tine har lagt ned slik påstand:

1. **Konkurransetilsynets vedtak av 19. februar 2007 i sak V2007-2 oppheves.**
2. **Staten dømmes til å erstatte sakens omkostninger med tillegg av lovens rente fra 14 dager etter dommens forkynnelse til betaling skjer.**

Saksøkte staten har lagt ned slik påstand:

1. **Staten v/Konkurransetilsynet frifinnes.**
2. **Staten v/Konkurransetilsynet tilkjennes sakens omkostninger.**

STRUKTUREN I DEN VIDERE FREMSTILLING

Retten har kommet til konklusjoner vedrørende det faktiske hendelsesforløp som avviker meget fra det som er anført av staten. Dette er blitt avgjørende for at retten har gitt Tine medhold. Rettens vurdering av det faktiske hendelsesforløp er derfor det helt sentrale forhold i avgjørelsen. Retten har også valgt å vurdere alle sider ved hendelsesforløpet, ikke begrense seg til et minimum som bare gir anledning til å oppheve vedtaket, men ikke å underkjenne vedtaket i sin helhet. Det faktiske hendelsesforløp er svært sammensatt og bevisvurderingene er basert på mange detaljer. Under partenes anførsler vil derfor retten bare gi et forholdsvis summarisk sammendrag av partenes versjoner av hendelsesforløpet. Mer detaljer om disse anførselene vil det bli gjort rede for i et eget avsnitt hvor retten kronologisk går igjennom så vel partenes anførsler, bevisenes innhold som rettens egne konklusjoner.

Det forhold at saken primært løses gjennom vurderingen av det faktiske hendelsesforløp, gjør at retten bare i begrenset grad trenger å ta standpunkt til de tvister som foreligger vedrørende forståelsen av rettsreglene. Rettens konklusjoner vedrørende faktiske forhold har også en grad av sikkerhet, som gjør at det er begrenset hvor dypt retten trenger å gå inn i bevisbyrdeproblematikken. Rettsspørsmålene vil derfor i hovedsak bli gjennomgått under partens anførsler, i og med at det er begrenset hvilken drøftelse de vil bli gjenstand for i rettens egne bemerkninger. Det samme gjelder de faktiske anførsler vedrørende dominerende markedsposisjon og konkurransevridende effekt.

HOVEDTREKK I ANFØRSLENE OM HENDELSESFORLØPET

GENERELT OM ÅRSFORHANDLINGENE OG MARKEDSSTRUKTUR

Aktørene i matevarebransjens detaljhandel

Som nevnt domineres dagligvarebransjen av fire grupper som dekker nesten hele markedet. Dagligvarehandelen omsetter for omlag 100 milliarder i året. Alle gruppene har lavpriskjeder, og disse lavpriskjedene preger markedet. Det dreier seg om såkalt *soft discount*, det vil si en moderat lavprisprofil. I svært mange andre land har de store gruppene totalt langt mindre markedsandel, mens en aktør dominerer lavprismarkedet. Denne har da ofte en langt sterkere lavprisprofil, mindre vareutvalg og sterk satsning på egne merkevarer alene Dette er i bransjen kjent som *hard discount*.

Rema 1000 eies av Reitangruppen, som også har eierinteresser på produsentsiden for enkelte matvarer, og som eier Reitan Servicehandel som driver salg gjennom kiosker og bensinstasjoner, blant annet Narvesen og 7-Eleven. Rema 1000 står for omlag 17,5 prosent av omsetningen innen dagligvaremarkedet. Rema 1000 skiller seg fra de tre andre gruppene ved to forhold. Rema 1000 er en soft discount kjede, mens de andre gruppene har forskjellige kjedekonsepter slik at de i tillegg til en soft discount kjede også har kjeder med profiler hvor det legges noe mindre vekt på lav pris. Videre drives Rema 1000 slik at alle detaljhandlerne er selvstendige butikkeiere som deltar i kjeden som franchisetakere. Rema

1000 er preget av en meget liten organisasjon på toppen, hvor få personer med lite støtteapparat treffer mange viktige beslutninger.

ICA eier sine kjedekonsepter hvor detaljistene ikke er selvstendige kjøpmenn, gjennom selskapet ICA Detalj AS. Gruppen står for noe over 20 prosent av dagligvarehandelen. Gruppen har forskjellige kjedekonsepter som Rimi, ICA Supermarked og ICA nær. Det er Rimi som er *soft discount* kjeden innen ICA. ICA er kjent for å ha et større administrativt apparat enn Rema 1000, og et mer utbygde støtteapparat for dem som skal treffe beslutninger i forhold til leverandørene.

Norgesgruppen er gruppen med størst omsetning, det vil si omlag 35 prosent av markedet. Norgesgruppen eier flere såkalte profilhus, som igjen består av flere kjeder. Kiwi er Norgesgruppens lavpriskonsept med *soft discount*. Norgesgruppen samarbeider også med såkalt assosierte kjeder. Også Norgesgruppen er kjent for å ha et større apparat bak den enkelte beslutningstaker enn Rema 1000.

Coop Norge AS (heretter kalt Coop) driver sine forrentinger som samvirkelag. De har i underkant av 25 prosent av omsetningen i dagligvarebransjen. Coop Prix er Coops lavpriskjede. Også det er en *soft discount* kjede.

Lidl er en utenlandsk lavpriskjede med en *hard discount* profil. Kjeden bygger på minimal dublering av varer, og på utstrakt bruk av egne merkevarer. Lidl begynte å etablere seg i Norge høsten 2004. Etableringen fikk stor oppmerksomhet i 2004, men ble lite vellykket, og selskapet har senere trukket seg ut av det norske markedet.

Gruppenes lavpriskjeder står for omlag 50 prosent av dagligvareomsetningen.

Vareutvalget i de enkelte kjedene ligger fast, med utskiftninger konsentrert omkring tre tidspunktet i året, en gang på begynnelsen av høsten, en gang i januar og en gang på våren. Varene plasseres i forretningene med basis i planogrammer for utnyttelse av hylleplassen normalt utarbeidet av den enkelte kjede. I Rema 1000 som har begrenset administrativ kapasitet, har man fått de ledende leverandører innenfor hver gruppe, de såkalte gruppekaptener, til å utarbeide planogrammene.

I dagligtalen, også under rettssaken, skilles det ikke alltid mellom kjeder og grupper som kontrollerer flere kjeder. Også i dommen vil det i noen grad bli referert til de fire kjedene, når det strengt korrekte vil være å si de fire eiergrupper innenfor dagligvarehandelens kjeder.

Årsforhandlingene ("Høstjakta")

Forhandlingene om leveringsbetingelser mellom leverandørene og kjedene skjer hver høst. Forhandlingene foregår ved at kjedene innkaller de enkelte leverandører til møter.

Forhandlingene er tøffe og foregår under tidspress. Forhandlingsrundene er kjent som ”høstjakta” innen bransjen. De avtalene som inngås er avgjørende for hvilke varer som blir markedsført gjennom kjedene i det kommende året, for muligheten for nylanseringer, samt for hvilke økonomiske ytelser kjedene får fra leverandørene som gir dem en bedre posisjon enn om varene skulle vært bestilt og betalt til listepris. Avtalene inngås gjerne som en omfattende standardavtale utarbeidet av vedkommende kjede, sammen med et tillegg med spesielle betingelser knyttet til det enkelte år og den enkelte leverandør. Det er de økonomiske ytelsene som står i sentrum for forhandlingene. Selv om avtalene blir førende for hva som skjer det kommende året, inngås det ikke bindende avtaler om de volum som skal leveres. Det er altså også i avtaleperioden slik at det er fritt opp til den enkelte kjede om og hvor meget de ønsker å bestille fra den enkelte leverandør. I stor utstrekning vil de økonomiske ytelser som blir avtalt mellom en kjede en leverandør bli omregnet i rabatter på enkelte varelinjer (det vil si den enkelte variant av en vare) for hele året eller for særlige kampanjeperioder. Graden kjeden virkelig får betalt, er derfor avhengig av at de bestiller forventet kvantum. Det er også slik at selv om det ikke inngås noen årsavtale, er selvsagt ikke kjedene avskåret fra allikevel å bestille de varer de trenger hos en leverandør, men de må da foreta bestillingen til listepris uten noen form for rabatter.

Begrepsbruk om dominans og markedsposisjon

Retten nevner også innledningsvis at krrl. § 11 forutsetter at Tine hadde en dominerende stilling. Denne reglen er nær knyttet opp til EU-rettens tilsvarende begrep. Markedsdominans er derfor et rettslig definert forhold, hvor det i denne saken er tvist om hvorvidt slik dominans foreligger. Retten vil derfor benytte begrepet tung markedsaktør når den skal beskrive Tine eller andre aktører som har en svært betydningsfull posisjon i markedet, men uten å ta standpunkt til om dette fører selskapet inn under begrepet dominerende stilling i krrl. § 11 og EU-retten.

Rema 1000s Kålrotfond

Rema 1000 opererte med noe de kalte Kålrotfondet. Navnet har intet med kålrot og gjøre, men var blitt et oppnavn på fondet fordi det var en etterligning av et tilsvarende fond hos en belgisk kjede med et navn som minnet om det norske ordet kålrot. Dette innebærer at Rema 1000 sentralt beregner en liten ekstra fortjeneste på alle varer, som så brukes som et fond for å subsidiere enkeltvarer som er spesielt viktige i konkurransen med de andre kjedene. Dette kan være forskjellige typer varer, og med forskjellig virkning. Som eksempel kan nevnes at et viktig forhold ved priskonkurransen i den aktuelle periode var Verdens Gangs undersøkelser av hvilke kjeder som var billigst, basert på en handlekurv hvor de innenfor hvert vareslag handlet den aller billigste varen. Slik kunne det være lønnsomt å subsidiere en billig gulost av dårlig kvalitet, slik at Rema 1000 kom best ut i Verdens Gangs test, men med en vare som det kostet lite å subsidiere fordi bare Verdens Gang, samt de aller mest prisbevisste kundene ville kjøpe varen. På den annen side ble også Kålrotfondet brukt til å holde prisene nede på varer som det ble solgt mye av, og som var særlige viktige for den normalt prisbevisste gjennomsnittskunde, slik som juleribbe i

desember eller Pizza Grandiosa hele året. Kålrotfondet er aktuelt i saken fordi en del slike beregninger foretatt av Rema 1000 med og uten ost fra Synnøve Finden, er med i grunnlaget for vedtaket.

Tematisk eller kronologisk fremstilling av hendelsesforløpet

Tilsynet har i vedtaket foretatt en tematisk gjennomgang av hendelsesforløpet hvor forhandlingene mellom Tine og Rema 1000, forhandlingene mellom Tine og ICA og forhandlingene mellom Rema 1000 og Synnøve Finden behandles hver for seg. Tine har på den annen side lagt stor vekt på en fullstendig kronologisk fremstilling, idet de hevder at man mister forståelsen for forhandlingene, hvis man ikke har klart for seg hva som hele tiden skjer parallelt.

I den følgende mer summariske gjennomgangen av partenes anførsler om hendelsesforløpet, har retten valgt samme tematiske fremstillingsmåte som staten. Når retten senere kommer tilbake til detaljene i anførslene om hendelsesforløpet sammen med rettens egen vurdering av det samme, har retten derimot langt på vei fulgt en streng kronologisk fremstillingsmåte.

STATENS ANFØRSLER OM HENDELSFORLØPET

Tines forhandlinger med Rema 1000

I vedtaket har Tilsynet konkludert med at Tine ga Rema 1000 økte rabatter som betaling for eksklusivitet eller tilnærmet eksklusivitet, innenfor brunost og fast hvitost. (Når retten i det følgende taler om eksklusivitet eller eneleverandørstatus, gjelder dette både total eksklusivitet og tilnærmet eksklusivitet.) Tilsynet understreket at det er likegyldig hva partene har valgt å kalle ytelsene, og at det heller ikke har betydning at Tines ytelser i tillegg også kunne være betaling for andre forhold. Tilsynet legger til grunn av partene har ”søkt å kamuflere at avtalen er en eksklusiv avtale.”

Staten hevder at eksklusive leveranser var et tema i samtlige forhandlingsmøter mellom partene. Spørsmålet om hvor mye Tine var villige til betale for å bli en betydelig større aktør dukket opp allerede på et møte 6. juli 2004. I det første forhandlingsmøtet 3. september 2004 gjentok Rema 1000 at de vurderte et scenario med en hovedleverandør av norsk ost, og de ville vite hva Tine var villig til å betale for dette. I det siste forhandlingsmøtet den 20. september 2004 hvor partene ble enige om de økonomiske rammene, ble også eneleverandørstatus diskutert. Et viktig element ved forhandlingene var den pris Tine var villige til å betale for en slik status. Tine økte sine ytelser fra 2004 til 2005 med 55,4 prosent. Dette er en meget høy økning i ytelser på et år, og viser at betaling for eksklusivitet er innbakt i beløpet.

Staten hevder at interne dokumenter hos partene viser at det er en nær kopling mellom ytelsene fra Tine og Rema 1000s interne beregninger med hensyn til hvor lønnsomt det vil være å erstatte Synnøve Findens produkter med Tines.

Tine og Rema 1000 ble først enige om den økonomiske rammen for avtalen, mens fordelingen av rabattene fra Tine på ulike kategorier av motytelser skjedde i ettertid. Den endelige fordelingen fremstår som tilfeldig, og staten hevder at fordelingen er gjort for å skjule betaling for eksklusivitet. For eksempel er beløpet for *dropsize*, det vil si besparelser Tine oppnår ved at leveringene til Rema 1000 er større og færre enn for andre kjeder, satt til 13,3 millioner kroner, mens beregninger viser at dette er betydelig mer en den faktisk besparelse.

Det finnes ifølge staten flere andre forhold omkring forhandlingen som støtter opp om at det ble betalt for å oppnå eksklusivitet. For det første var det en kommunikasjon om planogrammer for ost som Tine utarbeidet for Rema 1000 for alternativet hvor Synnøve Findens oster ikke var med. Videre diskuterte partene mediestrategi på det siste forhandlingsmøtet, hvilket er uvanlig og underbygger at noe ekstraordinært var avtalt. Interne dokumenter hos Tine viser at ansatte der var fullstendig klar over at det var inngått en avtale som utelukket Synnøve Finden fra Rema 1000, lenge før Rema 1000 i forhandlingene med Synnøve Finden underrettet disse om at de ikke ville få noen avtale for 2005.

De forskjellige kjedene selger også produkter de får produsert under varemerker de selv eier. Dette gjelder også ost. Dette er da kjent som EMV-ost (egen merkevare ost) eller PL-ost (private label ost). Tine fulgte også opp Rema 1000s forespørsler om produksjon av EMV-ost for Rema 1000 på en effektiv måte. Dette kunne legge til rette for at Synnøve Finden ble kuttet ut av Rema 1000. I vedtaket har Tilsynet hevdet at Tine benyttet EMV-ost som et argument overfor Rema 1000 for å oppnå eneleverandørstatus. Etter bevisførselen under hovedforhandlingen har staten funnet at en slik anførsel går for langt.

Rema 1000s forhandlinger med Synnøve Finden

Synnøve Finden leverte sitt første tilbud til Rema 1000 den 2. november 2004. Deres rabatttilbud var da økt med en million kroner i forhold til året før. Det første forhandlingsmøtet var planlagt å finne sted omlag en uke senere, men ble utsatt på grunn av lav bemanning i Rema 1000. Det første møtet fant sted 17. november, det vil si to dager etter at Rema 1000 og Tine hadde signert årsavtalen. I dette møtet fikk Synnøve Finden meget god tilbakemelding fra Rema 1000 vedrørende sitt tilbud, dog slik at Rema 1000 ønsket 6,6 millioner i økning. Synnøve Finden fikk to dager til å bedre sitt tilbud, og kom deretter per e-post tilbake med et nytt tilbud hvor økningen var satt til 1,9 millioner kroner. Tilbakemeldingen fra Rema 1000 ble fremdeles at tilbudet ikke var godt nok, og det skjedde uten at Rema 1000 var villige til si hva som ville være et tilfredstillende tilbud, eller å ta noe møte for å få utdypet tilbudet. Tilbudet ble deretter øket, slik at forbedringen i

forhold til året før ble på til sammen 2,4 millioner kroner. Det avsluttende forhandlingsmøtet fant sted 7. desember 2004. Dette var et meget kort møte, hvor Synnøve Finden fikk beskjed om at avtalen ville bli oppsagt, og hvor de ikke fikk noen anledning til å fremlegge sine synspunkter. Staten hevder at disse forhold er fullt forenlige med at Rema 1000 og Tine hadde en avtale eller forståelse om at Tine skulle være eneleverandør, og at forhandlingene med Synnøve Finden var proforma forhandlinger som bare var ment å skjule avtalen med Tine.

Etter at det ble stor offentlig oppmerksom omkring Tines handlemåte overfor Rema 1000 og ICA, fant Rema 1000 at de igjen måtte ta inn Synnøve Findens oster. Det ble derfor inngått en ny leveringsavtale den 11. februar 2005, bare få dager etter at nyhetene om det såkalte dubleringsnotatet til ICA var blitt en sak i media. Denne avtalen ga Rema 1000 en økning i rabattytelser på 1,1 millioner kroner. At beløpet ble så mye lavere og dårligere enn det tilbud som ble avslått, understøtter at tilbudet i desember 2004 ikke ble avslått fordi det reelt var for dårlig, men fordi spørsmålet om avtale med Synnøve Finden i realiteten ble avgjort ved avtalen mellom Rema 1000 og Tine.

Tines forhandlinger med ICA

Staten hevder at Tine har tilbudt ICA penger for å oppnå eneleverandørstatus hos ICA.

Det ble avholdt flere møter mellom Tine og ICA, og det er dels strid, dels uomstridt tvil, om de nøyaktige datoene for disse møter, samt hva som ble sagt i hvilket møte. Det første møtet var et fellesmøte mellom ICA og alle leverandørene 24. september 2004. ICA orienterte da om at de hadde til hensikt å endre Rimikjedens profil fra *soft* til *hard discount*. Det første forhandlingsmøtet fant sted den 5. oktober. Fra ICAs side ble det bedt om at Tine priset hva de var villig til å gi for å få eneleverandørstatus på forskjellige varekategorier.

Tine sa seg villig til dette. De utarbeidet deretter et notat om saken. I sin første form var dette brukket ned på varekategorier. Senere ble det på oppfordring av ICA brukket ned på varelinjer, og dette notatet er i saken omtalt som dubleringsnotatet. Notatet var kjent på konserndirektørnivå i Tine. Dubleringsnotatet var i praksis et bindende tilbud. Hadde det blitt akseptert av ICA ville det innebåret at Synnøve Finden var blitt nær totalt utlukket fra ICA.

Dubleringsproblematikken var et tema under alle forhandlingsmøtene frem til oversendelsen av det endelige dubleringsnotatet den 11. november, og drøftet i et forhandlingsmøte den 15. november. (I Tilsynets vedtak legges det til grunn at dette møtet fant sted 9. november, og at dubleringsnotatet kom som et resultatet av møtet.) Det siste forhandlingsmøtet ble avholdt 9. desember. I dette møtet ble dubleringsnotatet lagt død, og grunnen til dette var at ICA opplyste at de ikke var klar for å foreta denne typen valg, da de ikke var kommet langt nok i sine kategorianalyser.

Tines forhandlinger med Norgesgruppen

I Tilsynets vedtak er det anført følgende som en skjerpene omstendighet :

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 25-30 mill.”

Etter bevisføringen i hovedforhandlingen godtar staten at det dokumentet fra 17. november 2004 som siteres ikke er noe strateginotat hos Tine, men et notat som en person hadde liggende på sin datamaskin til støtte for egne tanker. Det alternativet som er sitert er videre et av tre mulige scenarier, og er aldri blitt besluttet hos Tine. Staten fastholder imidlertid at selv om notatet ikke beviser noen skjerpene omstendigheter ved forhandlingen med Norgesgrupper, så er notatet et entydig bevis for at Tine på det tidspunktet da det ble skrevet, hadde oppnådd en eneleverandøravtale med Rema 1000.

TINES ANFØRSLER OM HENDELSESFORLØPET

Lidls etablering i Norge

Høsten 2004 åpnet den utenlandske billigkjeden Lidl sine første butikker i Norge. Lidls inntreden i Norge var omgitt med et stort hemmelighetskremmeri fra Lidls side. Dette var som nevnt en kjede med *hard discount* profil. Da la vekt på få varelinjer og mange egne merkevarer. Lidls inntreden i Norge endret et bilde som hadde vært temmelig stabilt gjennom en del år, og alle dagligvarekjedene var meget opptatt av hvordan de skulle møte utfordringen fra Lidl. For *soft discount* kjedene innebar dette vesentlig et valg om de skulle legge om driften til en *hard discount* profil, og i den forbindelse spisse vareutvalget til færre varelinjer, samt gjøre større bruk av egne merkevarer. En av de sentrale svakhetene ved Tilsynets vurdering av det faktiske hendelsesforløp, er at det legger svært liten vekt på disse begivenhetene. Det er nemlig Lidls inntreden på det norske markedet som var den mest viktige og mest styrende begivenhet i forhold til årsforhandlingene høsten 2004, herunder også den avgjørende bakgrunnen for at Rema 1000 valgte å kutte ut Synnøve Finden som leverandør.

Tines forhandlinger med Rema 1000

Rema 1000 hadde under hele forhandlingsrunden med Tine fokus på å redusere antallet leverandører og antallet varelinjer på grunn av den kommende konkurransen med Lidl. De hadde som standardinnledning til store leverandører at de vurderte å greie seg med en leverandør. De samtidige interne notater hos partene viser imidlertid at Tine ved salgsdirektør Rune Jenssen hele tiden fremholdt at Tine ikke ønsket eller var villige til å betale seg ut av konkurransen. At Rema 1000 hele tiden var opptatt av å beregne hva de

ville tjene med en tilnærmet eneleverandørsituasjon var i denne situasjonen naturlig, men ikke noen indikasjon på at det ble forhandlet om en eneleverandøravtale med Tine. Det samme gjelder i forhold til at Rema 1000 ba om at Tine skulle utarbeide planogrammer for ostekjøler hvor Synnøve Findens produkter ikke var med.

Tine gikk inn i forhandlingene med kunnskap om at Rema 1000 var den gruppen som gjennom årene var kommet dårligst ut i forhold til rabatter. Tine var derfor innstilt på at det måtte bli en ikke helt ubetydelig økning i rabattytelsene. Tine, som en tung markedsaktør, fant det problematisk hvis vilkårene for de forskjellige konkurrerende gruppene ble for store. Selv om Tine derfor ga etter nokså lett for krav fra Rema 1000, viste det seg imidlertid at Rema 1000 fremdeles kom dårligst ut også etter at årsforhandlingene var avsluttet. Forhandlingene vil normalt begynne med at kjedene ønsker bedre ytelser i forhold til året før, mens leverandørene prøver å holde igjen, eventuelt å få andre fordeler, som muligheter til å lansere nye varer. At det tilbudte totalbeløp øker kraftig under forhandlingsrunden er derfor ikke noe spesielt. Når det skal vurderes om tilbudet er usedvanlig høyt, og kan være betaling for forhold utover det normale, må man se på økningens størrelse i forhold til det totale kjøpsvolumet, og i forhold til de andre gruppene. Den økning som er beskrevet som meget høy av staten, utgjorde bare 0,82 prosent av kjøpsvolumet på 1,6 milliarder kroner. Når det da tas i betraktning at avtalen var mer konstruktiv for Tine enn de tidligere når det gjaldt samarbeid om lanseringer og lignende, og den dessuten ble gjort toårig, er dette beløpet ikke påfallende høyt.

Kjedene er først og fremst interessert i hvilke priser de skal betale for varene, det vil si hvilket totalbeløp som senere skal omregnes i varelinjerabatter, kampanjerabatter og betaling for joint marketing. Det er således vanlig og naturlig at man først blir enige om totalbeløpets størrelse, og deretter fordeler dette. Det kan da være temmelig tilfeldig hvilket navn man setter på den enkelte post. Det er således ikke nøyaktige beregninger av *dropsize* fordelene som ligger til grunn for hvilket beløp som i sluttfordelingen blir omtalt som *dropsize* rabatt.

Tine bestrider ikke at mange ansatte sentralt hos Tine la til grunn at Synnøve Finden ville forsvinne eller blir sterkt redusert hos Rema 1000 fra 2005. Dette var også et sannsynlig scenario etter at det siste forhandlingsmøtet var sluttført. Poenget er imidlertid at det var en svært nærliggende mulighet at Tine ville komme i en tilnærmet eneleverandørposisjon på grunn av Rema 1000s ensidige vurderinger, men uten noen eneleverandøravtale. Dette var en avgjørende forskjell for dem som deltok aktivt i forhandlingene, men en forskjell som ikke er blitt oppfattet av alle som satt i posisjoner i hos Tine, uten å være direkte involvert i årsforhandlingene.

Det var en diskusjon om mediestrategi ved avslutningen av forhandlingene. Dette var imidlertid knyttet til at en av konsekvensene av årsavtalen var at Tine faktisk fikk en posisjon som eneleverandør av melk, i motsetning til tidligere, da Rema 1000 også hadde

ført melk fra de Kavli-eide Q-meieriene. Det var dog et unntak for noen av Rema 1000 butikkene som geografisk lå i kjerneområdet for de Q-meierier som foretok melkeleveringer. Dette hadde sin bakgrunn i en konflikt hvor Norgesgruppen hevdet at Q-meieriene var forpliktet til ikke å levere melk til andre kjeder. Det var en sak som Rema 1000 hadde tenkt å utnytte i pressen.

Diskusjonen mellom Tine og Rema 1000 om produksjon av EMV-ost har skjedd uavhengig av årsforhandlingene. Tine har vært tilbakeholdende i disse forhandlingene, idet Tine ikke har vært begeistret for å produsere EMV-ost, men har følt seg forpliktet til å behandle forespørselen seriøst og imøtekommende fordi de allerede produserte EMV-ost for Coop.

Rema 1000s forhandlinger med Synnøve Finden

Tine understreker at bevis for at forhandlingene mellom Rema 1000 og Synnøve Finden var proforma, ikke beviser at det var noen avtale eller forståelse mellom Tine og Rema 1000. Hvis det på den annen side sannsynliggjøres at forhandlingene mellom Rema 1000 og Synnøve Finden var reelle, utelukker dette at statens anførsler om en avtale eller forståelse mellom Tine og Rema 1000 kan nå frem.

Det er flere forhold som både kan tilsi at forhandlingene var reelle, og som kan tilsi at om de ikke var, så skyldes dette ensidige vurderinger fra Rema 1000s side. Tine har få innvendinger mot hovedtrekkene i forhandlingsmøtene slik disse er fremstilt av motparten.

Samtidige beskjeder, notater og opptreden hos aktørene på Rema 1000s side viser at det var tale om reelle forhandlinger. Staten feiltolker også begivenhetene fordi de ikke har tiltrekkelig forståelse for måten årsforhandlingene blir gjennomført på, samt hvor viktig det var for Rema 1000 å oppnå en reduksjon av antall varelinjer. Disse forhandlingen var meget tøffe, og særlig Rema 1000 la stor vekt på å forsøke å få frem det best mulige tilbud tidligst mulig. Rema 1000 hadde ikke noe stort apparat til å foreta beregninger, og de hadde som taktikk at de sa minst mulig om hva de kunne akseptere, og var brutale med å bryte forhandlinger. Det synes selvmotsigende når staten både hevder at Rema 1000s holdning til det første tilbudet var meget positiv, samtidig som Rema 1000 antydte en økning av tilbudet fra 1 million til 6,6 millioner kroner før de kunne godta det.

Det er feil at det tilbud som ble akseptert av Rema 1000 ved avtalen som ble inngått 11. februar 2005, var en dårligere avtale enn det tilbud som Rema 1000 avslo. Ved den avtalen som ble inngått oppnådde nemlig Rema 1000 en betydelig reduksjon i antall varelinjer i forhold til det tilbud som tidligere var blitt avslått.

Tines forhandlinger med ICA

Tine bestrider at de har tilbudt ICA penger for å oppnå eneleverandørstatus hos ICA.

Det er korrekt at det ble avholdt et orienteringsmøte den 24. september, og at ICA i det første forhandlingsmøtet som ble avholdt den 5. oktober ba om beregninger for hva Tine ville tjene på at deres varer erstattet varer fra andre leverandører, hvilket for brunost og fast hvitost betydde Synnøve Finden.

Det bestrides ikke at Tine påtok seg å foreta disse beregningene. Dette var uklokt av Tine både fordi det var i strid på Tines generelle politikk om å nekte å betale for hylleplass eller eneleverandørposisjon, og fordi det med den nye konkurranseloven kunne stille Tine i en bevismessig vanskelig situasjon, hvis de ble beskyldt for å ville betale for slike posisjoner. Tine er ikke enig i at dubleringsnotatet i praksis ble oppfattet som et bindende tilbud. En avtale ville forøvrig uansett inneholde andre elementer, og en avtale skulle også gjennom en rettslig kontroll som ville fanget opp bestemmelser som var i strid med konkurranseloven. Dubleringsnotatet var å oppfatte som et arbeidsdokument som av flere ble betegnet som en ”plukklister” for ICA. For øvrig ble det raskt klart at Synnøve Findens økobot, som omsetningsmessig var den klart mest betydningsfulle varelinjen for Synnøve Finden, ikke var aktuell å kaste ut fra ICA. (Forstavelsen øko- betyr i denne saken økonomi-, ikke økologisk.)

Selv om Tine utarbeidet notatet, fastholdt de at de ikke var interessert i å betale for hylleplass eller for en eneleverandørposisjon. Det endelige dubleringsnotatet ble fremsendt 11. november, men forhandlingsmøtet i november fant mest sannsynlig sted den 15. november. Mest sannsynlig ble dubleringsnotatet også lagt dødt allerede i dette møtet. Dette betyr at dubleringsnotatet ikke har vært et tema i hele forhandlingsperioden, men bare vært et tema på et av møtene.

I februar 2005 ble dubleringsnotatet kjent gjennom oppslag i massemedia, og presset mot Tine og Tines ledelse var meget stort. Blant annet benektet ICA at notatet var kommet istand på deres initiativ, og Tine ble ikke trodd i offentligheten i forhold til punkter i hendelsesforløpet som i dag ikke engang er omstridt. Begivenhetene i februar har ikke direkte relevans i saken, men de belyser både aktørenes handlingsmønstre, og de danner en bakgrunn for den forutinntatthet som har preget Tilsynets tolkning av bevis materialet.

Tines forhandlinger med Norgesgruppen

Tine ser ikke dokumentet som Tilsynet beskrev som et strateginotat som noe bevis i forhold til avtalesituasjonen. Det vesentlige poenget for Tine er jo at de havnet i en eneleverandørposisjon på grunn av Rema 1000s ensidige beslutning. Notatet beviser bare det Tine ikke bestrider, nemlig at det etter avtaleinngåelsen med Rema 1000 var en stor sannsynlighet for at Rema 1000 ensidig vil beslutte helt eller delvis å kutte ut Synnøve Findens produkter.

Forhandlingene mellom Tine og Norgesgruppen støtter derimot bevismessig opp under en annen fortutsetning for Tines anførsler. Forhandlingene var meget harde fordi Tine ønsket

å bremse på utviklingen hvor Norgesgruppen fikk stadig bedre vilkår enn sine konkurrenter. Dette er det samme forhold som gjorde at Tine var såpass positivt innstilt til at ytelsene til Rema 1000 skulle økes. Et forhandlingsresultat kom først istand etter at det var grepet inn fra administrerende direktør i Tine, og det ga en løsning som de personer som var styrende i årsforhandlingene for øvrig ikke hadde ønsket å akseptere. Resultatet for Norgesgruppen ble også så godt, at det viser at de ytelser Rema 1000 fikk ikke var spesielt høye, og derfor heller ikke skulle indikere noen særlig betaling for eneleverandørstatus.

ANFØRSLER OM DOMINANSVURDERINGEN UOMSTRIDTE FORUTSETNINGER

Generelt

Krrl. § 10 er rettet mot enhver form for samordnet opptreden med formål eller virkning å hindre, vri eller innskrenke konkurransen. § 11 er rettet mot at et foretak utilbørlig utnytter sin dominerende stilling, blant annet ved å anvende ulike vilkår for likeverdige ytelser overfor handelspartnere, og derved stille dem ugunstigere i konkurransen. Staten hevder at Tines adferd rammes av begge paragrafer i forhold årsforhandlingene med Rema 1000, mens den i forhold til årsforhandlingene med ICA bare rammes av § 11.

For at § 11 skal få anvendelse, må retten legge til grunn at Tine har hatt en dominerende stilling innen markedet for brunost og fast modnet hvitost. Krrl. §§ 10 og 11 tilsvarer EF-traktatens artikler 81 og 82 og EØS-avtalens artikler 53 og 54. Begrepet dominerende stilling er en rettslig standard, men skjønnsmomentet i standarden er redusert ved den praksis som foreligger fra EU-domstolen, og som begge parter er enige om at er en meget tung rettskilde.

Markedsdominans er et begrep knyttet til den enkelte aktørs mulighet til å opptre uavhengig av de andre aktører på markedet med særlig vekt på evnen til å fastsette priser uavhengig av andre aktører. Ved denne vurderingen må det markedet denne uavhengige adferden gjelder, avgrenses så vel i forhold til alternative produkter, som i forhold til geografisk marked. Tvisten synes særlig å være konsentrert nettopp om disse markedsbegrensningene. Hvis brunost og fast hvitost er et eget produktmarked, og dette markedet også er geografisk avgrenset til Norge, så vel for tilbydere av ost, som konsumenter av ost, synes det ikke særlig tvilsomt at Tine er en dominerende aktør. Ved markedsavgrensingen benyttes i EU-retten den såkalte SSNIP-testen (Small but Significant non-transitory Increase in Prices). Denne testen er ikke en metode for hvordan man måler de forskjellige størrelser, men en operasjonalisering av begrepet markedsdominans, som gir et forholdsvis entydig mål for hva man skal måle. Testen innebærer at hvis en markedsaktør kan øke sine priser med omkring 5 til 10 prosent uten at fortjenesten reduseres, er vedkommende å betrakte som en dominerende aktør. Testen er opprinnelig

utviklet i forbindelse med godkjenning av fusjoner, hvor spørsmålet er om fusjonen vil føre til at det fusjonerte selskap får en dominerende markedsrett. Men testen kan også brukes og blir brukt til å finne ut om en eksisterende aktør har en dominerende stilling. Partene er uenige om hva en slik vurdering vil føre til. Uenigheten er for produktavgrænsingen særlig knyttet til hvilken priselastisitet brunost og fast gulost har i forhold til andre påleggstyper. Med andre ord om en økning av prisene fra Tine med 5 til 10 prosent, ville føre til at salget går for mye ned fordi konsumentene flytter sine kjøp over til andre typer ost eller pålegg for øvrig. Uenighet om den geografiske avgrænsning av markedet er særlig knyttet til relevansen og konsekvensene av forskjellige særnorske ordninger omkring melkeproduksjon og melkepriser, samt om virkningene av det tollvern som norsk ost er beskyttet av.

Markedsordningen for melk

Omsetning av melk og omsetning av ost er undergitt en del regulatoriske forutsetninger i Norge. I dette systemet er Tine, som er en del av landbrukssamvirket en viktig aktør og regulator. Reglene beskrives slik de gjaldt i den aktuelle perioden. Det er senere blitt endringer.

Det eksisterer en ordning med produksjonskvoter for melk, regulert ved forskrift av 1.7.2003. Formålet er å tilpasse melkeproduksjonen til avsetningsmulighetene. Ordningen regulerer både den totale produksjonen av melk, og den regulerer fordelingen av denne produksjonen på de enkelte gårdsbruk.

Bøndernes inntektsforhold reguleres gjennom de årlige jordbruksforhandlinger mellom bondeorganisasjonene og staten. Jordbruksoppgjøret godkjennes av Stortinget. Forenklet kan resultatet av disse forhandlingene sies å gjelde hvor meget bøndernes inntektsforhold skal bedres, samt spørsmålet om denne bedring skal skje ved direkte støtte fra staten, eller ved høyere priser fra forbrukerne av landbruksvarer. Den andelen som skal hentes fra markedet, bestemmes i melkesektoren gjennom en målpris for råmelk. Hvor meget markedet tåler er et politisk spørsmål, som i siste instans avgjøres av Stortinget ved vedtakelsen av landbruksoppgjøret, men et spørsmål hvor det i den forbindelse må tas hensyn til etterspørsel og til konkurransen fra utenlandske produsenter.

Tine har en rolle som markedsregulator for melk. Dette innebærer blant annet at Tine har mottakplikt for den melk som produseres i henhold til kvoteordningen, og plikt til å få anvendt hele dette kvantum. Videre skal de forsøke å ta ut målprisen i markedet. Dette innebærer også en kanalisering av melk til den mest lønnsomme anvendelsen. Tine som selskap driver både med råvarehåndteringen av melk, og som produsent av melkebaserte produkter. I den siste funksjon skal det være en fri konkurranse i forhold til andre innenlandske produsenter. Dette innebærer at Tine har plikt til å levere råmelk til andre produsenter til de samme priser som Tine har som inngangsverdi ved sin egen produksjon. Denne prisen Tine tar for råmelk levert til produsenter er kjent som noteringsprisen. Disse

forhold har ført til at det er etablert et administrativt og regnskapsmessig skille mellom Tines råvarehåndtering (Tine Råvare) og Tines produksjonsvirksomhet (Tine Industri).

For å oppnå en høy nok pris på melkeråvaren har man den såkalte prisutjevningsordningen for melk som følger av forskrift av 4.12.2003, og som administreres av Statens landbruksforvaltning. En slik prisdifferensiering er helt nødvendig for at det skal være mulig å ta ut de fortjenester, det vil si oppnå den målpris, som landbruskoppgjøret forutsetter. Statens landbruksforvaltning fastsetter i denne ordningen avgifter og tilskudd til den råmelk som blir solgt etter hvilken bruk det skal gjøres av melken. Ost er en prissensitiv vare, hvilket betyr at råmelken til osteproduksjon må gjøres billig ved tilskudd. Den delen av melkeproduktene som er minst prissensitiv er konsummelk, og melk til direkte konsum er derfor den store gruppen innen melkeprodukter som er sterkt avgiftsbelagt i ordningen. Prisutjevningsordningen skal utregnes slik at melkeprisene balanserer hverandre, slik at prisen på totalvolumet tilsvarer en pris per liter lik målprisen.

Landbruksavtalen forutsetter at Tine holder prisen på melk på eller under den målpris som er avtalt, og at det vil utløse markedskorrigerende tiltak fra landbruksmyndighetene om dette ikke er tilfellet. Slike tiltak kan bestå i administrativ midlertidig nedsettelse av tollsatsene for utenlandske melkebaserte produkter, for eksempel ost, slik at prisnivået senkes på grunn av konkurranse fra utlandet. Det er også slik at hvis prisen et år har ligget over målprisen, skal det skje en tilsvarende reduksjon av målprisen det etterfølgende år. Det er ikke enighet om graden av påvirkning på prisene slike tiltak faktisk har fått.

Det er også en etterberegningsordning som korrigerer noteringsprisen. Hvis denne viser seg å ha vært høyere enn det Tine selv har betalt for melkeråvaren, må Tine tilbakebetale differansen til de konkurrentene de har levert råmelk til. En slik prisforskjell vil jo innebære en konkurransevridning til fordel for Tine. En slik etterberegning foretas hvert halvår. Denne etterberegningen foretas ved en beregning ut ifra et gjennomsnitt av Tines prising av sine ferdigvarer innenfor vedkommende kategori. Denne etterberegningsordningen ble etablert i 2000 og var i bruk frem til 2007. Det kan nevnes at mens det ikke har vært noen problemer med det praktiske samarbeide mellom Tine og Synnøve Finden, har det vært flere rettstvister mellom Synnøve Finden og landbruksmyndighetene knyttet til denne etterberegningen. Tvisten her har særlig vært knyttet til om den pris Tine regnet for egen råmelk var for høy fordi den i realiteten også inneholdt en kapitalavkastning. Dette har ved flere anledninger ført til forholdsvis betydelige tilbakebetalinger til Synnøve Finden.

STATENS ANFØRSLER OM DOMINERENDE STILLING

Utgangspunktet

At et foretak har en dominerende stilling, vil si at det er istand til å hindre at det opprettholdes en fri konkurranse fordi foretaket på grunn av sin styrke er istand til å opptre

uavhengig av konkurrenter, kunder og i siste instans forbrukerne. Dette følger blant annet av United Brands avgjørelsen ved EU-domstolen (sak 27/76: United Brands Company og United Brands Continental BV mot Kommisjonen). Dominans forutsetter ikke fravær av konkurranse. Markedsandeler er helt sentralt ved vurderingen av dominerende stilling. Muligheten til ensidig prisfastsettelse er et viktig moment ved dominansvurderingen, men ikke alene avgjørende.

Dominans må vurderes i forhold til et bestemt marked. Markedsavgrensingen er derfor viktig og nødvendig, men allikevel bare et hjelpemiddel, ikke et mål.

Staten påpeker at Tines prising av sine oster ikke er regulert. Det er en fri prisdannelse. De markedsregulatoriske bestemmelser er derfor ikke relevante for vurderingen av om Tine har en dominerende stilling. Slike forhold kan bare ha relevans ved dominansvurderingen hvis aktørens konkurransebegrensende atferd utelukkende skyldes disse nasjonale reguleringer. De norske regulatoriske forhold innen landbrukssektoren er relevante i forhold til anvendelsen av krrl. § 11, men bare som en del av misbruksvurderingen. Staten viser til avgjørelsene ved EU-domstolens førsteinstans i Deutsche Telecom-saken (Sak T-271/03 Deutsche Telecom AG mot Kommisjonen). Det er også slik at en markedsaktør kan ha en dominerende stilling som de kan utnytte i konkurransebegrensende hensikt, selv om det er begrenset hva de kan foreta seg på egen hånd i relasjon til priser isolert. Staten viser til EU-kommisjonens avgjørelse i AstaZeneca-saken (Kommisjonens uttalelse i sak COMP./A.37.507/F3 – AstraZeneca).

Staten påpeker at det ikke er noe vilkår at et dominerende foretak også skal ha gode fortjenestemarginer. I United Brands-dommen står følgende:

En virksomhets økonomiske styrke kan ikke bedømmes på grunnlag av dens rentabilitet, og en ringe fortjenestemargin eller endog midlertidige tab er ikke uforenelig med en dominerende stilling, like så vel som høje fortjenester kan være forenlig med en situation, hvor der foreligger effektiv konkurranse.

Staten påpeker også at ved vurderingen av dominerende stilling er den langsiktige markedsutvikling ikke relevant. Staten viser til førsteinstansdommen i EU-domstolen i British Airways-saken (Sak C-95/04 British Airways plc mot Kommisjonen) hvor retten nettopp valgte å se bort ifra en langvarig tendens med fallende markedsandeler for foretaket.

Avgrensningen av produktmarkedet

Veiledning om hva som er det relevante produktmarked, og hvilke opplysninger man bør ta utgangspunkt i, finnes i EFTAs kunngjøring om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten (nr. 28/3). I punkt 7 fremgår det at:

Et relevant produktmarked omfatter alle varer og/eller tjenester som etter forbrukernes oppfatning er innbyrdes ombyttelige eller substituerbare ut fra egenskaper, pris og bruksområde.

De samme betraktningmåter er også bekreftet i EU-domstolens avgjørelse i AKZO Chemie-dommen (Domstolens avgjørelse sak 62/86: AKZO Chemie BV mot Kommisjonen).

Staten hevder at fast hvitost og brunost er hver sine avgrensede produktmarkeder. Staten bygger da på en rekke faktorer.

- Tilsynet har i vedtaket foretatt en kvalitativ analyse av produktene som staten fastholder. Dette vil si en alminnelig vurdering ut ifra produktenes alminnelige bruk, smak, ernæringsverdi med videre.
- Tilsynet har foretatt en undersøkelse blant kjedene og Synnøve Finden om hvordan de vurderer sannsynligheten for at konsumentene vil skifte til andre typer pålegg ved en mindre prisøkning. Svarene peker entydig i retning av at prisøkning innenfor det rommet som SSNIP-testen definerer som relevant, ikke hadde ført til noen endring i forbruksmønsteret. At slike undersøkelser er en adekvat metode bekreftes av punkt 40 den nevnte EFTA-kunngjøring.
- Tines egne vurderinger, opptreden og posisjon i markedet styrker at fast hvitost og brunost er separate markeder. At dette er relevant følger blant annet av AKZO Chemie-dommen premiss 53. I forhold til andre påleggstyper enn ost, viser staten til at Tine ikke overvåker andre produsenter av andre pålegg enn ost. Tine opererer i sine planer og oversikter, blant annet i et dokument om konkurransestrategi datert 1. september 2003, med hvitost som en egen varekategori.
- Det foreligger ikke muligheter for tilbudssubstitusjon ved kortsiktige endringer i prisene. Osteproduksjon er spesialisert produksjonsprosess som krever betydelige og tidkrevende nyinvesteringer i meieranlegg og markedsføring. Det er for øvrig teknologiske forskjeller ved produksjon av fast hvitost og av brunost, som også bekrefter at disse to typer oster ikke er substituerbare seg imellom.
- Organiseringen av næringsmiddelindustrien tyder ikke på at ost og andre påleggstyper utgjør et marked.
- Tidligere praksis fra norske, svenske og danske konkurransemyndigheter har lagt til grunn at fast ost ikke er en del av samme marked som andre oster, for eksempel dessertoster eller fetaost.
- Tines stilling som et vertikalt integrert selskap gir større markedsmakt.

Presentasjonen i retten og rapportene fra Copenhagen Economics har ikke greid å påvise at det er noen feil ved den markedsavgrensningen som staten har foretatt. Tine har med bakgrunn i Copenhagen Ecomics beregninger hevdet at hvitost ikke er et eget marked, men inngår som del av et marked for all ost basert på en *critical loss*-analyse. De hevder også at det er en mulighet for at ost inngår i et større marked med andre påleggsorter. Staten anfører at de ved den tradisjonelle metode som gjengitt overfor allerede har påvist at hvitost er et eget marked. De marginer som foreligger ved Copenhagen Economics beregninger er så små, at disse beregningene uansett ikke alene er tilstrekkelig til å forkaste statens konklusjoner. Det er i den forbindelse illustrerende at der Copenhagen Economics

kommer til en positivt konklusjon for Tine, nemlig at hvitost tilhører samme marked som annen ost, blir de små marginer ikke problematisert, mens der beregningene gir en negativ konklusjon for Tine, nemlig at ost ikke utgjør et felles marked med andre påleggsorter, anser Copenhagen Economics de samme små marginer som en grunn til å modifisere konklusjonen. Staten viser videre til at det foreligger andre studier som gir andre tall for priselastisitet mellom hvitost og andre sorter pålegg, og som gir grunn til å tro at Copenhagen Economics beregninger er feil. En ytterligere feil gjelder Copenhagen Economics argumentasjon for å fravike de tall deres egen analyse gir for såvidt gjelder ost generelt i forhold til andre påleggsorter. Her viser de til krysspriselastisiteten mellom ost og flere andre påleggsorter, men dette er også hensyntatt i selve testene ved at krysspriselastisiteten er innbakt i den egenpriselastisiteten for ost som er benyttet.

Det er også enkelte andre alvorlig generelle innvendinger mot beregningene til Copenhagen Economics, særlig knyttet til at de i for stor grad identifiserer den hypotetiske monopolists situasjon med Tines situasjon, og at de ikke tar tilstrekkelig hensyn til at osteprisene på grunn av den manglende konkurranse allerede ligger maksimalt høyt. Slike forhold er mer fremtredende i kritikken av Copenhagen Economics geografiske avgrensning av markedet, og retten vil derfor gjengi dem der.

Copenhagen Economics beregninger inneholder ingen forsøk på å tilbakevise den vurderingen tilsynet har gjort når det legges til grunn at brunost utgjør et eget marked.

Tine har en så dominerende stilling ut ifra markedsandeler på det norske markedet, at selv om man regner ost generelt som et marked, så forblir Tine en dominerende markedsaktør.

Avgrensningen av det geografiske markedet

Innledningsvis fastslår staten at det på grunn av strukturen i dagligvarebransjen ikke er tvilsomt at Norge består av et marked for ost, ikke flere lokaler markeder. Tvisten står om hvorvidt markedet er avgrenset til Norge hvor Tine er dominerende, eller om det relevante marked er større enn det norske, og Tine derfor allikevel ikke er dominerende. Staten påpeker flere forhold som gir grunn til å hevde at markedet for fast hvitost er begrenset til Norge. Utgangspunktet er klart. Norge utgjør et geografisk område hvor osteprisene er dobbelt så høye som i tilstøtende land. Det er en rekke faktorer som tilsier at Norge er et eget avgrenset marked for ost.

- Det er et omfattende importvern hvor tollsatsene varierer mellom kr.25 og kr. 28 per kilo ost. Den tollfrie importkvoten utgjør omlag 4.500 tonn ost. Importen av ost i 2004 utgjorde omlag 6.200 tonn, og svært meget av dette var dyrere ostevarianter. Det er også vanligvis varianter som ikke har noen betydning som konkurrenter fast hvitost.
- Handelsmønsteret og markedsandelene taler for at Norge er et separat marked. Tine har 92,5 prosent markedsandel på brunost og 76,3 prosent på fast hvitost, mens Synnøve Finden har 7,2 prosent på brunost og 19,5 prosent på hvitost. Dette betyr at andre

produsenter, herunder utenlandske produsenter, tilsammen har en markedsandel på 0,3 prosent på brunost og 4,2 prosent på hvitost.

- Tine har volumsterke ostevarianter med meget sterke varemerker. Dette gjelder Norvegia, Jarlsberg og Ridderost. Dette bekreftes ved at Tine over tid har tatt betydelig høyere priser for disse oster enn prisen på tilsvarende oster fra Synnøve Finden eller blant kjedenes EMV-oster. Staten viser til EØS-rundskrivets avgrensning av det relevante marked nevnt tidligere punkt 47, som viser at kundenes egne preferanser er et relevant moment.

Det er omtrent ikke import eller eksport av brunost, samtidig som produksjonsteknologien avviker fra hvitost. Det må derfor uansett være klart at markedet for brunost er begrenset til å gjelde Norge.

Disse forhold gjør at det ikke synes tvilsomt at markedet for fast hvitost, og for brunost, er avgrenset til Norge. Tine har forsøkt å tilbakevise dette gjennom kvantitative beregninger foretatt av Copenhagen Economics. At det er foretatt slike beregninger, betyr ikke at disse beregningene alene blir det avgjørende for løsningen, idet statens øvrige argumentasjon allikevel står fast. Det er imidlertid også slik at staten mener at hvis beregningene var foretatt på en korrekt måte, ville de ikke ført til det resultatet Copenhagen Economics har kommet til. Det er flere alvorlige feil knyttet til beregningene. De viktigste feilene er som følger:

Copenhagen Economics har tatt hensyn til Tines mottakspunkt for melk. Dette er feil idet SSNIP-testen skal utføres i forhold til en hypotetisk monopolist, mens mottakspunktet er knyttet til Tine Råvare. Beregningene som er foretatt er imidlertid også gale. Det må tas hensyn til at et melkeoverskudd kan omsettes av Tine ved eksport av ost. Dette er forsåvidt gjort av Copenhagen Economics, men de bruker Emmentaler som grunnlag for sine beregninger. Tines store eksportvare, som særlig eksporteres til USA, er Jarlsberg, som er betydelig dyrere.

Copenhagen Economics har ikke tatt hensyn til den såkalte *Cellophane Fallacy* som skal anvendes ved SSNIP-testen. Dette er et hensyn som det ikke er uenighet om at generelt er relevant ved testen. (Det har fått navn etter en amerikansk avgjørelse, og som er beskrevet i den nevnte EØS-kunngjøring om avgrensning av markedet punkt 19 og 20.) Hvis en dominerende aktør kan fastsette priser uavhengig av konkurranse, kan det oppstå en situasjon hvor aktøren allerede i utgangspunktet har presset prisene opp til det maksimale nivå forbrukerne tåler. Da skyldes begrensningene i mulighetene for en uavhengig prisfastsettelse den reelle markedsdominansen, og er ikke et argument når man skal undersøke den hypotetiske monopolist stilling i et marked hvor det tidligere har vært fri konkurranse. Dette er ikke tilstrekkelig hensyntatt ved beregningen til Copenhagen Economics.

Staten er ikke enig i at offentlige tiltak vil hindre en fri prisfastsettelse hos Tine. Beregningene til Copenhagen Economics bygger på feil priser og sammenligner feil varer. Da spørsmålet om dominans ikke blir avgjørende for rettens konklusjoner, går retten ikke detaljert inn på disse anførselene. Uenigheten dreier seg særlig om følgende. Ved sammenligning av norsk EMV-ost med EMV-ost basert på ost importert fra Danmark, har Copenhagen Economics basert seg på tvilsomme og for høye tall som grossistpris i Norge. Det svekker også argumentasjonen betydelig at EMV-ost blant hvitost utgjør en meget liten andel av markedet i forhold til de store merkevareostene, og da især Tines Norvegia. For merkevareost har professor Lars Sjørgard fremlagt beregninger som viser at tollvernet er tilstrekkelig vern mot import fra Danmark, selv om prisen økes med mer enn 5 prosent. Han har da basert seg på en dansk kilopris på kr.30 som er gjennomsnittsprisen på eksportert dansk ost, og derfor et lavt anslag når utregningen gjelder dansk merkevareost.

Kjøpermakt

Tine kan ikke nå frem med anførsler om at usedvanlige omstendigheter gjør at Tine uansett markedsandeler ikke er dominerende. Det er særlig eventuell kjøpermakt som Tine har påberopt i denne sammenhengen. Selv om konsentrasjonen av dagligvarehandelen på fire nokså jevnstore grupper fører til mye markedsrett hos kjedene, er dette ikke en markedsrett som utligner Tines posisjon. Tine representerer et så stort volum på viktige varer, at kjedene ikke kommer utenom å handle med Tine, idet det simpelthen ikke finnes troverdige alternative leverandører innefor et rimelig kortsiktig perspektiv. Tines stordriftsfordeler og merkevarefordel gjør også slike alternative etableringer lite sannsynlige. Staten viser til kommisjonsavgjørelsen i forhold til Prokent-Tomra (Sak av 29.04.2006, saken står nå for førsteinstansdomstolen) hvor kommisjonen fastholder et resonnement også for de nordiske land med begrunnelsen:

Even in the markets with a high degree of concentration, as, for instance, in the Nordic countries, the largest retail groups had much smaller market shares than Tomra, i.e. the concentration on the demand side is much lower than on the supply side.

TINES ANFØRSLER OM DOMINERENDE STILLING

Utgangspunktet

Tine anfører at det helt sentrale kriteriet for om de er en dominerende markedsaktør, er uavhengighet i prissettingen. Den tradisjonelle metode er å bedømme dette ut ifra betraktninger knyttet til foretakets markedsandel. Staten mener at de regulatoriske forhold skal vurderes som usedvanlige omstendigheter som eventuelt kan ha betydning ved misbruksvurderingen, etter at en slik tradisjonell analyse er foretatt. Dette er å gå en unødvendig og kompliserende omvei når prisuavhengigheten kan beregnes direkte slik Copenhagen Economics har gjort på oppdrag fra Tine.

At evnen til uavhengig prissetting er det helt sentrale ved vurderingen av dominans fremgår av EU-kommisjonens discussion paper av desember 2005 vedrørende anvendelse

av artikkel 82, og er oppsummert i Robert O'Donoghue & A. Jorge Padilla: *The Law and Economics of Article 82 EC*, 2006 s.107 slik:

A firm enjoys a dominant position if it has significant market power, i.e. if it is able to charge prices significantly above competitive levels or restrict output significantly below levels for a sustained period of time.

Etter den direkte metoden må man foreta en såkalt *critical loss*-analyse. Det vil si at man på grunnlag av foreliggende data om markedet foretar en analyse slik det er gjort av Copenhagen Economics. De beregner da først hvor stor prosentvis nedgang i salget en hypotetisk monopolist kan tåle, før det vil være uprofitabelt og øke prisen med 5 prosent. Dette kalles *critical loss*. Deretter beregner de hvor stor nedgang i salget en hypotetisk monopolist vil oppleve hvis prisen blir økt med 5 prosent. Dette kalles *actual loss*. Så foretas det en sammenligning mellom *critical loss* og *actual loss*. Hvis *critical loss* er større enn *actual loss*, vil det være profitabelt for en hypotetisk monopolist å øke prisen med 5 prosent. Det betyr at alle reelle konkurrerende vareslag for produktavgrensningen eller alle relevante markeder for den geografisk avgrensning er tatt med. Hvis derimot *critical loss* er mindre enn *actual loss*, betyr dette at monopolisten slik markedet er definert, allikevel ikke står fritt til å heve prisene med 5 prosent og få fortjeneste av dette. Den hypotetiske monopolist kan altså ikke være en reell monopolist fordi han ikke har den frihet til ensidig prisfastsettelse som SSNIP-testen forutsetter, og markedet må derfor være avgrenset for snevert.

Dominansvurderingen må foretas i forhold til det marked som reelt finnes i Norge. Da må de regulatoriske forhold tas med i betraktning allerede ved dominansvurderingen. Ingen av de avgjørelser som er påberopt av staten er til hinder for dette. I Deutsche Telekomdommen, og også i den tilsvarende Ladbrooke-dommen (EU-domstolen dom i sak C-359/95 og C-379/95 P Kommisjonen og Frankrike mot Ladbrooke Racing) var spørsmålet om dominans ikke omtvistet. Dette var selskaper som var gitt en dominerende posisjon ved lovgivning, og dette var ikke omstridt i sakene. Sakene gjaldt hvorvidt de kunne sies å misbruke denne stilling, når det også var gitt regler om prisregulering som allikevel gav foretakene et visst begrenset rom for fri prisfastsettelse.

Tine har tapt markedsandeler de senere årene. De tar priser som knapt dekker kostnadene. Dette blir et paradoks hvis det hevdes at de samtidig er en dominerende aktør, når dominans nettopp er definert gjennom evnen til å opptre uavhengig på markedet.

Avgrensningen av produktmarkedet

Copenhagen Economics har på grunnlag av sine beregninger konkludert med ”*at det relevante marked for hvidost sandsynligvis omfatter andre oste, men at det er usikkert om det relevante marked derudover også omfatter andre pålægsprodukter*”. Beregningene er foretatt ut ifra en prisøkning på 5 prosent. Da SSNIP-testen operer med en prisøkning fra 5

til 10 prosent, betyr dette at det foreligger en betydelig margin å gå på om retten skulle finne enkelte forhold ved beregningene tvilsomme.

Copenhagen Economics bygger på en empirisk analyse av det relevante produktmarkedet for hvitost, hvor bakgrunnopplysninger er tatt fra NILF (Norsk Institutt for Landbruksøkonomisk forskning) i publikasjonen: *Prisutjevning for melk – kontroll for andre halvår 2004*. På denne bakgrunn er priselastisitet for hvitost beregnet. Copenhagen Economics påviser at *critical loss* var 7 prosent, mens *actual loss* var 8 prosent. Med andre ord foreligger det ikke et separat marked for hvitost. Når produktmarkedet utvides til også å omfatte brunost, kremost, kjøttpålegg, smørepålegg, påleggsalater og syltetøy, blir *critical loss* 7 prosent, mens *actual loss* blir 6 prosent. Dette peker i retning av at ost er et separat marked. Men marginene er små og det er flere forhold som kan tale for at markedet kan omfatte enkelte andre påleggsorter. Krysspriselastisitet ved prisstigning på ost er positive og statistisk signifikante for andre pålegg, dog ikke for smørepålegg. Konklusjonen på dette punkt blir derfor usikker.

Det er også reist generelle innvendinger fra staten som blir av større betydning ved spørsmålet om Copenhagen Economics utredning av det geografiske markedet, og disse gjengir retten i forbindelse med anførselene om dette.

Markedet for brunost er ikke særskilt undersøkt av Copenhagen Economics, men det er faktorer som tilsier at heller ikke brunost er noe separat produktmarked. Krysspriselastisiteten mellom hvitost og andre pålegg viser særlig sterkes substitusjon i forhold til brunost og påleggsalater. Det er bør derfor legges til grunn at brunost tilhører samme produktmarked som hvitost.

Avgrensningen av det geografiske markedet

Tine støtter seg på Copenhagen Economics beregning som viser at markedet for fast hvitost er større enn det norske markedet. Den viser at de regulatoriske forhold i Norge, samt mulig konkurranse fra utlandet, gjør at en hypotetisk monopolist for hvitost i Norge ikke vil ha den mulighet til uavhengig prisfastsettelse på fem prosent, slik SSNIP-testen forutsetter, og at ostemarkedet som Tine konkurrerer innenfor derfor er et større europeisk marked. Innenfor et slikt større marked har ikke Tine en dominerende stilling.

Det er korrekt når Copenhagen Economics har hensyntatt den mottaksplikten for melk som Tine har. I det reelle marked hvor det er konkurranse mellom Tine og Synnøve Finden, ligger mottaksplikten på Tine alene. Men mottaksplikten er en integrert del av omsetningssystemet for melk. Ved en beregning basert på en hypotetisk monopolist må man derfor legge til grunn at denne arbeider under disse generelle forutsetninger. Hvis prisen på ost heves, vil salget av ost gå ned. Normalt ville en hypotetisk monopolist allikevel kunne tjene på dette, ved at fortjenesten går opp. Det er dette som analyseres i en ordinær *critical loss*-analyse. For en monopolist undergitt mottaksplikt forsterkes

imidlertid tapet ved at redusert salg av ost betyr at melken må avsettes andre steder, og at derfor også prisen på andre produkter må reduseres for å få økt salgsvolum. Det kan for øvrig tilføyes at i det reelle marked med konkurranse mellom Tine og Synnøve Finden fører dette til at Tine er mer følsom overfor konkurranse enn Synnøve Finden. Tine presiserer at de er ett foretak, selv om det er innført et regnskapsmessig skille mellom Tine Råvare og Tine Industri. Copenhagen Economics har i sine beregninger tatt høyde for at Tine også kan omsette melk ved eksport av ost til utlandet. Eksporten i dag dreier seg særlig om Jarlsberg, som er en sterk merkevare som særlig eksporteres til USA. Dette markedet er allerede utnyttet maksimalt, og ytterligere eksport kan derfor ikke forventes å skje med denne dyrere osten. Derfor er prisen på Emmentaler brukt i beregningene.

Problemstillingen med *Cellophane Fallacy* er ikke aktuell. Dette er en korreksjon som må foretas hvis allerede høye priser skyldes en dominerende aktørs markedsrett. Både markedsrett og reguleringer kan gi høye priser. Her foreligger det en prisutjevningssystem med etterregulering som skal ivareta at Tine hverken tar for lave eller for høye priser på ost. Det høye prisnivået på ost skyldes ikke markedsrett, men at prissettingen på ost ut fra de regulatoriske forhold er fastsatt så høyt at landbruket får de midler ut av markedet som landbruksavtalen forutsetter.

I forhold til SSNIP-testen har det avgjørende betydning at melkeprisen for osteproduksjon er satt så høyt at et merprisuttak vil utløse offentlige tiltak for å dempe prisen. Slike tiltak betyr økte muligheter for import, hvilket igjen vil føre til volumtap og avsetningsproblemer for råmelk for Tine. Poenget her er at landsbruksoppjøret og fordelingsystemet som dette bygger på, forutsetter et maksimalt prisuttak ikke bare i forhold til det markedet tåler, men også i forhold til det staten kan godta. Dette innebærer at prisen ligger så høyt opp mot den pris som vil utløse konkurranse gjennom import fra utlandet, at en prisøkning på 5 prosent vil gjøre det lønnsomt å importere ost fra utlandet. Men det innebærer også at en økning på 5 prosent må forventes å utløse tiltak for å holde prisen nede, slik som økte importkvoter. Tollsatsen for ost er i dag på det høyest mulige nivå, så man kan se bort ifra at det nasjonale ostemarkedet ville bli beskyttet ved en heving av tollsatsene for å hindre en økning i importen. En økning av tollsatsene ville måtte innebære en omlegging til toll beregnet på grunnlag av verdi i stedet for volum, idet tollsatsene etter volum slik de nå gjelder, allerede er på et nivå hvor de ikke kan heves uten at Norge kommer i konflikt med sine forpliktelser overfor WTO og EU. Det er korrekt at tollsatsene gjør at vi med dagens prisnivå har et skjermet marked for ost. Poenget er at denne skjerming ikke lengre vil være tilstede hvis ostepriene økes med omlag 5 prosent, og da er ifølge SSNIP-testen en geografisk begrensning av markedet til Norge ikke korrekt. Tine har fremlagt beregninger fra Copenhagen Economics som tar utgangspunkt i mulig import av merkevareost eller av ost for bruk til EMV-ost fra Danmark, som viser at disse anførselene er holdbare.

Kjøpermakt

Uansett om de øvrige faktorer skulle tilsi at Tine har en dominerende stilling, finnes det allikevel særegne omstendigheter som gjør at de ikke kan sies å være en dominerende aktør. Det er primært den markedsrett som dagligvarekjedene har som gjør at Tine uansett ikke er dominerende, men også mulighetene for etablering av konkurrerende produksjon er et moment av betydning. Tine er klar over at kjedene er avhengige av leveranser fra Tine på flere sentrale områder, men denne avhengigheten er gjensidig. Det forhold at Tine har mottakspåkt for melk forsterker den avhengigheten Tine har av dagligvarehandelen. Bortsett fra eksport av ost, har Tine ingen andre steder å levere sine varer. Tine fører et vidt spekter av produkter, både innenfor og utenfor fast hvitost og brunost. Selv om kjedene er avhengige av Tine for leveranser av konsummilk og for et betydelig volum av ost, gjelder dette ikke for hele produktspekteret som Tine kan og må levere. Dette betyr at kjedene kan begrense varelinjene de vil ha levert fra Tine, samt minske produktenes plass og synlighet i butikkene, redusere reklameinnsats med videre. Tine må også hensynta faren for at en for høy prising fra deres side, vil føre til at alternativ produksjon blir etablert eller sponset av kjedene, særlig med tanke på EMV-ost. En slik integrering bakover er allerede godt kjent for andre varer, for eksempel Rema 1000 med eierandeler i Gran og Nordfjordkjøtt. Mens en mulighet for etablering av selvstendige konkurrenter har et temmelig langsiktig perspektiv, vil selve risikoen for at kjedene selv skal etablere konkurrerende produksjon, ha en effekt på kort sikt i forhold til Tines forhandlingsposisjon, og derved deres mulighet til å opptre uavhengig på markedet.

DOMSTOLENES PRØVINGSINTENSITET STATENS ANFØRSLER OM PRØVINGSINTENSITETEN

Tilbakeholdenhet i overprøvingen

Staten hevder at prinsippene i Høyesteretts dom Rt. 1975 s.603 (Swingball-dommen) har rekkevidde også utenfor patentrettens område. Den er uttrykk for et bredere prinsipp om at domstolene bør vise tilbakeholdenhet med å overprøve et statlig spesialorgans fagkyndige vurderinger. Utenfor patentrettens område er dette fulgt opp av Høyesterett for eksempel i Rt. 1995 s.1427 som gjaldt naturfredning og Rt. 2007 s.1815 som gjaldt trygderett. De vurderinger hvor dette prinsipp får særlig anvendelse i denne saken er Tilsynets vurderinger når det gjelder markedsavgrensning og konkurransevirkninger.

Beviskravene

Staten legger til grunn at det internrettslige rettskildebildet tilsier at beviskravet er alminnelige sannsynlighetsovervekt. Av Høyesteretts storkammerdom 29. oktober 2008 kan det utledes at EMK art. 6 nr. 2 stiller et operasjonelt beviskrav i saker som etter EMD må anses som straff, men uten at det stilles noen nedre grense til hvor dette kravet settes. I vedtaket har også Tilsynet lagt til grunn at alminnelig sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig, men tilsynet har også funnet at det ikke foreligger noen rimelig tvil om de

konklusjoner de er kommet til, og at derfor eventuelle strengere beviskrav for staten uansett ville være uten betydning.

Staten hevder at det alminnelige prinsipp i sivilprosessen er overvektsprinsippet. Det er ikke grunnlag for å stille opp noen regel om at det kreves klar sannsynlighetsovervekt der et forvaltningsvedtak forutsetter at det konstateres lovbrudd eller sterkt klanderverdige forhold. Når denne typen spørsmål er forelagt Høyesterett har de foretatt en balansert vurdering hvor både hensynet til den enkeltes rettssikkerhet, og hensynet til de samfunnshensyn som skal beskyttes må vurderes. Staten viser til avgjørelser som Rt.2006 s.1657 om fastslåelse av pro forma ekteskap.

Staten hevder videre at rettskildene knyttet direkte til konkurranseloven viser at det ikke har vært meningen å stille noen strengere krav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for illeggelse av overtredelsesgebyrer. I NOU 2003:12 ble det foreslått et krav om klar sannsynlighetsovervekt ved det som i lovutkastet ble kalt sivilrettslige bøter. I odelstingsproposisjonen valgte imidlertid departementet å veie interessene mellom det enkelte foretak på den ene side, og samfunnets og forbrukernes interesser på den annen side, slik at de fant at alminnelig sannsynlighetsovervekt burde være tilstrekkelig. Dette syn fikk oppslutning av flertallet i odelstingsinnstillingen, hvor det ble støttet av alle unntatt Arbeiderpartiets representanter.

Staten kan ikke se at menneskerettsloven § 3 jfr. EMK art. 6 gir noen grunn til å fravike konklusjonen om alminnelig sannsynlighetsovervekt som følger av de internrettslige kilder. Det klare internrettslige utgangspunktet oppheves ikke ved at EMK art. 6 nr. 2 skal gå foran andre norske lover ved motstrid. Det er ikke omtvistet at den sentrale avgjørelse for forståelsen av EMK art. 6 i forhold til sanksjoner som internrettslig har et sivilrettslig preg, er Høyesteretts storkammerdom av 29. oktober 2008. Den dommen gjaldt illeggelse av ordinær tilleggsatt. Også en dommen Rt. 2007 s.1217 som gjelder tidsbegrenset tilbakekall av ervervstillatelse er av betydning. Begge disse dommer fastslår at den typen sanksjoner det er tale om er å anse som straff i forhold til EMK art. 6 selv om de etter norsk intern rett anses som forvaltningsmessige avgjørelser. Det er derfor ikke bestridt av staten at også i den foreliggende sak må overtredelsesgebyret anses som straff etter EMK art. 6. Førstvoterende uttaler i premiss 104 og 80 at beviskravet er relativt. At det i den forbindelse henvises til dommen Rt. 2007 s.1217 hvor Høyesteretts i sin bevisvurdering konkluderte med at det forelå en klar sannsynlighetsovervekt, gjør ikke at storkammerdommen kan tas til inntekt for et slikt syn generelt. Konklusjonen til flertallet i storkammerdommen er at det i forhold til tilleggsatt kreves en klar sannsynlighetsovervekt, men premissene forutsetter altså ikke at dette vil være tilfelle for ethvert forvaltningsmessig inngrep som kommer inn under EMK. art. 6. Alt som kan peke mot et krav om klar sannsynlighetsovervekt er et obiter dictum i dommen fra 2007, som det ikke vises til av førstvoterende i storkammerdommen. Staten viser også til at et vilkår om klar sannsynlighetsvekt vil stå i motstrid til at skyldpresumpsjoner er godtatt i forhold til EMK

art. 6 nr. 2. Det eneste man står igjen med er at EMK art. 6 forutsetter et operasjonelt beviskrav, men intet om nivået for dette beviskrav.

Det er ikke grunnlag for en tolkning av EMK som gir et strengere beviskrav. Ved tolkningen av EMK skal norske domstoler følge de alminnelige prinsipper for tolkning av konvensjonen, slik dette blant annet fremgår i Høyesteretts dom Rt. 2005 s.833, som er sitert i storkammerdommen. Dette innebærer at EMD skal være den primære utvikleren av konvensjonen, ikke de nasjonale domstoler. Det innebærer også at hvis det er tvil om reglens forståelse, skal de nasjonale domstoler trekke inn de verdiprioriteringer som gjelder for de norske lover. De nasjonale premisser anser ikke sanksjoner på konkurranseretts område som straff. Lovgiver har vel vitende om at sanksjonen kan ramme den enkelte næringsdrivende hardt, allikevel valgt å holde seg til en regel om alminnelig sannsynlighetsovervekt ut ifra en avveining av hensynet til en effektiv håndhevelse, og hensynene til å ivareta samfunnet og forbrukerens interesser holdt opp mot den enkelte næringsdrivendes interesse av å unngå å bli feilaktig ilagt overtredelsesgebyr.

Det er ikke avgjørelser innenfor EU-retten som tilsier noen annen tolkning av EMK art. 6. EU-retten tolkes slik at den skal være i overensstemmelse med EMK. EF-domstolen anvender uskyldpresumpsjonen som et grunnleggende prinsipp, men dette har ikke vært til hinder for at man i slike saker har godtatt bevisregler med omvendt bevisbyrde. De har også godtatt et bevisbilde som utledes av en rekke sammenhenger og indisier, og de har godtatt avgjørelser i konkurransesaker som legger vekt på mangelen på andre plausible forklaringer. I forhold til art. 81 nr. 3 (som tilsvarende krrl. § 10 tredje ledd) fastslår rådsforordning nr. 1, 2003 punkt 5 uttrykkelig at det er den næringsdrivende som har bevisbyrden for at disse unntaksbetingelsene er oppfylt.

Staten anser derfor at de internrettslige regler som bare stiller krav til alminnelig sannsynlighetsovervekt må legges til grunn.

TINES ANFØRSLER OM PRØVINGSINTENSITETEN

Tilbakeholdenhet i prøvingen

Tine hevder at det ikke er noen grunn til at retten skal vise tilbakeholdenhet i forhold til noen sider av overprøvingen. Tine viser til at lovens forarbeider uttrykkelig gir anvisninger på at domstolene her trer i klageorganets sted. Den vide kompetansen domstolene er gitt til å fatte nytt vedtak, står også i motstrid med prinsippene om tilbakeholdenhet som er gitt i Swingball-dommen. I Microsoft-dommen ved EU-rettens førsteinstans (sak T-201/04 Microsoft mot Kommisjonen) trakk domstolen, særlig i avsnitt 89, opp de tilsvarende linjer i forholdet mellom kommisjonen og domstolen i saker av konkurranserettslig innhold.

Beviskravene

Tine presiserer at selv om retten skulle følge statens syn om at alminnelig sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig, så har Tine ved sin bevisførsel tilbakevist Tilsynets grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr.

Etter en internrettslig isolert vurdering av konkurranseloven er det korrekt å stille krav om klar sannsynlighetsovervekt. I forhold til EMK art. 6 er det ikke tvilsomt at det kreves mer en alminnelig sannsynlighetsovervekt, tvilen knytter seg kun til om det kreves klar sannsynlighetsovervekt, eller om det i likhet med i strafferetten stilles krav om at enhver rimelig tvil skal komme Tine til gode.

I strafferetten kreves sikkerhet ut over enhver rimelig tvil, mens utgangspunktet i sivile tvister er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Men dette er ikke mer enn et utgangspunkt. Hvis det er aktuelt å konstatere lovbrudd eller sterkt klanderverdige forhold krever en klarere overvekt. Tine viser blant annet til Rt. 1995 s.1641 (Torson-dommen) hvor det dreide seg om forsettelig fremkalt skipshavari, og hvor Høyesterett slo fast at det måtte kreves en betydelig sannsynlighetsovervekt. Og Tine viser til Rt. 1999 s.14 om inndragning av fangst ved overfiske, hvor det generelt konstateres at ved et lovbrudd eller en sterkt klanderverdig handling, vil kravene til bevis normalt skjerpes slik at det kreves betydelig, klar eller sterk sannsynlighetsovervekt.

Tine er ikke enig i at det er klart at beviskravet etter intern norsk rett bare er alminnelig sannsynlighetsovervekt. For det første åpner korrespondansen ved Stortingskomitéens behandling av loven for så mye uklarhet at det er langt fra er sikkert hva flertallet egentlig mente. Det mest problematiske er at departementet i et brev til komitéen har skrevet at beviskravet etter forslaget ”*vil være i samsvar med de alminnelige bevisregler som gjelder i sivile saker, og vil bli praktisert i tråd med iht Høyesteretts praksis. Dette bør således være tilstrekkelig i forhold til EMK.*” Dette gir uklarhet om hvorvidt flertallet har trodd de gav en lov som krevde alminnelig sannsynlighetsovervekt, eller hvor skjerping av kravene til bevis utover dette, fulgte den rettspraksis som allerede forelå. Men det er også slik at departementets begrunnelse i proposisjonen er svært lite overbevisende, og også har vært gjenstand for massiv kritikk i juridisk litteratur. Departementet har tatt utgangspunkt i at avvik fra sannsynlighetsprinsippet i sivilrettslige tvister er avhengige av om man der, som i strafferetten, vil anse en uriktig dom i den enkeltes disfavør som verre enn en feilaktig dom i samfunnet og forbrukernes disfavør. De konstaterer deretter at dette ikke er tilfelle. Tine påpeker at hvis man veier den enkeltes rettssikkerhet opp mot samfunnsinteressene bak en lovbestemmelse, vil man egentlig fjerne hele det prinsipp som gjør at man innenfor strafferetten stiller strenge krav til bevis.

Tine hevder også at EMK art. 6 nr. 2 uansett gjør at det må stilles et vilkår om klar sannsynlighetsovervekt for å felle Tine. Det følger direkte av Høyesteretts tolkning av denne bestemmelsen at den stiller et vilkår om klar sannsynlighetsovervekt. I Rt. 2007

s.1217 om inndragning av ervervstillatelse avgjorde Høyesterett at EMK artikkel 6 nr. 2 inneholder et beviskrav, og at dette minst er klar sannsynlighetsovervekt. Særlig i premissene 64 til 66 fremgår det klart at selv om et krav må anses som straff etter EMK art. 6, så kan intern rett i noen tilfelle fravike strafferettens strenge beviskrav, men at et krav til klar sannsynlighetsovervekt da gjenstår som et minimumsnivå. I storkammerdommen som gjaldt ordinær tilleggsatt, slo Høyesterett fast at EMK art. 6 nr. 2 fikk anvendelse, og at dette førte til et vilkår om klar sannsynlighetsovervekt. Selv om man skulle følge statens resonnement, og si at storkammerdommen bare slår fast et vilkår om et operasjonelt beviskrav som konkret i forhold til ordinær tilleggsatt er klar sannsynlighetsovervekt, så taler denne dommen sterkt for at beviskravet også i den foreliggende sak må anses å være klar sannsynlighetsovervekt. Overtredelsesgebyr etter krrl. §§ 10 og 11 forutsetter i motsetning til ordinær tilleggsatt både et straffbart eller sterkt klanderverdig forhold, subjektiv skyld i form av forsett eller grov uaktsomhet, og det kan utgjøre meget betydelige beløp.

Å kreve klar sannsynlighetsovervekt er også godt i overensstemmelse med kommisjonen og EU-domstolens praksis. Når annenvoterende i storkammersdommen uttaler at art. 6 nr. 2 ikke anses å være til hinder innen EUs konkurranserett for at sanksjoner som etter EMK anses som straff, kan ilegges med et beviskrav om alminnelig sannsynlighetsovervekt, er dette en konklusjon som ikke kan utledes de kilder han viser til. EU-domstolens avgjørelse i Woodpulp II-dommen (C-125-129/85 A. Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot Kommissjonen) bekrefter et strengere beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, jfr. formuleringen om ”*a firm, precise and consistent body of evidence of prior concertation*”, og at dette måtte være den eneste troverdige forklaring.

FORSTÅELEN AV KONKURRANSELOVEN §§ 10 OG 11

STATENS ANFØRSLER

Innledning

Staten bemerker innledningsvis at overtredelsesgebyr ikke er straff i internrettslig forstand, og at vi er utenfor området som reguleres av Grl. § 96, men innenfor området hvor legalitetsprinsippet gjelder. Vedtakets lovforståelse ligger godt innenfor forståelsen av de samme bestemmelser i EU-retten, og det følger av lovens forarbeider at praksis fra EU-retten skal legges til grunn ved anvendelsen av de norske bestemmelsene.

Mens krrl. § 11 benytter uttrykket utnyttelse, bruker EU direktivet art. 82 uttrykket *misbrug*. Det er intet grunnlag for å hevde at disse to begrep skal forstås forskjellig. Det er således heller ikke grunnlag for Tine til å legge et vilkår om ensidig gjennomføringsevne inn i begrepet om utnyttelse, i og med at det ikke er språklig rom for å gjøre dette med uttrykket misbruk. Staten presiserer også innledningsvis at det ikke er noen vilkår i § 11 om at det skal være årsaksammenheng mellom den dominerende stilling og adferden som vurderes som utilbørlig utnyttelse.

Statens rettslige anførsler om overtredelse av krrl. § 11

Krrl. § 11 forbyr ikke at et foretak er dominerende, men pålegger det dominerende foretak en særlig forpliktelse til og et særlig krav til aktsomhet for å ikke skade konkurransen. Begrunnelsen for dette er knyttet til at dominansen allerede i utgangpunktet gjør at konkurransen er svekket. Hvis adferden er egnet til å påvirke strukturen i markedet på en måte som hindrer opprettholdelse eller etablering av konkurranse, og det anvendes metoder som ikke er basert på kvalitet av ytelser, er det en adferd som rammes av bestemmelsen. Staten viser særlig til EU-domstolens dom i Michelin I-saken (sak 322/81 N.V. Nederlandsche Banden-Industri Michelin mot Kommisjonen) og førsteinstansdomstolens dom i Van der Bergh Foods-saken (sak T-65/98 Van der Bergh Foods Ltd mot Kommisjonen).

Dess høyere foretakets markedsandel er, dess strengere er aktsomhetsnormen.

Bestemmelsen rammer enhver form for utilbørlig utnyttelse. Det er ikke noe vilkår at misbruket har sitt utspring i en avtale.

Dominerende aktørers bruk av eneleverandøravtaler er et sentralt område for bruken av krrl. § 11. Staten viser særlig til EU-domstolens dom i Hoffmann-La Roche-saken (Sak 85/6 Hoffmann-La Roche & Co AS mot Kommisjonen). Det har i forbindelse med en eneleverandøravtale ingen betydning hvem av partene som har tatt initiativet, ingen betydning at avtalen ikke omfatter hele behovet for kjøper, ingen betydning om avtalen bare baserer seg på løfter og ikke på forpliktelser, og ingen betydning om forpliktelsen motsvares av en motytelse.

Begge de nevnte dommene gjør det også klart at bestemmelser som fører til faktisk eksklusivitet rammes, selv om eksklusivitet i seg selv ikke er en del av avtalen. I Van der Bergh-saken gjaldt det avtale om eksklusiv anvendelse av frysedisker hos detaljforhandlere, hvor dårlig plass førte til at de reelle muligheter til å supplere med en frysedisk til ikke forelå, selv om det var avtalemessig helt i orden. I Hoffmann-La Roche-saken var det rabattstrukturen som faktisk knyttet kjøperne eksklusivt til den dominerende aktøren.

Statens rettslige anførsler om overtredelse av krrl. § 10

For å opprettholde vedtaket etter § 10 må det legges til grunn at Tine har oppnådd en posisjon som tilnærmet eneleverandør på grunn av en avtale, en felles forståelse eller en samordnet opptreden mellom Tine og Rema 1000. Loven taler om enhver avtale og enhver samordnet opptreden. Dette er alternative, men allikevel overlappende muligheter. Avtalebegrepet er autonomt, det vil si at det er et eget avtalebegrep i konkurranseretten som er løsrevet fra obligasjonsrettens tradisjonelle avtalebegrep. Det er ikke tvilsomt at en felles forståelse i form av en såkalt *gentlemen's agreement* omfattes. Det er klart at det hverken kreves rettslige eller utenrettslige håndhevelsesmekanismer. Det er videre klart at enigheten kan komme til uttrykk ikke bare i uttrykkelig avtaler, men også stilltiende eller

ved konkludent aksept av et uforbindende ønske fra den annen part. Det avgjørende er om det foreligger en felles akseptert vilje mellom partene. Det er ikke slik at en samstemmende vilje hos aktørene må innebære en plikt til å handle, slik Tine hevder. Dette syn har god støtte i praksis innefor EU-retten. I en førsteinstansdom som senere er stadfestet ved EU-domstolen ble Bayer AG frikjent, men prinsippet om en felles vilje – *concurrence of wills* - ble formulert der (sak T41/96 Bayer AG mot Kommisjonen). Kommisjonens avgjørelse i saken Viho/Toshiba (sak 91/532/EF) er et eksempel på at skriftlige avtaler med lovlig innhold allikevel kan inneholde uskrevne rettstridige mekanismer, idet den skriftlige avtale ikke inneholdt noe forbud mot eksport, men bevisførselen viste at en slik forståelse allikevel forelå.

Inn under samordnet opptreden ligger også adferd hvor det ikke foreligger noen form for avtale. Det er tilstrekkelig at det foreligger en bevisst koordinering som går på bekostning av den frie konkurransen. Staten viser blant annet til førsteinstansrettens dom i Hercules Chemicals-saken (T-7/89 SA Hercules Chemicals NV mot Kommisjonen).

Det er intet som begrenser bruken av lovens kriterium om samordnet opptreden til horisontale avtaler, det vil si til avtaler mellom konkurrenter som befinner seg på samme nivå i markedskjeden. Det er intet i loven som gir anvisning på en slik begrensning i forståelsen av krrl. § 10, og dette er også i samsvar med EU-retten. Konkurransøkonomiske hensyn tilsier også denne løsningen, idet vertikale samordninger kan medføre uønskede konkurransebegrensende virkninger. EU-domstolen har anvendt den tilsvarende bestemmelsen på vertikale forhold i en rekke saker.

En felles forståelse, det vil si en felles akseptert vilje mellom partene, er tilstrekkelig, uten at det er nødvendig å rubrisere dette enten som en avtale eller som en samordnet opptreden. Også dette er forankret i EU-retten. Reglene er så strenge at advokatfirmaer råder sine klienter til aktivt å ta avstand fra konkurranseskadelig aktivitet, og sørge for dokumentasjon på at dette er gjort, for eksempel å forlate møter hvor slike temaer blir tatt opp og sørge for protokollasjon av dette. I EU-domstolens dom i Aalborg Portland-saken (sak.C204/00P, C-205/00P. C-211/100P m.fl. Aalborg Portland AS, Irish Cement Ltd etc mot Kommisjonen) er det slått fast at hvis et foretak deltar på drøftelser om ulovlige konkurransebegrensende tiltak, blir bevisbyrden snudd, slik at det er foretaket som har risikoen for å bevise at deltakelsen på møtet ikke innebar noen form for tislutning til slike tiltak.

TINES ANFØRSLER

Innledning

Tine har valgt først å se på forholdet mellom Tine og Rema 1000, og slik at dette først vurderes opp krrl. § 10. Hvis det ikke foreligger noen avtale eller gjensidig forståelse om at

Tine skulle være eneleverandør hos Rema 1000. foreligger det heller ingen avtale som kan anses som en utilbørlig utnyttelse etter krrl. § 11.

Det er ingen uenighet om utgangspunktet for tolkningen av krrl. §§ 10 og 11, idet også Tine er av den oppfatning at disse reglene må tolkes i samsvar med EØS/EU-rettens tilsvarende regler.

Tines rettslige anførsler om konkurranseloven § 10

Tine er klar over at en eneleverandøravtale ikke forutsetter noen avtale hvor motparten er rettslig bundet i den forstand at motparten kan gå til domstolene for å få gjennomført avtaleforpliktelsene. Tine hevder imidlertid at tilstedeværelsen av en eneleverandøravtale forutsetter bevis for at det har foreligget en form for forpliktelse til å dekke det vesentlige av sitt varebehov hos en leverandør. Tine har dekning for dette syn i de foreliggende rettskilder. Allerede forskriftene om anvendelsen av krrl. av § 10 tredje ledd forutsetter dette ved definisjonen av konkurranseklausul i § 1b, hvor det heter: "Konkurranseklausul: enhver direkte eller indirekte forpliktelse, som hindrer kjøper i å kjøpe selge". Tine viser til Hofmann-La Roche-dommen fra EU-domstolen premiss 89, til flere Kommisjonsavgjørelser hvor uttrykket forpliktelse er anvendt, samt til at dette også er den vanlige måten å beskrive tilstandene på av flere av de sentrale forfattere av juridisk litteratur på feltet.

I den foreliggende sak er det ingen synbar eneleverandøravtale og heller intet dokument eller utsagn som bekrefter en slik avtale. Det blir altså opp til retten etter en helhetlig bevisbedømmelse å vurdere om partene allikevel har gitt uttrykk for en felles vilje om å etablere et eneleverandørforhold. Ved å gå igjennom rettspraksis finner Tine at retten må legge til grunn at ved eneleverandørstatus må den felles vilje knytte seg, som også påvist ovenfor, til en plikt for distributøren til å dekke det vesentlige av varebehovet hos leverandøren. Den felles vilje må ha kommet til uttrykk gjennom utsagn eller konkludent adferd, og den krever at viljesuttrykket er gjensidig. Ekte ensidige tiltak rammes ikke, men en avtale kan etableres gjennom stilltiende aksept fra en part. Men også en stilltiende aksept forutsetter at den annen part har kommet med et viljesutsagn eller stilltiende oppfordring til den annen part om at handlingene skal gjøres i felleskap. Og det må kreves bevis for en slik aksept, også når det dreier seg om et løpende forretningsforhold. De avgjørelser Tine bygger på er blant annet Bayer-dommen både i førsteinstansdomstolen og i EU-domstolen (sak T41/96 Bayer AG mot Kommisjonen og sak C-2/01 og C-3/01 Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV og Kommisjonen mot Bayer AG.), Hercules-dommen i førsteinstansdomstolen (sak T-7/89 SA Hercules Chemicals NV mot Kommisjonen), uttalelsen fra EFTA-domstolen i Jæger vs. Opel av 1. april 1998 om tolkningen av EØS-avtalen art. 53 og Volkswagen-dommen i EU-domstolen (sak C-74/04 P Kommisjonen mot Volkswagen AG).

I premiss 36 fra den rådgivende uttalelsen fra EFTA-domstolen heter det:

Domstolen bemerker videre at forhandlinger som foreløpig ikke har resultert i en uttrykt felles vilje ikke er dekket av begrepet "avtale" i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1. Heller ikke får bestemmelsen anvendelse på ensidig atferd av et foretak, innbefattet tilbud utarbeidet for å slutte en kontrakt, så lenge tilbudet ikke er blitt akseptert av andre parten i betydningen av å uttrykke en vilje til å overholde bestemmelsene i tilbudet.

En samordnet opptreden kan også rammes av § 10 selv om det ikke foreligger noen avtale eller felles forståelse. I slutningen i vedtaket er dette alternativet ikke nevnt, mens det er nevnt i premissene, hvor det på side 88 egentlig står at den foreliggende avtale eller felles forståelse innebærer en avtale eller samordnet opptreden. Det er forblitt svært uklart hva staten egentlig påberoper seg, men samordnet opptreden er også et tema som må bevises, ikke et begrep som skal gjøre beviskravene i forhold til avtale eller felles forståelse mer uklare.

I horisontale forhold er samordning et praktisk alternativ og er da i rettspraksis vanligvis knyttet til utveksling av informasjon mellom konkurrenter, slik at disse kan foreta markedstilpasninger som bevisst erstatter den risiko som følger av fri konkurranse. I prinsippet gjelder forbudet mot samordnet atferd også i vertikale forhold. Men det er langt vanskeligere å se hvordan dette i praksis skal finne sted. De fleste saker hvor dette har vært behandlet gjelder en spesiell type tilfeller, nemlig samordning mellom en leverandør og distributører for å hindre parallellimport. Men her vil det også foreligge et ønske eller press fra leverandøren om dette, slik at samordnet praksis ikke opptrer som et selvstendig alternativ, men som et resultatet av en felles forståelse eller stilltiende avtale. Det er videre slik at det i omfattende og komplekse vertikale forhold kan være korrekt å ta med samordnende handlinger i vurderingen. Dette beskrives i Hercules-dommen fra førsteinstansdomstolen (T-7/89 SA Hercules Chemicals NV mot Kommisjonen) slik i premiss 264:

Endvidere bemærkes, at Kommissionen likeledes var berettiget til at kvalificere denne ene overtrædelse som "en aftale og samordnet praksis", idet overtrædelsen samtidig inneholdt elementer, som maa kvalificeres som "samordnet praksis". Da der er tale om en kompleks overtrædelse, maa Kommissionens dobbelte kvalifikation i beslutningens artikkel 1 forstaas ikke som en kvalifikation, som forudsætter, at der samtidigt og kumulativt føres bevis for, at de faktiske omstændigheder hver for sig inneholder de elementer, der er forudsætningen for, at der foreligger en aftale og en samordnet praksis, men som en tilkjendegivelse af, at der er tale om et kompleks, som inneholder faktiske omstændigheder, hvoraf nogle er kvalificeret som aftaler, og andre som samordnet praksis, jf.EØF-Traktaten artikkel 85, stk. 1. Det fremgaar ikke af denne bestemmelse, at der skal skje en spesifk kvalifikation for en saadan kompleks overtrædelse.

Tines rettslige anførsler om konkurranseloven § 11

Det er utelukket å anvende krrl. § 11 i forholdet mellom Tine og Rema 1000 på grunnlag av at Tine skal ha utnyttet en dominerende posisjon til å oppnå en

eneleverandørstatus, hvis retten kommer frem til at det ikke foreligger noen overtredelse av krrl. § 10.

I forhold til Rema 1000 ble det i Tilsynets vedtak hevdet at det fulgte av Van der Bergh-dommen at så vel faktisk som avtalebasert eksklusivitet ble rammet av krrl. § 11, og at det derfor ikke var noe grunnlag for å oppstille et skille mellom faktisk eneleverandørstatus og en avtale om eneleverandørstatus. Dette synspunktet er imidlertid betydelig modifisert av staten i rettsaken. I forhold til ICA er det bare § 11 som påberopes av staten.

Ved vurderingen etter § 11 er det viktig å ha klart for øye at det ikke er konkrete konkurrenter, men konkurransen som sådan, som beskyttes. En dominerende aktør er ikke avskåret fra å drive hard konkurranse mot sine konkurrenter, og herunder høste fordelene av egen varemerkestyrke, produksjonseffektivitet, kapasitet med videre. Dette innebærer at den fri konkurransen skal beskyttes selv om dette innebærer at en mindre konkurrent blir konkurrert ut. Dette betyr også at den dominerende aktør kan tilby gunstige rabattordninger så fremt ikke utformingen av rabattene utgjør såkalte lojalitetsrabatter. Det er særlig rabatter hvor rabatten for hele det innkjøpte kvantum, er avhengig av at innkjøpet overstiger en volumgrense som i praksis betyr at det alt vesentlige må kjøpes fra den dominerende aktør. Slike rabatter har ikke vært benyttet av Tine. Tine er også klar over at konkurranse på pris vil være ulovlig hvis en dominerende aktør driver rovprising, det vil si å drive med lavere priser enn de gjennomsnittlige variable kostnader. Det samme gjelder hvis prisene er høyere enn disse, men lavere enn de gjennomsnittlige totale kostnadene, og prissetningen er et ledd i en plan om å utkonkurrere en konkurrent. At dette ikke er tilfelle for Tines del fremgår allerede at Statens argumentasjon om *cellophane fallacy* problemet ved avgresningen av markedet, da denne argumentasjonen bygger på at Tine allerede utnytter situasjonen ved å ta særlig høye priser.

VIRKNINGSKRAVET

STATENS ANFØRSLER

Statens anførsler om virkningskravet i konkurranseloven § 10

Krrl. § 10 gjelder handlinger som har til formål å hindre, innskrenke eller vri konkurransen. Rettspraksis innen EU-retten har slått fast at det ikke skal foretas noen totalavveining (*rule of reason*) av alle negative og positive sider. Det er altså kun et spørsmål om handlingene har konkurransebegrensende virkninger, ikke om disse virkninger eventuelt oppveies av andre forhold. Staten viser særlig til førsteinstansdomstolens dom i Meteropole-saken (sak T-112/99 *Méteropole télévision* m.fl. mot Kommisjonen).

Staten slår fast at gruppeunntaket etter forskrift om anvendelsen av § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden ikke kommer til anvendelse fordi Tines markedsandel er langt høyere enn de 30 prosent som dette unntaket er begrenset til.

EØS-tilleggets retningslinjer for vertikale begrensinger avsnitt 106 viser også at den typen eneleverandøravtaler som Tine har inngått med Rema 1000 rammes.

Metropoledommen slår fast at det også er nødvendig å foreta en konkret vurdering. En slik vurdering er foretatt i vedtaket. Statens sakkyndige vitne professor Tommy Staahl Gabrielsen har også redegjort for disse virkninger under hovedforhandlingen. Han har tatt utgangspunkt i Rema 1000-avtalen, men presiserer at dersom ICA avtalen hadde blitt gjennomført ville dette forsterket konklusjonene. Han har vurdert at det er to mulige scenarier hvis eneleverandøravtalen var blitt opprettholdt. Det ene er at Synnøve Finden var blitt fullstendig utestengt fra markedet, det andre at Synnøve Finden bare var blitt utstengt fra Rema 1000. Spørsmålet blir hvilke virkninger dette ville fått for priser, vareutvalg og innovasjon, som er de tre forhold som blir fremmet av den frie konkurransen. Utgangspunktet er at Tine har fordeler av reguleringene og tollvernet, og at det er åpenbart at norsk ost ikke er del av et større marked. Synnøve Findens ost var en nærmere konkurrent til Tines oster enn importost. Dette innebærer at det er konkurransen med Synnøve Finden som er den begrensende faktor for Tines priser. Avtalen mellom leverandørene og kjedene påvirker både konkurransen mellom kjedene og konkurransen mellom leverandørenes ostetyper i forretningene. Tine og kjedene forhandler om pris per enhet ost, og om faste betalinger til kjedene. Tine kjenner konkurransesituasjonen og har stor mulighet til å styre kjedenes utsalgspris gjennom den pris de tilbyr til kjedene. Både leverandørene og kjedene er interessert i å maksimere sin profitt, og profitt kan fordeles mellom partene ved hjelp av de faste betalinger. En delvis utstegning av Synnøve Finden vil på kort sikt føre til at de får et betydelig overskudd av ost og må opptre mer aggressivt i markedet, mens de på lang sikt må redusere produksjonen, og på den måten får høyere produksjonskostnader. Dette fører til at en utstegning av Synnøve Finden fra Rema 1000 på kort sikt vil føre til redusert vareutvalg, lavere priser på Synnøve Findens oster, mens de faktorer som spesielt virker i forhold til Tine skulle tilsi en økning i osteprisen. Den totale prisvirkningen på kort sikt er derfor usikker. På lang sikt vil Synnøve Finden få høyere kostnader med redusert produksjon, og derfor måtte sette prisene opp. Tine vil oppleve økt etterspørsel og dempet konkurranse mellom ostesortene, og derfor også sette prisen opp. På langt sikt vil derfor entydig prisene på alle produktene gå opp. Mindre konkurranse vil også føre til mindre innovasjon. Høsten 2004 var Synnøve Finden presset. Videre var mellom 30 og 40 prosent av Synnøve Findens omsetning knyttet til Rema 1000 og Rimi, hvorav 10 prosent alene var knyttet til Rema 1000. Mindre volum ville ført til større omkostninger og mindre fortjeneste, som i verste fall ville føre til at Synnøve Finden ikke lengre fikk dekket kostnadene sine. Den andre muligheten er

derfor at Tines eneleverandøravtale med Rema 1000 ville føre til at Synnøve Finden falt helt ut av markedet. Dette ville ført til et nasjonalt monopol for Tine, med begrensning av vareutvalget, og høyere priser fordi kjedene ikke lenger kunne bruke Synnøve Finden som pressmiddel i forhandlingene. Tine behov for innovasjon i produksjon og i produktutvalg ville også minskes, og innovasjonen ville avta.

Statens anførsler om virkningskravet i konkurranseloven § 11

Etter EU-rettspraksis, Michelin II-dommen fra førsteinstansdomstolen (sak T 203/01 Manufacture française des pneumatiques Michelin mot Kommisjonen) er det tilstrekkelig at Tines adferd var egnet til å ha en konkurransebegrensende virkning. Etter British Airways dommen hvor staten særlig viser til førsteinstansdomstolens premisser (sak T-219/99 British Airways plc mot Kommisjonen) er det tilstrekkelig at formålet med handlingen var å oppnå en slik virkning. Staten viser videre til at så vel rettspraksis som teori stiller særlig strenge krav til dominerende foretak som forsøker å skaffe seg eneforhandlerposisjoner i vertikale forhold.

I tilsynets vedtak er det en gjennomgang av virkningene. Når det gjelder virkningene av eneleverandøravtalen med Rema 1000, er det allerede redegjort for den i forbindelse med krrl. § 10. De konkurransebegrensende effekter ville kunnet bli betydelig mer alvorlige om Tine også hadde lyktes med å skaffe seg en eneleverandørposisjon ved sitt tilbud overfor ICA. Med det hemmelighold som hersket omkring de enkelte avtaler, kunne Tine heller ikke regne med at hvis Synnøve Finden ble utelukket fra en kjede, ville andre kjeder for å holde konkurransen oppe, sørge for at de fikk leveranser dit. Det foreligger dokumenter som viser at man i Tines organisasjon var klar over hvor gunstig det kunne være å få en avtale med Norgesgruppen før disse ble klar over konsekvensene av Rema 1000-avtalen. I Tilsynets vedtak er dette beskrevet som at det forelå et strategidokument om å kuppe Norgesgruppen. Staten opprettholder ikke lenger dette standpunktet, og godtar at dette bare var en av flere mulige strategier, og at det er skrevet ned i et personlig notat som aldri har gjort noe strategidokument.

TINES ANFØRSLER OM VIRKNINGSKRAVET I KONKURRANSELOVEN §§ 10 OG 11

Både krrl. § 10 og § 11 innebærer at en overtredelse forutsetter at handlingen skal ha en begrensende effekt på den frie konkurransen. Selv om retten skulle finne at staten har greid å påvise alle andre vilkår for en overtredelse, blir derfor vedtaket uholdbart hvis de ikke også påviser at handlingene var egnet til å ha en slik effekt. Tine presiserer at i forhold til § 10 følger dette av ordlyden i § 10 første ledd første punktum, og er således en betingelse for at bestemmelsen overhodet kommer til anvendelse. Tine har ikke påberopt seg unntaksbestemmelsen § 10 tredje ledd

Selv om vurderingen gjelder handlingenes egnethet, er det ikke tilstrekkelig med en helt generell vurdering. Det er en slik vurdering ut ifra generell økonomisk teori Tilsynet og

statens sakkyndige professor Gabrielsen har foretatt. En korrekt analyse skal ta utgangspunkt i den reelle konkrete situasjon i Norge, men den skal på den annen side analysere konsekvensene av den påståtte adferd fra Tines side på konkurransen, ikke på den konkrete konkurrent. Tine støtter sine vurderinger på den redegjørelse deres sakkyndige vitne professor Nils-Henrik M. von der Fehr har gitt i retten.

Allerede utgangspunktet til staten er feil, da de foretar analysen ut ifra en oppfatning av at avtalen er drevet frem av en leverandør med ambisjoner om å skyve tilside en konkurrent, mens det som antakelig er riktig er at avtalene er drevet igjennom på grunn av lavpriskjedenes mål om å spisse lavprisprofilen for å møte konkurransen fra Lidl. Det er ikke godtgjort at Rema 1000 og Rimi innenfor ICA-gruppen, er nødvendige for at Synnøve Finden kan eksistere. Synnøve Findens problemer var godt kjent, og Synnøve Finden kunne også klargjøre dette overfor kjedene. Det var da fullt mulig at kjeder ville holde liv i Synnøve Finden for å opprettholde mer konkurranse. Men det er også mulig at de ville kutte ut Synnøve Finden, men da ut ifra sitt eget valgt om hva de tjente på, ikke på grunn av adferden til Tine. Det er ingen sikre indikasjoner på at prisen virkelig ville stige hvis Synnøve Finden ble utelukket fra en eller flere av kjedene. Hvis dette nettopp var gjort fordi kjedene fant det nødvendig å spisse sin lavprisprofil, vil jo den naturlige konsekvens tvert imot bli at prisene ville bli lavere.

Tine hevder at de teorier Tilsynet har basert på professor Gabrielsens redegjørelse, om prisstigning på ost som en konsekvens av hel eller delvis utestegning fra kjedene av Synnøve Finden, bygger på en rekke gale forutsetninger. Det er feil at rabatter gis som fast beløp. Tilsynet tar ikke hensyn til at bredden i kjedenes vareutvalg er forskjellig, og at et snevrere vareutvalg er mindre attraktivt. Tilsynet ser videre bort fra interessekonflikten mellom leverandør og kjede, samt at kjedene konkurrerer både på tvers av og innenfor de enkelte kjedeprofiler. Rema 1000 har en strategi om å konkurrere på pris, og at kjøpmennenes fortjeneste ligger i å ha stor omsetning, mens kjedens fortjeneste ligger i franchiseavgifter fra kjøpmennene. Det betyr altså en forretningsfilosofi hvor prisreduksjoner og rabatter kommer forbrukerne til gode ut ifra hva Rema 1000 generelt anser som den beste strategi for å gi dem best fortjeneste. Konkurransen mellom kjedene skjer både ved vareutvalg og ved pris. Dette betyr at en kjede som svekker sin konkurranseposisjon ved å innsnevre vareutvalget, bare kan gjøre dette hvis innsnevringen gir dem en større konkurransefordel i form av lavere priser. Utviklingen mot mer EMV-ost i forretningene har generelt gitt en glidning bort fra sterke varemerker som Tines Norvegia og Jarlsberg over mot billige oster. Selv om Tine skulle være produsenten av, og derfor også nyte fordeler av salget av EMV-ost fra kjedene, hindrer ikke dette at utviklingen med EMV-ost trekker i retning av billigere priser for forbrukerne.

Undersøkelser viser at kunder vanligvis handler i flere kjeder. Kjedene har forskjellig profil. Og et bortfall av Synnøve Findens oster ville antakelig blitt erstattet med EMV-

oster i kjedene. Dette motvirker at publikum ville fått problemer med dårligere vareutvalg om Synnøve Finden ble utelukket fra hele eller deler av markedet.

Sammenhengene mellom markedsposisjon og innovasjon er ikke entydige, og gir intet grunnlag for Tilsynets konklusjoner om at Tines innovasjon ville reduseres hvis de fikk en sterkere markedsposisjon. Det er i den forbindelse underlig at Tilsynet på vedtakets side 84 forutsetter at sterkere markedsposisjon gir Tine mindre grunn til innovasjon, mens de mener at en svekket markedsposisjon gir Synnøve Finden mindre grunn til innovasjon.

UTMÅLINGEN AV GEBYRET

STATENS ANFØRSLER OM UTMÅLINGEN

Staten hevder at det overtredelsesgebyr som ble utmålt, er korrekt og passende. Krrl. § 29 tredje ledd annet punktum gir utgangspunktet om at det særlig skal legges vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet. Forskriftene om utmåling og lemping av overtredelsesgebyr §§ 2 og 3 gir en mer detaljert momentliste ved utmålingen, men også en øvre grense som er på 10 prosent av foretakets omsetning, det vil si foretakets samlede salgsinntekt for siste regnskapsår. Momenter som § 3 annet ledd sier at det skal legges særlig vekt på er overtredelsens art, den faktiske innvirkning på markedet, størrelsen på det berørte markedet, foretakets gevinst, den utviste skyld og om overtrederen har hatt en ledende eller passiv rolle. § 3 tredje ledd regner så opp en del forhold som det kan legges vekt, blant annet om tiltakene ble gjennomført og om foretaket har bistått Tilsynet ved etterforskningen av saken. Det er klart ut ifra lovmotivene at overtredelsesgebyrene skulle bli betydelig høyere etter den nye loven enn hva de hadde vært etter den gamle. Det er også klart at utmålingsprinsipper og nivå skal samsvare med den tilsvarende praksis innenfor EØS og EU. Overtredelse av disse bestemmelsen har store samfunnsmessige konsekvenser, og tilsier strenge sanksjoner.

I vedtaket er det lagt vekt på de relevante og riktige momenter. Det foreligger en klar overtredelse slik at det ikke var noen berettiget tvil om at adferden ikke var lovlig. Overtredelsen har skjedd innenfor det som er kjerneområdet for bestemmelsene. Tine hadde en svært dominerende posisjon på det berørte markedet, markedet var stort og de potensielle skadevirkninger meget store. At de faktiske virkninger ble små og Tines fortjeneste på tiltakene liten fordi ulovlighetene ble avdekket, demper dette hensynet, men det er det også tatt hensyn til i vedtaket. Skylden er klar og stor, og Tine har hatt til hensikt å ekskludere Synnøve Finden fra Rema 1000 og ICA. I vedtaket er det også lagt til grunn at Tine brukte kunnskapen om Rema 1000 avtalen i en strategi for kuppe ICA og Norgesgruppen. At en slik strategi var blant de muligheter Tine var klar over og overveide fastholdes, men staten fastholder ikke at det forelå beslutninger hos Tine om å følge en slik strategi. I vedtaket er det videre lagt vekt på at avtalene ble gjennomført, og at den opphørte først da media, publikum og myndighetene ble kjent med den. Tine

har ikke samarbeidet med tilsynet om oppklaring av saken, og dette kan derfor ikke anføres som en formildende omstendighet.

Det mest tungtveiende ved utmålingen har vært størrelsen på Tines omsetning, sammenholdt med deres meget dominerende posisjon i markedet. Tines omsetning var på 14 milliarder. Etter forskriftene blir da det øvre tak på gebyret 1,4 milliarder. Som en sammenlikning kan staten vises til Kommisjonens gebyrileggelse i Tomra-saken (sak COMP/E-1/38.113 Prokent-Tomra) hvor det ble tatt utgangspunkt i et gebyr på 16 millioner Euro, det vil si 5 prosent av omsetningen, og hvor beløpet ble øket på grunn av den lange tid forholdet hadde pågått til 24 millioner euro, det vil si 7 prosent av omsetningen. I den foreliggende sak er overtredelsesgebyret bare 0,3 prosent av omsetningen.

I EUs daværende *guidelines* som gebyrileggelse skilles det mellom mindre alvorlige, alvorlig og meget alvorlige overtredelser. Ved bestemmelsen av om en overtredelse er meget alvorlig legges det stor vekt på om misbruket skjedde fra et foretak som var tilnærmet monopolist. Tilsynet har utmålt gebyret ut ifra at overtredelsen er alvorlig, men det ville vært fullt mulig å begrunne at det tilhørte kategorien meget alvorlig.

Når alle disse forhold tas i betraktning må gebyret anses som rimelig og korrekt utmålt.

TINES ANFØRSLER OM UTMÅLINGEN

Tines innsigelser mot utmålingen synes i liten grad å gjelde de generelle premisser staten legger til grunn, men hovedsakelig å være knyttet til statens faktumbeskrivelse.

Staten hevder i skjerpene retning at det ikke er noen berettiget tvil om at det foreligger en overtredelse. Som Tine har påvist vil det ikke være korrekt å opprettholde vedtaket hvis det ikke er en klar sannsynlighetsovervekt for at det er begått en overtredelse. Det forhold at et nødvendig vilkår for å fatte vedtaket er tilstede, kan neppe anses som en skjerpene omstendighet ved utmålingen.

Staten trekker frem potensielle skadevirkninger for å begrunne en streng utmåling, mens forskriftene bare gir rom for å regne med faktiske skadevirkninger.

Det er i hvert fall ikke ført bevis for at Tine hadde en hensikt om å ekskludere Synnøve Finden fra markedet. Dette ville vært helt i strid med Tines egen forretningsfilosofi. Det er heller ikke bevist at Tine har holdt Rema 1000-avtalen skjult for å bruke dette i en strategi for å få Synnøve Finden ut av andre kjeder, eller bevist at Tine har spilt en særlig aktiv rolle for å få eneleverandøravtaler.

Tine kan vanskelig se hvordan de kunne ha bistått Tilsynet mer under etterforskningen. Staten har ikke påvist noen kronkrete handlinger hvor Tine har hindret Tilsynet. Det forhold at Tilsynet ikke har hatt tillit til Tine, eller at Tine ikke er enige om at skyld foreligger, kan ikke holdes mot Tine som manglende samarbeid.

Det må også tas i betraktning at Tine har lidd et sterkt omdømmetap på grunn av saken. Som påvist gjelder dette til og med forhold hvor det i saken ikke er omstridt at de opplysninger Tine ga offentligheten, men ikke ble trodd med, var helt korrekte.

Tatt i betraktning at Tine om de har opptrådt ulovlig, bare har handlet uaktsomt, og tatt i betraktning at avtalen med Rema 1000 på grunn av reaksjoner i markedet aldri fikk noen virkning, bør et overtredelsesgebyr settes så lavt at det kun har symbolsk verdi.

ANFØRSLER OM RESULTATET VED MELLOMLØSNINGER

Staten viser til at retten har samme kompetanse som et klageorgan. Staten viser videre til at det ved selve sanksjonsfastsettelsen ikke er de fagkyndige vurderinger som overprøves, at utmålingen har svært stor likhet med domstolenes kjernevirksomhet i form av straffeutmåling. Staten hevder derfor at retten bør fastsette gebyret i mange situasjoner selv om staten bare skulle få delvis medhold vedrørende overtredelsenes omfang.

- Hvis staten får medhold fullt ut vedrørende Rema 1000-avtalen, men ikke vedrørende ICA-saken, bør gebyret stadfestes.
- Hvis staten bare får medhold i forhold til krrl. § 10 eller § 11 i Rema 1000 saken, og intet medhold i ICA-saken, bør gebyret stadfestes
- Hvis staten kun får medhold vedrørende krrl. §§ 10 og 11 for brunost i Rema 1000-saken, bør gebyret reduseres til omkring 15 til 20 millioner kroner
- Hvis retten skulle finne at det bare foreligger en overtredelse i forhold til ICA-saken, bør gebyret reduseres til et sted mellom 5 og 10 millioner kroner.

Tine anser at utgangspunktet er at hvis retten finner alvorlige mangler ved vedtaket, bør vedtaket oppheves, og en ny behandling finne sted, selv om retten skulle konstatere at lovbrudd i noen utstrekning har funnet sted. Om retten skulle følge statens råd om å fastsette gebyret i en slik situasjon, må gebyret reduseres langt mer vesentlig enn det staten har hevdet fordi helt vesentlige momenter ved straffeutmålingen da vil være borte.

KONKLUSJONER OM TINES MARKEDSPOSISJON

I og med at retten har bedømt bevisene omkring hendelsesforløpet slik at krrl. § 11 ikke er overtrådt, trenger ikke retten å ta stilling spørsmålet om Tine hadde en dominerende stilling i markedet. Som staten har påpekt, er det imidlertid slik at det handlingsrom den enkelte aktør har i forhold til krrl. §§ 10 og 11 kan variere med hva slags markedsposisjon

aktøren har. En mindre aktør kan tillate seg handlinger som tyngre aktører ikke kan. Og dess tyngre aktøren er, dess mindre handlingsrom får vedkommende. For å avgjøre det handlingsrom Tine har hatt, er det tilstrekkelig å vise til de generelle argumenter som staten har påberopt i drøftelsen av om Tine har en dominerende stilling. Retten viser da særlig til Tines markedsandeler, Tines dobbeltrolle som privatrettslig aktør og offentligrettslig regulator, samt til Tines sterke varemerker. Det er da etter rettens oppfatning ingen tvil om at Tine er meget tung aktør i markedet, og at den forsiktighet og det innsnevrede handlingsrom som gjelder for denne typen aktører, også gjelder fullt ut for Tine. Det retten ikke trenger å ta standpunkt til, er om SSNIP-testen sammen med de særegne norske markedsregulatoriske forhold gjør at Tine allikevel ikke kan anses som en dominerende aktør i lovens forstand.

RETTENS VURDERING AV HENDELSESFORLØPET

PRØVINGSINTENSITETEN

Retten vil i det følgende foreta en detaljert gjennomgang og vurdering av selve hendelsesforløpet. Retten prøver i den forbindelse alle forhold uten å vise noen tilbakeholdenhet med å overprøve Tilsynets vurderinger. Dette er en tradisjonell bevisvurdering som ligger innenfor de vurderinger domstolene normalt foretar i alle saker. Det synes ikke å være noen uenighet på dette punkt. Statens anførsler om at prinsippet i Swingball-dommen også bør legges til grunn i den foreliggende sak gjelder særlig Tilsynets vurderinger av markedsavgrensning og virkninger på konkurransesituasjonen, altså forhold som ikke vurderes i det følgende.

BEVISBYRDEN

Det er uenighet om hvilke beviskrav som skal legges til grunn. På enkelte punkter foreligger det en uenighet ved at staten hevder at enkelte vurderinger gjelder unntaksbestemmelser, hvor bevisbyrden blir snudd i statens favør, hvis først det grunnleggende kriterium er påvist. Tine hevder at den samme vurdering inngår i direkte i vurderingen av om det grunnleggende kriterium er påvist. Denne problemstillingen er ikke aktuell i forhold til den bevisvurdering retten foretar i det følgende.

Når det gjelder beviskravene vedrørende selve hendelsesforløpet, bemerker retten innledningsvis at drøftelser om bevisbyrde er vanskelige. Selv om dette spørsmålet drøftes på en inngående og klar måte i Høyesteretts praksis, i teori, og av partene i retten i forhold til hvilket generelt nivå som skal legges til grunn, kan det allikevel være vanskelig å få tak på hva dette presist innebærer ved den faktiske praktiske vurdering av bevisene. Spørsmålet vanskeliggjøres også ved at man innen strafferetten og forvaltningsretten mange ganger reelt senker beviskravene i forhold til den handling man virkelig finner sanksjonsverdige, ikke ved å senke selve beviskravet, men ved å definere den ulovlige handling videre enn det egentlig sanksjonsverdige området. Dette kan enten gjøres ved å

ramme andre handlinger enn de sanksjonsverdige, eller ved å ramme uaktsomhet, og definere aktsomhetskravet strengt.

Retten finner at de tre kategoriene som kalles strafferettslig bevisbyrde, klar sannsynlighetsovervekt og alminnelig sannsynlighetsovervekt, må presiseres hvis de skal gi veiledning i denne saken. Den terskel staten må over er høyest ved den strafferettslige bevisbyrde. Dette formuleres som at enhver rimelig og forstandig tvil skal komme den private part til gode. Dette må også kunne formuleres slik at før en privat part rammes av en sanksjon, skal retten være overbevist med en grad av sikkerhet som nærmer seg visshet. En lavere terskel foreligger når man krever klar sannsynlighetsovervekt. Dette innebærer at løsningen må være den mest sannsynlige, og at det må være en betydelig feilmargin i forhold til de usikkerhetsmomentene som foreligger. Dette er for eksempel slått fast ved ileggelse av tilleggs�katt i den nevnte storkammerdommen fra 2008. Hva dette konkret innebærer er imidlertid vanskeligere å si, fordi det ikke foreligger noen langvarig rettstradisjon i Norge for å bedømme bevis ut ifra et krav om slik klar sannsynlighetsovervekt.

Retten legger til grunn at den nederste terskel, alminnelig sannsynlighetsovervekt kan fremtre i to temmelig forskjellige former. Den ene er det selvfølgelige, nemlig at retten legger til grunn det som er mest sannsynlig. Hvis retten ut ifra den konkrete bevisførsel ikke finner at den kan utpeke et alternativ som mest sannsynlig, må den løse problemet ved hjelp av betraktninger som skyver bevisbyrden over på en av partene. Dette kan være konkrete betraktninger som hvem som var nærmest til å sikre bevis, generelle betraktninger om hvilken part som risikerer mest ved en gal avgjørelse, eller slutninger ifra generelle erfaringssetninger om hva som er mest vanlig. Det er ikke slik at dette utgjør unntakstilfeller som bare inntreffer ved unike tilfelle av objektivt fastslått absolutt tvil. Det er helt normalt at det i en sak i ettertid ikke er tilstrekkelig bevis, eller at bevisene er i så sterk motstrid med hverandre, at ikke ett hendelsesforløp utpeker som mer sannsynlig et annet. Den andre versjon av alminnelig sannsynlighetsovervekt er når man sier at en part har bevisbyrden, men at det gjelder alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det er alminnelig å anse at saksøker har bevisbyrden i sivile saker ikraft av å være den som krever en endring eller ytelse i forhold til de rådende forhold. Dette forhold gjelder klart i erstatningssaker, som også kan illustrere et annet poeng. Det er vanlig antatt at den alminnelige bevisbyrde som pålegger saksøker i en erstatningssak kan variere noe etter hvor infamerende det erstatningsgrunnlag som påberopes er. Det viser altså at den alminnelige bevisbyrde ved alminnelig sannsynlighetsovervekt kan variere noe. Hvis dette skal gi mening, er retten av den oppfatning at dette ikke betyr at det kreves noe mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Hva det innebærer, er at bevisbyrden til saksøker har en fremtredende karakter, idet retten skal la dette bli avgjørende, uten å trekke enn alle de andre muligheter for å skape en bevisbyrde, for eksempel alminnelige erfaringsgrunnsetninger, hvem som burde sikret bevis etc. Med andre ord et skjerpet krav til at det bare er konkrete bevis knyttet til saken, som har relevans.

I den foreliggende sak hvor det foreligger et overtredelsesgebyr av pønalt karakter, som internrettslig sees som et sivilrettslig krav, men etter EMK anses som et straffekrav, er det ikke omstridt at denne alminnelige bevisbyrde må ligge på staten for såvidt gjelder selve hendelsesforløpet i saken. Etter rettens oppfatning taler storkammerdommen fra 2008 som fastsetter et krav om klar sannsynlighetsovervekt ved ileggelse av tilleggsskatt også sterkt i retning av at det samme beviskrav må anvendes ved overtredelsesgebyr etter konkurranseloven. Retten har i det følgende lagt til grunn at staten har bevisbyrden innenfor en ramme av alminnelig sannsynlighetsovervekt, men i den noe skjerpete form i den forstand at bare konkrete bevis bør tillegges særlig vekt. Utgangspunktet om en slik bevisbyrde synes ikke omstridt av staten, men retten har beskrevet konsekvensene av sitt syn i noe detalj, da det er mulig at retten trekker denne bevisbyrde noe lengre enn det staten mener det er dekning for. Retten har med et slikt utgangspunkt funnet at det ikke er ført bevis for forhold som gir grunnlag for å konstatere overtredelse av krrl. §§ 10 og 11. Det er derfor ikke nødvendig for retten å ta noe endelig standpunkt til om det følger av EMK og storkammerdommen fra 2008 at det skal anvendes en bevisbyrde med et krav om klar sannsynlighetsovervekt.

BEVISENES VEKT

Staten har understreket at det er de tidsnære bevis som er de mest vesentlige, og at det således må legges langt større vekt på de forklaringsopptak som Tilsynet har gjort nær hendelsene, enn hva vitnene nå uttaler i retten. Retten er enig med staten bevis avgitt nær i tid er mer pålitelige enn forklaringer avgitt i ettertid. I forhold til den vekt som legges på forklaringsopptakene, må dette nyanseres på et par punkter.

Det er beslaglagt en rekke dokumenter. Dette er ikke bare dokumenter ment for bruk og arkivering, men også en rekke dokumenter som det aldri har vært menig at andre skulle enn den som skrev dokumentet. Disse dokumentene er enda nærmere i tid, og enda mindre avgitt med tanke på å posisjonere seg i forhold til et sakskompleks enn forklaringene. De er følgelig også det aller mest viktige bevismateriale.

Forklaringsopptakene er protokollert for hånd. De inneholder en rekke overstrykninger og tilføyelser. Når disse sees i sammenheng, viser de at de som har forklart seg har vært oppmerksom på sine rettigheter. De har fått gå igjennom sine forklaringer på en betryggende måte, og det som til slutt er notert ned er et korrekt uttrykk for hva de har sagt. Det er også klart at Tilsynes har opptrådt på alle måter formelt korrekt. På den annen side viser også rettelsene og tilføyelsene, at Tilsynet ikke har gått til forklaringsopptakene med en åpen holdning til hva som hadde skjedd. De har tvert imot vært ute for å sikre bevis for handlinger som de allerede var overbevist om at hadde funnet sted. Dette førte også til at Tilsynet hadde klare og ganske snevre prioriteringer om hva de ville oppnå med det enkelte avhør. Dette svekker altså ikke påliteligheten av avhørene, men det gjør at retten må være meget forsiktig med å trekke slutninger ut ifra hva som ikke er behandlet i avhørene.

PERSONGALLERIET

Før retten går igjennom hendelsesforløpet, er det på sin plass med en kortfattet presentasjon av de involverte personer. De omtales nedenfor med den stilling de hadde i det aktuelle tidsrom:

- **Jan Ove Holmen** var administrerende direktør i **Tine**.
- **Ingrid Strøm-Olsen** var konserndirektør marked og salg i **Tine**.
- **Rune Jenssen** var salgsdirektør og forhandlingsleder i **Tine**.
- **Jan Anders Brun** var key account manager i **Tine** med kjedeansvar for Rema 1000.
- **Bjarne Mørck** (senere Lervik-Mørck) var key account manager i **Tine** med kjedeansvar for ICA.
- **Roy Olderskog** var key account manager i **Tine** med kjedeansvar for Norgesgruppen.
- **Kari Bjørshoel** var key account manager i **Tine**, og skulle overta ansvaret for ICA etter Mørck i 2005.
- **Øyvind Kristiansen** var konsulent i butikkavdelingen i **Tine**, og ansvarlig for utarbeidelse av planogrammer for Rema 1000.
- **Geir Solstad** var administrerende direktør i **Rema 1000**.
- **Harald Kalvøy** var innkjøpsdirektør og forhandlingsleder i **Rema 1000**.
- **Tore Høylye** var key account manager i **Rema 1000** og påtroppende innkjøpsansvarlig for Tine.
- **Tom Høidalen** var key account manager i **Rema 1000** og avtroppende innkjøpsansvarlig for Tine.
- **Dag Swanstrøm** var administrerende direktør i **Synnøve Finden**.
- **Stein Ove Jordal** var innkjøpsdirektør i **Synnøve Finden**.
- **Arne Athammer** var key account manager og kjedesjef i **Synnøve Finden** med ansvar for alle kjedene.
- **Einar Vatne** var konserndirektør innkjøp i **ICA**.
- **Thor Linge** var innkjøpsdirektør Norge i **ICA**.
- **Audun Holt** var key account manager og innkjøpsansvarlig for Tine i **ICA**
- **Nils Petter Erikson** var kategorisjef i **Norgesgruppen**.

HENDELSFORLØPET

Oktober 2002

Genius-rapporten

I oktober 2002 mottok Tine et kort notat de hadde bestilt hos Genius Retail Management AS, og som dreide seg om den relative lønnsomhet for butikkene ved én kontra to leverandører av melk. Notatet var utarbeidet i forhold til melkeleveranser fra Tine og Q-meieriene og hvitostleveranser fra Tine og Synnøve Finden. Analysen konkluderte både for melk og for hvitost med at butikkene ville tape på ha to leverandører. For ost gjaldt dette både et tap i form av økte lønnskostnader, og tap knyttet til andre faktorer.

Mai til juli 2003

Lidl-rapporten

Antakeligvis i mai 2003 utarbeidet Tine en rapport *Utviklingstrekk og scenarier i dagligvarehandelen i Norge*, som også er kalt Lidl-rapporten. Dette er ikke en utredning, men en presentasjon av aktuelle problemer med illustrasjoner og kortfattede tekster, utarbeidet av sentrale personer i Tines handel med dagligvareforretningene, herunder salgsdirektør for dagligvarer Rune Jenssen. Rapporten redegjorde for situasjonen på dagligvaremarkedet ute i Europa og i Norge. I Norge var man helt dominert av store kjeder, men det var ikke noen egentlig *hard discount* kjeder. Det var videre oppregninger og analyser av det man visste om Lidl, deres praksis og deres etableringsplaner i Norge. De antok at Lidl ville åpne sine første butikker i tidsrommet fra januar til mars 2004. De antok at også andre kjeder ville gå over til *hard discount* for å møte konkurransen fra Lidl, og at Rema 1000 var blant disse. Blant konsekvensene av overgang til *hard discount* oppsummerte notatet at det ville bli lavere inntjening for industrien, færre varelinjer og nyheter, at antallet leverandører ville reduseres i de fleste kategorier, at kjedeprofilene ville bli mer forskjellige, samt at *hard discount* kjedene ville sanksjonere hardt overfor leverandører som avvek i pris og betingelser. *Hard discount* butikkene ble opplyst å ha fra 1800 til 1000 varelinjer, der *soft discount* kjeder har omkring 2000 til 3000 varelinjer. Det ble også forutsett en overgang fra til EMV-ost i *hard discount* kjedene.

Staten har påpekt dette notatet bare viser Tines, ikke kjedenes vurderinger. Dessuten påpeker de at også Tilsynet har lagt til grunn i vedtaket at Rema 1000 ønsket en leverandørkonsentrasjon. **Retten** er for såvidt enig i dette. Notatet er imidlertid også illustrerende for den store opptatthet som det var i hele bransjen av Lidls inntreden på det norske markedet, og retten er enig med Tine i at det er umulig å vurdere aktørens handlinger hvis man ikke har klart for seg at det overskyggende tema i hele dagligvarebransjen fra sommeren 2003 til våren 2005 var Lidls inntreden på det norske markedet

Produksjon av EMV-ost for Coop

Tine mottok henvendelser fra Coop om produksjon av EMV-ost. I juli 2003 fremsatte Tine et tilbud til Coop om produksjon av 200 grams pakker revet ost som EMV-ost for Coop, og forutsatte da at Synnøve Findens Pizzaost 200 gram skulle gå ut av Coops sortiment. **Tine** understreker at dette i hvert fall ikke var et ulovlig vilkår før den nye konkurranseloven trådte ikraft 1. mai 2004.

August-september 2003

Gruppearbeid hos Tines selgere

Retten legger til grunn at det i august 2003 var det en samling for selgerne i Tine. Et dokument som stammer derfra inneholder fem hovedpunkter med en rekke underpunkter hver. Et punkt under hovedpunktet om å sikre sortiment lød:

Når det gjelder Rema må vi være med i sortimentsvurderingen. De lar seg "prostituere" av Q og Synnøve Finden. Dette må vi være klar over når vi går inn i årsforhandlingene og sikre oss. Viktig med en leverandør kontra to. Vise til dårlig salg hos Q og Synnøve Finden og hvor de har tapt salg. Dette må vi dokumentere. Vi må jobbe for å få ned plassen på konkurrentene, dette må også dokumenteres. Rema trenger å få dokumentert det økonomiske og at de taper på Q og Synnøve Finden. Planogrammene til Rema er veiledende.

Dette er i vedtaket beskrevet som et av dokumentene fra 2003 som mest sannsynlig er utarbeidet som et ledd forberedelsene til årsforhandlingene med dagligvarekjedene høsten 2003. Retten legger til grunn at dette forsåvidt er riktig, og at det siterte avsnitt viser noen av de tanker som var fremme og aktuelle i Tine på denne tiden. Retten kan imidlertid ikke se at dette avsnittet har noen stor bevisverdi for å begrunne Tilsynets vedtak. For det første taler dette avsnittet egentlig bare om konkurranse på kvalitet av ytelser. For det andre må retten i samsvar med Jenssens forklaring, legge til grunn at dette ikke er et dokument med konklusjoner fra ledende personer i Tines organisasjon. Dette er et dokument som samler synspunkter fra en såkalt idédugnad, det vil si at alle deltakere har kastet frem idéer som er blitt notert på en flippover, og at en sekretær senere har sammenfattet disse forslagene uten noen nærmere vurdering.

Tiltaksplan for hvitost

I september 2003 hadde Tine ferdig en tiltaksplan for hvitost, som innholdt drøftelser av Tines strategi i forhold til kjedenes EMV-oster. **Tine** hevder at denne planen møtte lite begeistring hos Tines ledelse, at den ble lagt bort, og at man bestemte seg for å ta problemene omkring EMV-ost etterhvert som de oppstod. **Staten** har i vedtaket ansett dette notatet som en del av forarbeidet til et strategidokumentet, Tine 2010, som ble ferdigstilt i januar 2005, men dette er ikke opprettholdt under hovedforhandlingen. De har videre på bakgrunn av dette notatet konkludert i vedtaket med at Tine i forhandlingene med Rema 1000 benyttet leieproduksjon EMV-ost som et argument for at Rema 1000 bare skulle satse på Norge i tillegg til en egen EMV-ost. Dette har staten modifisert under hovedforhandlingen, men fastholdt at Tines tilbud om EMV-ost for Rema 1000 muliggjorde for Rema 1000 å velge bort Synnøve Finden som lavprisprodukt, samt at produksjon av EMV-ost var et tema under årsforhandlingene.

Retten legger til grunn at tiltaksplanen ikke ble vedtatt som noe sentralt dokument hos Tine. Retten legger også til grunn at Tine i den perioden som er aktuell ikke fikk utmeislet noen konsekvent strategi vedrørende EMV-ost. Når retten også tar bevisførselen forøvrig i betraktning, synes dette dokumentet i stor grad å avspeile de generelle holdninger som retten finner at Tine hadde i forhold til EMV-ost. Dette kan oppsummeres ved at Tine med sine sterke, men ganske høyt prisede merkevarer, var lite begeistret for et kjedene gikk over til mer EMV-ost. Videre var de bekymret over utviklingen og opptatt av at Lidl's inntreden i Norge ville bety en akselerering av denne utviklingen.. Dette kunne møtes på tre måter. Tine kunne introdusere nye varemerker og produsere lavprisost under slike.

Dette ble frarådet. Tine kunne produsere EMV-ost for kjedene. Eller Tine kunne holde seg unna området og konsentrere seg om produksjon av egne merkevarer. Tine hadde allerede valgt å produsere EMV-ost for Coop, og de synes å ha bestemt seg for å følge denne utviklingen nøye, samtidig som de beveget seg forsiktig i denne retning. Et hovedproblem ved produksjon av EMV-ost er kjent som kannibalisering. Det vil si at Tine kunne komme i den situasjon at deres egen produksjon av billig EMV-ost med lavere fortjeneste skulle utkonkurrere deres egne etablerte dyrere varemerker med høyere fortjeneste. Det er også klart at Tine anså at løsningen på dette problemet i stor grad lå i om EMV-osten istedet for å konkurrere med deres etablerte varemerker ble en konkurrent som med Synnøve Findens ost. Det var altså ikke slik at produksjon av EMV-ost var en strategi for å skyve Synnøve Finden ut av markedet, men å skyve Synnøve Finden ut av markedet var en strategi for å hindre uheldige konsekvenser for Tine hvis kjedene valgte å satse mer på EMV-ost. Dette sier alt i alt lite om hvorvidt en utkonkurrering av Synnøve Finden i den forbindelse ville innebære ulovlig metoder eller være en lovlig og ønsket konkurranse på grunnlag av kvaliteten av ytelsene.

Juni 2004

Rema 1000s dagligvarehandelnotat

I juni 2004 hadde man i Rema 1000 utarbeidet en rapport, også den i form av en Power Point presentasjon kalt ”Dagligvaremarkedet i Norge endrer seg. – hva gjør vi når Lidl kommer?”. Hovedvekten i notatet ligger på at priskonkurransen vil bli hardere, og at prisdifferensieringen og fortsatt bruk av kålrotfondet er viktige virkemidler for å holde markedsposisjonen etter at Lidl er etablert. Blant de øvrige virkemidler nevnes også å innskrenke kjøpene til færre leverandører.

Tines interne notater

Et internt notat i Tine bekrefter at de på dette tidspunkt arbeidet med analyser om vareeksponering og fortjenester i forhold til egen og Synnøve Findens oster. Det foreligger også et notat fra Rune Jenssen vedrørende planogrammer og de Kavli-eide Q.-meieriene. Det mest omstridt avsnitt her lyder:

Hovedmålet nå på kort sikt må være å gjøre det så vanskelig å surt som mulig for Q å komme inn i butikkene. Det kan vel høres ut som at kjøpmennene ikke er særlig velvillige til dette pallesøppelet i melkedisken. Antakelig blir det også mye surr for å få dette til å fungere. Skulle vi nå gå ut med en planogram i butikk vil dette være en indirekte måte å ”akseptere” situasjonen. DET GJØR VI IKKE!!

Tine hevder at dette notatet primært retter seg mot noen paller av papp som Q-meieriene hadde innført for sin levering av melk, og som skapte store praktiske problemer i butikkene. **Staten** hevder at dette viser Tines egentlige holdninger til å få konkurranse inn der de tidligere hadde hatt monopol. **Retten** legger til grunn at dette som staten hevder, viser at Tine slett ikke alltid ønsket konkurranse velkommen. Men å bruke dårlig konstruerte og dimensjonerte paller som en del av konkurransegrunnlaget er å konkurrere

på ytelsenes kvalitet, så notatet sier lite om hvorvidt Tine på grunn av denne holdning var innstilt på å ta rettsstridige midler i bruk i konkurransen.

Juli - august 2004

Forberedelsene til forhandlingene med Rema 1000

Rema 1000 la opp til et opplegg hvor de skulle gjennomføre forhandlinger med omlag 200 leverandører, noe de forsøkte å gjennomføre ved å holde to forhandlingsmøter per dag i løpet av høsten. De var også ivrige på å få det best mulige tilbud tidlig i forhandlingene, da deres forhandlingskapasitet var liten. For de største leverandørene, slik som Tine, ble prosessen allikevel noe mer omstendelig. Det ble holdt et forberedende møte mellom Kalvøy og Høylye fra Rema 1000 og Jenssen fra Tine den 6. juli 2004. Bakgrunnen for møtet var særlig Lidl's inntreden i Norge, samt det forhold at Rema 1000 hadde problemer med leveranser med Q-melk. Dette skyldtes at Norgesgruppen hadde gått hardt ut mot Q-meieriene, og hevdet at de var avtaleforpliktet til å ikke levere til andre enn Norgesgruppen. Det synes ikke omstridt at Høylye på vegne av Rema 1000 spurte hvor mye Tine var villige til å betale for å bli en større leverandør hos dem, og at Jenssen svarte at Tine hverken kunne eller ville kjøpe seg ut av konkurransen.

Etter beslutning fra Jenssen ble det i et møte den 12. august 2004 mellom Brun, Kristiansen og en person til, besluttet å sette i gang et prosjekt for å se på lønnsomhet og økonomi på meierivarer i Rema 1000. Dette arbeidet skulle starte den 16. august. Samtidig drøftet man i Rema 1000 om de skulle satse på Tine uten Q og Synnøve Finden, om de skulle fortsette som før, eller om de skulle satse fullt på Q og Synnøve Finden med en sterkt reduksjon av Tines produkter. Tore Høylye gav i en e-post uttrykk for at hans magesfølelse tilsa en løsning med Q som regional leverandør og færre eller ingen produkter fra Synnøve Finden. Den 19. august oversendte Tine notatet fra Genius Retail Management til Rema 1000 ved Tore Høylye. Det fremgår også at Høylye har bedt Tine å komme med argumentasjon mot to leverandører av melk og av ost.

Møtet mellom Tine og ICA den 14. juli.

Det var jevnlig møter mellom Tine og ICA i løpet av året. Et slikt møte ble avholdt den 14. juli 2004, og blant postene som skulle behandles for betingelsessettet for ICA ved høstens forhandlingsrunde. Det ble enighet om å opprette en prosjektgruppe bestående av Tor Linge og Audun Holt fra ICA og Bjarne Mørck fra Tine om sortimentsoptimalisering for meierivarer. Situasjonsbeskrivelse til dette prosjektet som skulle starte 16. august lyder:

RIMI sin nye profil medfører en større fokus på hard-discount og dertil fokus på kostnader og prisbildet. En konsekvensene av dette til være å få et sortiment og planogram som speiler dette.

September 2004

Første forhandlingsmøte mellom Tine og Rema 1000

Ut ifra vitneforklaringen i retten, som etter rettens oppfatning stemmer godt med det øvrige bevismateriale og de etterfølgende begivenheter, var det en del holdninger til forhandlingene som er vesentlige å merke seg for å forstå begivenhetene. Tine var klar over at de forskjellige kjedene hadde forskjellige vilkår, og at det kunne være uheldig, og i verste fall i strid med konkurranseloven, om forskjellsbehandlingen ble for stor. De var også klar over at Norgesgruppen over årene hadde oppnådd vilkår som var klart bedre enn de andre kjedene, mens Rema 1000 var de som var kommet dårligst ut. Videre gjorde strukturen i Rema 1000 med selvstendige kjøpmenn, at etterlevelse av planogrammer, lansering av nye varer med videre var dårligere der enn i de andre kjedene. I denne situasjonen var Tine sterkt opptatt av å få en bedre avtale som sikret disseforhold bedre, men de var forberedt på at Rema 1000 relativt sett burde få en større bedring i sine økonomiske vilkår. I Rema 1000 hadde Høylye overtatt for Høidalen som key account manager for Tine. Mens de fleste i Rema 1000s forhandlingssystem hadde sin bakgrunn fra å ha gått gradene innen dagligvarebransjen, hadde var Høylye en mastergrad innen logistikk. Han var derfor i større grad enn tidligere interessert i de økonomiske sidene ved *dropsize* og tilsvarende forhold. Innen Rema 1000 hadde det også tradisjonelt vært en ideologisk begrunnet motvilje mot Tine og tilsvarende sympati for de selvstendige næringsdrivende Q-meieriene og Synnøve Finden. Høylye var av den oppfatning at denne holdningen ikke burde prege forholdet til Tine, og samtidig hadde Rema 1000 opplevd store problemer med Q-meieriene fordi disse ikke leverte på grunn av pågangen fra Norgesgruppen om eksklusivitet.

Det første forhandlingsmøtet mellom Tine og Rema 1000 fant sted 3. september 2004. Rune Jensen og Jan Anders Brun var tilstede fra Tine og Harald Kalvøy og Tore Høylye, samt på innledningen av møtet også Geir Solstad, var tilstede fra Rema 1000. Det synes ikke å være omtvistet at Rema 1000 i dette møtet gav uttrykk for at de vurderte én hovedleverandør av ost, og et mindre varesortiment, samt at de ville vite hva Tine var villige til å tilby for en sterkere leverandørposisjon. Det synes heller ikke omstridt at Jenssen gav klart uttrykk for at Tine vurderte konkurranse innenfor ostemarkedet som positivt.

Senere samme dag sendt Tine sitt første tilbud til Rema 1000. Tilbudet hadde en ramme på kr.31.321.000 som skulle fordeles på årsavtalerabatt, joint marketing, godtgjørelse for *dropsize* og aktivitetsrabatter, og som forutsatte en toårs avtale. Tilbudet innebar en økning på 33 prosent i forhold til fjorårets avtale. Dette innebar en økning tilsvarende 0,82 prosent av kjøpsvolumet.

Beregninger omkring eneleverandørsituasjon

I en intern e-post som Høylye sendte Kalvøy i Rema 1000, har Høylye gjort detaljerte utregninger av hvordan en eventuell overgang til en eneleverandørsituasjon med Tine vil påvirke Rema 1000s resultatet. Dette gjelder blant annet beregninger om hvordan dette

ville påvirke bruken av Rema 1000s kålrotfond. Disse beregningene har ikke medtatt logistikkbesparelsene samt besparelser i den enkelte butikk ved en leverandør. Retten kan ikke se at det er noen feil ved vedtakets beskrivelse av dette, bortsett fra at det i vedtaket anvendes det konkluderende begrepet "eneleverandøravtale", der retten ovenfor mer korrekt har beskrevet det med det åpne begrepet enleverandørsituasjon.

I den videre interne e-post utveksling i Rema 1000 taler aktørene der om hva de tjener på å velge Tine alene som eneleverandør for ost og melk. Dette er etter rettens oppfatning adekvat beskrevet i vedtaket, og viser at man i Rema 1000 hadde alternativet med en eneleverandør klart for seg under forhandlingene. I vedtaket synes det dog å være gjort et poeng av at en av disse e-postene har en påskrift som lyder: "*IKKE videresend infoen i denne mailen til noen andre!*". Denne e-posten omhandler forhandlingstaktiske spørsmål i forhold til Tine, og retten kan ikke se annet enn at denne påskriften er helt naturlig, og ikke impliserer noe om at ulovligheter pågikk eller skulle skjules.

Tines utkast til nye planogrammer for Rema 1000

Som nevnt utarbeider Rema 1000 i motsetning til andre kjeder, ikke sine planogrammer selv, men får de store leverandører til å gjøre dette. I Rema 1000 oppstod idéen om at de skulle få Tine til å tegne utkast til nye planogrammer for ostedelen av kjøledisken uten Synnøve Finden, og delen for flytende varer uten Q. Den 9. september 2004 sendte Høylye en e-post til Brun i Tine og bad om at dette ble gjort. Brun sendte forespørselen videre til Øivind Kristiansen som var den sentrale person ved Tines utforming av planogrammer. Øyvind Kristiansen utarbeidet to versjoner av planogrammer uten Synnøve Finden og sendte dette til Rema 1000. Han lagde ingen for flytende varer uten Q-melk. Brun og Høylye har i forklaringsopptakene sagt at planogrammene ikke ble sendt, men dette er feil. Dette er i noen grad med på å svekke tilliten til hvor godt disse husker de enkelte begivenheter. Kristiansen har i forklaringsopptakene gitt uttrykk for at han forstod at Rema 1000 hadde planer om å fjerne Synnøve Finden., og at dette slo ned som en bombe. Dette er adekvat beskrevet i vedtaket, men vedtaket opererer med Kristiansen som en sentral aktør i forhandlingene, mens Kristiansen i realiteten ikke hadde noe med selve forhandlingene å gjøre. Dette er ikke lenger omstridt. Retten er enig med staten i at Kristiansens forklaringer viste at man allerede på dette tidspunktet i Tines organisasjon var fullstendig klar over at en konsekvens av årsforhandlingene kunne bli at Rema 1000 kastet Synnøve Finden ut av sin butikker, men retten er også enig med Tine i at dette gir noen indikasjoner på om dette var en forventet beslutning fra Rema 1000 eller en forventning om en avtalt eneleverandørstatus. Høidalen har også forklart at han ble overrasket over dette. I vedtaket står det: "*Høidalen mente at dette måtte bety at det skulle inngås en eksklusiv avtale.*" I forklaringsopptaket har derimot Høidalen formulert seg slik: "*Tom Høidalen mener at dette må bety at Tine ville ha en dominerende posisjon i ostedisken*".

Møtet mellom Synnøve Finden og Rema 1000 den 9. september

Den 9. september var det et møte mellom Synnøve Finden og Rema 1000 vedrørende sortiment, uten direkte tilknytning til årsforhandlingene. Her la Synnøve Finden frem ønske om lansering av Synnøve revet Økonomipakke, samt deltakelse med Synnøve Findens produkter i Rema 1000 kundeavviser, og tilbød i den forbindelse kr.400.000 i markedsstøtte for perioden frem til årsskiftet. Det ble ikke gjort noe med dette da Rema 1000 foretrakk å vente til de egentlige årsforhandlingene.

Rema 1000s forespørsel om produksjon av EMV-ost

Det blir altså ikke lenger hevdet fra staten at Tine brukte spørsmålet produksjon av EMV-ost som argument for å oppnå en eneleverandøravtale, men at dette ikke betyr at spørsmålet ikke har relevans ved å være et forhold som kunne legge til rette for en slik posisjon. Omkring den 10. september rettet ihvertfall Rema 1000 en forespørsel om slik produksjon til Tine, og det er tydelig at Tine allerede hadde begynt å utrede dette. Svaret som Jenssen besluttet skulle gis, gikk ut på at de fremdeles arbeidet med et tilbud på hvitost, mens de måtte si nei til produksjon av brunost. Dette siste skyldes at poenget med en produksjon av EMV-ost, var at osten skulle bli billigere og av lavere kvalitet enn Tines egne varemerker, men allikevel holde en akseptabel standard. For brunost hadde Tine funnet at det var teknisk umulig å differensiere kvaliteten uten at EMV-osten ble et produkt under den nødvendige minstekvalitet.

Rema 1000s strategisamling på Sem Gjestegård

Denne strategisamlingen er ikke omhandlet i vedtaket. Retten er enig med Tine i at Rema 1000s vurderinger er en relevant og nyttig del av bakgrunnen når retten skal ta standpunkt til om utelukkelsen av Synnøve Finden skyldtes en forståelse mellom Rema 1000 og Tine, eller en ensidig beslutning hos Rema 1000. På denne konferansen gikk innkjøperne gjennom mange varegrupper for å vurdere mulighetene for leverandørkonsentrasjon ved å kutte ut leverandører. Dette var et sentralt tema på konferansen. Her ble det ikke bare for ost, men også for flere andre varekategorier forslag om å kutte ned til bare en leverandør.

Tines andre tilbud til Rema 1000

Med en e-post 16. september fremsatte Tine et nytt tilbud. Tilbudet var nå økt til kr.33.500.000. Tilbudet var fremdeles bare en ramme, hvor beløpet senere skulle fordeles på forskjellige rabatter og godtgjørelser. I samme e-post opplyste også Tine at de arbeidet med kalkyler for produksjon av EMV-ost. Det var listet opp en god del forutsetninger for dette tilbudet. At det ble forutsatt en to års avtale, at planogrammene skulle være forpliktende og at Tine skulle hovedleverandørstatus for ost, flytende meieriprodukter, kjølt juice og påsmurte produkter som baguetter og sandwich var viktige forutsetninger som er nevnt i vedtaket. I en vurdering av om betalingen for en del var en betaling for en underforstått eneleverandørstatus, synes det viktig at også de betingelser som ikke kan knyttes til dette spørsmålet er med. Det var nyhetslanseringer av Smaksatt søtmeik i tre varianter og to versjoner av Piano rislunsj, det var en økning av Småfolk barnemat med 5

varelinjer, det var overgang av del sorter juice til å føres i alle forrentinger, det var en total gjennomgang av sortimentet i alle hovedkategoriene hvor Tine var representert, og det var et punkt om at aktivitetsplanen skulle følges. For forståelsen av punktene om forpliktende planogrammer og at aktivitetsplanen skulle følges, legger retten til grunn at dette var et særlig problem overfor Rema 1000, hvor de selvstendige franchise-takere ikke fulgte opp forutsetninger i årsavtalen slik de kjedeeide butikkene i de andre kjedene gjorde.

Samme dag sendte også Tine et utkast til avtale om leieproduksjon av EMV-ost til Rema 1000, men uten å ha kommet frem til noe pristilbud.

Tilbudet fra Tine ga grunn til nye beregninger i Rema 1000 foretatt av Høylye. **Staten** ser disse beregningene som en beregning av fordelene ved å inngå en eneleverandøravtalen, **Tine** ser dem som typiske beregninger for en faktisk eneleverandørsituasjon. **Retten** legger til grunn at beregningene åpenbart er foretatt for å gi Rema 1000 oversikt over de økonomiske konsekvenser av at Tine til fortrensel av Synnøve Finden ble eneleverandør av hvitost, men sier intet om hvorvidt dette skulle bygge på at Rema 1000 fattet en uavhengig beslutning i denne retning, eller om det skulle bli en felles forståelse mellom partene om dette. En setning hvor Høylye skriver: ”Tom tar en runde med Finden, og stiller de ”til veggs””, kan også like gjerne tolkes som at Finden nå skulle ut, som at reelle, men tøffe forhandlinger med Synnøve Finden skulle finne sted.

Andre forhandlingsmøte mellom Tine og Rema 1000

Den 20. september ble det andre forhandlingsmøtet mellom Tine og Rema 1000 avholdt. Tidligere samme dag hadde det vært et møte i konsernledelsen i Tine hvor årsforhandlingene ble behandlet. Rune Jenssen hadde utarbeidet et notat til dette møtet. Dette notat bekrefter etter rettens oppfatning at det sentrale underliggende tema ved årsforhandlingene dette året var Lidl's inntreden på det norske markedet. I et avsnitt skriver Jenssen:

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 mulighet for oss, men vil selvsagt koste.

Staten hevder at dette viser at Tine var innstilt på å betale for en eneleverandøravtale, mens **Tine** hevder at dette bare referer til at en forbedret avtale med Rema 1000 vil koste i økte rabatter. **Retten** kan ikke se annet enn at dette sitatet godt kan tolkes i begge retninger. Heller ikke har det kommet frem noe annet om møtet i konsernledelsen som taler for at den ene eller den andre forståelse av hva som foregikk mellom partene.

Forhandlingsmøtet ble avholdt samme kveld med Jenssen og Brun tilstede for Tine og Solstad, Høylye og Kalvøy tilstede for Rema 1000. I begynnelsen av møtet økte Tine sitt tilbud til kr.35.000.000. De endte opp med enighet ved et beløp på kr. 36.600.000. Øksningen innebar ikke at det samtidig ble noen utvidelse av de ytelser Tine skulle ha fra

Rema 1000. Det ble en enighet omkring mediehandteringen av avtalen, hvor retten må foreta en nærmere drøftelse av hva dette indikerer. For øvrig hevder begge parter at både deltakernes forklaringsopptak, som de notater de gjorde under forhandlingene, bekrefter deres standpunkt i saken. Retten legger til grunn at disse forhold viser at også Tine var klar over at det ikke bare var en mulighet, men en meget sterk sannsynlighet for Synnøve Finden ville bli kastet ut av Rema 1000 ved de pågående årsforhandlingene. De viser også at det ikke forelå noen form for rettslig bindende forpliktelse til å gi Tine en eneleverandørposisjon. Men det hverken bekrefter eller avkrefter at det forelå en stilltiende forståelse mellom partene om at Tine skulle ha en slik posisjon. Avtalen innebar også en tilsvarende faktisk situasjon når det gjaldt konsummelk, nemlig at Q-melk ble kuttet ut til fordel for Tine som faktisk eneleverandør bortsett fra noen butikker som lå i nærdistriktet til et Q-meieri.

Det er ikke omtvistet at det var enighet mellom partene at Rema 1000 skulle håndtere samarbeidsavtalen for 2005 overfor media. I forklaringsopptakene spriker det en del i forklaringene på dette, og deltakerne på møtet har til dels liten erindring om dette punktet. Dette kan bety at de prøver å bortforklare det som har skjedd. Det kan bety at punktet hadde en svært underordnet betydning Eller det kan bety at punktet var vært underordnet i forhold til Synnøve Finden, fordi det med mediehandteringen først og fremst var tenkt på det forhold at Q-meieriene skulle ut. Som nevnt hadde Q-meieriene stanset sine leveringer til Rema 1000 etter pågang fra Norgesgruppen om å gjøre dette. Dette var en sak som Rema 1000 ville kjøre i media. Dette fremstår som den åpenbart mest nærliggende forklaring på hvorfor det var en forståelse mellom partene om mediehandtering, men den svekkes altså betydelig av at den ikke er blitt brakt frem i forklaringsopptakene. Retten er enig med Staten, som her særlig bygger for forklaringsopptaket fra Øyvind Kristiansen i Tine, om at dette også betydde at Synnøve Finden ikke skal få vite om resultatet. Som nevnt var ikke Kristiansen noen aktør i forhandlingen i det hel tatt, selv om han i vedtaket feilaktig er kalt en sentral person. Men han samarbeidet med og omgikk daglig med de sentrale aktørene i forhandlingene. Retten anser at de unnvikende forklaringsopptakene omkring mediehandtering er en indikasjon i retning av at det kan ha vært en forståelse mellom partene som måtte skjules. På den annen side informerte Jenssen administrerende direktør Holmen om mediestrategien dagen etter, og taler da om Q-meieriene, og at Rema 1000 vil gjøre en sak av dette i VG, hvilket taler i motsatt retning.

Dagen etter bekreftet Tine etter en juridisk gjennomgang at avtalen var i orden, og den 23. september var det et nytt møte hvor beløpet ble fordelt på de enkelte rabatter og ytelser.

Møtet mellom Rema 1000 og Synnøve Finden den 21. september

Dagen etter fant det også sted et forberedende møte mellom Rema 1000 og Synnøve Finden. Det synes som hovedhensikten med møte var at Rema 1000 ville skaffe seg informasjon fra Synnøve Finden om Lidl's inntreden på det norske markedet. Høylye fikk forfall og kunne ikke være tilstede på dette møtet. Istedet møtte Høidalen som var på vei ut

som ansvarlig for Synnøve Finden. Det er en del interne eller personlige notater som inneholder formuleringer som påberopes av partene, men som etter rettens oppfatning kan brukes som argumenter begge veier. Det foreligger imidlertid et kort håndskrevet notat fra Høylye til Høidalen før møtet, hvor han har skrevet: "Ikke si at de kan bli kastet". Denne formuleringen med ordet *kan*, taler etter rettens oppfatning entydig i retning av at selv om det sannsynlige var at Synnøve Finden ville bli kastet, så gjenstod det reelle forhandlinger med dem før Rema 1000 tok en beslutning.

ICAs fellesmøte den 24. september

Den 24. september holdt ICA et fellesmøte for leverandørene hvor de informerte om sine ønsker for 2005. Det ble informert om en ny forretningsprofil hvor Rimiprofilen skulle rendyrkes, og endres fra *soft discount* til *hard discount* for å møte konkurransen fra Lidl. Dette innebar et smalere sortiment med fokus på bestselgerprodukter.

Interne forhold i Tine i resten av september

Forklaringsopptakene og beslagene av dokumenter har gjort at begge parter legger vekt på etterfølgende begivenheter i Tine, for å forstå hva årsavtalen for 2005 egentlig innebar. I denne perioden var det også en del vurderinger omkring produksjon av EMV-ost. Som nevnt hevder staten ikke lenger at EMV-ost var et pressmiddel i Tines forhandlingsstrategi, og det er ikke nødvendig for retten å komme nærmere inn på dette spørsmålet enn det som gjort i avsnittet foran om tiltaksplanen for hvitost.

I egne notater, i referater og i e-post utveksling i Tine ble det i resten av september en rekke ganger referert til Synnøve Findens posisjon hos Rema 1000. **Staten** ser en rekke av disse utsagnene som et bevis på at det forelå en forståelse mellom Tine og Rema 1000 om at Synnøve Finden skulle ut. **Tine** ser på dette som utsagn som dels ikke må overfortolkes slik at de kan implisere noen forståelse mellom partene, dels at de skyldes misforståelser av situasjonen av personer i organisasjonen som ikke var involvert i selve forhandlingene. Sentrale personer i Tine har hevdet at de ikke visste om Rema 1000s beslutning om å kaste ut Synnøve Finden før omtrent samtidig med at dette ble kjent i media i desember 2004. Det finnes et referat fra et ledermøte i Tine salg dagligvare fra 28. september hvor blant annet Jenssen og Jan Anders Bruun var tilstede. På disse møtene er det en post kalt "runden rundt bordet" hvor de forskjellige deltakere kort informerer om forhold, og hvor det er skrevet: "*Jan Anders: Avtalen til Rema i orden. Synnøve og Q helt ut.*" Her har Tine vist til at det er en post hvor det ikke er tid til nyanseringer, at Brun ofte har en litt forenklet humoristisk form, og at damen som skrev referatene gjorde dette svært ordrett uten å få med nyanser eller forstå humor. **Retten** legger til grunn at utsagnene viser at det var den alminnelige oppfatning at Synnøve Finden og Q-meieriene ville bli kastet ut av Rema 1000. De bekrefter ikke at det var noen forståelse mellom partene om at Rema 1000 måtte gjøre dette, men vissheten i Tine allerede i september har vært så stor at man ikke har funnet det betenkelig å legge dette til grunn i sin planlegging. Det er også en del utsagn om mediehåndtering og offentliggjøring som drøfter Q-meieriene og Synnøve Finden hver for

seg, og som derfor viser at enighet om mediestrategi gjaldt begge leverandørene, selv om det godt kan være at det mest vesentlige forholdet var mediestrategien i forhold til Q-meieriene.

Oktober 2004

Tines brev til Norgesgruppen av 4. oktober

Den 4. oktober sendte Tine et brev som svar på Norgesgruppen innkalling til forhandlinger. I dette brevet fremsatte Tine et tilbud som innebar uendrede vilkår fra året før, bortsett fra at kategoriprosjekter og kjølebonuser som ikke var uttrykkelig nevnt i tilbudet ikke skulle videreføres.

Første forhandlingsmøte mellom Tine og ICA

Retten gjør allerede innledningsvis oppmerksom på at det for de etterfølgende møter mellom Tine og ICA er stor forvirring om nøyaktige møtedatoer og om hvilke notater og utsagn som skal knyttes til hvilket møte. Det er ikke enighet mellom partene om disse forhold, men det er enighet om dette er en faktisk forvirring som har vært tilstede helt siden de første forklaringsopptakene, og som partene har forøkt å oppklare uten å lykkes.

Det første forhandlingsmøtet mellom Tine og ICA fant sted den 5. oktober. Jenssen og Mørck var tilstede for Tine og Audun Holt var tilstede for ICA. Retten legger til grunn at det ikke ble presentert noe konkret tilbud fra Tine i dette møtet. Tine hadde en presentasjon av noen problemstillinger med hovedvekt på at ytelsene året før hadde hatt en betydelig økning fra kr.36.892.500 til kr.45.000.000, men at usalgsutviklingen for Tine produkter allikevel hadde blitt negativ i ICA. I et notat Holt hadde laget dagen før møtet fremgikk at ICA hadde tanker for Rimis del om Tine som eneleverandør på økobit, at sortimentet skulle ned, at de ville lansere EMV-ost, at du kun skulle ha de største leverandørene i hver kategori, samt et punkt om Tine som eneste leverandør på ost, men at dette måtte sjekkes med salgssjefen i Rimi. Forklaringsopptak viser at ICA gjerne ville vite hva Tine kunne tjene på å få mer plass til sine produkter. Alt dette viser etter rettens oppfatning at ICA var innstilt på å snevre vareutvalg og antall leverandører og unngå dubleringer i sin lavpriskjede Rimi. I vedtaket er dette oppsummert som at "ICAs forhandlingsstrategi for høsten 2005 blant annet gikk ut på å forsøke å oppnå et bedre tilbud fra TINE ved å tilby eneleverandørstatus på enkelte produkter. **Tine** hevder det ikke er dekning for dette. **Retten** nøyer seg med å slå fast at hvis man med eneleverandørstatus mener en avtalefestet status, eller man med enkelte produkter mener hele kategorier, slik som hvitost, var det ikke dekning for dette.

Første forhandlingsmøte mellom Tine og Norgesgruppen

Den 8. oktober ble det første forhandlingsmøtet mellom Tine og Norgesgruppen avholdt. Det fremgår av en e-post sendt noen få dager etter, at Tine var misfornøyd med vareeksponeringen idet Tines konkurrenter var blitt favorisert.

Andre forhandlingsmøte mellom Tine og ICA

Det andre forhandlingsmøtet mellom Tine og ICA fant sted den 14. oktober. I Jenssens personlige notater fra dette møtet har han blant annet skrevet: ”*Sortiment, ikke alene*”. Til møtet hadde Mørck fra Tine utarbeidet en presentasjon hvor det fremgikk at mindre dubleringer var et tema. Det tilbud som ble fremsatt overfor ICA var på kr. 46.000.000, hvilket bare var en økning på en million kroner fra året før.

Det såkalte dubleringsnotatet ble først utarbeidet for varekategorier, og deretter brukket ned på enkelte varelinjer, og var et svar på ICAs ønsker i det første forhandlingsmøtet om en redegjørelse om hva det var verdt for Tine å være eneste leverandør for de forskjellige varer. I vedtaket er det lagt til grunn at første versjon av dubleringsnotatet ble lagt frem i det tredje forhandlingsmøtet, men **staten** har endret syn under hovedforhandlingen, og hevder nå at det notatet brukket ned på varekategorier mest sannsynlig ble lagt frem allerede på dette møtet den 14. oktober. **Tine** hevder på sin side at dubleringsnotatet ikke ble lagt frem før det var utarbeidet i en versjon som var nedbrukt til varelinjer, og at dette skjedde senere enn det tredje forhandlingsmøtet. Retten er klar over at lengden av den periode hvor dubleringsnotatet var tema under forhandlingene, kan ha en viss bevismessig betydning for hvor sentralt det var i forhandlingene. Dette er imidlertid av underordnet betydning i forhold til andre momenter som retten har vektlagt. Når tidspunktene uansett også vil være temmelig usikre, finner retten ikke grunn til å ta noen endelig standpunkt til hvilken av de to usikre teorier om tidspunktet som er mest sannsynlig.

Andre forhandlingsmøte mellom Tine og Norgesgruppen

Det andre forhandlingsmøtet mellom Tine og Norgesgruppen ble holdt den 18. oktober, og møtet ble oppsummert i en e-post fra Tine til Norgesgruppen den 20. oktober. Tine fastholdt et tilbud på omlag kr.50.000.000 som ikke innebar noen forbedring fra året før. I tillegg ville Tine ha en klarere avtale med betingelser basert på ytelse og motytelse. Tines key account manager for Norgesgruppen Roy Olderskog var så pågående i dette møtet vedrørende detaljer Tine ønsket endret hos Norgesgruppen, at kategorisjef Nils Petter Erikson hos Norgesgruppen fikk Tine til å fjerne Olderskog fra det neste forhandlingsmøtet.

Høidalens avgang i Rema 1000

Det var snakk om at Høylye også skulle overta forhandlingsansvaret for Synnøve Finden fra Høidalen, men siden Høidalen hadde best kunnskap om ost, forble han foreløpig ansvarlig for Synnøve Finden. Høidalen arbeidet på dette tidspunkt også med et privat prosjekt som var i konkurranse med Rema 1000s eier Reitan-gruppen, men som Rema 1000 var orientert om. Den 21. oktober ble det klart at det var uenighet om dette kunne fortsette. Høidalen og Rema 1000 ble derfor enige om at han skulle slutte på dagen.

Tredje forhandlingsmøte mellom Tine og ICA

Det tredje forhandlingsmøtet mellom Tine og ICA fant sted den 26. oktober med Jenssen og Mørck fra Tine og Audun Holt fra ICA. Tilbudet ble nå øket til kr.48.000.000. Det synes mest sannsynlig at dubleringsnotatet relatert til varekategorier ble presentert den dagen slik også vedtaket legger til grunn, men uten det er særlig sikkert hva som skjedde på hvilket møte, eller sikkert hvor detaljert dette var. Her var beløp for ytelser beregnet til kr.925.000 for revet ost, kr.3.100.000 for brunost, kr. 1.025.000 for risdesserter, kr.6.050.000 for hvitost og kr.3.160.000 for skivet hvitost. Det foreligger også et notat som muligens er blitt utdelt denne dagen som er brukket ned på varelinjer, men som utelukkende beskjeftiger seg med omsetningsøkningen hos Tine hvis dublering av varer blir fjernet. I vedtaket er dette oppsummert som ”*ovennevnte oppstilling viser at TINE for eksempel var villig til å betale 9.120.000 kroner i ytelser for å bli eneleverandør på varegruppen hvitost.*” Retten anser ikke at disse tall var å forstå som noe bindende tilbud om avtale fra Tines side, men tallene var uttrykk for hva Tine ville tjene på å levere alt istedet for dublering av varer med konkurrenter, og gav derfor uttrykk for hva slags beløp ICA kunne forholde seg til under forhandlingene. Retten tilføyer at notatet var rettet mot fjerning av dubleringer, ikke særlig mot fjerning av Synnøve Finden, idet også helt andre produktkategorier enn ost var med. Mørck har forøvrig sagt i forklaringsopptakene at det fort var enighet om at Synnøve Findens økobil uansett var uaktuell å fjerne.

Tredje forhandlingsmøte mellom Tine og Norgesgruppen

Den 28. oktober ble det tredje møtet mellom Tine og Norgesgruppen avholdt. Nils Petter Erikson og Jenssen møtte også denne gangen, men sammen med Jenssen var konserndirektør marked og salg Ingrid Strøm-Olsen. Olderskog var nå fjernet fra forhandlingene. Norgesgruppen gjorde det klart at de ville bort fra detaljdiskusjonen, men det var ingen fremgang i møtet, og Tines tilbud ble stående som et nulltilbud i forhold til økninger fra fjorårets nivå.

November 2004

ICA forespørsel på varelinjenivå

Den 1. november sendte Holt hos ICA en e-post til Jenssen med følgende ordlyd:

Hei Bjarne

viser til møte vedr. deres forslag på sort. endringer (eneleveranse på rislunsj, pizzaost osv.)

dette ønsker vi at dere ”priser”

ta kontakt hvis noe er uklart

Audun

Det er uenighet om hva denne henvendelsen egentlig beviser, særlig med hensyn til hvilke beregninger som allerede var blitt forelagt for ICA.. Retten nøyer seg med å slå fast at den viser at det var en diskusjon igang omkring hva Tine ville være villig til å gi i ytelser i forhold til de økninger i leveranser som ville følge av at ICA fjernet dubleringer av varer.

På den annen side gir e-posten ingen indikasjoner på at Tines beregninger var del av en diskusjon om betaling for å gi Tine eneleverandørstatus på all hvitost.

Synnøve Findens første tilbud til Rema 1000

Den 14. oktober hadde Rema 1000 sendt en e-post til Synnøve Finden hvor de innkalte til et forhandlingsmøte den 9. november. De skrev blant annet at beste betingelser skulle gis i første tilbud. Den 2. november sendte Synnøve Finden sitt tilbud som innebar en samlet økning i ytelser på kr.1.000.000, hvorav kr.600.000 var en ordinær økning mens kr.400.000 var knytte til joint marketing midler for lansering av to helt nye produkter fra Synnøve Finden, nemlig 500 gram Synnøve GodtSmør og 500gram Synnøve Steke&Bake plantemargarin. Forøvrig krevde de revet økonomiblanding 500g som en nyhet i A-sortimentet, gulost skivet 600g økopak omlistet fra B til A-sortiment, men de lot skivet Gouda 250 gram gå ut av sortimentet.

Fjerde forhandlingsmøte mellom Tine og ICA

Den 9. eller 15. november ble det fjerde møtet mellom Tine og ICA avholdt. Det har vært umulig å fastlegge datoen med sikkerhet. På dette møtet var Jenssen, Mørck og Bjørshol tilstede fra Tine og Holt, en trainee og antakeligvis Linge fra ICA. Dubleringsnotatet, som nå var brukket ned på de enkelte varelinjer, var ikke et sentralt tema på møtet. Det er uklart om notatet var sendt i forkant av møtet, om det ble overlevert på møtet, eller om Mørck hadde det med, men at Holt i møtet ba ham oversende det etterpå. Selve tilbudet ble på dette møtet hevet til kr.48.000.000.

Retten er ikke i tvil om at Jenssen i dette møtet gav klart uttrykk for at Tine ikke var villig til å betale for å bli kvitt konkurranse, men at han tvert imot ønsket konkurranse på ostemarkedet velkommen. I forklaringsopptak har Jenssen forklart *"I forhandlingsmøtet der dokumentet ble diskutert sa RJ at "dette er ikke lurt". Thor Linge spurte da: "Er du alvorlig nå?", hvorpå RJ svarte "ja"* Det kan dog være noe usikkert om det er dette møtet eller møtet i desember han referer til, idet han sier at notatet etter dette ble liggende dødt. Bjørshoel har bekreftet dette i senere notater og også forklart seg detaljert om det i retten. Det bevismessig viktige dokument i denne forbindelse er imidlertid det notat som ICAs trainee har laget for seg selv mens forhandlingene pågikk, og hvor hun har notert: *"Er det derfor degir så lite? > Fordi de ikke vil ta rotta på Synnøve."*

Tine er prinsipalt av den oppfatning at dubleringsnotatet først ble fremlagt i forkant av dette møtet, og at det var i dette møtet det ble fattet en endelig beslutning om å legge det tilside. Det innebærer i så fall at notatet ikke kan ha vært et tema gjennom forhandlingene som helhet, men bare på ett møte. **Retten** har ikke funnet noen entydig løsning på når notatet først ble fremlagt. Retten legger til grunn at det møtet som konsentrerte seg mest om notatet var dette fjerde møtet, men at det ble lagt endelig dødt først på det siste møtet.

Fjerde forhandlingsmøte mellom Tine og Norgesgruppen

Det fjerde forhandlingsmøtet mellom Tine og Norgesgruppen fant sted den 12. november. Etter møtet sendte Norgesgruppen ved Erikson en e-post med oppsummering til Jenssen, som gir et godt bilde av situasjonen. Norgesgruppen krevde en økning fra fjorårets ytelser med 44 millioner, mens Tine fremdeles stod med et tilbud som innebar at det ikke skulle være noen økning fra året før. Norgesgruppen minnet Tine om at de risikerte å stå uten nyhetslanseringer og uten garantert sortiment hvis avtale ikke kom istand, samtidig som de også opplyste at deres forhandlinger med alle leverandører skulle være avsluttet innen 30. november.

Den formelle avtaleinngåelse mellom Tine og Rema 1000

Den 15. november ble den formelle avtalen mellom Tine og Reitan Handel AS (Rema 1000 og Reitan Servicehandel) inngått. Det var noen små justeringer i forhold til den tidligere enigheten, som det ikke er nødvendig å gå inn på. Avtalen avspeiler enighet om et noe mer forpliktende samarbeid med felles aktivitetsplan, planogrammer med videre. Selve beløpet ble fordelt slik:

Innovasjonsgodtgjørelse	kr. 3,0 mill
Planogrammer	kr. 2,3 mill
Joint marketing	kr. 13,0 mill
Selektiv rabatt	kr. 5,0 mill
<u>Godtgjørelse for dropsize</u>	<u>kr. 13,3 mill</u>
Sum	<u>kr. 36,6 mill</u>

Staten mener at det i dette beløpet ligger kamouflert en betydelig godtgjørelse for eneleverandørstatus. Staten viser særlig til beløpet for *dropsize* er langt større enn den økonomiske besparelse ved store leveringer som fremgår av de beregninger som Tine har gjort. **Tine** har slik retten oppfatter det, ikke benektet at beløpet for *dropsize* er langt større enn det tekniske beregninger av gevinsten ved dette fører til. Tines anførsel er at det er totalbeløpet som ble det vesentlige poeng ved forhandlingene, slik det hadde vært i alle tidligere år. Dette skjedde til tross for at Tine på grunn av den nye konkurranseloven hadde forsøkt å få et system som bygde mer på ytelse mot ytelse. **Retten** er enig med Tine i at *dropsize* beløpets uforholdsmessige størrelse ikke i seg selv er noen indikasjon på at det er ytelser for eneleverandørposisjon skjult i beløpet. Retten viser til at forløpet i forhandlingen bekrefter at i det store og hele var en dragkamp om totalbeløpets størrelse. Retten viser til at dropsizerabatten ikke er et særskilt betalt beløp, men et beløp som i sin helhet blir konvertert i vanlige varelinjerabatter. Og retten viser til avtalen for 2004 hadde et beløp på kr. 9.350.000 benevnt årsavtalerabatt, som ikke er med som en egen post ved avtalen for 2005. Spørsmålet om totalbeløpet på 36,6 millioner inneholder en skjult betaling for enleverandørstatus må altså finnes ved en vurdering av totalbeløpet og dets tilblivelse, ikke ved en analyse av de enkelte postene. Dette kommer retten tilbake til.

Intern e-postkorrespondanse i Tine viser forøvrig at dagen etter at den endelige avtale var underskrevet, hadde Tine fremdeles ikke bestemt seg for hva slags tilbud de skulle gi Rema 1000 om produksjon av EMV-ost.

Tines såkalte strategidokument om Norgesgruppen

I vedtaket heter det:

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 Roy Olderskog, 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 agressivt ut med Sortiment og plassføringer, vil nok koste 25- til 30 mill."

Deretter går vedtaket over til å gjengi Olderskog forklaringsopptak for så vidt gjelder hva han har forklart om forståelsen av dette punkt 3, men intet om hva han har forklart om hva notatet var.

I vedtakets vurderinger av virkningene Rema 10000 avtalen hadde for Synnøve Finden, har Tilsynet gjentatt sitatet av punkt 3, og beskrevet dette som et strategidokumentet, og videre anført at dette var en strategi som ble fulgt av Tine.

Notatets fulle innhold var følgende:

Vi må ta en prinsipiell avgjørelse på hva vi gjør i.f.t. NG.

1. Vi kjører det "tøffe" løpet helt ut.

Da bør vi gjenta oss selv med salgsutviklingen ikke gir rom for ytterligere vekst, og opprettholde tilbudet fra 20.10.04 med de krav som fremkom her.

2. Vi beveger oss noe med ytterligere fokus på "plass garantier", samt pressisering av sortiment på nyheter og øvrige endringer som presentert i møte den 28.10. Hva legger Nils Petter i "Garantert" sortiment. Sjekkes av Rune eller Roy? De ble lagt en føring på ca. 10 % vekst i årsforhandlingene, noe som medfører at vi har ca. 8-8.5 mill til rådighet. Min "magefølelse" er at NG har en forventning om minimum det samme som i fjor, ca. 25 mill.

Hvis vi skal forhandle oss fra 44 mill. til 25. mill vil vi ikke få de nødvendige garantier for vekst i 2005. Det å tilby NG 8 mill. er det samme som å tilby ingenting på dette stadiet.

Vi må ikke godta deres oppsummering, vi må implementere de 33 mill. fra 2004 i kravet. Totalt blir kravet 77 mill. (33 videreført + 44 nytt krav.)

3. Vi kupper NG før Synnøve får beskjed om at Rema-avtalen. Vi går agresivt ut med Sortiment og plassføringer. Vil nok koste 24- til 30. mill.

Under dette var det tatt inn en tabell med fordeling av de 44 millioner kroner.

Dette notatet var ikke et fysisk dokument, men et dokument lagret på Olderskogs eget område på hans datamaskin. I forklaringsopptakene fremgår det at ingen andre enn Olderskog sier de har sett det, og at Olderskog selv har forklart at det var et notat for egen tenkning som han aldri har vist til andre. Dette er akseptert av staten under hovedforhandlingen, og staten hevder nå at notatet ikke beviser annet enn at det hos Tine på dette tidspunkt var full kunnskap om at Synnøve Finden skulle ut av Rema 1000. Retten har ikke fått noen egentlig forklaring på hvorfor et notat som er funnet på en persons hjemmeområde på hans datamaskin, og som alle hevder at han ikke har vist til noen, blir lagt til grunn to steder i vedtaket som et strateginotat for Tine, uten at notatets karakter overhodet drøftes eller problematiseres. Retten har heller ikke fått noen forklaring på hvorfor dette siteres i helt misvisende form, hvor bare det siste avsnittet nevnes som om det var strategien, når det er to andre punkter som angir helt andre strategier.

Tines første tilbud om økning til Norgegruppen

Samme dag sendte Tine ved Jenssen og Olderskog et brev med et tilbud til samarbeidsavtale til Norgegruppen. Tine tilbød her var å videreføre fjorårets årsavtale/avdelingsrabatt på kr.50.000.000 og innovasjon/prosjektbidrag på kr. 33.000.000. I tillegg tilbød de å øke ytelsene med kr.6.000.000.

Synnøves Findens første forhandlingsrunde med Rema 1000

Synnøve Findens første egentlig forhandlingsmøte med Rema 1000 fant stede 17. november. Arne Athammer og Stein-Ove Jordal var tilstede for Synnøve Finden og Høylye og Inger Torvik fra Rema 1000. Synnøve Findens tilbud var det samme som de hadde fremsendt 14. oktober, og som innebar ytelser for en million kroner inkludert kr. 400.000 i joint marketing av to helt nye produkter innenfor smør og margarin. Retten legger til grunn at det var en god tone på dette møtet, og at Synnøve Finden fikk tilbakemeldinger de oppfattet som positive. På den annen side gav Rema 1000 beskjed om at tilbudet måtte økes til 6,6 millioner kroner, som var et beløp som var langt over det Synnøve Finden anså at de kunne klare.

Synnøve Finden fremsatte med e-post to dager etter et nytt tilbud. Rammen var nå øket til 1,9 millioner. Den alminnelige varelinjerabatten var fremdeles på 0,6 millioner, men ble forsterket med et joint marketing bidrag for Synnøve Økobit på 0,2 millioner. I tillegg kom et joint marketing tillegg på kr. 800.000 tilknyttet fem nye varelinjer, som inkluderte de tidligere 0,4 millioner knytte til to nye margarin/smør produkter. Dessuten var Synnøve Finden villig til å importere Mini Baby Bel ost på sin tollfrie kvote til salg hos Rema 1000, hvilket ville innebære en besparelse på kr.300.000 for Rema 1000. Staten har rett i at dette var en betydelig økning av tilbudet både i forhold til avtalen for 2004 og i forhold til det tidligere tilbudet. På den annen side lå det langt under de 6,6 millioner som Rema 1000 hadde spurt om, og det innebar en bevegelse i motsatt retning i forhold til de signaler Rema 1000 generelt hadde gitt om innsnevring vareutvalget på grunn av konkurransen fra Lidl.

Den 23. november svarte Høylye tilbudet ikke var bra nok, og at de ikke så noen grunn til nytt møte før tilbudet var forbedret. De sa intet om hva som måtte forbedres, hvilket retten legger til grunn at var temmelig vanlig for Rema 1000s forhandlingstaktikk.

Forhandlinger mellom Tine og Norgesgruppen frem til avtale

I et notat til konserndirektør Strøm-Olsen 19. november oppsummerer Jenssen situasjonen. Når det gjelder Rema 1000 bruker han her formuleringen: *”Synnøve vil sitte igjen med et helt marginalt sortiment, mens Q melk (ref. tidligere sak) ikke skal være i Rema. Unntaket er de aller nærmeste butikkene til Q meieriene, jeg mener det er 7 butikker.”*

I forhold til Norgesgruppen skriver Jenssen at de har et sterkt behov for å ta den konflikten som er oppstått, men at konflikten vil koste så meget på lang sikt at de ikke har noen annen utvei ennå legge på litt til.

Den 19. november sendte administrerende direktør i Norgesgruppen Sverre Leiro et brev til administrerende direktør i Tine Jan Ove Holmen med e-post. Brevet inneholder i hovedsak formuleringer om ønsker og muligheter for godt samarbeid, men inneholder også formuleringer som: *”NG oppfatter at Tine med økt konkurranse i meierisektoren har blitt mer reservert ift. fremtiden og agerer mindre proaktivt overfor NG.”* Brevet avsluttes med følgende avnitt:

NG har i årsforhandlingene for 2005 vært konkrete og tydelige overfor Tine på forventninger om ytelse/motyttelse. Vi er meget skuffet over prosessen, og konstaterer at vi i dag står langt fra hverandre. NG skal være ferdig med alle sine leverandøravtaler den 30. november. Dette betyr at det haster å komme til enighet.

Jeg blir gjerne med på et møte om du ønsker det.

Brevet ble videresendt fra Holmen til Strøm-Olsen som sendte det videre til Jenssen. Han inntok det standpunkt at ytelsene til Norgesgruppen var så store i forhold til de andre kjedene at de var nødt *”til å sette foten ned”*. Det ble et nytt møte med Norgesgruppen den 23. november, og i en e-post vedrørende forberedelsene til dette møtet skrev Jenssen til Strøm-Olsen at hvis dette møte ikke førte frem, måtte de bare konstatere at de ikke kom til enighet. Han skrev også: *”Konkurranselovens § 11 er helt tydelig at man som dominerende aktør ikke kan yte ulike vilkår for like tjenester”*.

Før møtet den 23. november fikk så Jenssen og Olderskog beskjed fra konsernledelsen om at en avtale skulle på plass. I møtet økte derfor Tine tilbudet først med 13 millioner, og etter to tenkepauser med 4 millioner og deretter med 5 millioner, slik at det samlet ble en økning sammenlignet med året før på 28 millioner. Norgesgruppen var imidlertid ikke tilfreds med dette, og det kom ikke til enighet. Dagen etter avholdt Tine sin årskonferanse på Lillehammer. Derfra hadde Olderskog en telefonsamtale med Erikson fra Norgesgruppen, som antakeligvis foreslo en økning på 32 millioner. Olderskog foreslo å

møtes midtveis på 30 millioner. I en telefonsamtale mellom Erikson og Olderskog den 29. november ble man så enige om denne økningen. Avtalen ble da på grunnrabatter 50 millioner, prosjektmidler 33 millioner, samt økning 30 millioner, til sammen 113 millioner. I tillegg kom midler til joint marketing, slik at totalbeløpet ble kr.141.922.863. Fordelingen av midlene ble det enighet om i ettertid.

Tines årskonferanse på Lillehammer.

På årskonferansen 24. til 26. november er det både referert uttalelser på konferansen, og telefonsamtaler mellom Tine og Rema 1000 som staten ser som bevis i retning av at en eneleverandøravtale var inngått, mens Tine ser det som bevis på det motsatte. Blant annet var det et utsagn i en presentasjon som lød: ”Vi SKAL vise andre at det faktisk går an å satse på et merke/leverandør”.

Retten går ikke i detalj om denne konferansen. Retten er av den oppfating at utsagn fra og om konferansen viser det også bevisførselen forøvrig har vist, nemlig at det i Tines organisasjon var en stor grad av visshet om at Synnøve Finden helt eller i hovedsak ville bli kastet ut av Rema 1000, og at begreper som fører tanken hen mot en avtale eller felles forståelse noen ganger ble brukt, men da av personer ikke hadde nærhet til den forhandlingsprosess som hadde foregått.

Avslutning Synnøve Finden/Rema 1000 og Tine/ICA november/desember 2004

De avsluttende forhandlinger mellom Synnøve Finden og Rema 1000

I en e-post til Rema 1000 den 29. november 2004 økte Synnøve Finden tilbudet med ytterligere kr.500.000. Denne siste økningen var en samarbeidsbonus som skulle slå inn dersom Synnøve Findens omsetning i Rema for 2005 oversteg 100 millioner kroner. Omsetningen i Rema 1000 i 2004 hadde vært 83 millioner kroner.

Den 7. desember ble det siste møtet mellom Synnøve Finden og Rema 1000 holdt. Tilstede for Synnøve Finden var Athammer, Jordal, samt administrerende direktør Dag Swanstrøm. tilstede for Rema var Høylye og Kalvøy. De tre fra Synnøve Finden ventet seg et reelt forhandlingsmøte, men Swanstrøm hadde hørt referert et rykte fra aksjemarkedet om at Rema 1000 ville kutte dem ut. Det synes ikke tvilsomt at Rema 1000 før dette møtet hadde bestemt seg for å kutte ut Synnøve Finden. Møtet var ikke mer enn 10 til 15 minutter, og Rema 1000 var ikke villige til å se på nye tilbud fra Synnøve Finden. Swanstrøm protesterte både under henvisning til hvor viktig spørsmålet var for Synnøve Finden, og at han mente avgjørelsen var i strid med konkurranseloven. Rema 1000 var heller ikke interessert i å diskutere konkurranseloven.

Partene ble enige om å utsette offentliggjøring av oppsigelsen til 14. desember. Av et forklaringsopptak av Jordal kan man få inntrykk av at dette skjedde fordi Rema 1000 ønsket det. Forklaringene i retten har oppklart at grunnen var at Synnøve Finden ønsket det av to grunner. Synnøve Finden er et børsnotert selskap, og Swanstrøm hadde behov for å

diskutere den videre fremgangsmåte med styret før nyheten ble kjent. Dessuten hadde Synnøve Finden behov for å få istand avtaler med økt avsetning av ost med andre kjeder, før disse ble klar over oppsigelsen.

Retten nevner at Rema 1000 etter dette satte i gang et prosjekt med sin ferskvaredisk, hvor fraværet av Synnøve Findens oster ble brukt til å skape plass for mer av andre produkter enn ost, ikke til å øke eksponeringen av Tines oster.

De avsluttende forhandlinger mellom Tine og ICA

Mot slutten av november purret Tine på ICA, men fikk til svar at ICA ikke var ferdig med arbeidet med kategorianalysene i den nye Rimi-profilen. Det er ingen referanser til dubleringstilbudet, langt mindre til noen spørsmål om eneleverandørposisjon i purringene, men i en e-post 6. desember sendte Mørck samlet det materiale som tidligere var presentert for ICA til Audun Holt, og dette inkluderer dubleringsnotatet.

Den 9. desember ble det femte møtet mellom Tine og ICA holdt. Jenssen, Mørck og Bjørshol møtte for Tine og Linge, Holt og en trainee for ICA. Som allerede nevnt er det i ettertid, herunder også forklaringsopptakene, en del forvirring om hvorvidt en del hendelser skjedde i dette møtet eller i det forrige møtet. Retten legger til grunn som mest sannsynlig at dubleringsnotatet ikke var gjenstand for særlig diskusjon i dette møtet, men at det var her det ble klart at ICA overhodet ikke lenger var interessert i notatet. Dette skyldtes at de ikke ville bli ferdig med sine kategorianalyser. Det er også enighet om at Jenssen, om det nå skjedde i dette eller i forrige møte, gav uttrykk for at det var helt greit at dette ble lagt bort..

I forklaringsopptakene har representanter for ICA forklart at de oppfattet dubleringstilbudet som et i praksis bindende tilbud, mens representantene fra Tine har beskrevet det som et arbeidsdokument.

Endelig avtale mellom Tine og ICA ble underskrevet den 15. april 2005, men med virkning fra 1. januar. Tines samlede ytelser ble da kr.50.960.000.

Retten nevner at DnV Consulting på oppdrag av Tine gjennomførte en undersøkelse av rutinene i Tine med et mandat som bygget på at dubleringsnotatet ikke burde vært utarbeidet og oversendt. Undersøkelsen stiller seg særlig kritisk til den manglende formalisering av prosessen, men uten å tilføye noe som er av vesentlig betydning for rettens vurdering.

Desember 2004 til februar 2005

Etterspill i media

Synnøve Finden tok straks kontakt med ICA, med Norgesgruppen og med Coop for å få avsetning på større mengder ost for å kompensere for tapet av Rema 1000. De kom ingen vei med Norgesgruppen, men fikk noen muligheter hos ICA. I den forbindelse viste

konserndirektør Einar Vatne dubleringsnotatet til Swanstrøm. Han fortalte ikke at det var ICA som i sin tid hadde bedt om dette, men tvert imot feilaktig at initiativet hadde kommet fra Tine. Dette opplyste Swanstrøm i retten at han også hadde forklart i forklaringsopptakene, men Tilsynet synes ikke å ha oppfattet dette som en relevant opplysning som burde tegnes ned. Synnøve Finden holdt seg til fristen som var avtalt med Rema 1000, og den 14 desember sendte de så ut en pressemelding om saken. Her uttalte Swanstrøm blant annet;

Med basis i det faktum at vi er konkurransedyktige hos andre kjedene antar vi at Tine har brukt et betydelig millionbeløp for å sikre seg total dominans på ost i Rema 1000. Vår umiddelbare vurdering er at dette bør konkurransemyndigheten kanskje se nærmere på.

Saken fikk umiddelbart stor oppmerksomhet, og ble presentert i NRKs Dagsrevyen samme kveld. Allerede dagen etter hadde Tilsynet startet informasjonsinnhenting og avhør i kjedene, og de to neste dagene startet de avhør og informasjonsinnhenting i Tine. Dette førte også til en omfattende mediedekning av spørsmålet, både i forhold til Tines opptreden, og i forhold til betaling for hylleplass i kjedene.

I februar overleverte noen dubleringsnotatet til VG. Det er ikke klarlagt hvem som gjorde det, men retten legger til grunn Swanstrøms forklaring i retten om det ikke var ham. Notatet ble slått opp i VG nett 6. februar. Saken ble fremstilt som om Tine hadde gått på ICA for å få disse til å kutte ut Synnøve Finden, mens intet ble sagt om at det var ICA som hadde tatt initiativet til notatet. I det opprinnelig oppslaget uttalte informasjonsdirektør Terje Gulbrandsen i ICA: *”Jeg kan bekrefte at VGs opplysninger er riktige. Vi fikk et tilbud fra Tine som vi takket nei til, til tross for at det på kort sikt ville vært svært lønnsomt å takke ja.”* Holmen fastholdt fra første stund da dette ble kjent, at notatet var utarbeidet av Tine, at det var utarbeidet på initiativ fra ICA, men at Tine ikke burde ha etterkommet dette initiativet. Konserndirektør Vatne i ICA uttalte i VG at ICA ikke ville gå i dialog på premissene i tilbudet. Også i NRKs Redaksjon En, fastholdt Holmen i en fjernsynsdebatt den 7. februar den versjon som i dag ikke er omstridt. Her uttrykte Vatne på telefon i debatten hvor sjokkert han var over at Tine kunne fremsette beskyldninger om at notatet var laget på ICAs initiativ. Hverken her eller i andre sammenhenger synes Holmen å ha blitt trodd i den offentlige debatt, mens det ble stilt få spørsmål ved Vatnes uriktige fremstilling.

Den 15. og 16. februar gikk Tilsynet til en opptrapping av bevisinnhenting, idet de også gjennomførte bevissikring i privatboligene til sentrale personer i Tine.

Ny avtale mellom Synnøve Finden og Rema 1000

Den 11. februar 2005 inngikk Synnøve Finden og Rema 1000 en ny årsavtale. Ytelsene fra Synnøve Finden ble 1,1 millioner kroner, men antallet varelinjer ble redusert. **Staten** og Synnøve Finden har fastholdt at denne avtalen på grunn av reduksjonene i ytelsene er sterkt redusert fra det tilbudet som ble avslått. Det viser altså at det avslåtte tilbudet var

godt nok, og at det var andre grunner til at avtale ikke ble inngått. **Tine** og Rema 1000 har fastholdt at fordi antallet varelinjer ble redusert, var tilbudet betydelig bedre for Rema 1000, og at det er derfor det kunne godtas. **Retten** finner slutninger ut ifra den nye avtalen lite egnet til å kaste lys over bruddet i desember. Den offentlige debatten som massivt hadde gått i Synnøve Findens favør, hadde stor betydning i markedet. Synnøve Finden hadde en volumvekst for hvitost på 29 prosent fra 2004 til 2005. Synnøve Findens salgsinntekter økte fra 693 millioner i 2004 til 1.251,4 millioner i 2005. Økningen var så brå og så stor at Synnøve Finden måtte inngå avtale med Tine, slik at Tine foretok leieproduksjon for Synnøve Finden for at de skulle kunne oppfylle etterspørselen. I denne situasjonen hadde både Synnøve Finden og Rema 1000 en sterk ny økonomisk interesse av å få Synnøve Findens ost inn igjen hos Rema 1000, og Rema 1000 hadde også et press mot egen goodwill i markedet som tilsa at de burde ta Synnøve Finden inn igjen. Situasjonen da denne avtalen ble inngått var derfor så forskjellig fra situasjonen da den forrige avtalen ble oppsagt, et slutninger ut ifra en sammenligning av de to avtaler synes svært usikre.

RETTENS KONKLUSJONER BASERT PÅ HENDELSESFORLØPET **Årsavtalen med Rema 1000**

Hvis forhandlingene mellom Rema 1000 og Synnøve Finden var reelle forhandlinger, kan ikke statens anførsler om en avtale eller forståelse mellom partene etter krrl. § 10 føre frem. På den annen side er det forhold at forhandlingene fra Rema 1000s side eventuelt ikke var reelle, en indikasjon om, men intet avgjørende bevis for at det forelå en felles forståelse om å holde Synnøve Finden utenfor. Bevisvurderingen vedrørende disse forhandlingene kan ikke sees isolert. Hvis det finnes andre sterke bevis for at en hemmelig avtale eller en hemmelig forståelse var kommet istand, kan det i seg selv også gjøre det sannsynlig at forhandlingene med Synnøve Finden var fiktive, uten at dette nødvendigvis innebærer et sirkelresonnement.

Retten slår fast at en eller annen gang før det siste møtet ble avholdt, hadde Rema 1000 bestemt seg for å kutte ut Synnøve Finden, slik at den aller siste del av forhandlingene ikke innebar reelle forhandlinger. Retten slår fast at det hersket en grad av visshet om at forhandlingene ikke ville føre frem hos Tine, og at dette kan indikere at resultatet var gitt uansett hva slags tilbud Synnøve Finden kom med. Retten slår på den annen side fast at en del formuleringer i notater innenfor Rema 1000, og som er særlig pålitelige fordi de aldri var ment å komme tredjemann for øye, har formuleringer som utvilsomt taler for reelle forhandlinger.

Det forblir på denne bakgrunn meget usikkert hvorvidt forhandlingene var reelle eller ikke.

Retten legger videre til grunn at hvis det ikke var noen hemmelig avtale eller forståelse med Tine, så kan grensen mellom reelle og fiktive forhandlinger bli temmelig vag. Hvis Rema 1000 hadde fattet et selvstendig valg som generelt tok sikte på å redusere antallet

leverandører, og de også hadde sikret seg en avtale med Tine som gjorde det unødvendig for dem å kjøpe ost fra Synnøve Finden, kunne de ha andre motiver for å gjennomføre fiktive forhandlinger. Generelt har Rema 1000 holdt en meget tøff forhandlingslinje, med stor vekt på å få beste tilbud tidlig i prosessen. De hadde blant annet drevet det så langt at de for noen år siden en stund sto uten avtale med Coca-Cola, som er en av de største og tyngste leverandørene for sterke varemerker. Rema 1000 kan derfor også ha hatt en egeninteresse i å føre nær fiktive forhandlinger, ikke med tanke på å skjule en avtale med Rema 1000, men simpelthen fordi det å kaste ut Synnøve Finden som et forhandlingsresultat kunne skremme så vel Synnøve Finden, som andre leverandører, til i fremtidige forhandlinger å følge signalene fra Rema 1000, blant annet ved å raskere komme opp med beste tilbud.

Retten må konkludere med at det er så vanskelig å si noe sikkert om hvorvidt forhandlingene var fiktive, at dette ikke gir særlig veiledning for vurderingen om det forelå en hemmelig avtale eller forståelse mellom partene om at Synnøve Finden skulle ut.

Retten legger til grunn at det må ha foreligget en avtale eller en forståelse mellom partene for at krrl. § 10 skal komme til anvendelse. Det har vært en diskusjon om hvorvidt alternativet samordnet adferd kan ha en selvstendig betydning i vertikale forhold utover problemstillingen ved parallellimport. I dette tilfellet var det bare en part som handlet i forhold til Synnøve Finden, nemlig Rema 1000. Det var med andre ord ingen handlinger å samordne mellom partene, og derfor står bare en forståelse eller avtale tilbake.

Retten finner på grunnlag av det forklaringene og formuleringene i dokumentene som er beskrevet foran, at det ikke er sterke indikasjoner på en avtale eller forståelse mellom partene. Retten viser til den foranstående drøftelse. I vedtaket kan det synes som om det er sterke indikasjoner på en slik forståelse, men det skyldes at Tilsynet har foretatt et skjevt utvalg av dokumenter og sitater, hvorav det mest ytterliggående eksempel er gjengivelsen av det påståtte strateginotat fra Olderskog. På den annen side har staten bevist at graden av sikkerhet i Tines organisasjon om at Synnøve Finden ville bli kuttet ut eller meget sterkt redusert hos Rema 1000, var sterk allerede fra det tidspunkt forhandlingene med Rema 1000 var avsluttet.

Retten har videre tatt hensyn til problemet med at uttalelser som er ugunstige for partene, både kan sees som en glipp hvor den avtalte taushet blir røpet, eller som slurvete formuleringer som viser at det ikke forelå noen avtaler eller bevissthet om behov for taushet.

Retten er klar over at det i slike saker ofte ikke vil være mulig å utlede noen avtale eller forståelse av dokumentene og forklaringene, idet poenget nettopp er at partene vil holde forståelsen skjult. Retten er enig med staten i at det må være adgang til å fastslå overtredelser simpelthen fordi de faktiske handlinger sterkt indikerer at noe ulovlig har

skjedd. I denne vurderingen er det et viktig moment om det kan påvises at Tine har betalt Rema 1000 ytelser som ikke kan forklares på noen annen måte enn at det er betaling for eneleverandørstatus. Men ved en slik vurdering må retten ta i bruk alle de omstendigheter som kan gi veiledning, og det inkluderer også det generelle forhandlingsklima denne høsten, og det gjelder Tines opptreden i forhold til de andre kjedene. Det er da tre forhold som særlig gjør at retten ikke kan fastslå noen avtale eller forståelse mellom partene, ei heller noen adferd fra Tine overfor Rema 1000 som kan rammes av krrl. § 11.

For det første var den alt overskyggende begivenhet for kjedene denne høsten at Lidl var iferd med å etablere seg i Norge. Den enerådende strategi for å møte dette var å la *soft discount* kjedene mer eller mindre bli til *hard discount* kjeder, og at et viktig moment i den forbindelse var færre varelinjer og færre leverandører. Rema 1000 var også den eneste gruppen som bare bestod av en *soft discount* kjede, men manglet de andre mer kostbare alternativene. Å kutte ut Synnøve Finden var godt i samsvar med en slik linje.

For det andre var det en normal forhandlingssituasjon at partene startet på null, det vil si at leverandøren prøvde å unngå en økning av ytelsene, mens kjeden stort sett var opptatt av ett forhold, nemlig hvor stor samlet økning av ytelsene de kunne oppnå. Det forhold at det blir en sterk økning i tilbudet i løpet av forhandlingsrunden, er derfor ikke tegn på at det betales for noe ekstraordinært. Retten kan som eksempel vise til forhandlingene med Norgesgruppen hvor Tine sto fast på en økning på null, men endte opp med en økning på 30 millioner pluss midler til joint marketing.

For det tredje tyder de beløp som er avtalt ikke på at det er betalt noe ekstra fra Tine, når man sammenligner med de årsavtaler som de andre kjedene har fått. Dette ser slik ut:

- **Rema 1000** hadde i 2004 avtalt ytelser for kr.23.550.000 med en brutto omsetning på ca. kr.1,6 milliarder. Det vil si ytelser tilsvarende 1,47 prosent av omsetningen. For 2005 fikk de avtalt ytelser med kr.36.600.000 med en brutto omsetning på omlag 1,65 milliarder. Det vil si ytelser tilsvarende 2,21 prosent av omsetningen.
- **ICA** hadde i 2004 avtalt ytelser for kr.46.587.811 med en brutto omsetning på omlag kr. 1,8 milliarder. Det vil si ytelser tilsvarende 2,58 prosent av omsetningen. For 2005 fikk de ytelser for kr.50.960.000 med en brutto omsetning på omlag kr. 1,62 milliarder. Det vil si ytelser tilsvarende 3,14 prosent av omsetningen.
- **Coop** hadde i 2004 avtalt ytelser for kr.60.750.000 med en brutto omsetning på omlag 2,26 milliarder. Det vil si ytelser tilsvarende 2,68 prosent av omsetningen. For 2005 fikk de avtalt ytelser for kr.71.850.000 med en omsetning på omlag kr. 2,32 milliarder. Det vil si ytelser tilsvarende 3,09 prosent av omsetningen.
- **Norgesgruppen** hadde i 2004 avtalt ytelser for kr.110.488.000 med en brutto omsetning på omlag kr. 2,98 milliarder. Det vil si ytelser på 3,7 prosent av omsetningen. For 2005 fikk de avtalt ytelser for kr.141.922.863 med en omsetning på omlag 3,26 milliarder. Det vil si ytelser for 4,35 prosent av omsetningen.

Dette viser at Rema 1000 har fått dårligere betalt enn de andre kjedene, og at det da er helt usannsynlig at betaling innebærer en ekstrabetaling for en eneleverandørposisjon. Det viser også at forhandlingsteamet i Tine har opptrådt helt korrekt når de som en meget tung markedsaktør anså at de hadde en forpliktelse til å prøve å få ytelsene til Rema 1000 opp i forhold til de andre aktørene. Utviklingen av forhandlingene med Norgesgruppen viser også at de gikk sterkt og seriøst inn for å få redusert det forspranget Norgesgruppen hadde overfor de andre kjedene, men at de ikke lykkes i dette da administrerende direktør grep inn overfor forhandlingsteamet, fordi han ikke turte å ta en konflikt med den største aktøren.

Retten legger derfor til grunn at det ikke forelå noen avtale eller forståelse mellom Tine og Rema 1000 om at Rema 1000 skulle kutte ut Synnøve Finden som leverandør. Det forelå fra et tidlig tidspunkt kunnskap hos Tine om at dette var et temmelig sikkert resultat, men dette bygget allikevel på en ensidig beslutning fra Rema 1000. Tine har således hverken overtrådt krrl. § 10 eller § 11 i sitt mellomværende med Rema 1000.

Tines dubleringsnotat og forholdet til ICA

Retten slår innledningsvis fast det uomstridte forhold at krrl. § 11 kan ramme Tines handlinger hvis de er et dominerende foretak, uansett om handlingene ikke fører frem til noen resultatet i form av handlinger eller i form av felles forståelse, og uansett om initiativet opprinnelig er kommet fra Tine selv eller bare er en respons på et utspill fra den annen part.

Hadde dubleringsnotatet blitt til på Tines initiativ, eller hadde det fått faktiske konsekvenser, ville dette bevismessig vært indikasjoner på at dubleringsnotatet var ledd i et forsøk på å tilby ICA særlige godtgjørelser for å oppnå en tilnærmet eneleverandørstatus. Nå må altså bevisvurderingen foretas uten noen slike indikasjoner.

Retten finner at spørsmålet fremstår som noe mer tvilsomt enn i forhold til avtalen med Rema 1000, hvor retten på grunn av sammenligningen med de ytelsene andre kjeder fikk, ikke har vært i tvil. Retten har imidlertid funnet at det er en sannsynlighetsovervekt for at dubleringsnotatet ikke kunne anses som et bindende tilbud eller som et forslag om betaling for få tilnærmet eneleverandørstatus på ost, til tross for at det inneholdt alle varelinjer som ble levert fra Synnøve Finden.

Retten viser først til det selvsagte at Tines representanter aldri i form av skriftlige meddelelser til motparten, eller i omforenede referater har uttrykk noe slikt. På den annen side vil det ikke være normalt at dette blir gjort, hvis partene har en bevissthet om å forsøke å omgå konkurranseloven.

Det er tre forhold som er blitt avgjørende for rettens konklusjon:

- Retten har også ved denne vurderingen lagt vekt på den generelle bakgrunn, om at kjedene på grunn av Lidl's inntreden var interessert i å redusere antall leverandører og varelinjer innenfor sine lavpriskonsepter. Videre har retten lagt noe vekt på den opptreden Tines forhandlere viste i forhandlingene med Norgesgruppen, som selv om egeninteressen er den vesentlige drivkraften, synes å vise en ansvarsfølelse overfor konkurranseloven og dens intensjoner.
- Retten har lagt vekt på at dubleringsnotatet ikke var rettet særskilt mot Synnøve Finden, men omfattet dubleringer generelt, og at også den e-post utveksling som har funnet sted omkring notatet tyder på at partene diskuterte enkelte varelinjer isolert, og at dette både gjaldt varelinjer innenfor ost, og varelinjer innenfor helt andre kategorier.
- Retten har lagt vekt på at Jenssen på vegne av Tine sa klart ifra at Tine ikke var villig til å komme med ytelser for å betale seg ut av konkurranse. Detaljer vedrørende hvordan dette ble diskutert, og i særlig grad de notater som en trainee fra ICA har laget, gjør at retten ikke er i tvil om at dette har skjedd. Retten tilføyer at notater til eget bruk fra en som møter som motpart, har en langt større bevisverdi enn formelle referater. Staten synes å stille seg undrende til at Jenssen og Tine er tilhengere av fri konkurranse, hvis de har muligheten for å bli monopolister. Retten understreker at temaet for rettens bevisvurdering i denne sammenhengen ikke er hva Tine eller Jenssens egentlige motiver er. Motivet kan være lojalitet mot konkurranseloven. Motivet kan være at konkurranse gir en innovasjon og en samlet oppmerksomhet om ost, som fører til høyere salg for Tine, enn å være monopolist i et ostemarked uten utvikling. Men motivet kan også være strategiske eller taktiske vurderinger knyttet til selve forhandlings situasjonen, og hvor poenget ikke er å unngå en monopolsituasjon, men å overbevise dagligvarekjedene om at Tine ikke er villig til å betale noe for en slik situasjon. Det vesentlige ved rettens vurdering, er at retten kan legge til grunn som bevist, at Tine og Jenssen på Tines vegne ekte og reelt forsøkte å overbevise forhandlingsmotparten om at de ikke var villig til å betale for å komme i en monopolsituasjon.

På denne bakgrunn finner retten at Tine ikke har begått handlinger som ville vært rammet av krrl. § 11 selv om Tine må anses som et dominerende foretak.

Retten trenger ikke å gå nærmere inn på vurderingen av om Tine er et dominerende foretak hverken i forhold til Rema 1000-avtalen eller i forhold til dubleringsnotatet.

SAKSOMKOSTNINGER.

Tine har etter dette vunnet saken fullt ut, og skal etter tvml. § 172 første ledd tilkjennes sakens omkostninger. Ingen av konklusjonene er så tvilsomme at annet ledd får anvendelse.

Tines prosessfullmektiger har innlevert en omkostningsoppgave på tilsammen kr.15.787.604 hvorav kr.14.064.000 er advokatsalær, kr.500.725 er godtgjørelse til sakkyndig vitne von der Fehr og kr.1.121.507 er godtgjørelse til de to sakkyndige vitner fra Copenhagen Economics. Det øvrige er små ukontroversielle utgiftsposter.

Staten har hevdet at disse utgiftene er alt for høye, selv om staten innrømmer at det er naturlig at omkostningene blir betydelig høyere enn dem de selv krever. Staten har krevd omkostninger med til sammen kr.1.429.000 hvorav kr.1.200.000 er advokatsalær. Staten har basert seg på en timesats på kr.1.200.

Tine prosessfullmektiger har opplyst at advokatsalæret tilsvarer 3 årsverk til en gjennomsnittspris på kr.2.600 per time.

Retten slår fast at omkostningene til den private part nødvendigvis vil bli betydelig høyere enn statens, idet staten også har hatt bistand fra Tilsynet vedrørende saksforberedelsesoppgaver som naturlig ivaretas av prosessfullmektigene og deres hjelpere på den private siden. Dette gjelder særlig gjennomgang av det svært omfattende materialet av beslaglagte dokumenter og den store mengden forklaringsopptak. Retten tilføyer at Tilsynet har foretatt et så skjevt utvalg av dokumenter i forhold til hva de har sitert og i forhold til hva som har vært forsøkt hemmeligholdt som forretningshemmeligheter, at det har vært nødvendig for Tines advokater å foreta en selvstendig og komplett gjennomgang. Retten er klar over at når et advokatfirma operer med en gjennomsnittspris, er prisen for de godskrevne timer varierende etter hvilket advokat eller advokatfullmektig som har utført arbeidet. Retten må akseptere at disse priser avviker i betydelig grad fra den offentlige salærsats, eller fra de satser regjeringsadvokaten benytter i sine oppgaver. Når retten skal godta svært høye satser må de imidlertid knyttes til arbeidets særlig kvalifiserte art, ikke bare til at advokaten personlig er særlig høyt kvalifisert. Retten legger til grunn at betydelige deler av arbeidet i saken er av en slik art at det betinger en høy salærsats, også i den betydning at satsen blir markert høyere enn kr.2.600 per timer. Men det er også betydelige deler av arbeidet som ikke betinger en høy sats. Retten sikter sa særlig til den omfattende dokumentgjennomgang som måtte foretas. Retten viser også til at begge parter har møtt med tre advokater i retten. Retten er enig at det var nødvendig med tre advokater under hovedforhandlingen, men retten kan ikke se at det var nødvendig med særlig kvalifisert arbeide for mer enn to, og at tredjemanns arbeid kunne ha vært ivaretatt til en minimumssats. Retten legger på denne bakgrunn til grunn at tre advokatårsverk har vært nødvendig, at ikke utbetydelige deler av dette har vært så kvalifisert arbeid at en høyere sats timesats enn kr. 2.600 har vært rettsmessig, men at arbeidet som helhet ikke kvalifiserer til en så vidt høy sats i gjennomsnitt. Retten reduserer på denne bakgrunn skjønsmessig advokatsalæret med kr.2.000.000.

Når det gjelder utgifter til sakkyndige vitner, er det argumentasjonen til vitnene som skal overbevise retten, og det kan ikke benyttes særlig dyre sakkyndige for at vitnenes status i

seg selv skal være et argument. Når det gjelder Copenhagen Economics gjelder deres utredning også et forholdsvis perifert spørsmål, i og med at vurderingen av om Tine var en dominerende aktør bare kunne bli avgjørende for vurderingen etter krrl. § 11, mens det var den påståtte overtredelse av § 10 i forhold til Rema 1000 som var det mest alvorlige forholdet. Retten finner derfor også å ville redusere utgiftsdekningen til Copenhagen Economics med kr. 600.000.

Saksomkostningene som tilkjennes blir etter dette kr.13.187.604,-.

Domsslutning:

- 1. Konkurransetilsynets vedtak av 19. februar 2007 i sak V2007-2 oppheves.**
- 2. Staten tilpliktes å betales sakens omkostninger med kr.13.187.604,- -kroner-trettenmillionerethundreogåttisyvtusensekshundreogfire00/100- med tillegg av lovens rente fra 14 dager etter dommens forkynnelse til betaling skjer.**

Retten hevet

K.E.Strøm

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker vedlegges.

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker

Reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 om anke til lagmannsretten og Høyesterett regulerer den adgangen partene har til å få avgjørelser overprøvd av høyere domstol. Tvisteloven har noe ulike regler for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger.

Ankefristen er én måned fra den dagen avgjørelsen ble forkynt eller meddelt, hvis ikke noe annet er uttrykkelig bestemt av retten.

Den som anker må betale behandlingsgebyr. Den domstolen som har avsagt avgjørelsen kan gi nærmere opplysning om størrelsen på gebyret og hvordan det skal betales.

Anke til lagmannsretten over dom i tingretten

Lagmannsretten er ankeinstans for tingrettens avgjørelser. En dom fra tingretten kan ankes på grunn av feil i bedømmelsen av faktiske forhold, rettsanvendelsen, eller den saksbehandlingen som ligger til grunn for avgjørelsen.

Tvisteloven oppstiller visse begrensninger i ankeadgangen. Anke over dom i sak om formuesverdi tas ikke under behandling uten samtykke fra lagmannsretten hvis verdien av ankegjensstanden er under 125 000 kroner. Ved vurderingen av om samtykke skal gis skal det blant annet tas hensyn til sakens karakter, partenes behov for overprøving, og om det synes å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket eller ved behandlingen av saken.

I tillegg kan anke – uavhengig av verdien av ankegjensstanden – nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre fram. Slik nekting kan begrenses til enkelte krav eller enkelte ankegrunner.

Anke framsettes ved skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Selvprosederende parter kan inngi anke muntlig ved personlig oppmøte i tingretten. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater inngir muntlig anke.

I ankeerklæringen skal det særlig påpekes hva som bestrides i den avgjørelsen som ankes, og hva som i tilfelle er ny faktisk eller rettslig begrunnelse eller nye bevis.

Ankeerklæringen skal angi:

- ankeinstansen
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hvilken avgjørelse som ankes
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det krav ankesaken gjelder, og en påstand som angir det resultatet den ankende parten krever
- de feilene som gjøres gjeldende ved den avgjørelsen som ankes
- den faktiske og rettslige begrunnelse for at det foreligger feil
- de bevisene som vil bli ført
- grunnlaget for at retten kan behandle anken dersom det har vært tvil om det
- den ankende parts syn på den videre behandlingen av anken

Anke over dom avgjøres normalt ved dom etter muntlig forhandling i lagmannsretten. Ankebehandlingen skal konsentreres om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet og tvilsomme når saken står for lagmannsretten.

Anke til lagmannsretten over kjennelser og beslutninger i tingretten

Som hovedregel kan en *kjennelse* ankes på grunn av feil i bevisbedømmelsen, rettsanvendelsen eller saksbehandlingen. Men dersom kjennelsen gjelder en saksbehandlingsavgjørelse som etter loven skal treffes etter et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling, kan avgjørelsen for den skjønnsmessige avveiningen bare angripes på det grunnlaget at avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan bare ankes på det grunnlaget at retten har bygd på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter den anvendte bestemmelsen, eller på at avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig.

Kravene til innholdet i ankeerklæringen er som hovedregel som for anke over dommer.

Etter at tingretten har avgjort saken ved dom, kan tingrettens avgjørelser over saksbehandlingen ikke ankes særskilt. I et slikt tilfelle kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Anke over kjennelser og beslutninger settes fram for den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anke over kjennelser og beslutninger avgjøres normalt ved kjennelse etter ren skriftlig behandling i lagmannsretten.

Anke til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Slikt samtykke skal bare gis når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. – Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta til behandling anker over *kjennelser og beslutninger* dersom de ikke reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende saken, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller den i det vesentlige reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelse og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.