



TOMMY STAAHL GABRIELSEN  
Professor, Universitetet i Bergen

# Dominans i konkurranseretten – med eksempler fra Tine-saken<sup>1</sup>

## 1 INNLEDNING

Den nye konkurranseloven av 2004 fikk en ny forbudsbestemmelse som forbyr dominerende bedrifter å misbruke sin markedsposisjon. For at denne bestemmelsen i konkurranseloven skal kunne komme til anvendelse må det etableres at bedriften det er snakk om faktisk er dominerende. Dominans er et juridisk begrep men i konkurransesaker defineres dominans ofte av økonomisk teori og empiri. Hvordan dette gjøres, er tema for denne artikkelen.

Bestemmelsen om forbud mot misbruk av dominerende stilling har så langt ikke vært mye benyttet i Norge. En av de største misbrukssakene i Norge er den såkalte Tine-saken fra 2007. I denne saken ila Konkurransetilsynet Tine et overtredelsesgebyr på 45 millioner kroner for brudd på både forbudet i §11, men også for brudd på § 10 som forbyr konkurransebegrensende avtaler. I korte trekk gjaldt saken hvorvidt Tine i 2004 hadde brutt konkurranselovens forbudsbestemmelser når de forhandlet nye leverandørkontrakter for leveranser av ost til enkelte dagligvarekjeder. Utfallet av forhandlingene ble at Tines nærmeste konkurrent – Synnøve Finden – ble utestengt fra Rema 1000 kjeden.

Tine-saken har så langt vært behandlet i to rettsinstanser. Etter tilsynets vedtak i 2007 brakte Tine saken inn for tingretten. I 2009 frifant Oslo tingrett Tine på alle punkt,

og opphevet dermed Konkurransetilsynets vedtak. Konkurransetilsynet anket denne avgjørelsen inn for lagmannsretten, og i 2010 avsa Borgarting lagmannsrett en dom der Tine ble dømt for misbruk av dominerende stilling, men frifunnet for anklagene om ulovlig avtale etter §10. Tine ble dømt til å betale et overtredelsesgebyr på 30 millioner kroner. I skrivende stund er det kjent at Tine har anket saken inn for høyesterett, men det er ikke offentlig kjent hva ankegrunnlaget er.

Tine-saken reiser mange interessante konkurranserettslige og –økonomiske problemstillinger. Blant annet fikk spørsmålet om Tines eventuelle dominerende stilling eller ikke en relativt stor plass i rettsbehandlingene, og for mange kan nok dette i utgangspunktet virke overraskende. Uansett, Tine hevdet at de ikke var dominerende, og spørsmålet fikk derfor stor oppmerksomhet.

Det finnes ulike metoder og innfallsvinkler til dominansspørsmålet, og jeg skal starte med en kortfattet diskusjon av disse. Rettsbehandlingene av Tine-saken brakte til overflaten en ganske fundamental uenighet mellom partenes økonomiske eksperter – ikke bare om hvorvidt Tine er dominerende eller ikke - men også om hvilken metode som er best egnet til å avgjøre spørsmålet om dominans. I siste del av artikkelen vil jeg derfor belyse denne uenigheten ved å henvise til diskusjonene i Tine-saken.

<sup>1</sup> Takk til en anonym konsulent for nyttige innspill og kommentarer. Synspunkt og meninger som kommer til uttrykk i denne artikkelen er forfatterens egne og kan ikke tilskrives verken Konkurransetilsynet eller Universitetet i Bergen,

## 2 DOMINANS – DEN TRADISJONELLE METODEN

Begrepet dominans i konkurranseretten har ingen presis definisjon. Dominansbegrepet er definert gjennom konkurranseretten, først og fremst gjennom premiss 65 i avgjørelsen i saken mellom United Brands og Kommissjonen fra 1978. Her heter det blant annet:

*At en virksomhet inntar en så sterk økonomisk stilling, at den har mulighet for å hindre at det opprettholdes effektiv konkurranse på det angjeldende marked, i det den nevnte stillingen gir virksomheten vide muligheter for uavhengig atferd i forhold til konkurrenter, kunder og i siste instans forbrukere.*

Presist hva som ligger i «muligheter for uavhengig atferd i forhold til konkurrenter, kunder og forbrukere» sier denne premissen ingenting om. Fra et økonomisk ståsted er denne definisjonen lite håndterlig ettersom selv en utruet monopolist ikke ville kunne opptre helt uavhengig av sine kunder.

Den konkrete vurderingen av dominansspørsmålet i konkurransesaker tar derfor utgangspunkt i bedriftens markedsandel og foregår i to trinn. Først finner man ut hvilke produkter som er konkurrenter til den antatt dominerende bedriftens produkter, og på basis av dette regner man ut bedriftens markedsandel. Dersom bedriften ender opp med en markedsandel på 40 – 50 % eller mer, sier man at det foreligger såkalt presumsjon for dominans. Dette betyr at bedriften er å regne som dominerende med mindre det foreligger noen spesifikke forhold som tilsier at så likevel ikke er tilfelle.

Disse spesifikke forholdene er kjøpermakt og potensiell konkurranse. I trinn to undersøker man derfor om den antatt dominerende bedriften er utsatt for så sterk kjøpermakt at den – til tross for sin høye markedsandel – likevel ikke er i stand til å utnytte markedsrett. Likeledes kan det tenkes at det finnes potensielle konkurrenter der ute som, i det øyeblikk bedriften forsøker å utnytte sin markedsposisjon til å øke prisene, umiddelbart vil etablere seg og dermed å gjøre høye priser ulønnsomt. Sterk kjøpermakt og/eller sterk potensiell konkurranse kan altså medføre at bedrifter med høy markedsandel ikke klarer å utnytte sin markedsposisjon.

Denne tradisjonelle metoden tar altså utgangspunkt i markedsandeler, og man må derfor avgrense markedet; man må finne det relevante markedet.

### 2.1 Det relevante markedet

Når man skal avgrense det relevante markedet skal man finne de produkter og produsenter som utøver et tilstrekkelig stort konkurransepress på produktene til den angivelig dominerende bedriften, og i hvilke geografiske områder disse produktene eller produsentene befinner seg. Markedsavgrensingen har dermed både en produktmessig og en geografisk dimensjon. I prinsippet kan man avgrense markedet både produktmessig og geografisk i en operasjon, men i mange tilfeller gjøres dette sekvensielt. Når markedet er avgrenset både produktmessig og geografisk kan man beregne bedriftenes markedsandeler.

Det finnes ulike metoder for å avgrense markedet. Hovedskillet går mellom det vi kan kalle kvalitative metoder og kvantitative metoder. De kvalitative metodene går enkelt sagt ut på å vurdere ulike produkters egenskaper og bruksområder for så å vurdere om disse er tilstrekkelig like til at produktene kan inkluderes i samme marked. Fokuset i denne sammenheng skal være på de kvantitative metodene. Den anerkjente testen blant konkurranseøkonomer og –jurister for å avgrense det relevante markedet er en test som kalles «hypotetisk monopol testen», eller SSNIP-testen<sup>2</sup> blant de innvidde<sup>3</sup>. I korte trekk går denne testen ut på følgende: Man tar utgangspunkt i det produkt som man ønsker å finne markedet til. Dermed finner man det nærmeste substituttet til dette produktet som er produsert av en konkurrent, og så antar man at prisene til disse to produktene kontrolleres av en (hypotetisk) monopolist<sup>4</sup>. Spørsmålet man stiller så er hvorvidt den hypotetiske monopolisten vil finne det lønnsomt å gjennomføre en liten men varig prisøkning på 5-10 %.

Ideen er da at hvis den hypotetiske monopolisten finner en slik prisøkning lønnsom vil den ikke være tilstrekkelig disiplinert av andre konkurrerende produkter. I så fall er markedet avgrenset til å omfatte de to produktene vi har inkludert. På den annen side, dersom prisøkningen for monopolisten ikke er lønnsom, kan dette skyldes at monopolisten gjennom å øke prisene taper så mye salg til konkurrerende produkter at markedet må utvides til å

<sup>2</sup> På engelsk betegnes «en liten varig prisøkning» som «a Small and Significant, Non-transitory Increase in Price», herav forkortelsen SSNIP.

<sup>3</sup> Dette er også i samsvar med EFTA's overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked, se EF-Tidende (1998) og EØS-tillegget (1998).

<sup>4</sup> Slik sett er betegnelsen hypotetisk monopolist kanskje noe misvisende ettersom det er langt fra sikkert at den hypotetiske monopolisten faktisk kan oppføre seg som en monopolist. Det er jo nettopp dette testen skal avsløre. Slik sett hadde kanskje begrepet «hypotetisk fusjonert bedrift» passet bedre.

inkludere flere produkter og/eller geografiske områder. I så fall inkluderer man ytterligere et produkt (igjen det næreste substituttet) og gjentar testen. Slik fortsetter man til man finner en lønnsom prisøkning, og de produkter man da har inkludert utgjør det relevante markedet.

Vi ser at gjennom en slik ideell test kan man avgrense markedet både produktmessig og geografisk i samme operasjon dersom produktene man inkluderer i løpet av testen både har produktmessige og geografiske karakteristika. I praksis gjøres imidlertid markedsavgrensingen i to operasjoner, en produktmessig og en geografisk avgrensing.

## 2.2 SSNIP-testen og kritisk tap analyse

SSNIP-testen er en test opprinnelig utviklet for bruk i fusjonssaker. Utgangspunktet her er at to bedrifter ønsker å fusjonere. SSNIP-testen avgrenser markedet og finner dermed bedriftenes markedsandeler i det relevante markedet før og etter fusjonen. Hvis markedskonsentrasjonen blir for sterk som følge av fusjonen, eller at markedskonsentrasjonen økes ytterligere fra et høyt nivå, kan dette reise konkurransemessige bekymringer. Konkurranseloven har to kriterier for vurderinger av fusjoner. For det første må det vurderes om fusjonen fører til en vesentlig begrensing av konkurransen. Det andre kriteriet er om en fusjon forsterker en allerede vesentlig begrensing av konkurransen. SSNIP-testen gir et mulig svar på begge disse spørsmålene ettersom testen både etablerer aktørenes markedsandeler før fusjonen, og hvilken markedsandel det fusjonerte selskapet vil få etter fusjonen<sup>5</sup>.

I konkurransepolitisk praksis gjennomføres SSNIP-testen ofte med en såkalt kritisk tap analyse. En kritisk tap analyse sammenlikner det man kaller kritisk og faktisk tap. Det kritiske tapet er hvor mange prosent av salget en hypotetisk monopolist kan tape som følge av en 5-10 % prisøkning for at monopolisten skal være indifferent i forhold til situasjonen der prisene ikke økes (status quo). Det kritiske tapet vil avhenge av hvilken margin produktene har i utgangspunktet. Det kritiske tapet (Critical Loss, heretter CL) kan skrives:

$$(1) CL = - \frac{X}{X + m}$$

Der X er den prosentvise økningen i prisen (vanligvis 5 eller 10 %), og m er monopolistens påslag (markup), dvs.

$$(2) m = \frac{P - c}{p}$$

Det faktiske tapet er hvor mange prosent av salget den hypotetiske monopolisten faktisk vil tape som følge av prisøkningen. Denne vil avhenge av etterspørselens prisfølsomhet. Det faktiske tapet (Actual Loss, heretter AL) kan skrives:

$$(3) AL = X e_{ii}$$

Der X igjen er prisøkningen, mens  $e_{ii}$  er etterspørselens egenpriselasitet. Når disse størrelsene er funnet, sammenliknes CL med AL. Dersom  $CL > AL$  vil prisøkningen være lønnsom for monopolisten, og markedet vil være avgrenset til å inkludere de produkter vi har inkludert i testen. Dersom det viser seg at  $CL < AL$  vil prisøkningen ikke være lønnsom og markedet må være større enn de produkter vi har foretatt testen for.

Den praktiske implementeringen av SSNIP-testen gjennom en kritisk tap analyse er ofte noe enklere enn den ideelle teoretiske SSNIP-testen. Dette skyldes i de aller fleste tilfeller mangel på relevante data. SSNIP-testen krever at vi kan identifisere en rekke produkter og at vi kan rangere disse innbyrdes etter graden av substituerbarhet. Deretter utvider man gradvis markedet gjennom suksessive inkludering av de nærmeste substituttene. I praksis må en ofte ta utgangspunkt i en hel produktgruppe, og spørsmålet blir om denne gruppen er et eget marked eller ikke. For å gjennomføre en kritisk tap analyse trenger vi et estimat på den hypotetiske monopolistens margin og på etterspørselens prisfølsomhet. Det er viktig å presisere at det er den hypotetiske monopolistens margin som skal inngå, og ikke marginen til en tilfeldig produsent av et produkt som inngår i den hypotetiske monopolistens produktportefølje. Grunnen til dette er at ulike produsenter kan ha høyst ulike marginer, og da blir det feil å ta utgangspunkt i en tilfeldig valgt margin. Valg av margin spiller selvsagt en vesentlig rolle for resultatet. Tar man utgangspunkt i en for høy margin vil det kritiske tapet minke. For et gitt faktisk tap vil dette tendere mot at det faktiske tapet blir større enn det kritiske, noe som i så fall fører til at man vil feilaktig kan komme i fare for å utvide markedet for mye. I en fusjonssak vil dette bety at man vil undervurdere partenes markedsandeler, og man står i fare for å undervurdere de konkurranseskadelige effektene av fusjonen.

<sup>5</sup> Det er verdt å legge merke til at høy markedskonsentrasjon i seg selv ikke er nok til å gripe inn mot fusjoner, men det er en indikasjon på at det kan være et mulig konkurranseproblem.

For å gjennomføre en kritisk tap analyse er man også avhengig av et estimat på etterspørselastisiteten for de produkter som omfattes av testen. Har man gode data, kan denne estimeres, men ofte må man ty til publiserte studier og foreta en vurdering av disse. I det siste tilfellet er det ikke alltid sikkert at man finner presise estimater på etterspørselastisiteten på akkurat de produkter eller produktgrupper man ønsker. Videre krever gjennomføring av kritisk tap analysen at vi kjenner påslaget til den hypotetiske monopolisten. Dersom alle produsenter har samme påslag er dette i prinsippet uproblematisk. Dersom de er stor variasjon i bedriftenes påslag dukker spørsmålet opp om hvordan disse skal vekttes sammen for å finnes påslaget for den hypotetiske monopolisten.

Som nevnt over er SSNIP-testen først og fremst utviklet for fusjonssaker. Hovedbekymringen i slike saker er hvorvidt konkurransen vil bli svekket som følge av økt markeds-konsentrasjon. Det er derfor et helt vesentlig poeng at SSNIP-testen tar utgangspunkt i priser som er fastsatt under rimelig grad av konkurranse. Dersom markedsprisene – av en eller annen grunn – er forhøyet utover konkurransemessige priser, oppstår det en fare for det såkalte «Cellophane Fallacy»-problemet

### 2.3 Cellophane Fallacy problemet (CF)

Dette problemet har sin bakgrunn i en kjent amerikansk konkurransesak fra 1956. Bedriften du Pont produserte cellofanpapir til innpakning, og et sentralt spørsmål i saken var om cellofanpapir var et eget marked, eller om også andre innpakkingsmaterialer tilhørte samme marked. Amerikansk høyesterett framholdt at høye krysspriselasititeter mellom cellofan og andre innpakkingsmaterialer betød at markedet var større enn cellofan alene, og dermed at du Pont ikke kunne regnes som dominerende. Denne avgjørelsen har senere blitt heftig kritisert ettersom det også under rettsaken kom fram at du Ponts priser var svært høye, og at dette kunne være grunnen til de høye krysspriselasititetene.<sup>6</sup>

Enkelt sagt er CF-problemet det at når en pris på en vare får en kunstig høy pris så vil mange varer som egentlig er svært dårlige substitutter i utgangspunktet framstå som mer relevante substitutter enn det de egentlig er. I domnanssaker vil kunstig høye priser typisk skyldes utnyttelse av markeds-makt. Det er derfor et iboende problem i domi-

nanssaker å benytte SSNIP-testen på gjeldende priser fordi disse naturlig nok allerede kan være influert av markeds-makten til den dominerende bedriften. I så fall betyr dette at både estimerte marginer og etterspørselastisitet vil være for høye i forhold til dersom disse ble estimert til konkurransemessige priser. Ved å ta utgangspunkt i priser som i vesentlig grad er influert av markeds-makt vil man derfor stå i fare for å avgrense markedet for vidt. Grunnen er – som vi var inne på over – at til svært høye priser vil ytterligere prisøkninger i større grad føre til at konsumentene slutter å kjøpe produktet eventuelt går over til alternative produkter som egentlig er svært dårlige substitutter. Sagt på en annen måte; hvis vi ikke tar inn over oss at en dominerende bedrift utnytter markeds-makt, vil vi – gjennom blindt å anvende SSNIP-testen – havne i den paradoksale situasjon at vi vil stå i fare for å konkludere at den dominerende bedriften ikke er dominerende. Diskusjonen mellom partene i Tine-saken er et godt eksempel på dette problemet, noe jeg vil komme tilbake til under.

### 2.4 Cellophane fallacy – en direkte metode

Hvordan løse den iboende faren for Cellophane-Fallacy problemet i dominanssaker? Dersom det kan etableres at de observerte prisene til en bedrift avviker fra normale konkurransepriser med mer enn 5-10 % er bedriften å regne som dominerende. Grunnen er at dette betyr at den angivelige bedriften *alene* har funnet det lønnsomt å heve prisen med 5-10 % utover konkurransepriser. Dette må bety at bedriften ikke har nære nok konkurrenter som har disiplinert prissettingen til bedriften. I sin tur betyr dette at når bedriften *alene* har funnet dette lønnsomt, er det åpenbart at også en hypotetisk monopolist som kunne kontrollere prisen på både bedriftens produkt og også den nærmeste konkurrenten, også ville ha funnet minst den samme prisøkningen lønnsom. I så fall er SSNIP-testen allerede gjennomført, og markedet er avgrenset til den angivelige bedriftens produkt. SSNIP-testen er riktignok ikke gjennomført ved hjelp av statistisk estimering av elastisiteter og prispåslag, men gjennom avslørte preferanser. Bedriften har gjennomført en prisøkning på minst 5-10 %, ergo må han ha funnet det lønnsomt. Dette er ingen kvalitativ vurdering, men en perfekt gjennomført kvantitativ test som ikke er beheftet med den usikkerhet som alltid er en iboende faktor ved statistiske analyser.

<sup>6</sup> Se for eksempel *Stocking og Mueller (1955) som kommenterer saken som startet i 1947.*

Dette betyr at dersom vi kan etablere at prisene vi observerer allerede er forhøyet med mer enn 5-10 % utover konkurransenivået vil det være en direkte metode til ikke bare å avgrense markedet, men også til å avgjøre dominansspørsmålet. Vi trenger i et slikt tilfelle ikke gå gjennom en full markedsavgrensing, beregne markedsandeler for den antatt dominerende bedriften, og dernest vurdere hvorvidt kjøpermakt, potensiell konkurranse og nyetableringer eventuelt kan tenkes å likevel innebære at bedriften likevel ikke er dominerende. Den direkte metoden gjør alt dette i et jafs; prisene er økt og det avgrenser markedet. Det at prisene har økt betyr også at verken kjøpermakt, potensiell konkurranse eller fare for nyetableringer i markedet har vært nok til å avskrekke bedriften fra å øke prisene. Dette poenget framheves av ledende eksperter på feltet. O'Donoghue og Padilla (2006, s 82) for eksempel skriver om dette:

*«...estimating the competitive price level would transform the SSNIP test into a direct test of dominance. If, somehow, the competitive price level could be identified, then there would be no need to go through the whole process of defining the relevant markets and assessing dominance on the basis of structural and behavioural proxies.»*

Forskjellen på SSNIP-testen og den direkte metode er egentlig spørsmål om et ex-ante og et ex-post perspektiv. Mens SSNIP-testen vurderer hvorvidt en hypotetisk monopolist ex-ante vil ha insentiver til å øke prisene, spør den direkte metoden ex post om den antatt dominerende bedriften allerede har økt prisen utover konkurransenivå.

Den største utfordringen med den direkte metoden er å finne ut hva som er konkurransemessige priser. Med konkurransemessige priser mener vi de priser som ville ha rådet under tilstrekkelig konkurranse. Under dette ligger det en antydning av at prisene ikke skal være influert av markedsrett i vesentlig grad. I teoriens verden med homogene produkter er dette enkelt: konkurransemessige priser er priser som avspeiler effektive bedrifters kostnader. I virkelighetens markeder er nesten alle priser influert av markedsrett i større eller mindre grad. Det virker rimelig åpenbart at kostnadsbaserte priser ikke kan være det kravet som observerte markedspriser skal måles opp mot.

<sup>7</sup> Jeg skylder å gjøre oppmerksom på at jeg gjennom hele denne saken så langt har vært involvert på statens side. Først som uavhengig ekspert engasjert av Konkurransetilsynet, og senere som ansatt sjefføkonom i Konkurransetilsynet.

<sup>8</sup> I samme sak var det også et spørsmål om det eksisterte en ulovlig avtale ift § 10 mellom Rema og Tine med samme formål, og et spørsmål om Tine hadde gjort et tilsvarende forsøk overfor ICA-kjeden.

En tilnærming som har vært framhevet (blant annet av Padilla og O'Donoghue) kan være å sammenlikne prisene til den antatt dominerende aktøren med prisene i andre markeder med tilsvarende karakteristika. Dersom prisene i sammenliknbare markeder er vesentlig lavere enn de prisene vi observerer for den antatt dominerende bedriften, kan dette være en indikasjon på at utnyttelse av markedsrett, og at vi dermed har et CF-problem. En annen tilnærming kan være å måle bedriftens marginer. Høye marginer vil – alt annet like – trekke i retning av at bedriften har markedsrett.

### 3 DOMINANSSPØRSMÅLET I TINE-SAKEN

Mange av de problemstillingene jeg har diskutert over var svært sentrale diskusjonstema i den såkalte Tine-saken.<sup>7</sup> Handlingsforløpet i denne saken stammer fra høsten 2004, og et sentralt spørsmål i saken var om Tine overtrådte forbudet mot misbruk av dominerende stilling i årsforhandlingene med Rema 1000 denne høsten ved at de framforhandlet en avtale med Rema som gjorde Tine til eneleverandør av oste produkter til Rema.<sup>8</sup> Den nærmeste konkurrenten til Tine – Synnøve Finden – ble kastet ut av Rema-1000 butikkene, og spørsmålet i saken var om dette var konsekvensen av en ulovlig avtale og/eller utgjorde et misbruk av dominerende stilling. Saken har vært gjennom tingrett og lagmannsrett og er anket til høyesterett.

Tingrettsdommen (OT (2009)) tok ikke eksplisitt stilling til spørsmålet om Tine er en dominerende aktør. Dommen gikk likevel langt i antydning at Tine må regnes som en dominerende aktør, men uten å foreta en nøyere vurdering av spørsmålet. Dommen fra lagmannsretten (BLR (2010)) derimot, foretok en noe nøyere vurdering av dominansspørsmålet, og konkluderte med at Tine er en dominerende aktør som dermed er underlagt forbudet mot misbruk av dominerende stilling.

Spørsmålet om dominans – ufortjent eller ikke – har hatt en stor plass i saken. Konkurransetilsynets vedtak (Konkurransetilsynet (2007), heretter vedtaket) baserte dominansspørsmålet i hovedsak på to vurderinger. For det første gjennomførte tilsynet en kvalitativ avgrensing av markedet ved å vurdere produkttegnaker, bruksområder og priser, og gjennom å spørre konkurrenter og

kunder om mulighetene for å substituere bort Tines produkter. På bakgrunn av den kvalitative undersøkelsen og spørreundersøkelsen konkluderte tilsynet med at hvitost og brunost var egne produktmarkeder, selv om resultatene fra spørreundersøkelsen ikke var entydige. For det andre hevdet tilsynet at norske ostepriser allerede er vesentlig forhøyet på grunn av sterke reguleringer i melkemarkedet, og på grunn av eksistensen av det betydelige tollvernet på ost og melk. På dette grunnlag hevdet tilsynet at ost er et eget produktmarked som maksimalt er nasjonalt. Tine på sin side hevdet at norsk ost sannsynligvis er en del av et større påleggsmarked som mest sannsynlig også er et europeisk marked.<sup>9</sup>

Tines argumenter støttet seg på en rekke ekspertvurderinger, først og fremst fra et dansk konsulentbyrå og akademiske eksperter fra Norge. Det danske konsulentbyrået – Copenhagen Economics (CE heretter) – gjennomførte en omfattende empirisk undersøkelse av priser og marginer på norske påleggsprodukter, og foretok en kritisk tap analyse på ulike norske ostetyper. CE estimerte egen- og kryssprislastiteter mellom ulike påleggstyper og brukte data fra den såkalte etterregningsordningen<sup>10</sup> for å estimere Tines marginer. CEs beregninger viste relativt marginale forskjeller på kritisk og faktisk tap for ulike ostetyper, men tallene tydet på at hvitost ikke er et eget marked men at «all ost» er et eget marked. CE falt imidlertid ned på at det ikke lot seg avgrense egne produktmarkeder for noen ostetyper og at andre påleggstyper sannsynligvis også må inkluderes i det relevante produktmarkedet. Den geografiske markedsavgrensingen ble av CE hevdet å være større enn Norge, muligens hele Europa. Med en slik markedsdefinisjon vil Tines markedsandeler bli så lave at det vanskelig kan hevdes at det foreligger presumpsjon for at Tine er dominerende, ifølge CE.

CE tok imidlertid ikke høyde for Cellophane Fallacy i sine beregninger. Tvert imot avviste CE at dette problemet var noe relevant aspekt med det norske ostemarkedet. Konkurransetilsynet på sin side bestred dette, og viste til at norske osteprodusenter er beskyttet av et importvern med en toll på om lag 50 % av ostens pris inn til kjedene, samt at norske engrospriser på ost er omtrent det dobbel-

te av hva danske dagligvarekjeder betaler for noenlunde tilsvarende oster. Dette betyr – hevdet tilsynet – at norske ostepriser i prinsippet kan økes tilsvarende tollvernet uten å utløse import i særlig grad, og at dette faktisk også er gjort. Dette er – ifølge tilsynet – i seg selv nok til å konkludere at Tine er dominerende, jfr. den direkte metoden vi diskuterte over.

Tines andre eksperter hadde en noe annerledes tilnærming<sup>11</sup>. Disse hevdet at spørsmålet om Tines dominans eller ikke, kunne avgjøres direkte uten å gå omveien om markedsavgrensning og beregning av markedsandeler. Man foreslo dermed en *annen direkte metode* enn den Konkurransetilsynet la til grunn basert på Cellophane Fallacy argumentet. Tines eksperter hevdet at vi kunne bare studere reguleringer i melkemarkedet og Tines lønnsomhet. For det første – hevdet Tines eksperter – dekket Tine knapt sine kostnader, og det har formodningen mot seg at et slikt selskap er dominerende. For det andre er melkesektoren gjennomregulert, og dette ble hevdet å medføre at Tine ikke hadde den uavhengighet til å sette sine priser som kreves av en dominerende aktør. Dessuten hevdet Tine – med henvisning til sitatet fra Padilla og O'Donogue over – at dersom man skal gjennomføre en SSNIP-test gjøres dette enklest med å ta utgangspunkt i det antatt dominerende selskap selv: Vil Tine finne det lønnsomt på varig basis å heve prisene på de aktuelle produktene med 5-10 %? Hvis svaret er nei, kan ikke Tine være dominerende.

Sentralt i uenigheten mellom staten og Tine sto altså to tilsynelatende ulike typer direkte metoder for å avgjøre dominansspørsmålet. For å forstå denne sentrale uenigheten er det nødvendig å forstå hvordan noen grunnleggende trekk ved det norske melkemarkedet, og hvilken rolle samvirkeorganisasjonen Tine har i dette markedet.

### 3.1 Melkemarkedet

Melkemarkedet er et svært komplisert marked som er omfattet av mange ulike reguleringer som det vil føre for langt å komme inn på her. Sentralt er det imidlertid at den totale melkeproduksjon i Norge fastsettes i jordbruksforhandlingene gjennom en kvoteordning, og Tine har

<sup>9</sup> Det var også mange diskusjoner om produktmarkedet omfattet «all ost» eller om det finnes egne produktmarkeder for hvitost og brunost. Jeg skal la denne diskusjonen ligge i den sammenheng ettersom dette spørsmålet ikke er avgjørende for Tines posisjon som dominerende aktør.

<sup>10</sup> Etterregningsordningen ble administrert av Statens landbruksforvaltning, og kontrollerte at Tine ikke tok seg for mye betalt for melken til sine konkurrenter i forhold til egne grossistpriser og produksjonskostnader. Ordningen ble avviklet i 2007.

<sup>11</sup> Tines akademiske ekspertteam besto innledningsvis forut for tingrettsbehandlingen av professor Dag Morten Dalen og professor Nils Henrik von der Fehr, men i senere fase av saken kun professor von der Fehr. Fra statens side var professor Lars Sørgaard og undertegnede ekspertvitner.

omtrent monopol på innsamling av melk. Disse ordningene er unntatt Konkurranseloven. Stortinget har imidlertid bestemt at det skal eksistere konkurranse på foredlingsledet. Blant annet for å sikre Tines konkurrenter tilgang til melkeråvaren på samme vilkår som Tine selv, ble Tine delt opp i to separate regnskapsmessige enheter: Oppstrømsenheten Tine Råvare, og nedstrømsenheten Tine Industri. Nedstrømsenheten produserer meierivarer i konkurranse med andre aktører (Q, Synnøve Finden etc.), og oppstrømsenheten forsyner Tine og Tines konkurrenter med melk. Tine er et samvirke, og leverer overskuddet fra sin virksomhet gjennom melkeprisen til sine eiere (melkebøndene).

Reguleringene i melkemarkedet er et sinnrikt system med målpris, noteringspris, styringspris, prisutjevning, importvern, Tines markedsregulatorrolle, eksportmuligheter og omsetningsavgift som det vil føre altfor langt å komme inn på i denne sammenheng. Et viktig element er at Tine gjennom jordbruksforhandlingene får fastsatt en målpris for melken. Målprisen er den pris som Tine skal søke å oppnå gjennom eget markedsuttak for meieriprodukter og salget av melk til sine konkurrenter. Nivået på målprisen er avstemt i forhold til hva markedet erfaringsmessig kan tåle, og en vesentlig faktor i forhold til dette er styrken i importvernet. Systemet er basert på en pris-minus-kalkulasjon slik at når man tar Tines ferdigvarepriser til sine kunder og trekker fra Tine kostnader så skal ideelt sett den gjenværende verdi omregnet til pr. liter melk tilsvare målprisen som er fastsatt i jordbruksforhandlingene. Det sentrale er altså at melkeprisen – eller råvareverdien på melk om man vil – bestemmes residualt av ferdigvareprisene på engrosleddet og Tines kostnader. Dette betyr at dersom systemet fungerer etter hensikten - det vil si at målprisen oppnås - vil Tines nedstrømsaktivitet per definisjon gå i null. Dette er fordi alt overskuddet fra foredlingsvirksomheten leveres ut til samvirkets eiere gjennom melkeprisen.

### 3.2 Tines direkte metode

Som nevnt over hevdet Tines ekspert at dominansspørsmålet kunne avgjøres direkte med å studere Tine. For det første er Tines priser stort sett kostnadsbaserte. For det andre er Tines handlefrihet sterkt begrenset av reguleringer, for det tredje kan ikke Tine lønnsomt øke engrosprisene med 5-10 %. Alle disse forholdene – ble det hevdet - gjør at

Tine ikke er dominerende. La meg gjennomgå de sentrale elementene i denne argumentasjonen og knytte noen kommentarer til hvert av argumentene.

#### 3.2.1 Kostnadsbaserte priser?

Et sentralt stridsspørsmål var om Tines priser var kostnadsbaserte eller ikke. Dersom det kan påvises at Tines priser er kostnadsbaserte har det formodningen mot seg at Tine kan være dominerende. Dette er et argument som har ganske umiddelbar økonomisk appell, men det er også verdt å legge merke til at rettspraksis ikke entydig understøtter at lave marginer eller kostnadsbaserte priser nok til å frata en bedrift status som dominerende.

Det som synes å være grunnlaget for Tines påstand om kostnadsbaserte priser var at man betraktet melkeprisen som samvirket betaler til bøndene som en (politisk bestemt) kostnad for meierivirksomheten. Ved å legge til grunn at melkeprisen (målprisen) var en kostnad for Tine Industrier hevdet Tines eksperter at Tine hadde ingen, eller til og med negative marginer i perioder (ettersom målprisen ikke ble oppnådd). Man stilte spørsmålet om hvordan det kan ha seg at en dominerende bedrift ikke klarte å realisere positive marginer, og at denne type lønnsomhetsbetraktninger tilsa at Tine umulig kunne være dominerende.

Fra statens side ble det hevdet at denne betraktningmåten er feil, ettersom melkeprisen (målprisen) ikke kan betraktes som en kostnad for samvirket, men heller som et vesentlig uttrykk for samvirkets overskudd. Systemet er lagt opp slik at melkeprisen bestemmes residualt via markedspriser og Tines kostnader. Dersom systemet fungerer etter hensikten – i den forstand at målprisen realiseres - vil Tines marginer på meieriledet per definisjon være null.<sup>12</sup>

Lagmannsretten gikk langt i å støtte staten i dette spørsmålet, blant annet med henvisning til hvordan Tine selv presenterer spørsmålet. Retten sier:

*Etter lagmannsrettens vurdering kan det ikke være tvil om at bøndene – som melkeprodusenter – mottar vesentlige deler av avkastningen i Tine i form av utbetalt pris på melken som leveres Tine, jf. årsrapport for Tine Gruppe for 2009 side 24<sup>13</sup>. Beregninger av Tines marginer og for-*

<sup>12</sup> Vi snakker da om margin over gjennomsnittlige totale kostnader på meieriledet.

<sup>13</sup> Her heter det blant annet: «Norske melkeprodusenter mottar avkastningen av TINE i form av utbetalt pris på melken som leveres til TINE.»

tjeneste med utgangspunkt i etterkontrollen har dermed etter lagmannsretten begrenset interesse. Både professor Nils-Henrik von der Fehr og ph.d. Henrik Ballebye Oxholm har basert sine vurderinger på lønnsomhetsberegninger med dette som utgangspunkt, noe som svekker verdien av deres synspunkter.

### 3.2.2 Landbruksreguleringer og uavhengighetsspørsmålet

Denne diskusjonen dreide seg om hvorvidt landbruksreguleringene bandt Tines prissetting i slik grad at Tine priser i realiteten er myndighetsbestemt. Tine argumenterte for at Tines priser i realiteten både hadde et minstenivå og et maksimumsnivå, og at Tine dermed ikke hadde den friheten i sin prissetting som kreves av en dominerende bedrift.

Grovt sett var argumentasjonen som følger. Tine kan ikke øke sine priser av to grunner. Den første var at gitt at Tine under sine nåværende priser realiserer målprisen som forutsatt i jordbruksoppgjøret, ville det innebære et brudd på den «samfunnskontrakten» Tine har inngått gjennom jordbruksavtalen ettersom de i så fall ville ta ut mer enn målprisen fra markedet. For det andre ville økte priser fra Tine ut over dagens nivå medføre at import av utenlandske oster ble langt mer lønnsomt, faktisk så lønnsomt at Tine ikke ville finne det lønnsomt å øke prisene. På samme måte er det heller ikke mulig for Tine å sette ned prisene – ble det hevdet – ettersom lavere priser ville føre til at Tine i gjennomsnitt ikke ville kunne levere målprisen til sine eiere. Disse forholdene fører til – ifølge Tine – at Tine ikke har tilstrekkelig frihet i sin prissetting i forhold til sine kunder og konkurrenter og dermed ikke kan regnes som dominerende.

Staten – på sin side – hevdet for det første at det at Tine faktisk tar høye priser på ost tilsier at Tine har den nødvendige uavhengigheten som kreves av en dominerende aktør. Det at de ikke finner det lønnsomt å ta ennå høyere priser enn dagens nivå er bare en indikasjon på at Tine er optimalt tilpasset gjeldende markedssituasjon hovedsaklig bestemt av den innenlandske etterspørselen og importvernet. Tilsynet hevdet også at det er ingenting i reguleringsregimet som hindrer Tine i å ta lavere priser enn de priser som gir målprisen for melken. Konsekvensen av lavere priser ville selvsagt medført at samvirket ikke kunne levere målprisen, men det betyr ikke at Tine er bundet til nåværende prisnivå utover de forpliktelsene Tine føler de har overfor sine eiere.

Til dette kan det tilføyes at det i og for seg ikke spiller noen rolle hvorvidt Tines dominans skyldes Tines egenopnådde markedsposisjon og merkevarestyrke, eller om det skyldes myndighetsbestemte reguleringer. Det er uansett ikke forbudt å være en dominerende bedrift. Det som er forbudt er å misbruke en dominerende stilling, og det er dette Tine-saken handler om.

### 3.2.3 SSNIP-test på Tine selv

Tines eksperter hevdet også at dersom man skal gjennomføre SSNIP-testen så kan man gjøre dette på Tine selv. Dersom det da viser seg at Tine har insentiver til å øke prisene med 5-10 % betyr det at Tine ikke er utsatt for reell konkurranse, og at Tines produkter er et eget marked. Hvis svaret er nei, ja da er Tine utsatt for reell konkurranse fra andre, og det relevante markedet må innbefatte mer en Tines produkter. Med en slik direkte test av Tines insentiver til å øke prisene – ble det hevdet – er det unødvendig å gå videre til markedsavgrensning og markedsandeler dersom formålet er å vurdere om aktøren er dominerende. Tines ekspert, professor von der Fehr, framholdt følgende for lagmannsretten:

*SSNIP-testen tar utgangspunkt i det aktuelle selskap, i dette tilfellet Tine, og spør hvorvidt det ville være lønnsomt for Tine på varig basis å heve prisen på de aktuelle produktene med 5-10 %. Dersom svaret skulle være «ja», ville det bety at Tine ikke er utsatt for reell konkurranse, og at Tines produkter derfor utgjør et marked i seg selv. Dersom svaret er «nei», innebærer det at Tine er utsatt for reell konkurranse, og at det relevante marked dermed omfatter flere enn bare Tine og dets produkter.*

For det første kan ikke SSNIP-testen utføres på Tine alene. Grunnen er at det har formodningen mot seg at Tine ikke i utgangspunktet skulle sette de priser som maksimerer Tines målfunksjon. Dette betyr at svaret på spørsmålet om Tine har insentiver til å sette andre priser enn det de faktisk har satt nærmest tautologisk blir nei. Prisene er optimalisert i forhold til markedets rammebetingelser i utgangspunktet. En slik direkte test på Tines priser må derfor sammenlikne Tines faktiske priser med det kompetitive nivået, hevdet statens eksperter. Hvis det da viser seg at Tines priser er mer enn 5-10 % over det kompetitive nivået, først da blir SSNIP-testen en direkte test på dominans. Dette er poenget til O'Donoghue og Padilla i sitatet over.

For å sette det på spissen blir det som å spørre en monopolist – som jo er dominerende – om han vil ønske å øke



prisene sine. Svaret på det blir selvsagt nei. Det relevante spørsmålet er om han har økt prisene sine utover det nivået som hadde eksistert dersom han ikke var monopolist. Kan vi med rimelig grad av sikkerhet si at monopolprisen vi observerer er 5-10 % høyere enn en konkurransemessig pris, ja da er dominansspørsmålet avgjort.<sup>14</sup>

#### 4 KONKLUSJON

Det er mange utviklingstrekk i moderne konkurransepolitikk som byr på interessante økonomiske utfordringer. Det er en generell trend at konkurransepolitikken i mindre grad er basert på at enkelte typer adferd per se innebærer brudd på konkurransereglene, til at man i større grad vurderer hvilken *effekt* adferden har på konkurransen. Man snakker om en overgang fra form- til effektbasert konkurransepolitikk. Denne utviklingen gjør at økonomisk analyse får en stadig større plass i konkurransesakene. Vi ser derfor også en akademisering av konkurransepolitikken ved at parter i stadig større grad benytter akademiske eksperter som benytter avanserte økonomisk modeller og metoder for å belyse konkurransepolitiske problemer. Samtidig blir stadig flere konkurransesaker ført for rettsapparatet, og rettsalen er – enten vi økonomer liker det eller ikke - fremdeles juristenes domene. Den store utfordringen blir hvordan presentere komplisert økonomisk teori og empiri for dommere med begrenset innsikt i økonomi.

I denne artikkelen har jeg diskutert dominansbegrepet i lys av Tine-saken. Selv om selve begrepet dominans er et juridisk begrep, avgjøres spørsmålet i stor grad av økonomiske vurderinger. Essensen i dominansvurderingen er grunnleggende sett hvorvidt bedriften kan utnytte tilstrekkelig markedsrett, for eksempel ved å øke prisene. Normalt gjøres dette ved å anta at det er en sammenheng mellom bedriftens markedsandel og dens evne til å ta høye priser, og markedsandeler bestemmes normalt gjennom en SSNIP-test med utgangspunkt i konkurransemessige priser. Problemet i dominanssaker er at man kan mistenke at prisene ikke er konkurransemessige i utgangspunktet, og da fører SSNIP-testen oss på ville veier, markedene blir for store. Benyttes SSNIP-testen på allerede forhøyde priser, vil det eventuelle faktum at det er utnyttet markedsrett føre til den paradoksale konklusjonen at bedriften ikke er dominerende.

I den såkalte Tine-saken kom mange av disse spørsmålene på spissen. Mange vil kanskje la seg forundre over at spørsmålet om Tines dominans i det hele tatt kom på dagsorden i saken. Lagmannsretten kan kanskje tolkes i denne retning når de mot slutten av dommen bemerker følgende:

*Lagmannsretten bemerker i denne sammenheng også at Tines anførsel om at selskapet ikke var dominerende har medført et ikke ubetydelig merarbeid for Staten.*

Dette er det ikke vanskelig å slutte seg til. På den annen side skal det innrømmes at den faglige diskusjonen rundt dominans i Tine-saken var interessant. Nær sagt alle sider av, og alle metoder for markedsavgrensning ble belyst. Kvalitative og kvantitative metoder ble grundig gjennomgått, avanserte statistiske metoder ble anvendt, og mange prinsipielle og interessante problemstillinger knyttet til markedsavgrensning og dominans ble diskutert. Uavhengig av hvilket endelig utfall saken får tror jeg denne saken vil få stor betydning i forhold til behandlingen av framtidige dominanssaker. Jeg tror for eksempel at det vil gå lang tid før noen ukritisk setter i gang med en kritisk tap analyse i misbrukssaker, og da har vi – etter mitt syn - oppnådd mye.

#### REFERANSER:

Borgarting lagmannsrett (2010): Dom avsagt av Borgarting lagmannsrett 07.09.2010. Saksnr. 09-089085ASD-BORG/02. [http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVault/Images/id\\_4567/ImageVaultHandler.aspx](http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVault/Images/id_4567/ImageVaultHandler.aspx)

EF-Tidende (1998): L 200/48.

EØS-tillegget (1998): 28/3 C 372 av 9. desember 1997.

Konkurransetilsynet (2007): V2007-2 TINE BA - vedtak om overtredelsesgebyr - konkurransebegrensende eksklusiv leveringsavtale. [http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/425896/V2007-2\\_TINE.PDF](http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/425896/V2007-2_TINE.PDF)

O'Donoghue, R. og A. J. Padilla (2006): *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.

OT (2009): Dom avsagt av Oslo tingrett 25.03.2009. Saksnr.: 07-063120TVI-OTIR/07. [http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVault/Images/id\\_1851/ImageVaultHandler.aspx](http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVault/Images/id_1851/ImageVaultHandler.aspx)

Stocking, G. W. og W. F. Mueller (1955): *The cellophane case and the new competition*, American Economic Review, 45: 29-63.

United Brands mot Kommisjonen, Sak 27/76, 1978.

<sup>14</sup> Det er verdt å presisere at det er ingenting i argumentet som henger på at det er nøyaktig monopolpriser som observeres. Poenget er at prisene avviker vesentlig fra konkurransepriser.