

HR-2011-01251-A, (sak nr. 2010/1947),TINE BA mot Staten ved Konkurransetilsynet

Den 22. juni avgjorde Høyesterett med stemmetallet 3-2 den såkalte TINE-saken, der saksforholdet skriver seg tilbake til høsten 2004 og TINEs påstått forsøk på å få kastet Synnøve Finden (heretter Synnøve) ut fra butikkhyllene til Rema 1000 (Rema). Som kjent førte saken – som opprinnelig sprakk da det ble hevdet at TINE forsøkte samme metode overfor ICA – til et massivt press mot TINE, og tilløp til forbrukerboikott.

Etter å ha blitt kastet ut av Rema fikk Synnøve nyss om at TINE hadde fremlagt et notat overfor ICA der Tine hadde beregnet hva det ville være verdt for dem å bli eneleverandør innenfor enkelte produktområder. Den 14. desember 2004 sendte Synnøve ut en pressemelding der det bl.a. ble sagt at Tine hadde brukt "et betydelig millionbeløp for å sikre seg total dominans på ost i Rema 1000", og at Konkurransetilsynet kanskje burde se nærmere på dette. Dermed innledet Konkurransetilsynet etterforskning. TINEs konsernsjef gikk av som følge av saken. Alt var mao. duket for en av norgeshistoriens største konkurransesaker.

Etter at støvet har lagt seg, og Høyesterett har sagt sitt, må man vel si at det meste har kokt bort. Saken vil imidlertid sette spor etter seg i norsk konkurranserett, ikke minst fordi den belyser grensene for lovlig forretningspraksis, men også fordi den avklarar visse prosessuelle spørsmål og fordi saken representerer en svært viktig markering av hvordan konkurransemyndighetenes vedtak står seg i møte med domstolene. For TINE er frifinnelsen en magrere trøst – omdømmeskaden og omsetningstapet bedriften led vinteren 2005 lar seg vanskelig gjenopprette med en høyesterettsdom.

Konkurransetilsynet fattet vedtak i saken i 2007 (vedtak 2/2007, tilgjengelig på Konkurransetilsynets hjemmeside www.kt.no). I vedtaket fant tilsynet at TINE hadde overtrådt konkurranseloven (krrl.) § 10 og § 11. (Paragraf 10 forbyr konkurransebegrensende avtaler og samarbeid mellom foretak, mens § 11 forbyr misbruk av dominerende markedsstilling). Iht. vedtaket hadde TINE inngått avtale med Rema om å være eneleverandør av ost. Slike avtaler er etter sikker rett forbudt å inngå for dominerende foretak. Samtidig fant tilsynet at Tine hadde fremsatt et tilbud som innebar eksklusivitet overfor ICA. For disse forholdene ila tilsynet et overtredelsesgebyr på NOK 45 mill. I vedtaket anfører tilsynet at både § 10 og § 11 er overtrådt, uten at det skilles særlig klart mellom disse grunnlagene. Slik vi kommer til nedenfor, kan denne manglende bevisstheten langt på vei forklare hvorfor saken også endte med frifinnelse.

Tingretten plukket vedtaket temmelig ettertrykkelig fra hverandre, og frifant TINE. Lagmannsretten ga imidlertid Konkurransetilsynet delvis medhold, ved at gebyret ble satt til 30 mill. Retten fant at krrl. var overtrådt i forhold til Rema, mens TINE ble frifunnet for forholdet overfor ICA.

Lagmannsretten bygget sin fellelse i forholdet til Rema utelukkende på § 11 og TINEs ensidige adferd, og frifant TINE for brudd på § 10 idet det ikke ble funnet å foreligge en avtale om eksklusivitet. Både TINE og Staten ved Konkurransetilsynet anket dommen. Tilsynets avledede anke, som gjaldt forholdet til ICA, ble imidlertid ikke tillatt fremmet.

For Høyesterett var saken begrenset til spørsmålet om overtredelse av § 11 om misbruk av dominerende stilling. Konkurransetilsynet hadde bedt om samtykke etter tvisteloven § 30-7 første ledd til å endre påstanden slik at den også omfattet overtredelse av § 10, men dette ble avvist av Ankeutvalget.

I det følgende vil jeg først si noe om de prosessuelle spørsmålene, dvs. prøvingsgrunnlag og beviskrav, før vi skal se nærmere på spørsmålet under § 11. Avslutningsvis gis en egen vurdering av saksforholdet ut fra det som ble funnet bevist.

På det prosessuelle plan var for det første beviskravet et tema. I norsk konkurranserett har dette lenge vært et omtvistet punkt. Bakgrunnen er at konkurranselovutvalget i NOU 2003:12 hadde foreslått et krav om "klar" sannsynlighetsovervekt. Departementet la imidlertid til grunn at simpel sannsynlighetsovervekt skulle være tilstrekkelig, se Ot. prp. nr. 6 (2003-04), s. 117. Dette synspunktet ble akseptert av stortingskomitéen, men beviskravet er ikke eksplisitt nedfelt i loven. Simpel sannsynlighetsovervekt som standard har vært omstridt, først og fremst pga. at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven må anses som straff etter EMK, samtidig som praksis fra Høyesterett i andre saker om forvaltningssanksjoner har lagt en høyere standard til grunn. Høyesterett uttalte seg om spørsmålet ved vurderingen av om det faktum lagmannsretten hadde funnet bevist kunne legges til grunn. Lagmannsretten hadde formulert en kvalitativ bevisstandard etter modell av EU-retten, nemlig om det forelå en samling "tungtveiende, nøyaktige og samstemmende bevis". Førstvoterende uttalte at dette måtte oppfattes som et krav om "klar" sannsynlighetsovervekt, på linje med storkammeravgjørelsen i Rt. 2008 s. 1409 om tilleggsskatt. Retten kunne dermed legge faktumet til grunn. Selv om Høyesterett her ikke direkte sier at simpel sannsynlighetsovervekt ikke kan legges til grunn, er det naturlig ut fra bruken av klar sannsynlighetsovervekt og henvisningen til praksis om tilleggsskatt å anse at beviskravet må være "klar sannsynlighetsovervekt" også i saker om overtredelsesgebyr etter krrl. § 29.

For det andre uttalte Høyesterett seg om domstolenes prøvelsesrett. I saken var dette omstridt fordi Konkurransetilsynet i sitt vedtak hadde lagt til grunn at både § 10 og § 11 var overtrådt fordi det var inngått en avtale om eksklusivitet. Lagmannsretten bygget imidlertid som nevnt sin avgjørelse utelukkende på TINEs ensidige adferd i forhandlingene. TINE hadde anført at lagmannsretten på denne bakgrunn la et nytt faktum til grunn, og at dette var utenfor lagmannsrettens kompetanse til å "prøve alle sider av saken", jf. krrl. § 29 fjerde ledd. Høyesterett tok utgangspunkt i uttalelsene i Ot. prp. nr. 6 der det heter at "Rettens kompetanse tilsvarer departementets kompetanse som klageorgan i tradisjonelle forvaltningssaker" (s. 241). Deretter ble det vist til forvaltningsloven § 34 om klageorganers kompetanse, før Høyesterett foretok en vurdering av om lagmannsretten hadde holdt seg "innenfor saken". Høyesterett fant dels at tilsynets vedtak ikke kunne sies å være avgrenset til påvisning av en avtale, tvert i mot ble det påvist at tilsynet i vedtaket hadde gitt uttrykk for at TINEs ensidige adferd i seg selv var i strid med § 11 (premiss 54). Høyesterett la, under henvisning til Rt. 1997 s. 343 og Rt. 2010 s. 999, imidlertid til grunn at selv med en snever forståelse av vedtaket kunne lagmannsretten ikke sies å ha gått utenfor saken (premiss 55-58).

Vedrørende realiteten i saken, er det hensiktsmessig kort å gjengi hva som ble funnet bevist. Høyesterett la til grunn at:

"I det første forhandlingsmøtet 3. september 2004 opplyste Remas administrerende direktør at Rema ville fokusere på leverandørkonsentrasjon, og at det var aktuelt å satse på Tine som eneste leverandør dersom ytelsene ble økt tilstrekkelig. Rema gikk frem på samme måte også i forhold til andre store leverandører.

Tines forhandlingsleder ga på møtet uttrykk for Tines ønske om vekst, at Tine ville ha mer transparente ytelser og motytelser, at de var villige til å øke sine ytelser, samt at det var behov for

ryddighet i forhold til lover og regler. Han ga også uttrykk for at Tine ikke ville kjøpe seg ut av konkurranse." (Premiss 10-11)

Deretter sies det:

"Samme dag oversendte Tine et tilbud til Rema der avtalebeløpet var på 31,321 millioner kroner. Dette var en økning fra 2004 på 7,771 millioner kroner. Til grunn for tilbudet lå en forutsetning om at avtalen skulle være to-årig, og justeres høsten 2005 i henhold til volumutviklingen."

Partene kom etter hvert frem til enighet om en avtale som beskrives som følger:

"Den formelle samarbeidsavtalen og leverandøravtalen ble undertegnet 15. november 2004. I vedlegg til avtalene fordeles den totale godtgjørelsen til Rema slik: Innovasjonsgodtgjørelse for de nye produktene som skulle inn i Remas grunnsortiment 3 millioner kroner, godtgjørelse for planogrammer 2,3 millioner kroner, 13 fire-ukerskampanjer 18 millioner kroner inkludert selektive rabatter på 5 millioner kroner, og besparelse ved store leveranser til den enkelte butikk – "dropsize" – 13,3 millioner kroner." (Premiss 18).

I løpet av forhandlingene hadde Rema også bedt TINE om å utarbeide et planogram (oversikt over plassfordelingen i butikkhyllene) uten varer fra Synnøve. TINE besvarte denne henvendelsen og oversendte planogrammer (premiss 13). Videre hadde TINE på forespørsel oversendt Rema et notat (Geniusnotatet) som beskrev lønnsomheten i å velge én fremfor to leverandører. I oversendelsesbrevet skrev TINE at "tallenes tale er entydige" (premiss 8). Endelig tilbød TINE en EMV-ost (Egen Merkevarer/private label) som skulle være en "pris-fighter". Det rimeligste alternativet i Remas sortiment hadde tidligere blitt produsert av Synnøve (premiss 15).

Avtalen inneholdt ingen eksplisitt bestemmelse om eksklusivitet. Synnøve Finden ble imidlertid kastet som leverandør kort tid etter møtene.

Høyesterett la til grunn at TINE hadde en dominerende stilling, noe som heller ikke var omtvistet (premiss 65). I misbruksvurderingen tok Høyesterett utgangspunkt i den kjente Hoffmann-La Roche-dommen fra EU-domstolen, der misbruk defineres som følger:

"Misbrugsbegrepet er et objektivt begrep, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser." (Sak 85/76, premiss 91).

I misbruksvurderingen fremhevet Høyesterett først at Tine var klar over at Rema vurderte bare å ha én leverandør ost. Høyesterett mente imidlertid at det ville være å stille for strenge krav til Tine hvis man i denne situasjonen skulle anse Tines økning av sitt tilbud – og dermed et mulig bidrag til Remas valg av ikke å ha Synnøve som leverandør – som et misbruk. Selv om dominerende foretak har et særlig ansvar for ikke å skade effektiv konkurranse, fremholdt Høyesterett at misbruksforbudet ikke kunne forhindre TINE fra å konkurrere. (Premiss 75-76).

Deretter understrekes at det ikke var avtalt eksklusivitet, og at det heller ikke forelå faktisk bindinger på Rema. Det var heller ingen rabattmekanisme i avtalen som gjorde at Rema ville gå glipp av ytelser hvis man fortsatte med Synnøve. Spørsmålet var dermed om økningen i tilbudet – isolert sett – kunne anses som misbruk. Her uttaler Høyesterett at

"Et motiv om å vinne konkurransen kan imidlertid ikke være nok til å overtre § 11 – som nevnt har også dominerende selskaper rett til å konkurrere på ytelser. For at § 11 skal være overtrådt, må det være benyttet uakseptable konkurransemetoder." (Premiss 79).

Høyesterett kom til at dette ikke var tilfelle. For det første hadde TINEs ytelser konkret forretningsmessige begrunnelser, bl.a. kompensasjon for mer omfattende markedsføringskampanjer. For det andre var praksisen med ytelser fra leverandørene et vanlig fenomen i bransjen. For det tredje vises det til at TINEs ytelser til Rema i tidligere år hadde vært lavere enn overfor andre kjeder, og at en utjevning kunne anses som et forsøk på å tilpasse seg nettopp krrl. § 11 og forbudet mot å benytte ulike vilkår overfor handelspartnere. (Dette er for øvrig en forståelse av § 11 som neppe er riktig, det oppstilles intet krav om absolutt likebehandling, men et forbud mot konkurransebegrensende diskriminering). Endelig ble det påpekt at TINE to ganger hadde avslått å komme med tilbud om betaling for å oppnå eneleverandørstatus. Videre avviste Høyesterett at TINEs øvrige opptreden, bl.a. utformingen av planogrammet uten Synnøves varer, kunne føre til en annen konklusjon. På dette grunnlag ble tilsynets vedtak opphevet.

Ses det isolert på Høyesteretts argumentasjon, må konklusjonen være riktig. I en situasjon hvor man byr mot en annen og vet at den andre vil bli kastet ut såfremt man vinner (fordi kunden bare ønsker én leverandør), kan ikke det å sette ned prisen i seg selv være et misbruk. En slik regel ville i realiteten begrenset konkurransen. Derimot er det et spørsmål om ikke sammenhengen mellom Remas og Tines utspill i forhandlingene burde vært utforsket nærmere, jf. nærmere nedenfor.

Mindretallet, som ville stadfeste lagmannsrettens dom, tok i sin vurdering utgangspunkt i at priskonkurranse "etter omstendighetene kan være i strid med konkurranseloven" (premiss 92). Det vises her til forente saker C-395 og 396/96 P Compagnie Maritime Belge, som gjaldt selektive priskutt innenfor skipsfart. Dette representerer en form for misbruk der det ikke er tale om rovprising (priser under totale kostnader) men der det ytes selektive rabatter for å ramme konkurrenter – i saken slik at det ble tilbudt nedsatte priser på ruter hvor foretaket møtte konkurranse. Dette kan imidlertid neppe sammenlignes med en økning av ytelser overfor Rema slik TINE iverksatte, i alle fall ikke hvis disse ytelsene ses isolert.

Deretter vises det til at resultatet av avtalen var at TINE faktisk ble eneleverandør. Under henvisning til Hoffmann-La Roche (jf. ovenfor) vises det til at slike avtaler er ulovlige for dominerende foretak, og at det ikke har betydning at kunden ikke er formelt forpliktet til ikke å handle hos andre. Etter mitt syn er det siste lite treffende i vår sak, hvis man utelukkende ser på avtalen. Resultatet i saken – at Synnøve ble kastet – sier ikke i seg selv noe om lovligheten av avtalen (Dette kan jo like gjerne være et resultat av ytelsesbasert konkurranse). Mindretallet underbygger imidlertid sitt standpunkt med at TINE også agerte på måter som ikke var forenlig med ytelsesbasert konkurranse (competition on the merits), først og fremst ved oversendelsen av Geniusnotatet, at foretaket tilbød en EMV-ost (som ville erstatte det rimeligste alternativet som Synnøve tidligere hadde produsert), samt utarbeidelsen av planogrammene. På denne bakgrunn mente mindretallet at TINEs ensidige adferd i forhandlingene representerte et misbruk av dominerende stilling.

Ses det bort fra den etter min oppfatning mindre treffende vektleggingen av avtalen og at den hadde som virkning at Synnøve ble kastet ut, samt generaliseringen fra Compagnie Maritime Belge, kan mindretallets tilnærming imidlertid ha noe for seg. Det var klart nok elementer i TINEs adferd som indikerte at de ikke så negativt på eneleverandørstatus, og det må også være på det rene at TINEs utspill var egnet til å påvirke Remas valg av leverandør. Det er likevel neppe slik at denne adferden i seg selv bør karakteriseres som misbruk, rett og slett fordi den dels er forretningsmessig begrunnet (tilbudet om EMV-ost) og dels fremstår som en tjenesteytelse i forhold til et mulig (og lovlig) fremtidig scenario (utarbeidelse av planogrammer uten Synnøves varer). Geniusnotatet og oversendelsen går nok lenger i å oppfordre til eksklusivitet, men kan vanskelig være avgjørende i seg selv.

Ut fra det vurderingstemaet Høyesterett behandlet, synes således flertallets konklusjon å ha de beste grunner for seg. Som nevnt tok imidlertid Høyesterett bare stilling til om krrl. § 11 var overtrådt, mens § 10 ikke ble behandlet. Ses det nærmere på det faktum som ble lagt til grunn, er det grunn til å stille spørsmål om saken ikke burde vært avgjort nettopp etter denne bestemmelsen. Allerede i tilsynets vedtak var det først og fremst fokusert på avtalealternativet, noe både tingretten og lagmannsretten hadde avvist. Siden § 10-påstanden ble avvist, var fokuset til Høyesterett rettet mot TINEs ensidige adferd under § 11. Ved å lukke § 10-sporet utelukkes også alternativet "samordnet praksis", hvor det ikke stilles like strenge krav som ved avtalealternativet. Samtidig er det meget som taler for at utelukkelsen av avtalesporet også under § 11 fører til at fokus tas bort fra sammenhengen mellom Remas utspill i møtet og TINEs "svar" gjennom sin etterfølgende adferd. Høyesteretts fokus på TINEs ensidige adferd fører dermed til at både flertall og mindretall bare vurderer halve bildet. Handlingene må vurderes i sin kontekst, og det sentrale i denne konteksten er hvilke invitter som kom fra Rema forut for TINEs "svar", ikke hvilken betydning TINEs økning av sine ytelser isolert sett kunne ha for Remas valg av leverandør (slik flertallet fokuserer på for eksempel i premiss 75).

Som nevnt rammer § 10 ikke bare avtaler, men også samordnet praksis. Samordnet praksis defineres normalt som en kontakt mellom foretak, samt en felles forståelse mellom dem. I vertikale forhold er slik samordnet praksis for eksempel etablert når et initiativ fra én part i praksis følges opp av den andre (se for eksempel forente saker 100-103/80 Musique Diffusion Française, premiss 72 ff. og sak T-41/96 Bayer, premiss 71). Det er ikke krav om at noen form for rettslig bindende avtale skal være inngått. Også under § 11 må det være slik at et dominerende foretak som oppnår en uformell forståelse om eksklusivitet må anses å misbruke sin dominerende stilling. Poenget er da ikke om det foreligger en avtale som har eksklusivitet som virkning (slik mindretallet vurderer i premiss 93-94).

Iht. det som er bevist forelå det fra Remas side et eksplisitt forslag om eksklusivitet (møtet 6. juli 2004 der Rema opplyste at de var villige til å satse på én leverandør, og spurte hva TINE var villige til å betale for dette (premiss 7). Dette ble gjentatt i forhandlingsmøtet 3. september. Videre hadde Rema oppfordret TINE til å oversende Geniusnotatet om lønnsomheten i én versus to leverandører. TINE avviste utspillet om eksklusivitet to ganger, men fulgte likevel opp ganske umiddelbart etter det siste utspillet med å heve sitt tilbud. Etter dette ble Synnøve kastet.

I utgangspunktet kan dette fra TINEs side anses som en konkludent adferd, dvs. at Remas tilbud aksepteres ved handling. I ord (jf. uttalelsen om ikke å kjøpe seg ut av konkurranse) foreligger det imidlertid et avslag. Remas etterfølgende adferd (å kaste ut Synnøve) forsterker imidlertid forståelsen, selv om de etterfølgende forhandlingene med Synnøve kan trekke i motsatt retning, jf.

særlig premiss 77 der det legges til grunn at forhandlingene var reelle. Etter min oppfatning er det usikkert om det her foreligger en samordning i strid med § 10. Uklarheten da er at det er motstrid mellom ord og handling fra TINEs side; det sies at de ikke vil kjøpe seg ut av konkurranse, men de høyner likevel ytelsene som respons på og i tråd med Remas utspill. Samtidig er det et spørsmål om ikke økningen av ytelsene kan forklares på andre måter, jf. det som er sagt ovenfor om likebehandling av kunder og at de i alle fall delvis kan anses som betaling for tjenester. Når de enkelte omstendighetene som her trekkes i ulike retninger, fremstår det som tvilsomt om et krav om klar sannsynlighetsovervekt vil vært tilfredsstillt.

Siden saken ble avgrenset til å gjelde § 11 og ensidig adferd, ble disse aspektene imidlertid ikke vurdert skikkelig. Er sammenhengen med Remas utspill sjaltet ut slik at man kun ser på TINEs adferd isolert, er det, jf. ovenfor, vanskelig å konstatere noe misbruk. Med det vurderingstemaet som forelå, er konklusjonen i dommen dermed ikke overraskende, og sannsynligvis også den riktige.

Erling Hjelmeng