

Dominansspørsmålet i Tine-saken.

Av Tommy Staahl Gabrielsen¹, UiB og BECCLE

Innledning

Den såkalte Tine-saken² omhandlet et potensielt misbruk av dominerende stilling i markedet for salg av ost til norske dagligvarekjeder. Tine var anklaget for å misbrukt sin stilling gjennom å få Synnøve Finden kastet ut av Rema 1000 og et forsøk på det samme overfor en kjede i ICA i Norge. En stor og viktig del av saken var viet spørsmålet om Tine er å regne som en dominerende bedrift og som dermed er underlagt konkurranseloven §11. Dominansspørsmålet avfødte en lang rekke økonomiske rapporter fra ulike sakkyndige vitner på begge sider. Noen av disse rapportene anvendte relativt avanserte økonometriske teknikker basert på et omfattende datamateriale. En sentral uenighet mellom partene var også hvilken rolle landbruksreguleringene spiller i forhold til dominansspørsmålet.

Denne artikkelen diskuterer bruken av ulike økonomiske metoder for å avgrense relevante markeder i lys av Tine-saken. Artikkelen fokuserer også på spørsmålet om gevinsten av denne typen økonomiske analyser i rettsprosesser og hvordan svaret på dette avhenger av hvordan retten er satt. I konkurransesaker kan retten settes med to fagkyndige meddommere dersom det kreves av en part eller retten finner det ønskelig. For øvrig kan fagkyndighet tilføres saken gjennom rettsoppnevnte sakkyndige, eller – som i Tine-saken – sakkyndige vitner.

Tine-saken

Det som siden er blitt kjent som Tine-saken startet i 2004. Det er kanskje den mest omfattende saken som Konkurransetilsynet har behandlet under kkrl. § 11. Konkurransetilsynet gjennomførte bevissikring hos Tine og Rema 1000 i 2004. I 2007 ble Tine varslet om overtredelsesgebyr på 45 millioner for overtredelse av konkurranselovens §§ 10 og 11. Anklagen gikk ut på at Tine hadde inngått en avtale eller en felles forståelse med Rema som medførte at Tines konkurrent, Synnøve Finden, ble kastet ut av Remas butikker, og det var også anført at Tine hadde forsøkt det samme overfor ICA. Vedtaket kom i 2007 (V2007:2) der Tine ble ilagt et overtredelsesgebyr på 45 millioner.

Tine godtok ikke gebyret og brakte saken inn for retten. Dommen fra Oslo Tingrett kom 25. mars 2009. Retten konkluderte med at Tine ikke brøt konkurranseloven da de ble eneleverandør til Rema. Staten anket dommen, og Borgarting lagmannsrett avsa dom 7.

¹ Professor i samfunnsøkonomi ved Institutt for Økonomi, Universitetet i Bergen og daglig leder for Bergen Center for Competition Law and Economics (BECCLE)

² Undertegnede var konsulent for Konkurransetilsynet i saken forut for vedtaket i 2007, og ekspertvitne for Staten under behandlingen både i Tingretten og Lagmannsretten. Jeg innga også en skriftlig erklæring i saken til Høyesterett. I perioden 2007-2010, altså under store deler av denne saken, var jeg sjeføkonom i Konkurransetilsynet.

September 2010 der Tine ble funnet skyldig, men gebyret ble redusert til 30 millioner. Tine anket til Høyesterett. Dommen fra Høyesterett falt 20. Juni 2011, og Tine ble frifunnet med tre mot to stemmer.

Det er mange kompliserte og interessante både konkurranserettslige og konkurranseøkonomiske problemstillinger knyttet til denne saken. Saken verserte i over 7 år og gikk gjennom alle tre rettsinstanser. Selv om saken opprinnelig dreide seg om brudd på både konkurranseloven § 10 og § 11, ble fokuset etter hvert dreid vesentlig inn mot § 11. Noen antyder sågar at dette kan være grunnen til at Staten til slutt tapte saken (se Hjelmeng 2011). På grunn av vinklingen av saken mot misbruk av dominerende stilling ble spørsmålet om dominans sentralt, og dette spørsmålet ble omfattende diskutert gjennom ulike ekspertrapporter fra begge sider. For at en bedrift skal kunne dømmes for brudd på kkr. § 11, må det etableres at en bedrift har en dominerende stilling. Det første skrittet i en slik vurdering er å avgjøre markedsandelen til den antatt dominerende bedriften. Rettspraksis tilsier at det foreligger presumpsjon for dominans dersom bedriften har en markedsandel som overstiger cirka 40-50 %. Dette er bare utgangspunktet for dominansvurderingen. Dersom bedriften passerer denne terskelen må det foretas en konkret vurdering av bedriftens evne til å opptre "uavhengig av sine konkurrenter og kunder".

Siden markedsandelsterskelen uansett må passeres på veien mot dominans, må markedet avgrenses. Det vil si at en må finne ut hvilke produkter og produsenter som inngår i samme marked som Tines produkter, og også i hvilke geografiske områder disse befinner seg. Når man har funnet ut dette, så er det relativt enkelt å finne ut hvor stor markedsandel Tine har innenfor ulike produkter. Markedsavgrensing er fundamentalt sett en økonomisk eksersis, og det er dette spørsmålet og rettes evne til å håndtere samfunnsøkonomiske analyser av dominans som er tema for denne artikkelen.

Mens man i tidligere tider håndterte markedsavgrensingen gjennom å foreta en kvalitativ vurdering av ulike produkters egenskaper, er det i senere tid blitt et krav om mer stringente metoder for å avgrense det man kaller det relevante markedet. Det moderne grunnlaget for dette er den såkalte SSNIP-testen (Small but Significant Non-transitory Increase in Prices). Enkelt sagt går denne testen ut på at man identifiserer en gruppe av produkter fra ulike produsenter som potensielle konkurrerende produkter og så rangerer man dem i forhold til substituerbarhet. Så starter man med produktet til den potensielle dominerende aktøren og produktet som er det nærmeste substituttet og så stiller man følgende spørsmål: Vil en hypotetisk monopolist³ som kontrollerer prisene til begge disse produktene finne det lønnsomt å øke prisen med 5 – 10 %. Dersom den hypotetiske monopolisten vil finne dette lønnsomt må det bety at den ikke møter sterk nok konkurranse fra andre produkter og produsenter, og i så fall er markedet avgrenset til å omfatte de to produktene man har inkludert. Dersom svaret er nei, at monopolisten ikke finner prisøkningen lønnsom, er konklusjonen motsatt. I så fall indikerer dette at monopolisten møter sterk nok konkurranse fra andre produkter. I så fall må man utvide markedet med å inkludere det nest næreste substituttet og gjenta testen. Slik fortsetter man til man har funnet det minste markedet som monopolisten klarer å monopolisere i den forstand at han finner en SSNIP på 5-10 % lønnsomt. De produkter som da er inkludert inngår i det relevante produktmarkedet, og så kan man finne markedsandelen

³ Testen kalles derfor ofte for hypotetisk monopoltesten.

til den antatt dominerende bedriften. Tilsvarende eksersis gjøres så for den geografiske dimensjonen av markedet.

Det er to ting som er avgjørende for hvorvidt den hypotetiske monopolisten vil finne en prisøkning lønnsom; marginen og etterspørselens prisfølsomhet. Når prisen settes opp vil monopolisten tape salg fordi noen kunder slutter å kjøpe. På den annen side vil en prisøkning gi monopolisten større margin og dermed større profitt per enhet salg. Det er altså en avveining mellom økt margin og tapt salg som avgjør hvorvidt prisøkningen er lønnsom. Ved høye marginer er verdien av tapt salg potensielt stort, mens dersom etterspørselen reagerer lite på prisøkninger vil nedgangen i salg ved en prisøkning være liten. Dette betyr at dersom etterspørselen reagerer lite på prisøkninger vil dette lede mot at prisøkningen blir lønnsom, og at markedet i så fall må utvides.

Disse spørsmålene ble i Tine-saken utredet av konsultentselskapet Copenhagen Economics (CE). På oppdrag av Tine foretok CE en empirisk undersøkelse av marginer og etterspørselastisiteter for en rekke produkter i meierimarkedet. Ved hjelp av relativt kompliserte økonometriske teknikker og et stort datasett foretok CE en SSNIP-test. Denne rapporten ble gjenstand for ulike innspill fra Statens eksperter i saken. På et tidspunkt ble det påpekt en graverende feil i CEs rapport, og CE kom med en ny rapport der feilen var rettet opp, men der resultatet av analysen ikke ble endret vesentlig. I tillegg til dette viste det seg etter hvert at CEs rapporter forelå i ulike versjoner, riktignok med bare mindre språklige (men vesentlige) endringer, men dette gjorde selvsagt utfordringen for retten enda større.

CE konkluderte med at Tines produkter (i hovedsak fast hvitost og brunost) tilhørte et større påleggsmarked som antakeligvis var større enn nasjonalt, og muligens europeisk. I så fall ville Tines markedsandeler være ubetydelige og langt under den terskel der det foreligger presumpsjon for dominans. Staten på sin side hevdet at det var et eget nasjonalt marked for faste hvite oster, og et nasjonalt marked for brunost. Man holdt det åpent for at det også kunne være et nasjonalt marked for ost (fast hvit, brun og dessertost), men at dette ikke spilte noen rolle for konklusjonen. I alle tilfeller ville Tine ha markedsdeler godt over 50 % i de relevante markedene. Uenigheten mellom partene var altså så stor som det er mulig å få det, og retten måtte ta stilling til dette spørsmålet med ekspertrapporter og ekspertvitner som sprikte fundamentalt i sine rapporter og vitnemål for retten.

Et annet kompliserende spørsmål som dukket opp i forbindelse med markedsavgrensingen var hvorvidt CEs SSNIP-test var foretatt med rett utgangspunkt, og spesielt hvilken rolle landbruksreguleringen spilte for dominansvurderingen. Utgangspunktet for SSNIP-testen skal være priser i markedet som er konkurransemessige, dvs. de må ikke være influert av den markedsrett man skal undersøke. Dersom prisene i markedet allerede er forhøyet vil testen kunne gi et feilaktig resultat. Poenget blir åpenbart dersom man tenker seg et tilfelle der vi har en faktisk monopolist. En monopolist vil ta den prisen han ønsker, og dersom vi undersøker om han vil ønske å øke prisen med en SSNIP, vil svaret selvsagt bli nei. Dersom vi ikke vet at monopolisten faktisk er en monopolist vil vi ved å følge testens regler feilaktig konkludere med at markedet må utvides. Dette problemet er kjent som Cellophane Fallacy problemet, etter en kjent konkurransesak i markedet for innpakkingsprodukter. Dette spørsmålet kom i Tine-saken ettersom landbruksreguleringene i stor grad

tilrettelegger for at Tine kan ta ut høye priser på ferdigforedte produkter for å kunne levere målpriser på melk til sine eiere som er bøndene. Blant annet vet vi at det eksisterer importtoll på hvit ost som er på rundt 50 % av grossistprisen inn til detaljistene i Norge. Dette betyr at Tine kan heve prisene sine tilsvarende tollsatsen uten å risikere importkonkurransen i nevneverdig grad. Staten mente at dette i seg selv var et bevis for at markedet ikke kunne være større enn nasjonalt, og at SSNIP-testen i praksis var gjennomført. Tine hadde funnet det lønnsomt å heve prisen langt over de prisene som hadde rådet med fri import, og da er markedet nasjonalt. Staten hevdet på dette grunnlag at CEs rapport hadde et feilaktig utgangspunkt ettersom testen CE gjorde var om det var lønnsomt for den hypotetiske monopolisten å øke prisen ytterligere. Svaret som CE ga var nei, men det skyldes at det antakeligvis ville utløse import. Staten var også uenig ved at de hevdet at selv med CEs utgangspunkt måtte man avgrense markedet nasjonalt fordi man mente at prisøkning (selv med allerede forhøyde priser) var lønnsomt.

Summen av dette er man kan konstatere at det var bred uenighet mellom Staten og Tine i dette spørsmålet, og også mellom Statens og Tines eksperter. Tines eksperter konkluderte med at markedet sannsynligvis inkluderte flere påleggstyper enn ost og var større enn nasjonalt, muligens europeisk. Tine hevdet også at Cellophane Fallacy argumentet var irrelevant og at virkningene av landbrukspolitikken var tilsiktet og dermed ikke kunne tas til inntekt for at Tine var dominerende. Reguleringene gjorde at Tine oppfylte sin samfunnskontrakt og hadde reelt sett ikke noe valg, og en slik bedrift er ikke dominerende.

Staten på sin side hevdet at både Cellophane Fallacy argumentet og CEs analyser klart viste at markedet ikke var større enn nasjonalt. Hele hensikten med landbrukspolitikken og tollvernet er jo å skape et nasjonalt marked skjermet for importkonkurransen, hevdet man. At landbrukspolitikken er villet, og virkningene av den tilsiktet kan ikke frata Tine en status som dominerende på markedet. Det var framholdt at det er uansett ikke forbudt å være dominerende, men det er misbruk av dominans som bryter med loven. Det at Tine hadde en avtale eller en forståelse om eksklusivitet med Rema 1000 representerte lovbruddet, ikke Tines dominans i seg selv.

I tillegg til dominansspørsmålet var spørsmålet om konkurransebegrensende virkning av Tines handlinger omstridt. Mens staten hevdet at utestengingen av Synnøve Finden ville føre til redusert konkurranse, høyere priser og dårligere utvalg for forbrukerne, mente Tine at forbrukerne ville få fordeler i form av lavere priser og et bedre tilpasset vareutvalg. Jeg skal i denne sammenheng ikke gå nærmere inn på uenigheten her, men jeg nevner det for å illustrere at retten må ha hatt betydelige utfordringer med å forholde seg til så sprikende oppfatninger. Ikke bare var partene diametralt uenige om markedsavgrensingen, men også om de økonomiske virkningene av Tines handlinger. Det er i det hele tatt vanskelig å se for seg at partene kunne ha vært mer uenige i disse helt sentrale spørsmålene. Ikke på et enkelt punkt var partene enige, og begge hadde mengder av ekspertrapporter og ekspertvitner til å understøtte sitt syn.

Saken fant sin vei gjennom alle tre rettsinstanser. I det følgende skal jeg se litt nærmere på dommene fra Tingretten, Lagmannsretten og Høyesterett med fokus på hvordan retten forholdt seg til dominansspørsmålet spesielt. Dernest skal jeg diskutere hva vi kan lære av dette, og hvilke implikasjoner dette konkrete spørsmålet i denne saken bør

ha for hvordan retten settes i konkurransesaker der kompliserte økonomiske spørsmål er sentrale.

Behandlingen i rettsapparatet

Tingrettsdommen kom 25. mars 2009. Om dominansspørsmålet skriver retten:

«I og med at retten har bedømt bevisene omkring hendelsesforløpet slik at kkr. § 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 kkr. §§ 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.»

Vi ser altså at Tingretten går rundt spørsmålet ettersom man anser at handlingene som Tine har gjennomført uansett ikke ville ha utgjort et misbruk i forhold til § 11. Retten omtaler Tine som en tung aktør, og at den forsiktighet og det innsnevrede handlingsrom som gjelder for denne typen aktører også gjelder for Tine. Siden det i konkurranseretten ikke eksisterer spesielle forsiktighetsregler og innsnevret handlingsrom for andre enn dominerende bedrifter, er det nærliggende å tolke retten slik at de mente at Tine er dominerende, men altså uten å ville ta dette begrepet i bruk.

Borgarting Lagmannsrett avsa dom 7. september 2009. I motsetning til tingretten har retten nå en omfattende dominansvurdering som strekker seg over 13 sider. Forskjellen til tingrettens behandling av spørsmålet kunne derfor knapt vært større. Retten starter med å vurdere det relevante markedet. Konkurransetilsynet hadde i sitt vedtak fra 2007 hovedsakelig basert seg på en kvalitativ metode for å avgjøre det relevante markedet. Retten starter med å si seg enig i hovedpunktene i tilsynets markedsavgrensing:

«Konkurransetilsynet har foretatt en kvalitativ analyse i vedtaket. Lagmannsretten er enig i tilsynets konklusjoner i den kvalitative analysen. Lagmannsretten deler tilsynets vurdering av at produktenes egenskaper, bruksområde og priser tilsier at hvit- og brunost er et eget produktmarked.»

Når det gjelder den empiriske SSNIP-testen utført av CE diskuterer retten grundig hvorvidt CE's analyse har det riktige utgangspunktet, eller om man har et Cellophane Fallacy problem. Retten skriver:

«På oppdrag fra Tine har phd. Henrik Ballebye Oxholm i Copenhagen economics foretatt en kvantitativ analyse, en såkalt SNNIP-test, og konkludert med at markedet muligens

omfatter andre påleggsprodukter enn hvit- og brunost..... Ved vurderingen av om de gjeldende prisene i 2004 var fastlagt under tilstrekkelig konkurranse, viser lagmannsretten til at Tine i 1997 hadde tilnærmet monopol i alle ledd i verdikjeden. Det ble da åpnet for konkurranse, men dette viste seg vanskelig å få til i praksis. Både i år 2000, 2004 og 2007 ble det således foretatt endringer i reguleringen for bedre å legge til rette for konkurranse. Lagmannsretten viser til arbeidsgruppens rapport fra mai 2000 om prisutjevningsordningen for melk, side 91-92. Videre vises det til St. prp. nr. 66 (2003-2004) side 27. Konkurransen var således ufullkommen på disse tidspunktene, noe som taler for at prisen Tine tok for sine produkter var høyere enn det som ville ha vært tilfellet i et marked med tilstrekkelig konkurranse. Dette underbygges også av at det var etablert et omfattende importvern, basert på kvoteordning og toll. Lagmannsretten viser også til at det i praksis bare var to aktører på dette markedet, Tine og Synnøve Finden. Disse forholdene tilsier at prisene ikke var fastlagt under tilstrekkelig konkurranse.»

Retten henviser så til statens vitner:

«Videre viser lagmannsretten til vurderingene til professor Lars Sjørgard ved Norges handelshøyskole. Han forklarte blant annet at de høye prisene for ost i Norge, viser at ost er et eget marked. Sjeføkonom og professor Tommy Staahl Gabrielsen i Konkurransetilsynet forklarte at de høye prisene var utslag av den markedsmakten som Tine har hatt i det begrensede markedet. De to har avgitt en rapport i oktober 2009, der de har gitt uttrykk for at prisnivået for ost i Norge i 2004, var forhøyet med betydelig mer enn 5 - 10 % i forhold til prisene under normale konkurranseforhold. Lagmannsretten deler deres vurderinger av dette. På denne bakgrunn er lagmannsretten kommet til at det kan fastslås - med tilstrekkelig grad av sikkerhet - at Henrik Ballebye Oxholm tok utgangspunkt i et for høyt prisnivå da han brukte den såkalte SSNIP-testen, jf. kunngjøringens punkt 15 flg. Prisene var etter lagmannsrettens oppfatning ikke "fastsatt under tilstrekkelig konkurranse". Det forela etter lagmannsrettens vurdering et såkalt "Cellophane Fallacy"-problem, som ledet til at markedsavgrensningen som ph.d. Henrik Ballebye Oxholm foretok i sine undersøkelser, ble for bred. Etter lagmannsrettens oppfatning er det således ikke grunn til å tro at markedet omfattet andre påleggsprodukter enn ost».

Når det gjelder den geografiske utstrekningen av det relevante markedet skriver retten:

«Lagmannsretten finner at det utvilsomt var riktig av Konkurransetilsynet å avgrense markedet for ost i 2004 geografisk til Norge. Det er etter lagmannsrettens vurdering tilstrekkelig å vise til det importvernet som var etablert gjennom tollbeskyttelsen og kvoteordningen, samt de øvrige markedsreguleringstiltakene. Lagmannsrettens konklusjon er at produktmarkedet i det minste er begrenset til å omfatte all ost, samt at markedet geografisk er avgrenset til Norge.»

Retten regner så ut Tines markedsandel i det relevante markedet, og kommer til at det dermed foreligger sterk presumpsjon for dominans. Deretter går retten inn i omfattende vurdering av hvilken betydning landbruksreguleringene har for dominansvurderingen. Det er ikke hensiktsmessig å gå inne på hele denne diskusjonen i denne sammenheng. Rettens sonderinger dreier seg i stor grad om – og i hvilken grad – Tine hadde frihet til å sette sine priser uavhengig, og også til en viss grad hvordan man skal tolke at Tine hadde

små – og til tider negative – marginer på enkeltprodukter vil influere på dominansvurderingen.

Retten konkluderer med at reguleringene kan begrense Tines handlefrihet på råvareleddet, mens retten ikke kan se at Tine har nevneverdige begrensinger på pris når det gjelder salg av foredlede produkter til kjedene.

Tine framholdt og i retten at selskapets faktiske priser og marginer viste at foretaket ikke hadde en dominerende stilling. Tine viste blant annet til at selskapet hadde negative marginer på salg av ost i 2004.

Lagmannsretten parkerer dette synspunktet med å henvise til at Tine er et samvirkeforetak, og derfor betaler avkastningen gjennom melkeprisen som leveres til bøndene. Retten skriver:

«Beregninger av Tines marginer og fortjeneste med utgangspunkt i etterkontrollen har dermed etter lagmannsrettens vurdering begrenset interesse. Bade professor Nils-Henrik von der Fehr og phd. Henrik Ballebye Oxholm har basert sine vurderinger på lønnsomhetsberegninger med dette som utgangspunkt, noe som svekker verdien av deres synspunkter. Verken utviklingen av Tines lønnsomhet eller markedsandelene taler mot at Tine må regnes som en dominerende aktør.»

Retten konkluderer dermed med at de offentlige reguleringene ikke er til hinder for at Tine må regnes som dominerende aktør i markedet for salg av ost i Norge i 2004.

Etter dette går retten gjennom det som anses som en standard eksersis i vurderingen om en presumptiv dominerende aktør likevel ikke kan anses som dominerende i en konkurranserettslig forstand. Denne eksersisen inneholder en vurdering av om kjøperne kan ha sås stor kjøpermakt at det vil forhindre en aktør å utnytte sin sterke markedsposisjon, samt hvorvidt potensiell konkurranse og/eller faren for nyetableringer vil ha en tilsvarende disiplinerende effekt.

Lagmannsrettens konklusjon – etter en relativt omfattende vurdering – er at ingen av disse forholdene tilsier at Tine likevel ikke er dominerende. Retten konkluderer således:

«Lagmannsrettens konklusjon er at Tine må regnes som en dominerende aktør innenfor det relevante markedet, som er markedet for ost i Norge.»

Høyesterett avsa dom 22. juni 2011. Tine hadde ikke anket Lagmannsrettens vurdering som fastslo av Tine er en dominerende aktør. Retten uttaler (premiss 65):

«Lagmannsretten har definert det relevante marked til ostemarkedet i Norge, og har konkludert med at Tine må regnes som en dominerende aktør innenfor dette markedet. Dette er ikke påanket, og må være riktig.»

Vurderinger

Poenget med å gjennomgå dommene i de ulike rettsinstansene i Tine-saken er å få fram hvordan retten forholder seg til økonomiske analyser og ekspertrapporter. I denne

saken måtte retten ta stilling til et omfattende materiale av kompliserte empiriske analyser. Årsaken til dette er at det i dominans-saker etter § 11 må etableres at det anklagede selskap faktisk har en dominerende posisjon. I denne saken forelå det i hovedsak tre typer dokumentasjon på dominans:

1. Tilsynets vedtak som baserte seg på en kvalitativ vurdering (og der Cellophane Fallacy problemet var framhevet)
2. CE-rapporten som var en empirisk SSNIP-test basert på statistiske metoder.
3. Ekspertvitnemål om Cellophane Fallacy argumentets viktighet for dominansspørsmålet.

CE-rapporten gjennomførte en SSNIP test på et omfattende datamateriale, konkret gjennom en såkalt kritisk tap analyse. Testen i en slik analyse er å sammenlikne det faktiske tapet en hypotetisk monopolist vil få når han øker prisen med 5 – 10 %. Deretter sammenliknes faktiske tapet det med hva monopolisten faktisk tåler å tape før prisøkningen blir ulønnsom. Det siste omtales som det kritiske tapet, og både faktisk og kritisk tap regnes ut i prosent. Dersom det faktiske tapet er mindre enn det kritiske tapet, vil prisøkningen være lønnsom og markedet må utvides, mens dersom forholdet er omvendt vil prisøkningen ikke være lønnsom, og markedet er avgrenset til å omfatte de produkter man har inkludert i testen.

Det monopolisten faktisk taper er avhengig av marginen monopolisten har på de produktene som omfattes av testen, altså hvor mye monopolisten får i dekningsbidrag per solgte enhet, og hvor mye etterspørselen reagerer på en prisøkning. For å beregne det faktiske tapet må man beregne disse størrelsene, altså marginen og etterspørselens priselastisitet.

Når det gjelder marginen var partene i Tine-saken uenig i størrelsen på denne, men også hva som var den relevante marginen. En stor margin vil – alt annet likt - øke det faktiske tapet, og når det faktiske tapet øker vil dette gjøre det mer sannsynlig at prisøkningen er ulønnsom, og i så fall må markedet utvides. Enkelt forklart argumenterte derfor Tine med at marginen var høy, men Staten mente at marginen var betydelig lavere. Det å finne konkrete marginer for en bedrift og ett produkt i et marked er en komplisert beregning beheftet med stor usikkerhet. I meierimarkedet kompliseres dette ytterligere av at markedet er regulert, Tine er markedsregulator og en vertikalt integrert samvirkebedrift. Selv om man skulle lykkes i å overvinne disse komplikasjonene, og man kunne finne Tines margin produkt for produkt, så er man ikke i mål. Testen skal nemlig ikke utføres ved å legge Tines marginer til grunn, men marginen til en hypotetisk monopolist som kontrollerer prisene til Tines produkt og den nærmeste konkurrent. Den nærmeste konkurrenten i denne saken er Synnøve Finden. Dette betyr at relevante marginen kanskje er et eller annet gjennomsnitt av Tines og Synnøve Findens marginer. Jeg skriver kanskje, og grunnen er at det er høyst uklart hvordan man i praksis skal gjøre dette. Dette åpner for et hav av ulike angrepsmåter og diskusjoner mellom økonomiske eksperter på ulike sider. Det er ikke vanskelig å forstå at retten i Tine-saken i alle instanser kan ha opplevet det som vanskelig å ta stilling til hvem av partene som har det "rette anslaget" på den margin som skal legges til grunn i testen.

Like komplisert er det å beregne etterspørselens prisfølsomhet (priselastisitet). Denne må beregnes gjennom å undersøke hvordan kundene faktisk reagerer på prisendringer.

Man må altså ha et omfattende datamateriale som inneholder mange observasjoner av pris på produktet og hvilket salg man har til de ulike prisene. Har man dette, kan man i prinsippet beregne priselastisiteten produkt for produkt. CE laget slike anslag basert på de data de hadde tilgjengelig. Slike undersøkelser vil alltid være beheftet med svakheter og økonomien må foreta noen valg og tolkninger for å komme i mål. Disse valgene kan alltid diskuteres, og tolkninger kan utfordres. I denne saken var kundene dagligvarekjedene, og ideelt sett skulle man derfor estimere hvordan kjedene ville endre sine innkjøp for ulike priser på produktene. Den type informasjon har man sjelden, og man måtte derfor ty til å se på hvordan sluttkundene (forbrukerne) reagerer på prisendringer. Det er klart at kjedenes etterspørsel etter ost, er avledet av hvordan forbrukerne etterspørsel ser ut, men hva denne sammenhengen nøyaktig er, er ikke enkelt å finne ut. Dette er bare ett eksempel på en problemstilling som lar seg diskutere og problematisere av økonomiske eksperter. Hovedpoenget er at slike analyser alltid vil være beheftet med usikkerhet, og det er relativt enkelt for partene å så berettiget tvil ved motpartens analyser, og tilsvarende komplisert for retten å ta stilling til denne type bevis.

Vi ser av gjennomgangen over at både tingretten og lagmannsretten i alle fall delvis unnlot å ta stilling til SSNIP-testen foretatt av CE. Lagmannsretten behandler analysen men henviser til at testen er foretatt på allerede forhøyde priser, og at man dermed kan se bort fra dette beviset i saken. Det var derfor avgjørende for dominansspørsmålet i saken at man var i stand til å etablere at man hadde et Cellophane Fallacy problem i ostemarkedet i Norge. I og med at norske ostepriser var så høye i forhold nærliggende land, samt importtollen på cirka 50 % av salgsverdien til kjedene kunne man konkludere at norske ostepriser ikke var presset av verken trussel fra import eller andre påleggssorter, og at man kunne etablere et nasjonalt marked for ost som det relevante marked. Tollen isolerte et nasjonalt marked, og det faktum at norske ostepriser er betydelig høyere enn for eksempel danske tilsier at ost ikke konkurrerer mot andre påleggssorter i særlig grad. Hadde det vært tilfelle ville norsk ost vært billigere til tross for importvernet.

Det synes klart at Lagmannsretten var ble overbevist av denne argumentasjonsrekken, men egentlig kun delvis. Delvis fordi Lagmannsretten også foretok en detaljert gjennomgang av kjøpermakt, potensiell konkurranse og etableringsfare før de konkluderte. Etter mitt syn hadde de ikke trengt å gjøre dette. Grunnen var at markedsavgrensingen ble bestemt ut fra en konstatering av forhøyde priser og Cellophane Fallacy. Hadde kjøpermakt, potensiell konkurranse og etableringsfare utgjort en disiplinerende effekt på Tine muligheter til å forhøye prisene, ville ikke prisene vært forhøyde. Siden man allerede hadde konkludert på dette spørsmålet, er derfor vurderingen av kjøpermakt, potensiell konkurranse og nyetableringer unødvendig. Slik sett var Lagmannsretten kun delvis med på notene.

Hadde man ikke kunnet etablere et Cellophane Fallacy problem i denne saken kunne konklusjonen på dominansspørsmålet falt ut annerledes. Da måtte retten ha tatt konkret stilling til SSNIP-testen i CE rapportene og uenigheten om marginer og elastisiteter blant ekspertene, og vurdere dette opp mot den kvalitative markedsavgrensingen i tilsynets vedtak. Da er det svært vanskelig å spå om hva rettens konklusjon ville ha blitt, men det er vanskelig for meg å forstå at slik retten var satt i alle instanser, at retten hadde hatt tilstrekkelig faglig kompetanse til å vurdere dette på en korrekt måte.

Spørsmålet om markedsavgrensning er ikke bare viktig i dominanssaker, men også i kartellsaker og fusjonskontrollen. I fusjonssaker ankes tilsynets avgjørelser inn for departementet i stedet for retten, og departementets faglige økonomiske kompetanse er god. I kartellsaker kan også spørsmålet om markedsavgrensning opp, men da som oftest for å passere merkbarhetskravet, og det skal ikke så mye til. Det er derfor spesielt i dominanssaker at riktige avgjørelser er basert på at retten kan ta stilling til relativt kompliserte økonomiske bevis om markedsavgrensning. Som jeg har vært inne på over er dette ikke noen nøyaktig økonomisk eksersis i den forstand at det finnes en metode, en type data som gir et svar som er uomtvistelig for alle parter. Det vil alltid kunne reises tvil om en SSNIP-test, og da kan man komme i den situasjon at retten ikke vil ha mulighet til å foreta en informert beslutning.

Som en løsning på disse utfordringene kunne man tenkes at retten blir satt med fagøkonomer som meddommer(e) i dominanssaker. Det vil kunne heve rettens økonomisk-faglige kompetanse og i noen tilfeller gi grunnlag for bedre avgjørelser. Det er imidlertid langt fra sikkert at dette er nok. Markedsavgrensning er et relativt spesialisert emne innen økonomifaget, og Norge er et lite land. Det finnes ikke en overflod av fagpersoner som er eksperter på dette fagfeltet i Norge, og jeg antar at retten ikke kan settes med ikke-norske statsborgere som meddommere. Et tilleggsmoment er at store saker om misbruk av dominans er tidkrevende. Tine-saken gikk over mange år og forhandlingene i tingretten og lagmannsretten strakte seg over 10-11 uker hver. Det kan fort vise seg vanskelig å få de beste ekspertene til å stille opp som meddommere i så lange forhandlinger. Det er derfor ikke åpenbart at det vil bedre rettens økonomiske kompetanse å sette den med fagøkonomiske meddommere.

En mer interessant tanke etter mitt syn er at retten – i stedet for partene - kan oppnevne fagøkonomiske eksperter til å utrede markedsavgrensingen i dominanssaker. Uten å påstå at ekspertene i Tine-saken var farget av sine oppdragsgiveres interesser, virker det åpenbart at dersom retten selv oppnevner ekspertene, og ekspertene opptrer i retten i denne egenskap vil disse kunne avveie ulike momenter og i alle fall i prinsippet opptre mer uavhengige enn partsoppnevnte ekspertvitner. Jeg mener ikke nødvendigvis at dette bør erstatte partenes muligheter til å oppnevne egne eksperter. Å avskjære mulighetene for at partene kan stevne egne ekspertvitner vil muligens representere et rettssikkerhetsproblem, men det synes åpenbart at dersom retten kan oppnevne sine egne eksperter til å lage egne rapporter for retten, samt ta stilling til partenes eventuelle egne ekspertvitner, vil dette øke sannsynligheten for gode avgjørelser rundt komplekse fagøkonomiske spørsmål som for eksempel markedsavgrensning og dominerende stilling i konkurransesaker.

Referanser

Borgarting lagmannsrett (2010): 09-089085ASD-BORG/02.

http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVaultFiles/id_4567/cf_5/Lagmannsrettens_dom_i_Tine-saken.PDF

Hjelmeng, E. (2011): [HR-2011-01251-A, \(sak nr. 2010/1947\), TINE BA mot Staten ved Konkurransetilsynet](#), Nytt i privatretten, 3/2011.

Konkurransetilsynet (2007): V2007-2 TINE BA - vedtak om overtredelsesgebyr - konkurransebegrensende eksklusiv leveringsavtale.
http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/425898/V2007-2_TINE.PDF

Norges Høyesterett (2011): HR-2011-01251-A, (sak nr. 2010/1947).
http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVaultFiles/id_5048/cf_5/Hoyesterettsdom_Tine-saken_23-6-2011.pdf

Oslo Tingrett (2009): 07-063120TVI-OTIR/07.
http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVaultFiles/id_1851/cf_5/Oslo_tingrett_-_Avgj-relse_SivilSak_73524816.PDF