

Bruk av økonomiske analyser i Tine-saken

Spørsmålet om dominans

Tommy Staahl Gabrielsen
University of Bergen and BECCLE

Seminar om samfunns-/rettsøkonomi og dømmende
virksomhet, UiO 29-30/8-2013.

Tine-saken

- ▶ Tine var anklaget for å ha inngått en avtale eller en felles forståelse med Rema 1000 om utestengelse av Synnøve Finden (SF), og forsøk på det samme i forhold til en profilkjede i ICA.
- ▶ Konkurransetilsynets (KT) vedtak kom i 2007 der Tine ble ilagt et overtredelsesgebyr på 45 mill for overtredelse av Kkrl §§ 10 og 11.
- ▶ Tine godtok ikke gebyret og brakte saken inn for retten
- ▶ Saken gikk gjennom alle tre instanser:
 - ▶ Oslo tingrett - staten tapte
 - ▶ Borgerting lagmannsrett - staten vant delvis fram med redusert gebyr
 - ▶ Høyesterett - Tine frikjent med 3 mot 2 stemmer

Rettsregler

- ▶ Saken dreide seg opprinnelig om brudd både på § 10 og § 11
- ▶ § 10 forbyr samarbeid emmlom foretak som har til formål eller virkning å begrense konkurransen
- ▶ § 11 forbyr dominerende foretak å misbruke sin stilling
- ▶ Fokuset under rettsbehandlingen ble etterhvert dreid mye inn mot misbruk etter § 11
- ▶ § 11 har anvendelse kun for bedrifter som er dominerende i konkurranserettslig forstand

Dominans

- ▶ Det foreligger presumpsjon for dominans dersom en bedrift har en markedsandel for mer enn 40-50 %
- ▶ Jo høyere markedsandel, dess sterkere presumpsjon.
- ▶ Passerer bedriften denne terskelen må det likevel foretas en konkret vurdering av bedriftens evne til å opptre "uavhengig av sine konkurrenter og kunder".
- ▶ Første steg er derfor å finne størrelsen på det markedet som inkluderer Tines produkter, og så regne ut markedsandelen til Tine.
- ▶ Markedsavgrensing er en økonomisk eksersis
- ▶ Spørsmålet om rettens evne til å håndtere økonomiske analyser på veien mot å etablere dominans er tema for dette foredraget

Kjernespørsmål i saken

- ▶ Hvilke produkter og produsenter er Tines konkurrenter?
- ▶ I denne saken var det relevant å finne Tines konkurrenter til i) fast hvit ost, ii) brunost, iii) dessertoster
- ▶ Er fårepølse og syltetøy i samme marked?
- ▶ Er for eksempel danske og franske produsenter av ost, kjøttpålegg etc. i samme marked som Tines oster?
- ▶ Markedsavgrænsingen har derfor både en produktmessig og geografisk dimensjon.

Markedsavgrensing

- ▶ I tidligere tider foretok man markedsavgrensingen ved å gjennomføre en kvalitativ vurdering av produkters egenskaper og bruksområder.
 - ▶ Dersom to produkter har liknende egenskaper og bruksområde tilhører de samme marked
- ▶ I de senere år er det utviklet krav om mer stringente metoder for å avgrense markeder.
- ▶ Dette er et felt som er i rivende utvikling, og det oppstår stadig nye metoder (diversjon, UPP etc.)
- ▶ I denne saken var fokuset på den såkalte SSNIP-testen.
- ▶ SSNIP = Small but Significant Non-transitory Increase in Prices

SSNIP-testen

- ▶ Ta et produkt fra Tine, f.eks. fast hvit ost (Norvegia).
- ▶ Identifiser det næreste substituttet til dette produktet og som er produsert av en annen produsent.
- ▶ Still så følgende hypotetiske spørsmål: Vil en hypotetisk monopolist som kontrollerer prisen til Tines ost og den andre osten finne det lønnsomt å øke prisen med 5-10 %?
- ▶ Hvis ja, må det bety at monopolisten ikke møter sterk konkurranse fra andre produkter/produsenter. I så fall omfatter markedet disse to produktene.
- ▶ Hvis prisøkningen ikke er lønnsom, betyr dette at monopolisten møter sterk konkurranse. I så fall må markedet utvides med et nytt produkt, og så gjentar man testen.
- ▶ Dette fortsetter helt til man har funnet et sett av produkter der prisøkningen blir lønnsom, og man har funnet produktmarkedet.
- ▶ Deretter gjennomføres en tilsvarende test langs den geografiske dimensjonen.

Hva bestemmer lønnsomhet av en prisøkning?

- ▶ Marginen - forskjellen på pris og kostnad
- ▶ Etterspørselens prisfølsomhet - hvor mye faller salget når jeg setter opp prisen
- ▶ Høy margin - mye tap per enhet tapt salg - tenderer mot å gjøre prisøkning ulønnsom
- ▶ Liten prisfølsomhet - lite tapt salg ved prisoppgang - tenderer mot å gjøre prisøkningen lønnsom
- ▶ Samspillet mellom margin og prisfølsomhet avgjør lønnsomheten av en prisoppgang

Økonomiske analyser i Tine-saken

- ▶ Konsulentselskapet Copehagen Economics (CE) laget - på oppdrag fra Tine - en SSNIP-test gjennom å undersøke marginer og prisfølsomhet for en rekke meieriprodukter.
- ▶ Kompliserte analyser ved hjelp av avanserte statistiske metoder og stort datasett.
- ▶ Analysen ble gjenstand for ulike innspill fra statens eksperter: feil i rapporten, ny versjon av rapport, ulike versjoner av samme rapport etc.
- ▶ CEs konklusjon: Tines produkter (fast hvitost og brunost) tilhørte et større påleggsmarkedet som antakeligvis var større enn nasjonalt og muligens europeisk.
 - ▶ Implikasjon: Tines markedsandeler var helt ubetydelige - ingen dominans

Økonomiske analyser i Tine-saken

- ▶ Staten: Et nasjonalt marked for faste hvite oster, et nasjonal marked for brunost, muligens et nasjonalt marked for alle oster
 - ▶ Tines markedsandeler i alle relevante markeder er langt over 50 % - foreligger presumpsjon for dominans
- ▶ Uenigheten kunne neppe ha vært større, og retten måtte ta stilling til kompliserte økonomiske bevis.

Cellophane Fallacy

- ▶ Et sentralt spørsmål var hvorvidt CEs analyser var foretatt med rett utgangspunkt.
- ▶ Et sentralt poeng med SSNIP-testen er at den må foretas med utgangspunkt i priser som *er bestemt av konkurranse*.
- ▶ Hvis ikke, kan man konkludere feil.
- ▶ F.eks. Hvis en bedrift er en faktisk monopolist (har ingen konkurrenter), og vi spør om denne bedriften får lyst til å øke prisen dersom han også kunne kontrollere prisen på et annet produkt, så vet vi at svaret er nei.
- ▶ Dersom vi ikke vet at bedriften er monopolist, kan vi forledes til å tro at grunnen til nei-svaret er at monopolisten er utsatt for konkurranse. Da skal vi ifølge testen utvide markedet.
- ▶ Paradoks: Dersom en bedrift er dominerende, vil SSNIP-testen konkludere med det motsatte. Spørsmålet er om SSNIP-testen slik den var gjennomført av CE egner seg for avdekke dominans.

Landbruksreguleringene

- ▶ Et annet spørsmål var i hvilken grad landbruksreguleringene i ostemarkedet ville influere på Tines status som dominerende
- ▶ Tine hevdet at landbrukspolitikken begrenset Tines handlingsrom i slik en grad at de ikke "kunne opptre uavhengig av sine konkurrenter og kunder".
- ▶ Her er det mange ting:
 - ▶ Kvoteordningen for melk
 - ▶ Tines rolle som markedsregulator
 - ▶ PU-ordningen
 - ▶ Mottakplikten
 - ▶ Målprissystemet
 - ▶ Importskjerming

Økonomisk virkning

- ▶ Et siste punkt var hvilken effekt utestengelsen av SF fra Remas butikker ville ha for konkurransen og for konsumentene
- ▶ Høyere priser og lavere vareutvalg ble hevdet av statens eksperter
- ▶ Lavere priser og bedre tilpasset varetilbud ble hevdet fra Tine
- ▶ Det var en viss diskusjon hvorvidt det var nødvendig å påvise negative virkninger av adferden, spesielt i Tingretten.
- ▶ Summen av alt dette var at Tine og staten, med sine respektive eksperter, var uenig om det meste.

Behandlingen i rettsapparatet - Oslo tingrett

- ▶ Dommen fra Oslo tingrett kom 25. mars 2009.
- ▶ Tingretten går rundt spørsmålet om dominans, fordi de finner at handlingene som Tine har gjennomført uansett ikke ville ha utgjort et misbruk ift § 11
- ▶ Retten skriver: "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."
- ▶ Litt forvirrende uttalelse fra retten her, ettersom et innsnevret handlingsrom kun gjelder for dominerende bedrifter.
- ▶ Dette gjelder for Tine, sier retten, men samtidig tar man ikke stilling til om Tine likevel ikke kan være dominerende.

Behandlingen i rettsapparatet - Borgating lagmannsrett

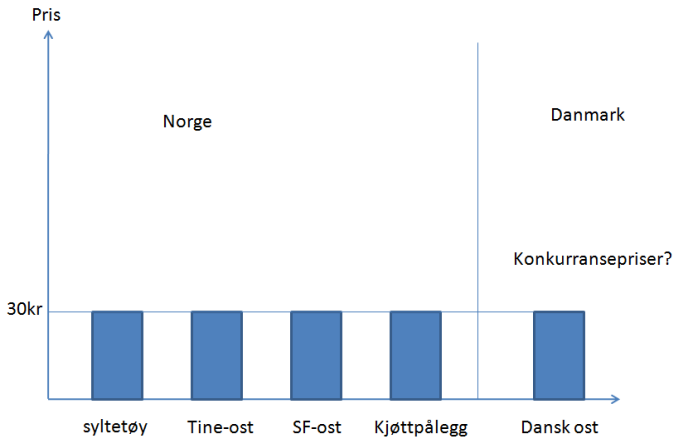
- ▶ Dommen fra Borgating kom 7. september 2009
- ▶ Omfattende dominansvurdering som strekker seg over 13 sider i dommen
- ▶ Retten deler KT's markedsavgrensing fra vedtaket i 2007 (kvalitativ vurdering) der man konkluderte med nasjonale markeder
- ▶ Retten diskuterer om CE's SSNIP test har det rette utgangspunktet, og konkluderer med at Tines priser innenlands ikke er fastlagt under tilstrekkelig konkurranse, bl.a. pga.
 - ▶ kvoteordningen, importvern, toll
 - ▶ kun to innenlandske aktører

Behandlingen i rettsapparatet - Borgarting lagmannsrett

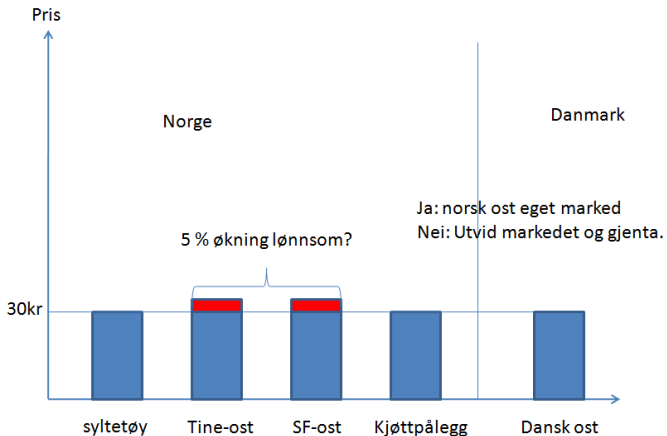
- ▶ Retten la også betydelig vekt på en rapport og vitnemål fra undertegnede og Lars Sjørgard der følgende figurer ble vist

Er Tine dominerende?

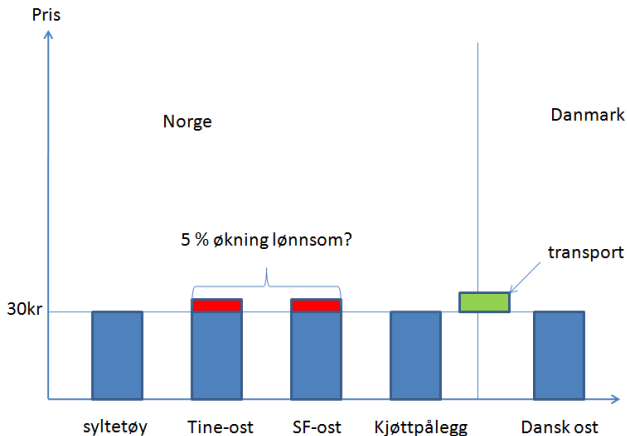
SSNIP-test i det norske ostemarkedet



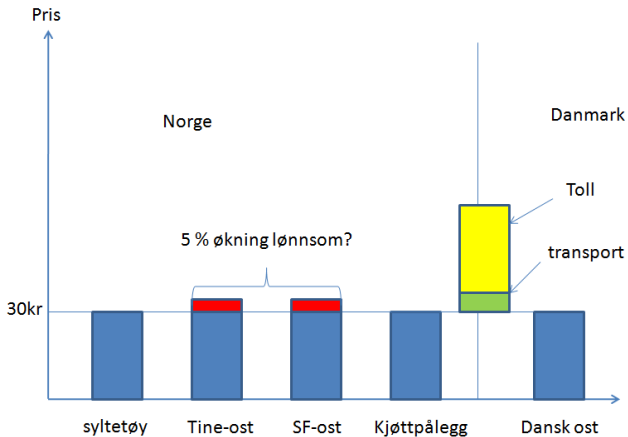
SSNIP-test i det norske ostemarkedet



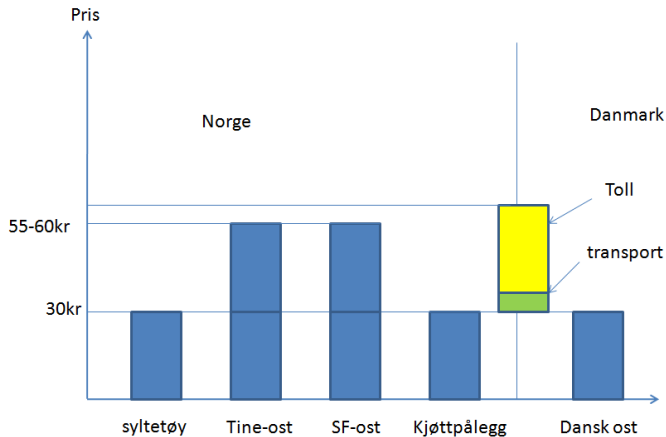
SSNIP-test i det norske ostemarkedet



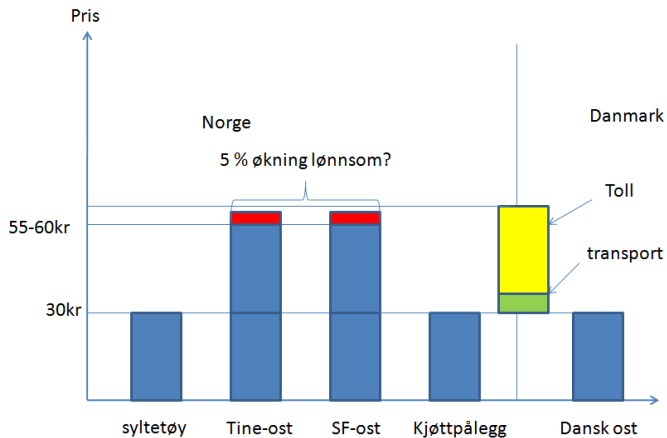
SSNIP-test i det norske ostemarkedet



SSNIP-test i det norske ostemarkedet



Frame Title



Sentrale uenigheter

▶ TINE:

- ▶ Tines aktuelle priser er konkurransemessige og ikke influert av markedsrett
- ▶ Tine har ikke den handlingsrom som kreves av en dominerende bedrift
- ▶ Melkeprisen er en kostnad for Tine
- ▶ Tine kan ikke rammes av §11

▶ Staten

- ▶ Tine har utnyttet markedsrett og prisene er forhøyde:
- ▶ Dette er i seg selv et bevis på at Tine har den nødvendige handlingsrom: Tine er dominerende
- ▶ I tillegg kan Tine misbruke sin posisjon til å stenge ute konkurrenter gjennom marginskvis og eksklusivavtaler.
- ▶ Utbetalingspris til bonde representerer overskuddet i Tine
- ▶ §11 gjelder for Tine

Andre forhold

- ▶ Retten konkluderer med at Tines markedsandeler er tilstrekkelig til at det foreligger presumpsjon for dominans
- ▶ Følger på med en omfattende vurdering av landbruksreguleringenes betydning for dominansspørsmålet
 - ▶ Tines handlefrihet når det gjelder pris på for salg til kjedene er stor
 - ▶ Å studere lønnsomhet på meierileddet isolert gir ikke mening, siden Tine er et samvirke og betaler avkastning gjennom melkepris til bøndene
 - ▶ Reguleringene er ikke til hinder for dominans
 - ▶ Deretter går retten gjennom betydningen av kjedenes kjøpermakt, potensiell konkurranse og fare for nyetableringer.
- ▶ Konklusjon: Tine er dominerende
- ▶ Høyesterettsdommen slutter seg til dette ettersom dette spørsmålet ikke ble påanket.

Vurderinger

Tre typer dokumentasjon på dominans:

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

Hvordan forholdt retten seg til disse bevisene?

CE-rapporten

- ▶ Testens resultatet avhenger av i) estimert margin, og ii) estimert prisfølsomhet
- ▶ Hva er den relevante marginen?
 - ▶ Tines margin? Den hypotetiske monopolisten?
 - ▶ Margin på meierileddet? Margin i hele den vertikale kjeden?
- ▶ Prisfølsomhet
 - ▶ Må beregnes gjennom å undersøke hvordan kundene faktisk reagerer på prisendringer
 - ▶ Kundene i denne saken var kjedene, mens data som CE benyttet var på sluttbrukernivå. Stor feilkilde.
- ▶ Generelt vil estimerer av marginer og priselastisiteter være beheftet med stor usikkerhet - vanskelig for retten å bedømme dette.

Cellophane fallacy argumentet

- ▶ Både tingretten og lagmannsretten så delvis bort fra CEs SSNIP test
- ▶ CF-argumentet derimot hadde stor gjennomslagskraft
 - ▶ Det er enkelt
 - ▶ Tar alle vurderingene som er nødvendige under ett
 - ▶ Det eneste man trenger å sannsynliggjøre er at prisene til Tine i Norge er førhøyd utover det som ville ha eksistert under normal konkurranse
 - ▶ Lagmannsretten lot seg i alle fall delvis overbevise av dette.
 - ▶ Uten CF-argumentet er det høyst usikkert hvordan retten ville ha konkludert

Implikasjoner

- ▶ I §11 - saker er markedsavgrensing en fundamental brikke for å avgjøre spørsmålet om dominans.
- ▶ Det vil alltid kunne reises tvil om en SSNIP-test (diversjonsrater også).
- ▶ Vanskelig vurderingstema for ikke-økonomer, men også for økonomer som ikke er eksperter på feltet.
- ▶ Mulig løsning: Retten settes med fagøkonomer som meddommer(e)?
 - ▶ Markedsavgrensing er et lite fagfelt
 - ▶ Norge et lite land
 - ▶ Dominanssaker er tidkrevende (10-11 uker i retten)
- ▶ Retten oppnevner ekspertvitner i stedet for - eller i tillegg til - partene?