



## BORGARTING LAGMANNSRETT

### DOM

---

**Avsagt:** 07.09.2010 i Borgarting lagmannsrett,

**Saksnr.:** 09-089085ASD-BORG/02

**Dommere:**

Lagdommer  
Kst. lagdommer  
Tilkalt dommer,  
sorenskriver

Lars Ole Evensen  
Anders Blix Gundersen  
Jostein W. Rovik

---

Ankende part

Staten  
v/Konkurransetilsynet

Advokat Christian Lund

Ankemotpart

Tine Ba

Advokat Stephan  
Lange Jervell  
Advokat Magnus  
Hellesylt

## 1. Kort presentasjon av saksforholdet

### a) Generelt

Saken gjelder Konkurransetilsynets vedtak 19. februar 2007, der Tine BA (Tine) ble ilagt et overtredelsesgebyr på 45 millioner kroner for overtredelse av konkurranseloven §§ 10 og 11. I vedtaket har Konkurransetilsynet lagt til grunn at Tine oppnådde eneleverandørposisjon, eller tilnærmet eneleverandørposisjon, for salg av fast hvit- og brunost til Rema 1000 Norge AS (Rema) under årsforhandlingene for 2005.

Konkurransetilsynet har i vedtaket blant annet vist til at Tine under disse forhandlingene økte de økonomiske ytelsene til Rema vesentlig i forhold til året før. I vedtaket konkluderte Konkurransetilsynet også med at Tine på utilbørlig måte hadde utnyttet sin dominerende stilling i markedet for ost, ved å forsøke å inngå en eneleverandøravtale for Rimi-kjeden med ICA Norge AS (ICA). Denne overtredelsen besto etter Konkurransetilsynets oppfatning i at Tine høsten 2004 tilbød ICA betaling for at ICA skulle erstatte osteproduktene til Synnøve Finden AS (Synnøve Finden) med Tines.

### b) Forholdet mellom Tine og Rema

Forut for årsforhandlingene som Rema skulle gjennomføre med Tine i 2004, og som holdes hver høst, opplyste Remas forhandlere til Rune Jenssen i Tine at Rema kunne klare seg med én leverandør av ost og melk. Jenssen svarte at Tine verken ville eller kunne kjøpe seg ut av konkurranse. Det skjedde likevel en del under forhandlingene som Konkurransetilsynet mener trekker i retning av at det ble inngått en avtale som ga Tine eneleverandørposisjon, eller tilnærmet eneleverandørposisjon, i forhold til Rema.

Sommeren 2004 skisserte Rema flere alternative former for samarbeid med Tine, hvorav ett var "uten Synnøve Finden og Q". Forut for forhandlingene, som startet 3. september 2004, hadde en ansatt i Tine på forespørsel oversendt lønnsomhetsberegninger til Rema, som gjaldt fordelene med én contra to leverandører av ost og melk. Samme dag som forhandlingene startet ba en av Remas medarbeidere om å få et tilbud på ost som Rema kunne selge som "egen merkevare", såkalt EMV-ost eller "prisfighter". Det var på dette tidspunktet Synnøve Finden som hadde "prisfighterene" i Remas sortiment. Senere utarbeidet en ansatt i Tine, på anmodning fra Rema, hylleforslag, eller såkalte planogrammer, uten at produktene som Synnøve Finden og Q leverte til Rema på dette tidspunktet, inngikk i sortimentet.

Under forhandlingene om en årsavtale for 2005 økte Tine ytelsene til Rema betydelig i forhold til tidligere år. Det er uenighet om hva som er bakgrunnen for denne økningen. Lagmannsretten kommer tilbake til dette.

En ansatt i Rema la de økte ytelsene som Tine tilbød, inn i interne beregninger som gjaldt lønnsomheten ved å velge Tine som eneste leverandør av ost og melk. I beregningene er det også foretatt justeringer av bidragene til, og belastningen på, det såkalte "kålrotfondet",

et fond som i Rema ble benyttet til subsidiering av spesielt populære produkter/varelinjer, blant annet for å komme godt ut av VGs prisundersøkelser. Synnøve Findens faktiske tall fra tidligere år når det gjaldt antall solgte enheter ble benyttet i regnearket, som grunnlag for anslagene over påvirkningen på fondet ved å erstatte dette selskapets produkter med Tines. Det ble også lagt til grunn at det ville oppstå besparelser innenfor logistikk og drift i Rema, ved å ha én leverandør av ost og melk.

Avtalen som Tine og Rema inngikk 20. september 2004 var to-årig, i motsetning til tidligere avtaler som hadde gjeldt for ett år. Den var også mer omfattende saklig sett i det den omfattet butikkene som var knyttet til Reitan Servicehandel, derunder Hydro Texaco, 7-Eleven og Narvesen. Avtalen innebar økning av ytelsene på 13 250 000 kroner. I 2004 var ytelsene på 23 350 000 kroner, og disse økte således til 36 600 000 kroner i 2005. Innkjøpsvolumet til Rema i Tine var på det tidspunktet på cirka 1,6 milliarder kroner.

Gjennom avtalen sikret Tine seg blant annet flere nyhetslanseringer og andre motytelser, som utarbeidelse av sentral aktivitetsplan, forpliktende planogrammer og godtgjørelse for fordelene ved store leveranser ("dropsize"). Flere av motytelsene som ble oppnådd var i samsvar med målsettinger nevnt i Tines virksomhetsplan. Tine hevder også det var et selvstendig poeng å heve ytelsene til Rema, for at ytelsene skulle komme på samme nivå som de andre kjedene. Dette med bakgrunn i endringene som følge av den nye konkurranseloven, som trådte i kraft 1. juli 2004.

Flere av de personene som var til stede på det siste forhandlingsmøtet 20. september 2004 mellom Tine og Rema i anledning årsavtalen for 2005, tok notater. I notatene er det henvist til flere temaer som partene er enige om at ble diskutert på møtet, men også andre forhold er omtalt. Det er blant annet henvist til uttalelser om Synnøve Finden og Q i notatene fra møtet. Det fremgår også at det fra Tines side ble tatt forbehold om en juridisk gjennomgang av avtalen med Rema. Videre ble det notert at Rema skulle ha "regien" i forhold til media, og det ble angitt en prosentsats som gjaldt prisen på EMV-ost. Tore Høylye, som var en av de som forhandlet for Rema, har også notert at "Synnøve Finden må levere betingelser". I et notat som han skrev til et møte som ble holdt den 21. september 2004 med Synnøve Finden, skrev han også "[i]kke si at de kan bli kastet".

I etterkant av forhandlingene har det vært utvekslet informasjon i Tine-systemet om Synnøve Findens og Q's posisjon i Rema for 2005. Partene er uenige om hva som er sagt, kilden(e) til informasjonen og hva som kan trekkes ut av det. I et referat fra en kort orienteringspost på et ledermøte i Tine Salg Dagligvare 28. september 2004, er det notert at "SF og Q er ute".

Norgesgruppen hadde fra tidligere en avtale med Kavli om leveranser av melk. Sommeren 2004 stilte Norgesgruppen krav om at Q-meieriene ikke fikk levere melk til Rema. Remas forhandlere kjente til dette under forhandlingene med Tine. Det er reist spørsmål om dette

ble tatt opp på møtet 20. september 2004. I så fall kan det være at det var dette partene var enige om at Rema skulle ha regien på i forhold til media. Det er på det rene at saken ble omtalt i media den 27. september 2004. Administrerende direktør Geir Solstad i Rema uttalte seg da om bakgrunnen for at Kavli ikke fikk en avtale med Rema om leveranser av melk i 2005.

Halvannen måned etter at avtalen mellom Tine og Rema var inngått 20. september 2004, sendte Synnøve Finden inn et tilbud til Rema om ytelse knyttet til forhandlingene om en årsavtale for 2005. Den 17. november 2004 ble det deretter avholdt et møte mellom representanter for Rema og Synnøve Finden som ledd i årsforhandlingene. Senere ble det gitt tilbakespill per e-post som førte til at Synnøve Finden sendte inn sitt tredje innspill i forhandlingene. I et møte 7. desember 2004 fikk Synnøve Finden beskjed om at de ikke fikk noen avtale med Rema for 2005. Partene er uenige om de forhandlingene som Rema gjennomførte med Synnøve Finden om en årsavtale for 2005, var reelle.

Høsten 2004 gjennomførte Tine også forhandlinger med Norgesgruppen om en årsavtale for 2005. I disse forhandlingene tilbød Tine i utgangspunktet ikke noen økning av ytelsene i forhold til tidligere år. Bakgrunnen var blant annet knyttet til nivået på ytelsene i kjedene, og forholdet til den nye konkurranseloven. Forhandlingene ble etter hvert fastlåst. Blant de alternativene som da ble diskutert i Tine, var "å kuppe [Norgesgruppen] før Synnøve får beskjed om Rema-avtalen". Partene er imidlertid uenige om i hvilken grad dette ble vurdert, og om betydningen av det som skjedde.

Den endelige avtalen mellom Tine og Rema ble inngått 15. november 2004.

I desember 2004 ble det oppmerksomhet i media om at Synnøve Finden ikke fikk leveranser til Rema for 2005. Konkurransetilsynet fattet interesse for saken og gjennomførte en forklaringsopptak fra midten av desember 2004. I februar 2005 fikk saken igjen mye medieoppmerksomhet i forbindelse med at det såkalte "dubleringsnotatet", som var oversendt fra Tine til ICA i november 2004, ble kjent. Deretter kalte Rema Synnøve Finden inn til nye forhandlinger om en avtale om leveranser for 2005, og en slik avtale ble inngått. I denne avtalen var nivået på ytelsene fra Synnøve Finden til Rema lavere enn det som hadde blitt tilbudt under de tidligere årsforhandlingene. På den annen side var antall varelinjer som Synnøve Finden skulle få i Rema, redusert i forhold til tidligere tilbud.

#### c) Forholdet mellom Tine og ICA

Under forhandlingene mellom ICA og Tine om en årsavtale for 2005, oppsto det en diskusjon om verdien av enkelte forslag til sortimentsendringer som Tine hadde kommet med. ICA ba 1. november 2004 om at Tine "priset" forslaget til sortimentsendringer, hvorefter Tine 11. november 2004 oversendte et dokument som inneholdt forslag til konkrete beløp som Tine var villig til å betale for at produktene fikk "ekstra facing", dvs. bedre synlighet, i Rimis butikker. Forslaget innebar at det ble foreslått å erstatte Synnøve

Findens produkter med Tines egne, men også andre produsenters produkter var omfattet av forslaget. Notatet var en del av underlagsmaterialet til et møte som ble holdt 15. november 2004 mellom representanter for ICA og Tine. I dette møtet, eller i et senere møte, ble forslaget "lagt dødt". Partene er uenige om hvem som først sa at det ikke var aktuelt å gå videre med forslaget. Videre er partene uenige om når forslaget ble fremsatt og lagt til side. Lagmannsretten kommer tilbake til nærmere detaljer om saksforholdet.

#### d) Dagligvaremarkedet i Norge i 2004

Konkurransesituasjonen på dagligvaremarkedet var i endring i 2004, noe som særlig hadde sammenheng med den tyske lavpriskjeden Liedls inntreden på det norske dagligvaremarkedet. Som såkalt hard-discount kjede utfordret Liedl de norske dagligvarekjedene på pris, noe som var særlig viktig for Rema, som var et rent lavpriskonsept, og Rimi-kjeden i ICA, som også hadde en sterk lavprisprofil. I møtet med den nye konkurransen valgte både Rema og ICA (for Rimi-kjeden) å spisse sine eksisterende kjedekonsepter. Kjedene valgte strategier som blant annet gikk ut på å satse ytterligere på leverandørkonsentrasjon, og et smalt sortiment. Rema tilkjennega dessuten satsning på merkevarer. Strategiene som ble valgt, fikk betydning for det som skjedde under årsforhandlingene med Tine i 2004.

#### e) Tines posisjon på markedet

Tine hadde tidligere hatt monopolstilling i det norske markedet for meieriprodukter. Det var åpnet for konkurranse i 1997, men selskapet hadde fortsatt en sentral posisjon når det gjaldt leveranser av ost og melk til de norske dagligvarekjedene i 2004. Det ble ansett som viktig i Tine å opprettholde eller styrke denne posisjonen. Innenfor ost møtte selskapet først og fremst konkurranse fra Synnøve Finden, mens Kavli (Q-melk) representerte alternativet når det gjaldt melk.

#### f) Litt om opplegget videre

I punkt 5 og 6 i dommen vil lagmannsretten gi en nærmere beskrivelse av de faktiske forholdene i tilknytning til årsforhandlingene i 2004 mellom Tine og Rema, samt årsforhandlingene mellom Tine og ICA. I punkt 11 c) i dommen vil lagmannsretten redegjøre nærmere for de offentlige reguleringene som Tine er underlagt. Konkurransetilsynet har omtalt aktørene på markedet på side 2-5 i sitt vedtak. Lagmannsretten viser til denne beskrivelsen. Videre vises det til redegjørelsen for saksbehandlingen i punkt 1.2 i vedtaket. Tingretten har i dommen gitt en nærmere beskrivelse av relevante ord og uttrykk. I den grad lagmannsretten ikke forklarer terminologien løpende, vil det således kunne ses hen til de definisjonene som er gitt i tingrettsdommen. Endelig viser lagmannsretten til tingrettens oversikt over persongalleriet på side 48 i dommen. Det tilføyes at Svein Otto Olsund var salgssjef i Tine Salg Dagligvare i 2004, og at han fungerte som stedfortreder for Rune Jenssen.

g) Prosessuelle forhold

Oslo tingrett avsa dom 25. mars 2009 med slik slutning:

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

Dommen er anket av Staten v/Konkurransetilsynet. Ankeforhandling er holdt i Borgarting lagmannsrett i perioden 20. april til 11. juni 2010 (31 rettsdager). Det er ført 26 vitner, hvorav fem sakkyndige vitner, og for øvrig foretatt slik bevisførsel og dokumentasjon som rettsboken viser. I et prosesskrift datert 1. mars 2010 har Forbrukerrådet inngitt merknader til belysning av allmenne interesser, jf. tvisteloven § 15-8.

Ankende part, **Staten v/Konkurransetilsynet**, har i det vesentlige gjort gjeldende:

Konkurransetilsynets vedtak 19. februar 2007 er i det vesentlige rettslig og faktisk korrekt. Når bevisene i saken vurderes helhetlig, foreligger det etter Statens oppfatning tilstrekkelig faktisk grunnlag for overtredelsesgebyret uavhengig av hvilken terskel for beviskravet som legges til grunn. Staten gjør imidlertid prinsipalt gjeldende at beviskravet ved ileggelse av overtredelsesgebyr er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det vises i den forbindelse til lovens forarbeider, jf. Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 117 og Innst. O. nr. 50 (2003-2004) side 41. EMK art. 6 andre ledd tilsier ikke at det skal anvendes et strengere beviskrav. Det gjør heller ikke Høyesteretts storkammerdom 29. oktober 2008. Subsidiært anføres det at et eventuelt skjerpet beviskrav bare gjelder sakens faktum, og ikke vurderinger knyttet til markedsavgrensning, dominans eller konkurransevirkninger.

Retten prøver alle sider av saken, jf. konkurranseloven § 29 tredje ledd og Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 241. Domstolene bør riktignok være tilbakeholdne med å overprøve Konkurransetilsynets vurderinger knyttet til markedsavgrensning, dominans og konkurranserettslige virkninger i markedet. Dette er kompliserte konkurranseøkonomiske vurderinger der tilsynet har spesiell kompetanse og bredt erfaringsgrunnlag, jf. Rt. 1975 side 603 (Swingball). Vurderingene bør derfor legges til grunn så sant de fremstår som forsvarlige.

Tine har en dominerende stilling i markedene for salg av henholdsvis fast hvit- og brunost til dagligvarehandelen. Markedene er egne relevante markeder, og de er geografisk avgrenset til Norge. Dette fordi både hvit- og brunost har særegne egenskaper, smak og bruksområder som skiller dem fra andre påleggstyper. Kunders og konkurrenters vurderinger viser at de fleste dagligvarekjedene ikke vurderer andre påleggstyper som tilstrekkelig nære substitutter. Terskelen for at produsenter av andre typer pålegg skal begynne produksjon av ost, er for høy til at det foreligger såkalt tilbudssubstitusjon.

Undersøkelser av etterspørselssubstitusjonen tilsier at markedene for fast hvit- og brunost er egne produktmarkeder, særlig når man tar hensyn til at osteprisene i Norge allerede er høyere enn i perfekte markeder. Det er ikke riktig at Tine kun oppnår kostnadsdekning ved sitt salg av ost. Tine tar ut en betydelig andel av fortjenesten gjennom råmelkprisen. Uansett er ikke det relevante produktmarkedet bredere enn markedet for salg av faste oster. Det omfatter ikke andre påleggstyper.

Markedet er geografisk avgrenset til Norge. De berørte produktmarkedene i Norge er beskyttet av en tollmur, som har til hensikt å skjerme norsk ost fra utenlandsk konkurranse. Denne tollmuren har fungert etter sin hensikt, slik at importen av ost er begrenset. Det er først og fremst dyre oster som importeres, derunder dessertost og annen spesialost. Importen foretas dels over internasjonalt anerkjente tollfrie kvoter. Tollsatsenes størrelse, importkvotenes omfang og kundenes preferanser og lojalitet til norske merkevarer tilsier at det geografiske markedet er nasjonalt.

Tine hadde en markedsandel på 92,5 % i markedet for salg av brunost til dagligvarehandelen i 2004, mens Synnøve Findens markedsandel var på 7,2 %. Samme år var Tines markedsandel for salg av hvitost til dagligvarehandelen på 76,3 %, mens Synnøve Finden hadde en markedsandel på 19,5%. For all ost hadde Tine en markedsandel på cirka 74 %. Markedsandelene har vært stabilt høye. I den grad det anføres at det ikke foreligger dominerende stilling til tross for disse markedsandelene, er det Tine som har bevisbyrden for dette. Verken kjøpermakt eller offentlige reguleringer tilsier at Tines stilling ikke er dominerende. Tvert imot innebærer de viktigste reguleringene, importvernet og kvoteordningen, at Tine er i stand til å opprettholde sin dominerende posisjon.

Ved avslutningen av årsforhandlingene mellom Tine og Rema høsten 2004, ble det etablert en felles forståelse om at Tine skulle bli eneleverandør, eller tilnærmet eneleverandør, av fast hvit- og brunost til Rema for avtaleåret 2005. Tidlig i årsforhandlingene ytret Rema ønske om økt leverandørkonsentrasjon overfor Tine og spurte hva foretaket var villig til å betale for å bli en betydelig større leverandør av ost til Rema. Tine hadde allerede en meget høy markedsandel innen salg av ost, og Tine var derfor klar over at de ville oppnå eneleverandørposisjon, eller tilnærmet eneleverandørposisjon, dersom ytelsene ble økt betraktelig. Likevel responderte Tine på Remas utspill om leverandørkonsentrasjon, og økte ytelsene suksessivt gjennom forhandlingene. Det ble også sendt over en rapport fra foretaket med vurdering av dagligvarekjedenes lønnsomhet ved å ha én contra to leverandører. Videre ble det oversendt planogrammer, som viste hvordan ostedisken hos Rema ville se ut uten Synnøve Finden som leverandør. Etter å ha blitt forespurt, tilbød også Tine å produsere en egen merkevareost (EMV-ost) for Rema. Tine måtte forstå at de på denne måten bidro til at Rema kunne velge Tine som eneste leverandør av fast hvit- og brunost til Rema, samt at Synnøve Finden dermed ville bli utelukket som leverandør. Dette understrekes av detaljerte beregninger som Rema foretok underveis i forhandlingene, av

hvilken virkning det ville ha for Rema å gå over til Tine som eneste leverandør innen disse produktkategoriene.

Den 20. september 2004 ble partene enige om de økonomiske rammene for 2005. En rekke medarbeidere i Tine kjente fra da av til at Tine ville være alene om å levere ost til Rema i 2005. Rema gjennomførte forhandlinger med Synnøve Finden i etterkant av enigheten som var oppnådd med Tine. Rema forkastet Synnøve Findens tilbud om årssrabatter. Det ble stilt krav om rabatter fra Synnøve Finden som gikk langt utover det som Synnøve Finden realistisk sett hadde muligheter for å imøtekomme. Kravet innebar en dramatisk økning i forhold til tidligere års forhandlingsresultater. I det andre og siste forhandlingsmøtet i desember ble Synnøve Finden meddelt at selskapet i motsetning til tidligere ikke fikk være leverandør til Rema i 2005. Synnøve Finden mistet dermed en betydelig omsetningskanal for salg av sine produkter. Tines adferd var egnet til å virke konkurransebegrensende. Dette er tilstrekkelig for å konstatere overtredelse av konkurranseloven § 11.

Som ledd i årsforhandlingene med ICA for 2005 utarbeidet og oversendte Tine en oversikt over ytelser som ville utbetales fra Tine til ICA dersom ICAs dagligvarekjede Rimi erstattet konkurrerende produkter med Tines produkter. Oversikten var brukket ned på produktnivå innen fem varekategorier, og omfattet nesten alle Synnøve Findens produkter. Spørsmålet om betydningen av dubleringer var et tema i årsforhandlingene mellom Tine og ICA fra de startet tidlig i oktober 2004, og kulminerte ved oversendelsen av dette dokumentet. Det er på det rene at det ikke ble inngått noen avtale basert på innholdet i dubleringsnotatet. Det knytter seg en viss usikkerhet til når dubleringsnotatet ble forkastet mellom partene, men dette er ikke avgjørende for den rettslige bedømmelsen.

Oversendelsen av dubleringsnotatet innebar i praksis et bindende tilbud om betaling for eksklusivitet som innebærer et brudd på forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11, slik denne er tolket og anvendt i EUs praksis. At tilbudet var utarbeidet på forespørsel fra ICA, har ikke rettslig betydning for misbruksspørsmålet. Dersom tilbudet hadde blitt akseptert i sin helhet, ville Synnøve Finden ha vært utestengt tilnærmet i sin helhet fra Rimi-kjeden.

Det er ikke avgjørende at tilbudet ikke ledet til noen avtale, fordi det var egnet til å være konkurransebegrensende. Spørsmålet om en mulig avtale ville ha medført eneleverandøravtale etter konkurranseloven § 10, er ikke avgjørende for om Tine har overtrådt konkurranseloven § 11.

Gebyret som Konkurransetilsynet har utmålt i saken, er passende. Domstolene har imidlertid kompetanse til å treffe realitetsavgjørelse om gebyrets innhold, jf. konkurranseloven § 29 tredje ledd og forarbeidene til loven i Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 241. Ved utmålingen skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet og varighet, men også andre momenter.

Det er lagt ned slik påstand:

Staten frifinnes og tilkjennes sakens omkostninger både for tingretten og lagmannsretten.

Ankemoiparten, **Tine BA**, har i det vesentlige gjort gjeldende:

Tingrettens dom er riktig i resultatet, og i det alt vesentlige i begrunnelsen. Dette gjelder både med hensyn til bevisvurderinger og rettsanvendelse.

Konkurransetilsynet har basert vedtaket i saken på en hypotese som har influert avgjørende på utvalget av dokumenter, innretning av vitneavhør, vurdering av enkeltbevis og den helhetlige bevisbedømmelsen som er foretatt. Det ble ikke oppstilt noen alternativ hypotese knyttet til Remas strategi for leverandørkonsentrasjon, noe som burde ha vært gjort. Det fremstår som klart mest sannsynlig at Rema har truffet et selvstendig valg om å kutte ut Synnøve Finden, uten forpliktelser overfor Tine.

Det anføres prinsipalt at strafferettens beviskrav gjelder. Subsidiært gjøres det gjeldende at beviskravet for alle omstendigheter som begrunner overtredelse av konkurranseloven §§ 10 og 11 i det minste er klar sannsynlighetsovervekt, derunder for de faktiske forholdene knyttet til dominansvurderingen og eventuelle konkurransebegrensende virkninger. Dette har sammenheng med at illeggelse av overtredelsesgebyr har et klart pønalt preg, og er straff i EMKs forstand. Det vises blant annet til Høyesteretts storkammeravgjørelse i Rt. 2008 side 1409.

Lagmannsretten kan ikke treffe nytt vedtak basert på alternativer som ikke fremgår av slutningen i Konkurransetilsynets vedtak. Det gjelder alternativet om samordnet opptreden og alternativet om at Tines ensidige atferd under forhandlingene innebærer overtredelse av konkurranseloven § 11. En dom som treffes på ett av disse grunnlagene vil i realiteten ikke kunne overprøves, og er dermed problematisk i forhold til EMK. En slik fremgangsmåte vil også kunne ha andre uheldige konsekvenser. Statens påstand i saken omfatter heller ikke et slikt alternativ.

Konkurransetilsynets vedtak bør undergis full prøving. Det vises til at konkurranseloven § 11 er en ny bestemmelse. Konkurransetilsynet hadde således ikke "bredt erfaringsgrunnlag" da vedtaket ble truffet. Full prøving er uansett naturlig i og med at overtredelsesgebyr er en straffesanksjon. Det vises til Førsteinstansrettens avgjørelse i saken Microsoft mot Kommisjonen, premiss 89.

Tine og Rema har ikke hatt noen avtale eller felles forståelse om eneleverandørstatus. Det vises til tingrettens vurdering av dette. En avgjørende svakhet ved Konkurransetilsynets

vedtak er i denne sammenheng den manglende vektleggingen av Remas strategi for leverandørkonsentrasjon med sikte på å møte den tyske lavpriskjeden Liedls etablering i Norge høsten 2004. At Rema valgte bort Synnøve Finden, var Remas selvstendige beslutning i tråd med nevnte strategi. Dermed ble det også frigjort plass som kunne omdisponeres til Remas ferskvareprosjekt.

En avgjørende forutsetning for at konkurranseloven §§ 10 og 11 skal komme til anvendelse i en sak som den foreliggende, er at det er etablert forpliktelse om å kjøpe hele eller store deler av de aktuelle produktene av den andre parten. Noen slik forpliktelse er ikke etablert i denne saken. Faktisk eneleverandørstatus rammes ikke. Førsteinstansrettens avgjørelse i saken Van der Bergh Foods mot Kommisjonen, kan ikke tas til inntekt for et slikt syn.

Staten har anført at det foreligger "samordnet opptreden" mellom Tine og Rema. Begrepet er reservert for situasjonen hvor to konkurrenter samordner sin opptreden for å unngå konkurranse seg i mellom. Begrepet gir ikke selvstendig mening når man snakker om forholdet mellom en produsent og detaljist, som ikke konkurrerer med hverandre. Tingretten har korrekt lagt til grunn at det var Rema som i dette tilfellet handlet i forhold til Synnøve Finden, og at det ikke var noen handlinger å samordne mellom Rema og Tine. Dermed gjensto etter tingrettens vurdering bare alternativet som går ut på at det foreligger en avtale eller felles forståelse.

Subsidiært, for det tilfellet at retten kommer til at Tine og Rema har inngått en avtale, etablert en felles forståelse eller samordnet sin opptreden, hvoretter Rema har forpliktet seg til å kjøpe sitt totale behov for hvit- og brunost, eller store deler av dette, fra Tine, anføres at en slik avtale, felles forståelse eller samordnet opptreden ikke hadde konkurransebegrensende virkninger. Remas formål med å redusere antall leverandører var å styrke konkurransekraften i forhold til Liedl og andre konkurrenter. Dette for å oppnå markedets laveste priser. Konkurransen ville dermed ha økt, ikke blitt begrenset.

Konkurranseloven § 11 retter seg bare mot foretak som har en dominerende stilling i markedet. Et vilkår for å ha dominerende stilling er at foretaket har vide muligheter til å opptre uavhengig i forhold til kunder, konkurrenter og forbrukere. To grunnleggende premisser for slik uavhengighet er frihet i forhold til prissetting og volum. Tine er imidlertid underlagt et omfattende offentlig regelverk som innebærer at denne friheten er begrenset. Tine kan således ikke opptre uavhengig i en slik sammenheng. Verken ut fra en tidsmessig eller materiell dimensjon. Tines frihet i prissettingen begrenses blant annet av prisutjevningsordningen, rollen som markedsregulator og målprissystemet. Tine fastsetter heller ikke volumet. Tines faktiske priser og marginer viser at foretaket ikke har dominerende stilling. I perioden 2002-2007 hadde Tine meget lave – endog negative – marginer på salg av hvitost. Kombinasjonen av ingen eller lave marginer, fallende omsetning og reduserte markedsandeler viser at Tine ikke hadde dominerende stilling i markedene. Videre hadde de fire store dagligvarekjedene betydelig kjøpermakt i 2004.

Kjøpermakten hindret Tines mulighet til å opptre uavhengig av andre aktører. Konkurransetilsynets markedsavgrensning er for snever både når det gjelder produktmarkedet og det geografiske markedet. Det vises til konkurranseøkonomiske vurderinger som Tine har innhentet fra Skandinavias fremste eksperter på området.

Konkurransetilsynet har ikke angitt Tines ensidige atferd under årsforhandlingene for 2004 med Rema i slutningen i sitt vedtak. Det er heller ikke gitt noen nærmere redegjørelse for hva som eventuelt begrunner en overtredelse på dette grunnlaget. På denne bakgrunn hevdes det – som nevnt – at lagmannsretten ikke kan avgjøre saken på dette grunnlaget. Videre anføres at det ikke er grunnlag i gjeldende konkurranserett for å se bort fra forpliktelseelementet, samt at Rema foretok et selvstendig valg basert på tilbudet fra Tine. Tilbudet fra Tine innebar normal konkurranseatferd. Det er fullt lovlig for en dominerende aktør å konkurrere på ytelse, selv når det fører til at andre aktører konkurreres ut av markedet. Handlingsrommet for en dominerende aktør er kun begrenset av reglene om eksklusivitetsavtaler, lojalitetsrabatter og rovpriser.

Tine har uansett ikke betalt for å oppnå eneleverandørstatus. Det er heller ikke ytt noen form for press fra Tines side med sikte på å oppnå slik status. Det foreligger ikke utilbørlig utnyttelse av den posisjonen som Tine hadde. Avtalen mellom Tine og Rema hadde heller ikke konkurransebegrensende virkning.

Dubleringsnotatet som ble oversendt til ICA 11. november 2004, var et arbeidsnotat og innebar ikke noe bindende tilbud om å oppnå eneleverandørstatus, eller tilnærmet eneleverandørstatus mot betaling. Det representerte uansett ikke et tilbud om eksklusivitet eller eneleverandørstatus i konkurranserettslig forstand. Forslaget ble fremsatt overfor ICA Norge AS, men omfattet bare Rimi-kjeden. ICA ville dermed uansett ikke ha blitt forpliktet til å kjøpe hele eller en betydelig del av sitt behov for de aktuelle varene fra Tine. Konkurransetilsynets vedtak er dermed basert på feil faktum, og feil rettsanvendelse. Forsøk på misbruk av dominerende stilling faller dessuten utenfor anvendelsesområdet for konkurranseloven § 29. Under enhver omstendighet innebærer dubleringsnotatet ikke utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Det er ikke grunnlag for Statens analogi fra avgjørelsene om lojalitetsrabatter.

Tine anfører på denne bakgrunn at det ikke foreligger grunnlag for å ilegge selskapet overtredelsesgebyr etter konkurranseloven §§ 10 og 11. Subsidiært anføres det at overtredelsesgebyret som Konkurransetilsynet har fastsatt, er for høyt. Det vises til at Konkurransetilsynet feilaktig har lagt til grunn at en eventuell overtredelse av konkurranseloven var ”klar”, samt at det ikke var knyttet berettiget tvil til lovligheten av handlingene. Videre var det feil av Konkurransetilsynet å vektlegge ”potensielle skadevirkninger” av Tines atferd. Det er ikke dokumentert at Tine hadde til hensikt å ekskludere Synnøve Finden. For øvrig er det ikke gitt at skyldgraden er forsett hvis det legges til grunn at det er statens subsidiære anførsler som gir grunnlag for en reaksjon. Det

bestrides at Tine har hatt en aktiv rolle i forhold til en eventuell overtredelse av konkurranselovens bestemmelser. Videre stiller Tine seg uforstående til at de ikke skal ha bistått Konkurransetilsynet under etterforskningen av saken. Overtredelsesgebyret må eventuelt også nedsettes fordi avtalen med Rema ikke fikk noen virkning i markedet. Det må også tas hensyn til at saken førte til en mediestorm og et betydelig omdømmetap for Tine.

Det er lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Tine BA tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten.

I prosesskrift 1. mars 2010 har **Forbrukerrådet** i det vesentlige anført:

Forbrukerrådet anfører at beviskravet som Oslo tingrett har benyttet i sin avgjørelse, og den bevisvurderingen som retten har foretatt som konsekvens av det anvendte beviskravet, gjør det vanskelig for konkurransemyndighetene å bevise overtredelser av konkurranseloven. Forbrukerrådet er bekymret for at dette kan medføre at konkurranseloven ikke vil fungere så effektivt som ønskelig som skranke for forbrukernes atferd, noe som vil kunne føre til høyere priser og dårligere tilbud til skade for forbrukerne.

Konsentrasjonen i det norske dagligvaremarkedet er sterk. Kjedene står for mer enn 99 % av omsetningen. Prisene er høye, og vareutvalget er begrenset. Kampen mellom leverandørene gjelder i stor grad hylleplass. Hver kjede inngår felles innkjøpsavtaler for butikkene som inngår i deres kjedekonsepter. Dersom en leverandør mister avtale om levering av sine varer til én av kjedene, risikerer leverandøren å tape en tilsvarende del av omsetningen. Butikkene er i stor grad bundet til grupperingens nasjonale leveringsavtaler. Det er vanskelig for leverandøren å få dekket opp eventuell salgssvikt ved økt salg til en eller flere av de andre kjedene.

Det er spesielt få leverandører innenfor landbruket. Det er viktig at konkurransemyndighetene holder øye med at dominerende aktører konkurrerer på ytelser, og ikke utnytter sin dominerende stilling til å presse ut mindre konkurrenter. Forbrukerrådet er bekymret for om det var dette som skjedde i denne saken høsten 2004. Forbrukerrådet er opptatt av at slike spørsmål blir gjenstand for betryggende behandling.

Forbrukerrådet mener tingretten ikke har tatt inn over seg det samspillet mellom juridiske og økonomiske vurderinger som saken reiser. Tingretten har ikke vurdert graden av dominans, noe som har betydning for rettens vurdering av om Tines handlinger utgjør utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Graden av dominans har direkte betydning for vurderingen som må foretas etter konkurranseloven. Jo mer dominerende en aktør er, jo mindre handlingsrom har aktøren. Dette har sammenheng med i hvilken grad konkurransen vil bli skadelidende som følge av handlingene.

Det er viktig at domstolene tar standpunkt i spørsmål som beror på økonomiske vurderinger. Hvis domstolene ikke er sitt ansvar bevisst, vil de kunne miste nødvendig tillit i befolkningen og utspille sin rolle. Det har vært diskutert om konkurransesaker bør føres for en egen fagdomstol. Forbrukerrådet understreker viktigheten av at lagmannsretten vurderer de økonomiske spørsmålene som saken reiser.

Tingretten tok ikke standpunkt til markedsavgrensningen. Det var derfor ikke nødvendig for tingretten å vurdere om det skulle vises tilbakeholdenhet i prøvingsintensiteten i tråd med prinsippene i Swingballdommen. Etter Forbrukerrådets oppfatning er det ingen motstrid mellom det å konkludere på de økonomiske spørsmålene saken reiser, og vise tilbakeholdenhet i forhold til de vurderinger som Konkurransetilsynet har foretatt.

I konkurransesaker vil det sjelden foreligge mange konkrete bevis. Aktører med dominerende markedsstilling vil som regel være oppmerksomme på de begrensninger som følger av konkurranseloven, og de vil dermed være forsiktige med å etterlate seg konkrete spor. Tingretten har lagt seg på et høyere beviskrav enn det som følger av EU-domstolens praksis, der det heter at Kommisjonen må fremskaffe "a firm, precise and consistent body of evidence". Den faktiske bedømmelsen som tingretten har foretatt bærer preg av dette.

Det fremgår av avgjørelsen at Tine i forhandlingene har vært opptatt av å vise kjedene at det har vært lønnsomt med en leverandør contra to, i stedet for å fokusere på egen ytelse ("competition on the merits"). Dette synes ikke å være vektlagt av retten. Videre mener Forbrukerrådet at det ikke er konsistent at tingretten la til grunn at det var stor visshet internt i Tine om enigheten med Rema i slutten av september, uten at dette bekreftet en felles forståelse mellom partene om dette, samt at det da ikke var truffet noen endelig beslutning om å kaste Synnøve Finden. Forbrukerrådet mener også at Oslo tingrett i for liten grad vurderte sammenhengen mellom Tines opptreden overfor henholdsvis Rema og ICA. Forbrukerrådet mener dubleringsnotatet kan ses som ledd i en mer generell strategi om å oppnå eneleverandørstatus.

Tingretten foretok vurderinger ut fra en sammenligning av nivået på ytelsene som Tine betalte til de ulike kjedene, men gikk ikke tilstrekkelig inn på vurderingen av hva de ulike ytelsene var betaling for. Retten burde også ha vurdert om Tine og Rema hadde felles subjektive oppfatninger knyttet til økningen av ytelser, og om dette gikk ut på at Tine skulle være eneleverandør. Tingretten vurderte heller ikke om avtalen med Rema innebar at Tine tilnærmet skulle være eneleverandør, noe som burde ha vært gjort.

**Lagmannsretten** bemerker:

1) Prøvingsretten

Lagmannsretten legger til grunn at den kan prøve alle sider av saken, jf. konkurranseloven § 29 tredje ledd femte punktum. Det følger videre av lovens forarbeider at retten kan treffe realitetsavgjørelse, slik som ved forvaltningsmessig klagebehandling, jf.

Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 117. Dette har sammenheng med at vedtak om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven ikke kan påklages, men eventuelt må bringes inn for retten for overprøving.

Tine har anført at lagmannsretten ikke kan avgjøre saken på et annet grunnlag enn det Konkurransetilsynet baserte vedtaket om overtredelsesgebyr på. Det er i den forbindelse blant annet vist til prinsippet i EMK artikkel 6 om "fair trial". Konkret gjelder anførselen spørsmålet om lagmannsretten kan bygge på at Tine har overtrådt konkurranseloven § 11 ved sine ensidige handlinger under årsforhandlingene for 2005 med Rema. I Konkurransetilsynets vedtak er det fokusert på den eksklusive avtalen som tilsynet mener ble inngått mellom partene, men det er i tillegg gitt uttrykk for at tilsynet vurderer at § 11 også er overtrådt som følge av Tines ensidige atferd. Dette er imidlertid ikke nærmere begrunnet i vedtaket.

Ved klagebehandling er utgangspunktet at klageinstansen kan prøve alle sider av saken, og ta hensyn til nye omstendigheter, jf. forvaltningsloven § 34 andre ledd. Det ligger imidlertid en begrensning i hva som er samme sak, jf. Ot. prp. nr. 3(1976-77) s. 95. Etter lagmannsrettens oppfatning får denne begrensningen ingen betydning her.

I rettsteorien er det gitt uttrykk for at rammen for rettens prøving er selve forvaltningsvedtaket, jf. Harald Evensen mfl., Konkurranseloven med kommentarer, side 764, der dette er utdypet på følgende måte:

Innenfor denne rammen kan retten prøve lovligheten av vedtaket og vurdere om det foreligger feil ved tilsynets bevisvurdering, rettsanvendelse og/eller saksbehandling. Dette innebærer at retten har kompetanse til å treffe realitetsavgjørelse. Det er således ikke nødvendig for retten å oppheve vedtaket og henvise saken til ny behandling i Konkurransetilsynet.

Lagmannsretten legger dette til grunn.

Tine har anført at det foreligger en ytterligere begrensning, siden overtredelsesgebyr må regnes som straff etter EMK. I straffeprosessen er det et krav om at retten ikke kan gå utover det forhold som tiltalen gjelder, jf. straffeprosessloven § 38, § 331 andre ledd andre setning og EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav a.

Lagmannsretten viser til at det i EMK artikkel 6 nr. 3 a heter at "[e]nhver som blir siktet for en straffbar handling skal ... bli underrettet straks, i et språk han forstår og i enkeltheter, om innholdet i og grunnen til siktelsen mot ham." Det følger imidlertid av Rt. 2007 side 1217 at de rettssikkerhetsgarantiene som EMK artikkel 6 sikrer i straffesaker, ikke kan håndheves like strengt for sanksjoner som faller utenfor den tradisjonelle strafferetten. Det er ikke noe krav til å utferdige siktelse for å ilegge overtredelsesgebyr etter norsk intern rett. Lagmannsretten kan heller ikke se at formuleringene i vedtakets slutning er avgjørende i denne forbindelse.

I den foreliggende saken finner lagmannsretten det uansett klart at den må kunne bygge på alternativet om ensidig atferd. Lagmannsretten viser i den forbindelse til at Konkurransetilsynet har nevnt dette alternativet på flere punkter i vedtaket. Lagmannsretten ser det videre slik at spørsmålet om Tines ensidige handlinger var i strid med § 11, bare gjelder en annen side av det faktumet som Konkurransetilsynet har beskrevet i vedtaket. Dette er etter lagmannsrettens oppfatning ikke et "nytt forhold". Tine har dessuten hatt full mulighet til å imøtegå både faktum og juss knyttet til dette forholdet, og har rent faktisk gjort det i begge rettsinstanser. Hensynet til kontradiksjon er således ivaretatt. En dom som bygger på et slikt grunnlag, kan overprøves. Lagmannsretten har etter dette kommet til at den kan bygge avgjørelsen på alternativet som gjelder Tines ensidige atferd i årsforhandlingene med Rema. Det kan heller ikke ses at påstanden som Staten har lagt ned i saken, er til hinder for dette.

Ut fra det ovennevnte, har lagmannsretten valgt å foreta en selvstendig fremstilling og vurdering av saken, uten å knytte merknadene opp mot de vurderingene som er gjort i Konkurransetilsynets vedtak.

## 2) Prøvingsintensitet

Partene er også uenige om i hvilken utstrekning lagmannsretten kan overprøve Konkurransetilsynets vurderinger. Staten har gjort gjeldende at lagmannsretten må vise tilbakeholdenhet med å overprøve Konkurransetilsynets vurderinger på områder der tilsynet har særlig sakkunnskap og bredt erfaringsgrunnlag, så som ved markedsavgrensningen, dominansvurderingen og i virkningsanalyser. Det er i den forbindelse blant annet vist til Rt. 2008 side 1555 (Biomar) jf. Rt. 1975 side 603 (Swingball).

Avgjørelsen i Rt. 2008 side 1555 gjaldt gyldigheten av Patentstyrets avslag på et patent for tilsetning av en viss mengde histidin i laksefor i den hensikt å hindre utbrudd av katarakt – grå stær – i oppdrettslaks. Høyesterett stadfestet tingrettens dom som gikk ut på at staten ble frifunnet i ugyldighetssøksmålet. I avgjørelsens premiss 38 viste Høyesterett til at oppfinneren har krav på å bli tilkjent patent når først vilkårene foreligger. Det dreide seg således om et lovbundet skjønn, der domstolene hadde full prøvingsadgang. Høyesterett

uttalte at skjønnets fagtekniske karakter likevel tilsa at domstolene viste tilbakeholdenhet ved den rettslige prøvingen. Det ble vist til at dette har kommet klart til uttrykk i praksis, jf. Rt. 1975 side 603, Swingball. I denne patentsaken uttalte Høyesterett at det var ”all grunn for domstolene til å vise tilbakeholdenhet med å fravike Patenstyrets avgjørelser i betraktning av den spesielle sakkunnskap og det brede erfaringsgrunnlag som Styret sitter inne med”.

Det fremgår av førsteinstansavgjørelsen i saken mellom selskapet Microsoft og Kommisjonen at fellesskapets rettsinstanser generelt utøver full kontroll med om betingelsene for å anvende traktatens konkurranseregler er oppfylt, men at det likevel er fast rettspraksis for at kontrollen som de utøver vedrørende kompliserte økonomiske vurderinger, er begrenset. Kontrollen av slike forhold vil være begrenset til å etterprøve om formkravene er overholdt, om begrunnelsen er tilstrekkelig, om de faktiske omstendighetene er materielt riktige samt om skjønnet som er utøvet er åpenbart urimelig eller om det for øvrig er utvist myndighetsmisbruk.

Konkurranselovens ordlyd og forarbeider gir ikke grunnlag for en slik begrensning. I juridisk teori er det uttalt at det ikke er grunnlag for å utvise noen tilbakeholdenhet med å overprøve Konkurransetilsynets faglige vurderinger, jf. Kolstad mfl., Norsk konkurranserett, bind II (2006) side 147. Lagmannsretten viser også til Oslo tingretts avgjørelse 26. juli 2005 på side 45-46, der det er uttalt følgende om spørsmålet:

Lovgiver har bevisst valgt domstolene som arena for overprøving. Det vises til Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 241 hvor det heter at ”slik departementet ser det, er en domstol bedre egnet enn departementet til å behandle disse sakene”. Retten legger til grunn at dette har sammenheng med troen på at bla. bevisumiddelbarhet, muntlighet og kontradiksjon vil styrke det rettssikkerhetshensyn som utvilsomt må ha diktert konklusjonen. I tillegg til dette er ønsket om å begrense samlet behandlingstid uttrykkelig nevnt i forarbeidene. Når lovgiver samtidig har beskåret klageadgangen i forvaltningen, finner retten ikke holdepunkter for å begrense rettens prøvelsesadgang som anført av staten. Det legges etter dette til grunn at retten ikke har spesiell oppfordring til tilbakeholdenhet med hensyn til å overprøve noen deler av vedtaket. Dette gjelder da også i forhold til eventuelle områder som fordrer særskilt kompetanse. I parentes bemerkes til dette at partene i en slik situasjon har full anledning til å tilføre retten sak- og detaljkunnskap via vitner og sakkyndige,- noe de også har gjort i denne sak. På bakgrunn av partenes basiskunnskap om saken kunne de for øvrig også begjært retten satt med meddommere med særskilt kompetanse.

Skal det innfortolkes noen begrensning i domstolenes kompetanse fordrer dette etter rettens skjønn klare signaler fra lovgiver enten i lovteksten eller i forarbeidene. Noe annet ville være å tilsidesette den rettssikkerhet full kompetanse og domstolsbehandling er ment å ivareta.

Lagmannsretten er enig i dette, men finner likevel grunn til å tilføye at spørsmålet om prøvingsintensitet ikke får betydning for utfallet av denne saken.

### 3) Bevisvurderingen

Lagmannsretten legger til grunn at det skal foretas en samlet vurdering av de bevisene som er presentert for retten. Forholdet som saken gjelder fant sted for cirka 6 år siden.

Dokumentbevisene, og andre tidsnære bevis, vil derfor ha særlig betydning.

Lagmannsretten viser i den forbindelse til Rt. 1999 side 74 og Rt. 1995 side 821.

Når det gjelder forklaringsopptakene, har Tine vært sterkt kritisk til innholdet. Det hevdes at tilsynets medarbeidere var forutinntatt, og at de feiltolket utsagn og dokumenter på en slik måte at det preget avhørene. Det er gitt eksempler på sammenblanding av møtetidspunkter mv. som gjør at flere av spørsmålene som ble stilt, var gale. I en del tilfeller må således svarene som er nedtegnet i protokollen fra avhørene vektlegges med dette for øyet. Det er også påpekt svakheter ved protokollasjonen. Dette har ledet til overstrykninger og tilføyelser, og noen av de som har forklart seg har sendt inn presiserende skriv i etterkant. Flere har også gitt uttrykk for at de opplevde avhørene som ubehagelige, samt at de fikk inntrykk av at Konkurransetilsynet var ute etter å få dokumentert "sin egen versjon".

Lagmannsretten må legge til grunn at det er dekning for noe av denne kritikken, og det må derfor tas med i betraktning ved vektleggingen av materialet. Etter lagmannsrettens vurdering er likevel vesentlige deler av det som fremkommer i forklaringsopptakene dekkende for hva som rent faktisk har skjedd. Det har ikke fremkommet noe vesentlig nytt gjennom de muntlige forklaringene som er gitt for lagmannsretten.

I en sak som den foreliggende må det også tas hensyn til at de ulike aktørene kan ha interesse av å forklare seg på en bestemt måte.

### 4) Beviskravet

Partene er uenige om hvilket beviskrav lagmannsretten skal legge til grunn. Staten har anført at beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt, mens Tine har anført at det strafferettslige beviskravet gjelder, subsidiært et krav til klar sannsynlighetsovervekt.

Lovens ordlyd gir ikke holdepunkter for å fastslå hvilket beviskrav som skal legges til grunn.

Konkurranselovutvalget vurderte spørsmålet i forslaget til ny konkurranselov, jf. NOU 2003: 12 side 130-131. Et enstemmig utvalg foreslo, blant annet under henvisning til Rt. 1999 side 14, at beviskravet burde være klar sannsynlighetsovervekt. Utvalget var inne på likhetspunktene med strafferettslige bøter, og påpekte i innstillingen at det kunne tale for at kravet skulle legges høyere enn klar sannsynlighetsovervekt. Utvalget viste imidlertid til at strenge krav til bevisets styrke kunne vanskeliggjøre håndhevelsen av

loven, og påpekte at behovet for effektiv håndheving må holdes opp mot hensynet til rettssikkerhet.

Departementet var uenig i utvalgets vurderinger av dette, jf. Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 117, der det heter:

Departementet er imidlertid ikke enig med utvalget i at det må kreves sterk sannsynlighetsovervekt for å fatte vedtak om overtredelsesgebyr. Det foreligger ikke særlige hensyn i slike saker som tilsier at det skal oppstilles spesielle krav til bevisets styrke, ut over det som følger av alminnelige bevisregler i sivile saker. I saker om overtredelse av konkurranseloven vil samfunnets og forbrukernes interesse i riktig pris, stå mot foretakenes interesse i ikke å bli bøtlagt for noe de ikke har gjort. Etter departementets vurdering bør ikke denne avveiningen vektet skjevt, med mindre vekt på hensynet til samfunnet og forbrukerne. Overtredelse av konkurranseloven innebærer at en eller flere næringsdrivende beriker seg på samfunnets og forbrukernes bekostning. Behovet for å fravike alminnelige sivilprosessrettslige bevisregler avhenger av om en, slik som i straffeprosessretten, vurderer en feilaktig dom i den påståtte overtreders disfavør som verre enn en feilaktig dom i forbrukernes og samfunnets disfavør. I forhold til en slik fleksibel sanksjon som overtredelsesgebyr er ment å være, ser departementet ingen grunn til at loven skal ta som utgangspunkt at uriktige avgjørelser i forbrukernes disfavør er å foretrekke fremfor uriktige avgjørelser til skade for et uskyldig foretak.

Næringslivets hovedorganisasjon (NHO), som hadde vært representert i Konkurranselovutvalget, var sterkt kritisk til departementets forslag, og skrev derfor et brev til Stortingets familie-, administrasjons- og kulturkomite 11. november 2003, der det ble påpekt at et slikt beviskrav ville være i strid med beviskravet i norsk strafferett og – ”sannsynligvis” – med EMK. Synspunktene ble utdypet i et brev 28. november 2003. I dette brevet viste NHO blant annet til at både Konkurranselovutvalget og departementet hadde lagt til grunn at overtredelsesgebyr ”er å anse som straff i forhold til EMK artikkel 6”. NHO gjorde på den bakgrunn gjeldende at beviskravet måtte være det samme som i en straffesak. Komiteen henvendte seg deretter til statsråden, som i et brev 13. desember 2003 blant annet svarte følgende:

Beviskravet for illeggelse av overtredelsesgebyr etter forslaget til ny konkurranselov vil være i samsvar med de alminnelige bevisregler som gjelder i sivile saker, og vil bli praktisert i tråd med Høyesteretts praksis. Dette bør således være tilstrekkelig i forhold til EMK. Beviskravet vil gjøre det lettere å få ilagt et overtredelsesgebyr og dermed øke forbudenes avskrekkende virkning. Det er viktig i konkurransesaker der det i utgangspunktet er vanskelig å bevise overtredelser.

Stortingskomiteen delte seg etter dette i et flertall og et mindretall. Mindretallet, komiteens medlemmer fra Arbeiderpartiet, mente at det må stilles krav om klar sannsynlighetsovervekt, mens flertallet, som besto av komiteens øvrige medlemmer, viste til proposisjonens punkt 8.3.3, sitert over, idet det etter deres oppfatning ikke var ”grunn til å avvike fra de alminnelige bevisregler i sivile saker”. Loven ble deretter vedtatt uten at det

ble foretatt noen endringer på dette punkt. Debatten i Stortinget bidro ikke til å kaste ytterligere lys over spørsmålet.

Ut fra det som er sagt i forarbeidene, og alminnelige rettskildeprinsipper, må lagmannsretten likevel vurdere om et slikt beviskrav er i samsvar med EMK og Høyesteretts praksis, eller om lagmannsretten av den grunn må benytte et strengere beviskrav.

Ved lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven) er den Europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) inkorporert i norsk rett. I henhold til § 3 skal den ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning. I Rt. 2005 side 833 uttalte Høyesterett i plenum i premiss 45 i en sak som gjaldt anvendelsen av bestemmelsen i straffeloven § 195 tredje ledd om at villfarelse om barnets alder ikke fritar for straff for seksuell omgang med noen under 14 år, og om denne bestemmelsen var i strid med EMK artikkel 6 nr. 2, følgende:

.. de grunnleggende tolkningsprinsipper for anvendelsen av forrangbestemmelsen i menneskerettighetsloven § 3 ... [er] trukket opp av Høyesterett i plenumsdommen i Rt-2000-996, og senere flere ganger gjentatt, jf. plenumsdommene i Rt-2002-557 og Rt-2003-359. Det følger av disse at ved anvendelse av reglene i EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.

Det følger av EMK artikkel 6 nr. 2 at enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven. Partene er enige om at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven er straff etter EMK, slik at EMK artikkel 6 nr. 2 får anvendelse. Som nevnt er dette også lagt til grunn i forarbeidene.

I Rt. 2007 side 1217 vurderte Høyesterett rekkevidden av EMK artikkel 6 nr. 2. Saken gjaldt tidsbegrenset tilbakekall av ervervstillatelse etter fiskerilovgivningen. Høyesterett fant, under dissens 3-2, at EMK artikkel 6 nr. 2 ikke bare angir at påtalemyndigheten skal ha bevisbyrden, men at den også stiller krav til bevisets styrke. I premiss 64 viste Høyesterett til avgjørelser fra EMD, der det ut fra prinsippet i artikkel 6 nr. 2 er stilt krav om at "enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode". Høyesterett viste også til avgjørelsen i Rt. 1998 side 1945, der det er lagt til grunn at dette prinsippet ikke kan håndheves like strengt i alle relasjoner. Høyesterett ga uttrykk for at det må skilles mellom straffbarhetsbetingelsene, samt at hva som skal anses som rimelig tvil må bero på sakens art. Høyesterett påpekte at "det i særlig grad må gjelde ved ileggelse av forvaltningssanksjoner som ikke har karakter av straff etter nasjonal rett, men som blir

betraktet som straff etter EMK artikkel 6". Høyesterett viste også til en uttalelse i saken Jussila mot Finand, der det er vist til flere andre avgjørelser fra EMD. I premiss 65 i Høyesteretts avgjørelse heter det:

Denne uttalelsen viser etter min mening at de rettssikkerhetsgarantier som EMK artikkel 6 sikrer i straffesaker, ikke kan håndheves like strengt for sanksjoner som faller utenfor den tradisjonelle strafferett, men som likevel blir ansett som straff etter EMK artikkel 6. Dette må også gjelde for beviskravet i artikkel 6 nr. 2. Avhengig av hvor inngripende en forvaltningssanksjon er, vil kvalifisert sannsynlighetsovervekt etter omstendighetene kunne tilfredsstillende kravet om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Avgjørende må være hva overordnede krav til rettferdig rettergang tilsier. Ved denne vurdering må det blant annet tas hensyn til hva en effektiv rettshåndhevelse krever, og hvilke muligheter den anklagede har til å føre motbevis.

I premiss 66 fremholdt Høyesterett blant annet at – siden tilbakekall av ervervstillatelser på grunn av brudd på fiskerilovgivningen måtte anses som straff etter EMK artikkel 6, kunne det ikke være akseptabelt med et lavere beviskrav enn klar sannsynlighetsovervekt. Partene er uenige om Høyesterett med dette etablerte et minstenivå på "klar sannsynlighetsovervekt" for administrative sanksjoner som anses som straff etter EMK artikkel 6. Staten har anført at uttalelsen er et obiter dictum, som ikke kan være avgjørende i den foreliggende sak. Tine mener det ikke er grunn til å skille mellom uttalelsene i premiss 65 og 66.

I Rt. 2008 side 1409 vurderte Høyesterett i storkammer hvilket krav til bevisets styrke som gjelder ved ileggelse av tilleggs�skatt, jf. ligningsloven § 10-2 og § 10-4. Et flertall på syv dommere fant at beviskravet for å ilegge ordinær tilleggs�skatt er klar sannsynlighetsovervekt. Videre kom et flertall på seks dommere til at EMK artikkel 6 nr. 2 inneholder et krav til bevisets styrke i saker som er straff etter EMK artikkel 6. I avgjørelsen ga flertallet blant annet uttrykk for følgende:

Straffebegrepet i EMK artikkel 6 omfatter sanksjonering av en meget lang rekke handlinger som i nasjonal rett enten er avkriminalisert eller som aldri har vært ansett straffbare. Det dreier seg i mange tilfeller om bagatell- og/eller masseovertrødelser. I noen tilfeller kan forholdet være at det bare er den private parten som kan klarlegge saksforholdet. Nasjonale håndhevelses- og effektivitetsbehov taler for at det i denne typen sanksjoner stilles andre – lavere – krav til bevisets styrke enn i tradisjonelle saker om straff. Avgjørelsene fra EMD viser, som nevnt, at Domstolen aksepterer nasjonale lovregler som stiller opp presumsjoner og/eller snur bevisbyrden, så fremt den nasjonale reguleringen samlet sett ikke krenker kravet om rettferdig rettergang og uskyldpresumsjonen. Hvorvidt EMD vil akseptere en konkret nasjonal regulering, vil i høy grad bero på sakens art.

I premiss 104 sluttet førstevoterende, som representant for flertallet, seg til det Høyesterett tidligere hadde uttalt i premiss 65 i Rt. 2007 side 1217. Det ble ikke uttrykkelig vist til premiss 66.

Spørsmålet er hva lagmannsretten kan trekke ut av disse avgjørelsene i forhold til den foreliggende saken. Lagmannsretten legger til grunn at det følger et krav til bevisets styrke av EMK artikkel 6 nr. 2. Beviskravet er operasjonelt og til en viss grad fleksibelt, men mye tyder på at den nedre grensen ligger over alminnelig sannsynlighetsovervekt. Hensynet til rettferdig rettergang innebærer at det er visse grunnleggende rettssikkerhetsvilkår som må ivaretas. Hvor strengt kravet til bevis er, avhenger av sakens art og hvor inngripende den sanksjonen som ilegges er. Hensynet til effektiv håndhevelse av reglene, og den enkeltes mulighet til å føre motbevis, er elementer som må trekkes inn ved vurderingen av beviskravet.

EMD har så vidt lagmannsretten kjenner til ikke direkte tatt stilling til beviskravet ved sivilrettslige sanksjoner på konkurranseretts område.

Staten har vist til bestemmelsen i artikkel 6 nr. 2 og 3 i EU-traktaten om at Den europeiske union tiltrer EMK, samt at prinsippene som den gir uttrykk for, utgjør generelle prinsipper i EU-retten. Videre er det vist til at fellesskapsinstitusjonene respekterer EMK. EF-domstolen anvender således uskyldspresumsjonen, noe som blant annet har kommet til uttrykk i EF-domstolens dom C-1999/92 av 8. juli 1999 i saken Hüls AG mot Kommisjonen. I andre avgjørelser er det lagt til grunn at det etter EU-retten må kreves "en samling av tungtveiende, nøyaktige og samstemmende beviser" for at Kommisjonen kan sies å ha oppfylt sin bevisbyrde. Forbrukerrådet har vist til dette i prosesskriftet som er sendt lagmannsretten i anledning saken 1. mars 2010.

Olav Kolstad mfl, Norsk konkurranserett, bind II (2006) side 156 har – forut for de to nevnte Høyesterettsavgjørelsene - oppsummert rettstilstanden slik:

Oppsummeringsvis kan man si at de klareste føringer for bevisvurderingen i saker om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven ligger i uskyldspresumsjonen og de implikasjoner denne har for bevisbyrdereglene. Dette innebærer at tilsynet må ha plikt til å fremskaffe en samling tungtveiende, nøyaktige og samstemmende beviser for at overtredelse har funnet sted. Dersom bevisene er av en slik karakter at man må basere seg på hypoteser og antakelser som grunnlag for å konstatere overtredelse, må en hypotese om brudd på forbudet fremstå som den eneste sannsynlige på grunnlag av de fremlagte beviser. Man kan ikke basere et vedtak om overtredelsesgebyr på en situasjon hvor det kan oppstilles flere sannsynlige hypoteser, bare fordi den ene hypotesen fremstår som mer sannsynlig enn den andre. Det gjelder imidlertid ikke noe strafferettslig beviskrav i en slik situasjon i den forstand at man plikter å ta hensyn til rimelige, men ikke sannsynlige alternative forklaringer.

Førsteinstansdomstolen har avvist at det praktiseres et krav om bevis utover enhver rimelig tvil, jf. avgjørelsen 8. juli 2008 i sak T 53/03 mellom BPB PLC og Storbritannia.

Begrunnelsen i denne avgjørelsen følger de prinsippene som Kolstad mfl. har beskrevet.

I og med at EU-traktaten tar opp i seg prinsippene i EMK, og EF-domstolen praktiserer konkurranseretten på en måte som det er meningen skal tilfredsstillende kravene i EMK, har det i utgangspunktet formodningen mot seg at det foreligger motstrid mellom konkurranseretten og EMK.

I premiss 211 i Rt. 2008 side 1409 uttalte dommer Endresen følgende:

Det er etter det jeg forstår enighet om at artikkel 6 nr. 2 ikke kan anses å være til hinder for at det innenfor den europeiske konkurranseretten anvendes reaksjoner som må anses som straff i henhold til EMK, selv om det faktiske grunnlaget for reaksjonen bare er godtgjort med alminnelig sannsynlighetsovervekt. I rådsforordning (EF) nr. 1/2003, 16. desember 2002 synes dette forutsatt ...

Han viste også til at det engelske "Competition Appeal Tribunal" bygget på dette i en sak JJB Sports PLC 1. oktober 2004.

Partene er uenige om hvordan uttalelsen til dommer Endresen skal forstås og grunnlaget for den. Staten har anført at enigheten som dommer Endresen viser til, forelå i Høyesterett. Tine er ikke enige i dette, og har anført at verken rådsforordningen eller avgjørelsen fra Competition Appeal Tribunal gir grunnlag for de slutningene som dommer Endresen trekker. Lagmannsretten må uansett foreta en selvstendig vurdering av forvaltningssanksjonen opp mot de krav som EMK stiller.

Lagmannsretten er enig med Tine i at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven §§ 10 og 11 har et klart pønalt preg. Det stilles krav om subjektiv skyld for at gebyret skal kunne ilegges. Gebyret er imidlertid ikke straff etter norsk rett. Overtredelse av § 10 kan gi grunnlag for inntil 3 års fengsel, men for at dette skal bli aktuelt må Konkurransetilsynet eventuelt velge å oversende saken til Påtalemyndigheten v/Økokrim.

Ilagt overtredelsesgebyr er en økonomisk sanksjon, som i utgangspunktet ikke rammer enkeltpersoner, kun foretaket. Det forhold at sanksjonen kan innebære en vesentlig økonomisk belastning for foretaket, inntil 10 % av omsetningen, er imidlertid ikke i seg noe tungt argument for å forskyve tvilsrisikoen, jf. Rt. 2008 side 1409.

Reaksjonsformen har klare likhetstrekk med instituttet foretaksstraff, jf. straffeloven § 48 a. For foretaket, og enkeltpersoner i dette, kan gebyret oppleves som belastende. Adgangen til å bruke straffeprosessuelle virkemidler i etterforskningen, illustrerer at forskjellen fra den ordinære strafferettspleien ikke er stor.

Behovet for effektiv håndheving av konkurransereglene kan tale for at beviskravet legges lavere enn i strafferetten.

Lagmannsretten finner etter en samlet vurdering at det riktige må være å bygge på det beviskravet som i dag praktiseres i europeisk konkurranserett og som formodes å være i overensstemmelse med EMK. Det innebærer at det etter lagmannsrettens oppfatning må fremskaffes en samling ”tungtveiende, nøyaktige og samstemmende bevis” for at en overtredelse har funnet sted. Bevisene undergis deretter en vurdering i tråd med de prinsippene som er skissert i Kolstad mfl. Norsk konkurranserett, bind II (2006) side 156. Et slikt beviskrav vil være noe skjerpet i forhold til et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt.

#### 5. Nærmere om det faktiske hendelsesforløpet i tilknytning til årsforhandlingene med Rema for året 2005

##### a) Tines forutsetninger ved inngangen til forhandlingene

Lagmannsretten legger til grunn at Tines representanter i forhandlingene med Rema var bevisst endringene i konkurranseloven. De la til grunn at Tine var en dominerende aktør. Videre forventet de en utvikling innen dagligvarehandelen mot såkalt ”hard discount”, særlig på grunn av Liedls inntreden på markedet. De visste også at Rema fra før hadde fokus på de sterkeste merkevarene innen de fleste kategorier. De forventet, og hadde fått signaler om, at Rema ønsket et smalere sortiment. Rema hadde et etablert samarbeid med både Synnøve Finden og Q. Det var viktig for Tine å være med i Remas sortimentsvurderinger.

Det fremgår av et notat fra et gruppearbeid i august 2003 at et salgsargument for Tine overfor Rema kunne være å påvise de økonomiske fordelene med å ha én i stedet for to leverandører. I 2002 hadde Tine innhentet en vurdering av dette spørsmålet fra selskapet Genius Retail Management, det såkalte Genius-notatet. I tillegg var det et poeng å vise hvor Rema hadde tapt salg på grunn av samarbeidet med Synnøve Finden og Q. I notatet fra gruppearbeidet er det skrevet at ”vi må jobbe for å få ned plassen på konkurrentene”. Det er også påpekt at planogrammene til Rema (bare) er veiledende.

I september 2003 var det i Tine utarbeidet et notat benevnt ”[t]iltaksplan og konkurransestrategi hvitost – med vekt på spørsmål om EMV og lavprisprodukt innen dagligvarehandelen”. I dette notatet, som ble presentert for konsernledelsen i Tine, er det angitt at en forutsetning i kjedeforhandlinger ved etablering av egne merkevarer må være ”at volumtap skjer i retning av Synnøve Finden, og ikke i retning Tine”.

På grunn av endringene i konkurranseloven ønsket Tine ”mer transparente ytelser og motytelser”. Lagmannsretten forstår det slik at ønsket gikk ut på en synliggjøring av hva som det konkret ytes penger for, og verdien av de enkelte motytelser. Under ankeforhandlingen har Rune Jenssen også forklart at han var opptatt av at nivået på ytelsene til de forskjellige dagligvarekjedene skulle jevnes ut. Det er imidlertid få spor av dette i dokumentasjonen, noe lagmannsretten kommer tilbake til.

Det fremgår av Tines tiltaksplan for Rema 1000 fra august 2004 at Tine hadde et mål om en salgsøkning på 5 %, noe som var det samme målet som salgsdivisjonen totalt. Det var derfor et mål å opprettholde markedsandelen i kategorier der Rema overrepresenterte, dvs. solgte mer enn sin gjennomsnittlige markedsandel på 17,3 %, og etterstrebe å nå markedsandelen innenfor kategoriene kjølte desserter, barnemat og juice, der Rema solgte relativt sett dårligere enn andre kjeder. Det var også ønskelig for Tine å opprettholde antall produktlinjer i de ulike sortimentsklassifiseringene, og opprettholde plassandelen i diskene. I tiltaksplanen er det nærmere konkretisert hva man skulle gjøre for å nå disse målene. Et tiltak var å kreve at plassandelene på ost ble fordelt etter salgandeler. Et annet tiltak kunne være å jobbe for tettere samarbeid i forhold til planogrammer, og utarbeide en sentral "aktivitetsplan" som skulle følges av alle regioner. Videre ville man forsøke å arbeide med relasjonsbygging og søke å få avtalefestet viktige nyhetslanseringer allerede i årsavtalen for å sikre "listing". Arbeidet med tiltaksplaner fant sted i slutten av august 2004, og var en del av grunnlaget for arbeidet med en virksomhetsplan.

#### b) Remas forutsetninger og strategi ved inngangen til forhandlingene

Rema var i 2004 den mest prisfokuserende dagligvarekjeden i Norge. Kjeden hadde også det klart minste sortimentet. Konseptet gikk ut på å ha et lite sortiment og gjøre alt på enkleste måte. Det var et konsept som Rema hadde hatt stor suksess med.

Remas organisasjon var liten. De som forhandlet på vegne av kjeden hadde derfor ansvar for mange leverandører. De var også svært selvstendige og valgte i utgangspunktet selv hvordan de ville legge opp forhandlingene. Den enkeltes stil og personlighet kunne derfor komme til å prege forhandlingene. Tore Høylye, som overtok ansvaret for Tine som leverandør i 2004, var ny i jobben. Han skilte seg fra den tidligere forhandleren, Tom Høidalen, ved at han var analytisk anlagt. Dessuten hadde han en mastergrad innenfor logistikk.

I juni 2004 hadde Rema utarbeidet en rapport om endringene i dagligvaremarkedet som følge av Liedls inntreden på markedet. Det fremgår av rapporten at dette ble vurdert som "sannhetens øyeblikk for den norske forbruker". Rema regnet med å bli utfordret på pris, og de måtte ha en strategi for å møte denne konkurransen. Til tross for usikkerhetsmomentene valgte Rema å rendyrke og forsterke sitt konsept, derunder å satse på leverandørkonsentrasjon, et smalt sortiment og være billigst "på de varene sjefen [kunden] kjenner og foretrekker (merkevarer)". Leverandørkonsentrasjon hadde kjeden hatt fokus på fra 2003. Et nytt virkemiddel som ble valgt i 2004, var å satse på lokal prisdiskriminering, dvs. forskjellig prisnivå avhengig av konkurransesituasjonen på stedet.

Rema hadde en målsetting om å opprettholde sine marginer i alle ledd. I så fall måtte innkjøpsbetingelsene forbedres. For å bli best på pris hadde Rema som mål å oppnå de beste innkjøpsbetingelsene, noe som krevde både absolutt og relativ økning av ytelsene.

En del av Remas strategi for å få dette til, var å fokusere på fordelene med å selge til Rema, og synliggjøre alternative scenario for leverandørene.

Det var innhentet informasjon om Liedl i Rema, derunder Liedls strategi i andre markeder. Som ledd i undersøkelsene fremkom det blant annet at Liedl ofte hadde valgt å utfordre de andre aktørene innenfor drikkevaresegmentet. Rema var derfor særlig opptatt av å være billigere enn Liedl innenfor segmentene øl og melk. I den forbindelse ble det tatt kontakt med myndighetene for å avklare hvor billig det var anledning til å selge øl. Samarbeidet med Q-meieriene ble også vurdert som strategisk viktig i den sammenheng.

Den 22. juni 2004 var det truffet beslutning i Rema om å "kjøre i gang med Q-produkter i større skala". Kavlie hadde utviklet en ny melkepall, som det var meningen skulle testes ut i noen av Remas butikker på Jæren (region sør). Andre regioner skulle innlemmes etter hvert. Planen var at dette skulle bli landsdekkende hvis testresultatene var positive. Tine fikk kjennskap til denne planen. En slik opplysning ble oppfattet som urovekkende. Sett fra Tines ståsted var en slik strategi også lite forenlig med Remas filosofi om å slanke sortimentet, jf. Jan Anders Bruns e-post 2. juli 2004. Fra Tines side ble det vurdert som nødvendig å handle for å møte den nye konkurransen. En del av strategien som ble valgt var å jobbe så godt som mulig "i butikk", for å sikre at testresultatene skulle bli så dårlige som mulig. I en e-post 23. juni ga Rune Jenssen videre uttrykk for at man måtte prøve å gjøre det "så vanskelig og surt som mulig for Q å komme inn i butikkene". Han gikk også i første omgang inn for å avslå Remas anmodning om å tegne nye planogrammer som inneholdt Qs nye melkepaller.

Den 1. juli informerte Rema internt om at Kavli likevel ikke kunne levere i henhold til opprinnelig plan. Det ble derfor tatt kontakt med Rune Jenssen i Tine, og avtalt et møte mellom ham, Harald Kalvøy og Tore Høylye. I forkant av dette møtet ble Rune Jenssen informert av sine medarbeidere om at Q's prosjekt med melkepaller var utsatt til over sommeren. Dette hadde sammenheng med at "forhold mellom Q-meieriene og en annen kunde" enn Rema. Det var Norgesgruppen som truet Kavli med å si opp sin avtale med selskapet, dersom det ble levert Q-melk til Rema utover meierienes nærområder.

#### c) Signalene som ble gitt i innledende møter

I møtet 6. juli 2004 opplyste Remas forhandler Tine v/Rune Jenssen om at de var villige til å satse på én leverandør innenfor ost og melk. Det ble stilt spørsmål om hva Tine var villig til å betale for dette. Rune Jenssen svarte at Tine ikke kunne/ville kjøpe seg ut av konkurranse.

Innkjøper Tore Høylye fulgte opp de signalene som var gitt i møtet 6. juli og lanserte tre scenarier for Tine. Det ene scenariet beskriver han i en mail til sin overordnede Harald Kalvøy 17. august 2004 "uten Q og Finden". Han skriver at dette alternativet ville gi Tine tydeligere eksponeringer, heftig kampanjetrykk og tunge lanseringskampanjer. Dette

krevde etter Høyliens signaler en "tung investering fra Tine". Han beskriver også hva Rema kunne tilby i en slik sammenheng: Større leveranser (dobbel dropsize), bedre kampanjestyring, bedre hylleforslag (tegnet av Tine), mer direkte markedsføring, kraftig eksponering og økt volum. De to andre alternativene var å fortsette som før eller ha "full satsning på Q og Finden". Det fremgår at Tine skulle ha en ramme klar 3. september, og at magesfølelsen til Tore Høylyie tilsa "Økt samarbeid Tine – det er her penga ligger" og "færre eller ingen Finden-produkter".

I en intern e-post 31. august 2004 i Tine skrev Rune Jenssen til Ingrid Strøm-Olsen "De ønsker å jobbe tettere med oss". I møteinnkallelsen til møtet 3. september i Rema står det "Tine kommer med forslag til betingelsessett for 2005. Innfallsvinkel: Tine 'eneleverandør' på meieri, flytende og fast".

#### d) Samarbeid om sortimentsendringer i forhold til lønnsomhet

I en e-post 13. juli 2004 foreslo Tine v/Rune Jenssen at det ble foretatt en "analyse av dagens sortiment (i Rema) i forhold til totallønnsomhet ... og ut fra en total kategoritenkning". Med bakgrunn i dette ble det etablert et samarbeid som gikk ut på å gjennomgå kjedens sortiment og se på lønnsomheten. Oppstart for dette prosjektet var 16. august 2004. Etter møtet som Tore Høylyie i Rema og Jan Anders Brun i Tine hadde 16. august 2004 om temaet, informerte Tore Høylyie sin overordnede om at Tine hadde lønnsomhetsberegninger som gikk på fordelene ved å ha én contra to leverandører av melk og ost. Han ba Øyvind Kristiansen i Tine om å få dette oversendt. Slike beregninger ble oversendt 18. august 2004. I e-posten som Øyvind Kristiansen videresendte til Tore Høylyie i den forbindelse, står det blant annet at "[t]allenes tale er entydige".

#### e) Henvendelse om produksjon av EMV-ost

Både i Tine og Rema pågikk det vurderinger knyttet til produksjon av ost som egen merkevare. Tine produserte allerede EMV-ost for Coop, men hadde ingen klar strategi for om de også skulle åpne for dette i forhold til andre kjeder. Lagmannsretten viser til notatet benevnt "[t]iltaksplan og konkurransestrategi for hvitost 2004-2006". I Konkurransetilsynets vedtak side 45, andre avsnitt, er det referert fra innholdet i planen :

Det fremgår blant annet at TINE vurderte hvitost for å være det mest konkurranseutsatte produktområdet i denne tidsperioden. Tine anså at endrede rammebetingelser i form av blant annet økt import og etablering av hard discount-butikker ville få konsekvenser for hvitostsalget.

I Tines interne vurderinger er det nær sammenheng mellom posisjonering av Norvegia som markedsleder, Synnøve Gulost og en eventuell produksjon av handelens egne merkevarer innen hvitost. Tines vilje til å produsere hvitost som egen merkevare synes å være avhengig av om en slik ost vil møte konkurranse fra både Norvegia og Synnøve Gulost eller kun fra ett av disse merkene. I de interne vurderingene fokuseres det også på at TINE er tjent med at kjedene viderefører en

strategi hvor egen merkevare posisjoneres som lavpris, da det vil støtte opp under selskapets videre merkevarebygging og hindre salgstop på Norgeia. ...

Lagmannsretten er i hovedsak enig i Konkurransetilsynets oppsummering av enkelte av disse vurderingene. Notatet var imidlertid omfattende, og synspunktene ikke nedfelt i noen strategisk plan.

Den 3. september 2004 hadde Tore Høylye og Jan Anders Brun en telefonsamtale, der Høylye ba Tine komme med et tilbud på en billig hvit- og en billig brunost. Tine v/Jan Anders Brun skulle komme tilbake til saken. Lagmannsretten legger til grunn at forespørselen ble fremsatt i etterkant av det første forhandlingsmøtet, som ble avholdt samme dag.

#### f) Tines første tilbud

Tilstede på det første forhandlingsmøtet var Tine v/ Rune Jenssen og Jan Anders Brun, Tore Høylye og Harald Kalvøy fra Rema. I begynnelsen av møtet var også administrerende direktør Geir Solstad fra Rema til stede. Geir Solstad innledet og Rune Jenssen tok notater. Lagmannsretten legger til grunn at Solstad opplyste at Rema ville fokusere på leverandørkonsentrasjon, og det var aktuelt å satse på Tine som eneste leverandør dersom ytelsene ble økt tilstrekkelig. Dette underbygges blant annet av Jenssens notater fra møtet, der det etter "Geir" står:

Årsforh. Lev. Konsentrasjon  
Merkevare til laveste pris  
Kun Tine – ut SF ut Kavli

Lagmannsretten legger til grunn Geir Solstads forklaring om at dette var et innledende strategisk innspill, for å se hva Tine var villig til å gi i betingelser for å bli eneste leverandør på de aktuelle produktene. Det har fremkommet at Rema gikk frem på samme måte også i forhold til andre store leverandører.

Rune Jenssen tok også ordet i møtet. Notatene hans tyder på at han ga uttrykk for Tines ønske om vekst, at de ville ha mer transparente ytelser/motytelser, at de var villige til å øke sine ytelser samt at det var behov for ryddighet i forhold lover og regler. Mest sannsynlig ga han også uttrykk for at Tine ikke ønsket å kjøpe seg ut av konkurranse. Dette underbygges av uttalelser i flere forklaringsopptak. I notatene har han også skrevet: "klare ikke mål om SF – Q". Lagmannsretten er i tvil om han med det mente at det ikke var et mål for Tine at Synnøve Finden og Q skulle falle ut av markedet, slik han har forklart, men finner likevel etter omstendighetene at dette må legges til grunn.

Det er uklart om Tine kom med et konkret forslag til økning av ytelsene i møtet, eller om dette først skjedde i etterkant av møtet. Det er imidlertid på det rene at det ble oversendt et

tilbud per e-post samme dag, der avtalebeløpet fra 2004 var økt med 33 % til 31 321 000 kroner for 2005. Til grunn for dette lå en forutsetning om at avtalen var to-årig, samt at den skulle justeres høsten 2005 i henhold til volumutviklingen. Tine foreslo at beløpet skulle justeres etter nærmere diskusjon på "årsavtalerabatt, joint marketing, godtgjørelse for dropsize og aktivitetsrabatter".

#### g) Virksomhetsplanen i Tine Salg Dagligvare

Virksomhetsplanen for Tine Salg Dagligvare ble drøftet i et ledermøte 6. september 2004. I planen ble det lagt til grunn at markedsandelene i dagligvaremarkedet minst skulle ligge på nivå med 2004. Videre skulle Tine Salg Dagligvare ha minst 5% omsetningsvekst, mens KBS-markedet (kiosk, bensin service) skulle ha 10 % økning. Det fremgår blant annet at presset på pris/ytelser for å beholde salgsposisjonen var forventet å bli "større enn noensinne". Videre ble det forventet et sterkt fokus på (innsnevring av) sortiment, slik at lansering av nye produkter kunne bli tyngre. Resultatene av forhandlingene om samarbeidsavtaler på ytelser/motytelse med kjedene, ble vurdert som "helt avgjørende" (og som en "kritisk forutsetning"). Det ble gitt et anslag på 10 % økning i kostnader i kjedeavtalene, men det ble samtidig understreket at dette anslaget var beheftet med stor usikkerhet. Tine hadde et ønske om å utvikle kjedeavtalene med ytelser/motytelser, opprettholde posisjonen som "kategorileder og samarbeidspartner på space/butikkutvikling, samt bli en prioritert samarbeidspartner på KBS-markedet".

#### h) Interne vurderinger i Rema knyttet til drøftelsene med Tine

Rema kommenterte det tilbudet de hadde fått av Tine internt. Det ble betraktet som et godt tilbud, og Tore Høyliens vurdering var at Tine hadde strukket seg "rimelig langt allerede – i forhold til hva vi gir tilbake". Harald Kalvøy ga uttrykk for at det manglet 6-7 millioner kroner for å få en god avtale.

Det ble også foretatt lønnsomhetsberegninger internt i Rema, der det ble regnet på lønnsomheten av å ha Tine som eneste leverandør innenfor ost og melk. I det regnearket, som Tore Høylie utarbeidet i den forbindelse er det lagt til grunn som forutsetning at "Tine = eneleverandør av ost og melk til RN", og i tillegg en forutsetning om at "Q kun selges i de 'rette' butikkene (rundt Jæren-meieriet og Gausdal-meieriet)". Tines forslag til ytelser for 2005 er lagt inn på pluss-siden i beregningen. Videre omfatter regnestykket endringer i belastningen på det såkalte "kålrotfondet", et fond som i Rema ble brukt til subsidiering av spesielt populære produkter eller produktvarianter, blant annet med sikte på å komme godt ut av VGs prisundersøkelser. Omsetningstallene for Synnøve Findens produkter ble tatt ut og antall solgte enheter overført til Tines produkter, hvorefter det ble regnet på hvilken betydning dette ville få for "kålrotfondet". I regnearket er det først foretatt en beregning som tar utgangspunkt i at prisen på Tines gul- og brunost skal være den samme som Synnøve Findens utpriser på henholdsvis 50 og 66 kr/kg for gul- og brunost, noe som ville belaste det såkalte kålrotfondet med 7 865 202 kroner. Tines forslag til økning i ytelser var noe mindre enn dette (7 771 000 kroner), slik at beregningen i utgangspunktet viste et lite

tap på å velge Tine som "eneleverandør". Høylye anbefalte imidlertid i sin beregning å beholde samme utgående pris på Norvegia, og velge en mindre populær ost enn G 35 som den billigste brunosten fra Tine, noe som ville resultere i en mindre belastning på kålrotfondet (2 062 160). Resultatbedringen ut fra et slikt opplegg ble anslått til 5 708 840 kroner. Han tilføyde at det i tillegg ville komme "klare gevinster i butikk ved å ha 'en' oste- og melkeleverandør". I regnestykket la Høylye også til grunn at Tine ville få inn 5 nye varelinjer, mens Synnøve Finden "anslagsvis" ville miste 17 og Kavli 4. I tillegg kom "logistiske fordeler – lagring, henting, plukk osv."

Tore Høylye sendte deretter en intern forespørsel om innspill på kostnadsbesparelsene innenfor logistikk og drift ved å ha Tine som eneleverandør. I denne forespørselen var det forutsatt at kjølesortimentet ville bli redusert med 16 varelinjer (12 ost og 4 i melkedisken) under henvisning til "det faktum at vi kutter Finden og Q som leverandør". Det ble også understreket at informasjonen ikke måtte videresendes til andre. Arve Husby og Beate Storsul i Rema besvarte henvendelsen henholdsvis 9. og 15. september 2004. De økonomiske anslagene for besparelser på logistikk og drift ble anslått til henholdsvis 900 000 og 1 500 000 kroner. Anslagene ble lagt inn i et revidert regneark, som ble utarbeidet i forbindelse med at Tine kom med sitt andre tilbud. I den reviderte beregningen ble det også lagt inn et innspill på kr. 400 000 kroner imarkedsstøtte som Synnøve Finden hadde fremsatt i et møte med Tom Høidalen den 9. september 2004. Synnøve Finden tilbød dette beløpet i markedsstøtte for å få innlistet et nytt produkt og delta med to produkter i kundeaviser/annonser høsten 2004 etter nærmere avtale. Markedsstøtten gjaldt for perioden september – desember 2004.

i) Planogramforespørselen

Basert på en ide Harald Kalvøy fikk, ba Rema v/Tore Høylye den 9. september Jan Anders Brun i Tine om at det ble tegnet "planogram fast/flytende uten Finden og Q ... en tradisjonell og en ny og crazy variant". Tine v/Øyvind Kristiansen besvarte denne henvendelsen med hensyn til ost 15. september 2004. Alle faste oster fra Synnøve Finden var i dette forslaget fjernet fra hyllene.

j) Strategisamlingen på Sem-gjestegård

Den 15. september 2004 holdt Rema en strategisamling for sine ansatte på Sem gjestegård. Alle innkjøperne i Rema skulle der legge frem løsninger/forslag på leverandørkonsentrasjon innenfor sine områder/leverandører. De aktuelle forslagene ble notert på en såkalt flip-over. Tore Høylye laget et oppsett, der det blant annet sto følgende:

Case

Tine 100%

Finden/'Kavli 0%

I oppstillingen var flere andre leverandører satt opp mot hverandre på samme måte. Også en eller to av de andre leverandørene som sto oppført med 0% i denne oversikten, ble delistet i 2005, dvs. tatt ut av sortimentet.

#### k) Remas fellespresentasjon overfor leverandørene

Etter Sem-konferansen ble det laget en fellespresentasjon, som Rema benyttet overfor alle sine leverandører. Det fremgår blant annet at Rema hadde ambisiøse mål om å forsterke sin posisjon som "Norges eneste lavpriskjede". Økt konkurransekraft skulle blant annet sikres ved fokus på leverandørkonsentrasjon, effektiv logistikk og drift. Det fremgår også at Rema nå endret slagord fra "Bare lave priser" til "Bare lave priser på varer du kjenner". Dette var i samsvar med strategien om å satse på merkevarer.

#### l) Tines andre tilbud

Tine sendte et nytt tilbud til Rema 16. september 2004. Avtalebeløpet var der økt til 33 500 000 kroner, noe som innebar en ytterligere økning av ytelsene på 2 179 000 kroner, dvs. en samlet økning på 43,5 % i forhold til ytelsene for 2004. I dette tilbudet var det angitt en rekke forutsetninger/motytelser. Nyhetslanseringer skulle prioriteres og legges inn i sortimentet, produktserien "småfolk barnemat" skulle gjennomgå og økes fra 5 til 10 varelinjer, meierienes juice skulle legges inn i "a-sortimentet" (det tvungne sortimentet), det skulle foretas sortimentsgjennomgang i alle hovedkategorier der Tine var representert, planogrammer skulle bli forpliktende, nivået i aktivitetsplan skulle følges og Tine skulle få hovedleverandørstatus i Rema 1000, Narvesen, 7-eleven og Hydro Texaco innen ost, flytende meieri inkl. yoghurt, kjølt juice og påsmurte produkter.

#### m) Tilbudet om EMV-ost

Det fremgår av intern e-postkorrespondanse i Tine 10. september 2004 at de var enige om å tilby Rema en egen merkevare hvitost "etter samme lest som den vi tilbyr Coop", men at det ikke var aktuelt for brunost. Bakgrunnen var "mangelfulle muligheter for å faktisk differensiere kvalitetsmessig".

Lagmannsretten legger til grunn at det må ha vært en eller flere samtaler mellom Jan Anders Brun i Tine og Tore Høylye i Rema om dette, herunder hva en slik ost ville koste. I en e-post 16. september, som også inneholdt Tines reviderte tilbud, opplyste Jan Anders Brun at han internt ikke hadde mottatt noen pris på den hvite EMV-osten enda, men at det ble jobbet "iherdig" med saken, samt at han ville oversende en pris til Høylye "så snart [han hadde] mottatt den". Internt i Tine ble det på samme tidspunkt oversendt en justert versjon av en avtale om leieproduksjon av hvitost. Den 17. september 2004 orienterte Tore Høylye sine overordnede om at EMV-osten "kommer på en pris ca 7% lavere enn Norvegia".

#### n) Oppdatering av beslutningsgrunnlaget i Rema

I samme e-post oversendte Høylye internt det andre tilbudet fra Tine med "oppdatert beslutningsgrunnlag". Oppdateringen av beslutningsgrunnlaget innebar at den økte ytelsen

fra Tine var lagt inn. Det samme gjaldt Synnøve Findens tilbud om 400 000 kroner i markedsstøtte for høsten 2004 og de interne anslagene over besparelsene i butikk og drift ved å ha en leverandør av ost og melk. I sum anslo Høylye en resultatforbedring på 9 687 840 kroner i Rema 1000 Norge (RN) ”som følge av ny Tineavtale med butikk- og logistikkbesparelser”. I notatet skrev han også ”Tom tar en runde med Finden og stiller de ’til veggs’. Q tar vi etter tilbakemelding på mandag kl. 1200”. Det fremgår at markedsstøtte til Reitan Servicehandel kom i tillegg, samt at ”noe av innsatsen fra Tine må brukes på Reitan Servicehandel for å forsterke varelinjer via Engrospartner – behov ca 1 000 000”. Det er også opplyst at PL-ost kommer inn i januar/februar – 9 % billigere enn Norvegia. Notatet som Høylye skrev, er sist skrevet ut 20. september 2004, men lagret siste gang 7. desember 2004. Lagmannsretten har ikke grunnlag for å konstatere hva som eventuelt er endret i notatet.

o) Informasjon til konsernledelsen om kjedeforhandlingene

Tine v/Rune Jenssen utarbeidet i midten av september 2004 et notat til konsernledelsen om de pågående kjedeforhandlingene. I notatet omtalte han konsekvenser av Liedls etablering, derunder press på priser både i forhold til enkeltprodukter og kategorier, lansering av egne merkevarer og tydeligere kjedeprofiler. Han påpekte at marginpresset gikk ”bakover i verdikjeden”. Når det gjaldt Rema viste han til at kjeden nå satset offensivt på å være best på merkevarer, samt at de ville snevre inn sortimentet. Han beskrev det slik at kjeden sto overfor et ”taktskifte sortimentsmessig”, og at det ”gir muligheter” for Tine, ”men vil selvsagt koste”. Dette notatet og virksomhetsplanen for Tine Salg Dagligvare ble behandlet i et konsernledermøte 20. september 2004.

p) Enigheten som ble oppnådd 20. september 2004

Den 20. september 2004 ble det holdt et møte mellom Jan Anders Brun og Rune Jenssen i Tine og Tore Høylye, Harald Kalvøy og Geir Solstad fra Rema. Dette var det siste forhandlingsmøtet mellom partene om årsavtalen for 2005, og møtet ledet til den enigheten som Konkurransetilsynet har lagt til grunn representerer et brudd på konkurranseloven §§ 10 og 11.

Tidligere på dagen hadde Jan Anders Brun mottatt den interne kalkylen for Coops EMV-ost, som var den kalkylen som var tenkt brukt overfor Rema. Kalkylen var på 50,35 kroner, noe som innebar en grossistrabatt på 6,8 %.

Geir Solstad innledet på møtet og ga igjen uttrykk for at Rema kunne klare seg uten Synnøve Finden og Q, dersom ytelsene fra Tine var høye nok.

Ved de konkrete drøftelsene ble det tatt utgangspunkt i det reviderte tilbudet fra 16. september 2004. Rema aksepterte ikke punktene om ”[s]måfolk barnemat” og at Tine skulle få hovedleverandørstatus innenfor ”påsmurte produkter”. For øvrig ble det oppnådd enighet om de punktene som fremgår av det reviderte tilbudet, dog slik at Tines ytelser ble

økt i to omganger (på henholdsvis 2,1 og 1 million kroner) til 36 600 000 kroner. Tine tok forbehold om en juridisk gjennomgang og konsernlederens samtykke, men tilbakemelding om den juridiske gjennomgangen skulle gis – og ble gitt – dagen etter. Rune Jenssen i Tine sendte en bekreftelse på dette til Tore Høylye i Rema per e-post 21. september.

I bekreftelsen presiserte han hva som lå til grunn for enigheten. Det ble deretter avtalt et møte senere samme uke for å gjennomgå avtaleteksten. Den formelle avtalen ble først undertegnet 15. november 2004.

Av Tore Høylyes notater fra møtet 20. september fremgår det at "[v]i vil ha regien på hvordan dette kjøres i media. Reg. sjef. må informeres først. Gjerne offentliggjøres denne uken". Han har også notert "PI-hvitost 10%?". Lagmannsretten legger til grunn at begge disse punktene ble tatt opp på møtet.

#### q) Q-meieriene og media

Partene er uenige om hva henvisningen i notatene til Høylye om at Rema skulle ha regien på hvordan "dette kjøres i media", gjaldt. Lagmannsretten finner at den i første rekke gjaldt forholdet til Q-meieriene. Rema hadde ventet lenge på en tilbakemelding fra Q-meieriene med hensyn til om de ville få leveranser av melk derfra. Norgesgruppens press mot Kavli i retning av at de ikke fikk levere til Rema, vakte irritasjon i Rema. Geir Solstad ønsket derfor å kjøre en sak på det i media.

Den 20. eller 21. september 2004 informerte administrerende direktør Geir Solstad i Rema Leif Stråtveit i Kavli om at Q-melk ikke lenger var med i Remas planer. Den 21. september informerte Rune Jenssen sin konsernsjef om at Solstad antakelig ville gå ut med noe negativt om Q i media på bakgrunn av det som hadde skjedd. Den 27. september 2004 kom artikkelen i VG om at Norgesgruppen nektet Q-meieriene å levere til Rema. Geir Solstad uttalte seg om saken på vegne av Rema.

Et referat fra et telefonmøte i Rema 27. september 2004 underbygger også at henvisningen til å ha regien i media gjaldt Q. Artikkelen hadde da stått på trykk samme morgen. I møtereføret står det først "Tore: Q – info tett til brystet". Under dette er det tilføyd "Q kan snakkes om". Lagmannsretten legger til grunn at tilføyelsen har sammenheng med at en av møtedeltakerne har opplyst om VG-artikkelen, og at det deretter er konkludert med at "Q kan snakkes om". Samme dag opplyste Rune Jenssen i en e-post til Svein Otto Olslund at det med hensyn til ost "foreløpig ... [ikke] skjer ...noe på infofronten". Han anbefalte likevel å "ligge lavt".

#### r) Informasjon i Tine-systemet om avtalen med Rema

Lagmannsretten legger til grunn at Jan Anders Brun, som var med i møtet 20. september 2004, tolket enigheten slik at både Synnøve Finden og Q var "ute" av Rema. Han formidlet dette synet til Øyvind Kristiansen, og trolig til andre ansatte i Tine-systemet. Flere andre fikk dermed samme forståelse, derunder Svein Otto Olslund. Brun informerte også om

dette under posten "Runden rundt bordet" i et ledermøtet 28. september 2004 i Tine Salg Dagligvare. Rune Jenssen var til stede der, og han har forklart at han antar at Jan Anders Brun på forhånd hadde klarert det som ble sagt med ham. Roy Olderskog var for øvrig også til stede. Det var også åtte andre Tine-ansatte, samt at det ble sendt kopi til syv til.

Et notat som Rune Jenssen utarbeidet til konsernledelsen i slutten av november 2004, tyder likevel på at han hadde en mer nyansert oppfatning enn Jan Anders Brun. Det fremgår av notatet at han la til grunn at Synnøve Finden ville sitte igjen med et helt "marginalt" sortiment. Videre er det på det rene at Jan Anders Brun – i motsetning til det som gjaldt Q-melk - ikke hadde med informasjon om at Synnøve Finden var ute av Rema, i en presentasjon som han utarbeidet til et møte med regionale salgssjefer i Tine 25. oktober 2004. Han rettet også en henvendelse til Tore Høylye i Rema i forkant av årskonferansen som skulle være på Lillehammer 24-26. november. Lagmannsretten legger til grunn hans forklaring om at han da spurte om Rema hadde tatt én beslutning med hensyn til om det skulle være en leverandør på ost i 2005, eller ikke.

s) Fortsatt usikkerhet med hensyn til prisen på EMV-ost

Som nevnt legger lagmannsretten til grunn at Tore Høylye den 17. september 2004 hadde fått informasjon om at prisen på en hvit EMV-ost ville eller kunne bli cirka 7 % lavere enn prisen på Norvegia. Det legges til grunn at det hadde sammenheng med informasjonen som var innhentet i Tine om grossistrabatten på Coops EMV-ost. Det er imidlertid usikkert om prisen på en slik EMV-ost ble diskutert i det endelige forhandlingsmøtet mellom Tine og Rema 20. september 2004. Uansett synes Rema å ha ønsket en høyere rabatt, jf. Tore Høylyes notater fra møtet. Senere oppsto det en diskusjon i Tine om hvilken pris de burde tilby på en EMV-ost. Diskusjonen var knyttet til mulig "kannibalisering", og hvilken fortjeneste Tine skulle ha på slike produkter. Rune Jenssen mente det var ønskelig å øke fortjenesten i forhold til det Tine hadde på den osten de leverte til Coop, men det var ikke enighet om hvordan man skulle få dette til. Samtidig hadde Tine fortsatt ikke avklart sin strategi med hensyn til produksjon av egen merkevare. Rema purret på svar og fikk 18. november 2004 opplyst at prisen ville ligge cirka 8,58% lavere enn prisen på "Norvegia Økobit". Samme dag fikk Tore Høylye også et tilbud om EMV-ost innenfor revet, skivet og smeltet ost fra Synnøve Finden, noe lagmannsretten legger til grunn ble avtalt i det første forhandlingsmøtet. Det ble deretter oversendt vareprøver fra Tine, og det skulle deretter utarbeides et design for produktet. Denne prosessen stoppet imidlertid opp rundt årsskiftet. Den endelige beslutningen om å produsere en hvit EMV-ost for Rema, ble først tatt i juni 2005.

t) Møtet 21. september 2004 med Synnøve Finden

Den 21. september 2004 ble det avholdt et møte mellom Tom Høidalen i Rema og Arne Athammer og Stig Otto Olslund i Synnøve Finden. Møtet var ikke direkte relatert til årsforhandlingene. Arne Athammer har i forklaringsopptak sagt at bakgrunnen for møtet var at Liedl skulle åpne sine butikker i Norge 23. september, og at Rema ønsket

informasjon om prisnivået til Liedl i Norge. Lagmannsretten legger dette til grunn. Rema ville ha kjennskap til hvilke betingelser/priser Synnøve Finden hadde gitt til Liedl. Dette hadde også kommet til uttrykk i en intern e-post 15. september 2004 i Rema-systemet. At dette var formålet med møtet underbygges også av en e-post som Arne Athammer sendte til Tom Høidalen samme dag.

Det var opprinnelig meningen at Tore Høylye skulle være med på møtet, men det ble bare Tom Høidalen som møtte for Rema. Tore Høylye hadde imidlertid gjort forberedelser til møtet, og i disse notatene står det:

”Er dette tilbudet?  
Dere får tilbakemelding i kveld.  
Ikke si at de kan bli kastet.”

Notatene tyder på at han trodde at møtet skulle ha en annen agenda, og at han satte forhandlingene med Synnøve Finden i sammenheng med årsforhandlingene med Tine. Ut fra notatet må det legges til grunn at det ikke var helt utelukket at Synnøve Finden kunne bli leverandør til Rema i 2005.

#### u) Liedls etablering i Norge

Det forhold at Liedl skulle etablere seg i Norge var en svært viktig begivenhet i dagligvarebransjen, og spesielt for Rema. Kjedens målsetting om å være best på pris ble opprettholdt. For å være sikre på å nå målsettingen ble det blant annet innhentet informasjon fra leverandørene knyttet til varer og priser som var tilbudt Liedl. På basis av denne informasjonen ble det utarbeidet oversikter, og prisene på Remas produkter ble deretter justert i de aktuelle områdene. Om morgenen på åpningsdagen til Liedl ble ansatte i Rema sendt til konkurrentens butikker, for å kjøpe et produkt av hver artikkel som den nye kjeden førte. Resultatet var at Rema ”knuste” Liedl i VGs første prisundersøkelse etter etableringen.

#### v) Avklaring av verdien på motytelsene

Den 23. september 2004 ble det som nevnt avholdt et møte mellom representanter for Tine og Rema på advokatfirmaet Wiersholms kontor i anledning den enigheten som var etablert mellom partene. Til stede var Jan Anders Brun, Rune Jenssen, Tore Høylye og advokat Helle Thorsen i Wiersholm. Lagmannsretten forstår det slik at man i dette møtet gikk nærmere inn på fordelingen av totalbeløpet i avtalen på de enkelte rabatter/ytelser. Det fremgår blant annet av Tore Høylyes notater at det var nødvendig å jobbe videre med dokumentasjon knyttet til verdien av besparelsen ved store leveranser (”dropsize”). Det skulle i den forbindelse tas kontakt med logistikkdirektør Egil Søseth i Tine, noe Jan Anders Brun senere gjorde.

Beregningen av verdien av den enkelte motytelse var ikke eksakt. Det ble tatt utgangspunkt i totalbeløpet på 36 600 000 kroner, og foretatt en fordeling i etterkant. Den endelige fordelingen fremgår av avtalen som ble inngått mellom Tine og Rema 15. november 2004. Det var der fastsatt en innovasjonsgodtgjørelse på 3 000 000 kroner for de produktene som skulle inn i Remas grunnsortiment. Videre ble det fastsatt en godtgjørelse for bruk av planogrammer på 2 300 000 kroner. Det ble også lagt opp til å ha en sentral aktivitetsplan som gikk ut på at det over hele året skulle gjennomføres 13 kampanjer hver på 4 uker. Det var enighet om at Tine skulle betale 1 000 000 kroner per kampanjeperiode, samt at 5 000 000 kroner skulle ytes som en "[s]elektiv [r]abatt (forsterkningsrabatt)" på aktivitetsproduktene. Besparelsen ved store leveranser til den enkelte butikk i Rema ("dropsize") ble anslått til 13 300 000 kroner.

Det å fordele totalbeløpet som Tine skulle yte til Rema på en slik måte, var i tråd med synspunkter som Rune Jenssen hadde formidlet i et notat til konsernledelsen 28. oktober 2004. Det samme fremgår av et brev fra Roy Olderskog i Tine til Norgesgruppen 20. oktober 2004.

Lagmannsretten viser til at økningen på 13 050 000 kroner i forhold til årsavtalen for 2004, fordelte seg på flere poster. Betalingen for "dropsize" var ny i 2005, men til gjengjeld lå det ingen "årsforsterkning" i denne avtalen, slik det gjorde i avtalen for 2004 (med 9 350 000, hvorav 7 350 000 gjaldt "flytende" produkter). Godtgjørelsen for innovasjoner var ny i forhold til 2004. Videre økte de selektive rabattene fra 2 000 000 i avtalen for 2004 til 5 000 000 kroner i avtalen for 2005. Ytelsene til markedsstøtte økte fra 12 200 000 kroner i 2004 til 13 000 000 kroner i 2005.

#### w) Forhandlingene mellom Rema og Synnøve Finden

Tom Høidalen i Rema innkalte 14. oktober 2004 Synnøve Finden til årsforhandlinger. Synnøve Finden overleverte sitt innspill til forhandlingene 2. november 2004, og informerte om dette per e-post. Tom Høidalen sluttet med øyeblikkelig virkning på grunn av overgang til konkurrerende virksomhet 21. oktober 2004. Harald Kalvøy i Rema videresendte derfor e-posten fra Synnøve Finden til Tore Høylye, som nå hadde overtatt ansvaret for denne leverandøren. Høylye hadde imidlertid ikke mulighet for å gjennomføre forhandlingsmøtet på det tidspunktet som var avtalt, 9. november, og han utsatte derfor møtet til den 17. november 2004. Når dette forhandlingsmøtet skulle holdes, var således avtalen mellom Rema og Tine undertegnet.

I innspillet til forhandlingene estimerte Synnøve Finden omsetningen av egne produkter i Rema i 2004 til 80 millioner kroner. Det fremgikk at de ønsket et tettere samarbeid enn året før. Synnøve Findens omsetning i Rema var da på 77,4 millioner. Forslaget til "prisforsterkning" var på 600 000 kroner mer enn året før, noe som innebar en forbedring på 0,7 % av omsetningen i 2004. Videre ønsket de å utvide sortimentet til å omfatte produktet "Synnøve Revet Økonomiblanding (500 gram)", noe som tidligere var diskutert

med Tom Høidalen, og som de hadde fått positive signaler på. Synnøve Finden tilbød også 400 000 kroner i markedsstøtte for å utvide sortimentet til å omfatte smør og margarin. Det ble dessuten også foreslått en oppgradering av produktet "gulost skivet (600 gram)" fra B til A-sortiment, samt utfasing av skivet gouda.

Forhandlingsmøtet ble holdt 17. november 2004. Til stede fra Synnøve Finden var Stein Ove Jordal og Arne Athammer. Fra Rema møtte Inger Torvik og Tore Høylye. Møtedeltakerne opplevde møtet ulikt, og det er derfor noe usikkerhet knyttet til hva som rent faktisk skjedde. Ut fra bevisførselen må det legges til grunn at Synnøve Finden fikk god tilbakemelding på varelevering og oppfølging. Denne tilbakemeldingen ble gitt av Inger Torvik, som hadde ansvaret for det datatekniske mv. hos Rema. Videre ble Remas generelle presentasjon til leverandørene gjennomgått, herunder punktet om leverandørkonsentrasjon. Stein Ove Jordal oppfattet det slik at dette ikke gjaldt Synnøve Finden, noe som trolig berodde på en misforståelse. Tore Høylye ga også uttrykk for at tilbudet på ytelser ikke var godt nok. På vegne av Rema fremsatte han et krav på 6 600 000 kroner i økte ytelser, noe som ville tilsvare 8 % av Synnøve Findens omsetning i 2004. Nivået på ytelsene ble deretter diskutert ut fra partenes ståsted. Lagmannsretten legger til grunn at Arne Athammer og Stein Ove Jordal prøvde å forklare at et slikt omfang på ytelsene ville være vesentlig for høyt, og at det ville være tapsbringende for Synnøve Finden. De fikk inntrykk av at de oppnådde forståelse for dette hos Tore Høylye, men han vurderte det slik at investeringsviljen var for lav og formidlet dette i møtet. Det underbygges av hans notater fra møtet, der det under diverse står "Finden bidrar negativt til kjøpmann, negativt til lager pga. produktstøtte". Videre har han notert "En utfordrer må gi konkurransekraft! Gå hjem og regn – bevis at dere er verdt en plass". Både Stein Ove Jordal og Tore Høylye har forklart at det var reelle forhandlinger. Lagmannsretten konstaterer at et krav på ytelser som ville utgjøre 8 % av omsetningen var vesentlig høyere enn nivået på Tines ytelser til Rema og de andre dagligvarekjedene, jf. oversikten over dette på side 40.

Synnøve Finden fikk to dager på å presentere et nytt tilbud. Dette var en kortere frist enn de hadde fått ved tidligere forhandlinger, men de antok – med rette – at dette kunne ha sammenheng med at det var en ny forhandler. De sendte deretter over et nytt tilbud den 19. november 2004, som innebar en forsterkning på 1 900 000 kroner i forhold til 2004, forutsatt at de nye produktlinjene ble tatt inn. Tilbudet var således økt med 900 000 kroner i forhold til første tilbud. Tilbudet innebar fortsatt en forsterkning på varelinje med 600 000 kroner. Videre inneholdt det et tilbud om 200 000 kroner i markedsstøtte forutsatt at prisen på produktet "Synnøve Økobit" ble holdt lavere enn konkurrentens, samt at Synnøve Finden i likhet med Tine fikk komme med forslag til "[s]pace-løsninger". Det ble også foreslått 800 000 kroner i ekstra markedsstøtte knyttet til sortimentsjusteringer ved innlistning av i alt fire nye produkter og oppgradering av ett produkt fra sortiment B til A. Dessuten tilbød Synnøve Finden import av produktet Mini Baby Bel på sin importkvote, noe som ble anslått å ha en verdi på 300 000 kroner.

På det andre tilbudet fikk Synnøve Finden svar per e-post om at tilbudet ikke var godt nok. Arne Athammer ringte deretter til Tore Høylye og spurte hva som ikke var godt nok, men dette fikk han ikke noe svar på. Høylye ba imidlertid om et nytt tilbud. I Synnøve Finden ble det stusset over at de ikke fikk et nytt møte med Rema for å forklare tilbudet. Dette hadde vært helt normalt under Tom Høidalen, som ledet forhandlingene tidligere.

Lagmannsretten konstaterer at Synnøve Finden ikke fikk tilbakemelding om at det var en svakhet ved tilbudene, at de la opp til å øke antall varelinjer, noe som var i strid med Remas ønske om et mindre sortiment. Dette var imidlertid blitt formidlet gjennom den generelle presentasjonen som Rema tidligere hadde gitt. Det må også konstateres at Tore Høylye hadde en helt annen tilnærming til forhandlingene enn Tom Høidalen. Det at han ikke ga noen nærmere forklaring på hvorfor tilbudet ikke var godt nok, hadde dels sammenheng med hans arbeidssituasjon, men også rent forhandlingstaktiske vurderinger.

Arne Athammer i Synnøve Finden oversendte 29. november 2004 det tredje tilbudet per e-post til Tore Høylye i Rema, og i oversendelsen viste han til at tilbudet inneholdt store forbedringer i forhold til tidligere. Han ba derfor om et møte for å gjennomgå tilbudet. Det tredje tilbudet innebar en ytterligere forbedring på 500 000 kroner, forutsatt at Synnøve Findens omsetning i Rema for 2005 oversteg 100 millioner kroner. Synnøve Findens omsetning i Rema i 2004 hadde vært på 83 millioner kroner.

Det siste forhandlingsmøtet mellom Synnøve Finden og Rema ble holdt 7. desember 2004. Til stede fra Synnøve Finden var Arne Athammer, Stein Ove Jordal og administrerende direktør Dag Swanstrøm. Tore Høylye og Harald Kalvøy møtte fra Rema. De tre fra Synnøve Finden ventet seg et reelt forhandlingsmøte, men Swanstrøm hadde hørt et rykte fra aksjemarkedet om at Rema ville kutte dem ut. Det er ikke tvil om at Rema før dette møtet hadde bestemt seg for å avslutte samarbeidet med Synnøve Finden. Swanstrøm protesterte under henvisning til hvor viktig spørsmålet var for Synnøve Finden, og under henvisning til konkurranseloven. Representantene for Rema ville verken ha noen nærmere utdypning av tilbudet eller drøfte forholdet til konkurranseloven. På møtet ble man imidlertid enige om å utsette offentliggjøring av oppsigelsen til 14. desember. Bakgrunnen var dels at Synnøve Finden var et børsnotert selskap, og at Swanstrøm hadde behov for å diskutere den videre fremgangsmåten med styret før nyheten ble kjent. Videre hadde Synnøve Finden behov for å få i stand avtaler med økt avsetning av ost med andre kjeder, før disse ble klar over oppsigelsen.

Lagmannsretten viser til Tore Høylyes notater fra møtet, der det blant annet fremgår ”gitt flere muligheter for forbedret pris. RN store utfordringer – rasjonalitet. Synnøve er ikke konkurransedyktige. Sier opp avtalen. ...”. Dette underbygger lagmannsrettens konklusjon om at det var gjennomført reelle forhandlinger frem til det siste møtet.

x) Forhandlingene mellom Tine og Norgesgruppen

Lagmannsretten viser til at det ble holdt flere forhandlingsmøter mellom Tine og Norgesgruppen fra begynnelsen av oktober til midten av november, uten at det var noen fremdrift i forhandlingene. Etter to møter ga Norgesgruppen uttrykk for misnøye med Tines forhandler, Roy Olderskog, som ble oppfattet som vanskelig, og de krevde ham derfor fjernet fra forhandlingene. Anmodningen ble etterkommet fra Tines side, men partenes posisjoner forble likevel fastlåst frem til det femte forhandlingsmøtet.

Etter det fjerde forhandlingsmøtet 12. november 2004 sendte Nils Petter Erikson i Norgesgruppen en e-post til Rune Jenssen i Tine, der han oppsummerte situasjonen. Norgesgruppen hadde frem til da krevd en økning av ytelsene fra året før på 44 millioner kroner, mens Tine sto fast på sitt tilbud om ikke å øke ytelsene. Erikson minnet Jenssen om at Tine risikerte å stå uten nyhetslanseringer og garantert sortiment hvis en avtale ikke kom i stand, samt at Norgesgruppens forhandlinger med sine leverandører skulle være avsluttet 30. november.

Deretter utarbeidet Roy Olderskog 16. november 2004 et notat med forslag til alternative strategier for forhandlingene med Norgesgruppen. Det var nødvendig å ta en prinsipiell avgjørelse, og notatet ble utarbeidet i forbindelse med at han skulle ha en diskusjon med sine overordnede om dette. I notatet står det blant annet:

1. Vi kjører det "tøffe" løpet helt ut.  
Da bør vi gjenta oss selv med at salgsutviklingen ikke gir rom for ytterligere vekst, og opprettholde tilbudet fra 20.10.04 med de krav som fremkom her.
2. Vi beveger oss noe med ytterligere fokus på "plass garantier", samt presisering av sortiment på nyheter og øvrige endringer som ble presentert i møte den 28.10. ... Det ble lagt en føring på ca. 10% vekst i årsforhandlingene, noe som medfører at vi har ca. 8-8,5 mill. til rådighet. Min 'magefølelse' er at NG har en forventning om minimum det samme som i fjor, ca 25 mill.  
Hvis vi skal forhandle oss fra 44 mill. til 25 mill. vil vi ikke få de nødvendige garantier for vekst i 2005. Det å tilby NG 8 mill. er det samme som å tilby ingenting på dette stadiet.  
Vi må ikke godta deres oppsummering, vi må implementere de 33 mill. fra 2004 i kravet. Totalt blir kravet 77 mill. (33 videreført + 44 nytt krav.)
3. Vi kupper NG før Synnøve får beskjed om Rema avtalen. Vi går aggressivt ut med sortiment og plassføringer. Vil nok koste 25 til 30 mill. ... "

Lagmannsretten legger til grunn at notatet var utarbeidet av Olderskog til støtte for tanken i de samtale han skulle ha med sine overordnede. Det vises til hans egen beskrivelse av at det var en "øyeblikksoppsummering for å samle tankene i forhold til forhandlingene". Det som fremgikk av notatet var således ikke uttrykk for en valgt strategi hos Tine. Tvert om gir bevisførselen grunnlag for å konstatere at det var alternativ 2 som ble valgt. Når det gjelder alternativ 3, legger lagmannsretten til grunn at Roy Olderskog drøftet dette som en av flere muligheter med Rune Jenssen og muligens Ingrid Strøm-Olsen, men at dette alternativet ikke ble valgt. Det vises til Rune Jenssens og Ingrid Strøm-Olsens forklaringer

om dette, og det videre forhandlingsforløpet. Etter lagmannsrettens vurdering er det således ikke grunnlag for å konstatere at Tine fulgte en "kuppstrategi" i forhandlingene med Norgesgruppen, slik Konkurransetilsynet har lagt til grunn på side 78 i vedtaket.

Etter disse drøftelsene sendte Tine et brev til Norgesgruppen med et tilbud om samarbeidsavtale, der det ble foreslått å øke ytelsene med 6 000 000 kroner i forhold til beløpene i årsavtalen for 2004.

Tingretten har beskrevet det videre forløpet slik:

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

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

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

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

Før møtet den 23. november fikk så Jenssen og Olderskog beskjed fra konsernledelsen om at en avtale skulle på plass. I møtet økte derfor Tine tilbudet først med 13 millioner, og etter to tenkepauser med 4 millioner og deretter med 5 millioner, slik at det samlet ble en økning sammenlignet med året før på 28 millioner. Norgesgruppen var imidlertid ikke tilfreds med dette, og det kom ikke til enighet. Dagen etter avholdt Tine sin årskonferanse på Lillehammer. Derfra hadde Olderskog en telefonsamtale med Erikson fra Norgesgruppen, som antakeligvis foreslo en økning på 32 millioner. Olderskog foreslo å møtes midtveis på 30 millioner. I en telefonsamtale mellom Erikson og Olderskog den 29. november ble man så enige om denne økningen. Avtalen ble da på grunnrabatter 50 millioner, prosjektmidler 33 millioner, samt økning 30 millioner, til sammen 113 millioner. I tillegg kom midler til markedsstøtte, slik at totalbeløpet ble kr.141.922.863. Fordelingen av midlene ble det enighet om i ettertid.

Lagmannsretten legger tingrettens beskrivelse av dette til grunn.

y) Offentliggjøringen av Remas beslutning

Den 14. desember 2004 sendte Synnøve Finden ut en pressemelding, der det blant annet sto følgende:

Dagligvarekjeden Rema 1000 har besluttet å si opp avtalen med Synnøve Finden uten at reelle forhandlinger om neste års avtale ble gjennomført. Dette representerer nærmere 80 millioner kroner i tapt omsetning for Synnøve Finden i 2005 og Tine overtar nå dette volumet. Med basis i det faktum at vi er konkurransedyktige hos de andre kjedene antar vi at Tine har brukt et betydelig millionbeløp for å sikre seg total dominans på ost i Rema 1000. Vår umiddelbare vurdering er at dette bør kanskje konkurransemyndighetene se nærmere på. ...

Samme dag tok Remas tidligere innkjøps sjef Tom Høidalen kontakt med en ansatt i Synnøve Finden, og uttrykte overraskelse over Remas valg.

z) Sammenligning av kjedeavtalene med hensyn til ytelser

I tingrettens dom er det foretatt sammenligning av Tines ytelser til kjedene i 2004 og 2005 i absolutte og prosentvise tall. Lagmannsretten velger for oversiktens skyld å gjøre det samme og sette tallene inn i en tabell (tall i millioner kroner):

2004

	Sum ytelser	Tines omsetning i kjeden	Ytelser i prosent av omsetningen
Rema	23 550	1 629 822	1,44 %
ICA	46 587	1 806 235	2,58 %
NG	110 488	2 981 660	3,71 %
Coop	60 750	2 192 135	2,77 %

2005

	Sum ytelser	Tines omsetning i kjeden	Ytelser i prosent av omsetningen	Absolutt økning i ytelser fra 2004-2005	Prosentvis økning i ytelser fra 2004-2005	Prosentvis økning i ytelser fra 2004-2005 ift. gj.snitt omsetning
Rema	36 600	1 605 000	2,28%	13 050	55,4%	0,8 %
ICA	65 8000	1 989 000	3,31 %	19 213	41,24%	1%
NG	143 622	2 995 000	4,80%	33 144	29,98 %	1,1%
Coop	60 300	2 170 000	2,78%	negativ	negativ	negativ

Både med hensyn til det absolutte nivået på ytelser, og i prosent i forhold til omsetningen lå således Rema lavest både i 2004 og 2005. ICA og Norgesgruppen oppnådde en større absolutt økning i ytelsene fra Tine enn det Rema gjorde fra 2004 til 2005, men relativt sett i forhold til nivået på ytelsene i 2004 fikk Rema den største økningen. I prosent av gjennomsnittlig omsetningen var økningen større både for Norgesgruppen og ICA. Tallene illustrerer også at Remas forslag til Synnøve Finden om å øke ytelsene til 6 600 000 kroner, dvs. 8 % av omsetningen, lå vesentlig over det Rema mottok fra Tine.

æ) Etterspill i media

Tingretten har også beskrevet etterspillet i media. Lagmannsretten viser til tingrettens beskrivelse av dette:

Synnøve Finden tok straks kontakt med ICA, med Norgesgruppen og med Coop for å få avsetning på større mengder ost for å kompensere for tapet av Rema 1000. De kom ingen vei med Norgesgruppen, men fikk noen muligheter hos ICA. I den forbindelse viste konserndirektør Einar Vatne dubleringsnotatet til Swanstrøm. Han fortalte ikke at det var ICA som i sin tid hadde bedt om dette, men tvert imot feilaktig at initiativet hadde kommet fra Tine. ... Synnøve Finden holdt seg til fristen som var avtalt med Rema 1000, og den 14 desember sendte de så ut en pressemelding om saken. ...

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

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

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

ø) Prosjektet med Remas ferskvaredisk

Den 21. desember 2004 inviterte Tore Høylye i Rema ansatte som jobbet med "space"/butikkutvikling i/hos fire store leverandører (Gilde, Tine, Fjordland og Mills) til et prosjekt som gjaldt utvikling av ferskvaredisken i Rema. Avtalen med Synnøve Finden var nå sagt opp, noe som innebar at det var frigjort plass til ferskvarer. Etter drøftelser mellom de fire leverandørene, ble det i slutten av januar 2005 presentert et nytt hylleforslag. Plassen som var satt av til ost, var redusert fra tre til litt over to seksjoner i dette forslaget.

å) Ny avtale mellom Synnøve Finden og Rema

Den 11. februar 2005 ble det holdt et møte mellom representanter for Synnøve Finden og Rema. Med unntak av administrerende direktør Dag Swanstrøm møtte de samme som hadde vært tilstede i møtet 7. desember 2004. Det fremgår av Tore Høylyes notater fra møtet at Synnøve Finden ønsket en ny avtale med det samme sortimentet som tidligere, mens Rema ønsket en innsnevring av sortimentet, blant annet på grunn av de foreslåtte endringene i ferskvaredisken. Partene ble enige om en ny avtale som innebar innsnevring av sortimentet fra femten til åtte varelinjer. Avtalen innebar en økning i ytelsene fra Synnøve Finden til Rema med 1 100 000 kroner. Av dette var 500 000 kroner en samarbeidsbonus, som kun ville bli utbetalt dersom Remas samlede kjøp fra Synnøve Finden i 2005 oversteg 100 millioner kroner.

aa) Avtale om leieproduksjon av hvitost mellom Synnøve Finden og Tine

Synnøve Finden fikk atskillig sympati i den offentlige debatten som verserte om saken i media. Dette førte til en sterk økning i salget av selskapets produkter, noe som medførte at Synnøve Finden henvendte seg til Tine, hvoretter det ble inngått avtale om leieproduksjon for at Synnøve Finden skulle kunne oppfylle etterspørselen.

ab) Veritas-rapporten

Det norske Veritas har i en rapport 30. mars 2005 uttalt seg om grunnlaget for det som skjedde i Tine under forhandlingene med ICA høsten 2004. I rapporten konkluderte Det norske Veritas med at det som skjedde skyldtes manglende virksomhetsstyring i forholdet til salgsprosessen. Det norske Veritas mente Tine uavhengig av den nye konkurranseloven burde ha etablert utdypende skriftlige etiske retningslinjer med rammer for akseptabel atferd i salg. Videre er det gitt uttrykk for at salgsprosessen i Tine var lite formalisert. Veritas påpekte at disse forholdene kunne innebære risiko for brudd på etiske eller juridiske rammer i salgsprosessen.

## 6) Det faktiske hendelsesforløpet i tilknytning til årsforhandlingene med ICA

Lagmannsretten legger til grunn at ICA holdt et fellesmøte med sine leverandører 24. september 2004. På dette møtet ble det informert om den nye forretningsprofilen til ICA, hvor Rimi skulle rendyrkes og endres fra såkalt soft discount til hard discount. Tingretten har beskrevet dette i dommen på side 58. Lagmannsretten viser til det som fremgår der.

Det første forhandlingsmøtet mellom representanter for Tine og ICA i anledning samarbeidsavtalen for 2005, ble holdt 5. oktober 2004. I forkant av møtet hadde Tine fått overlevert en standardavtale som ICA benyttet for sine leverandører. For ICA møtte Audun Holt, og for Tine Rune Jenssen og Bjarne Mørck. Lagmannsretten legger til grunn at Audun Holt utdypet noen av de forholdene som var tatt opp på fellesmøtet med hensyn til ICAs profil. Han ga uttrykk for sortimentet skulle ned, og han sa også at ICA vurderte egen merkevare på smelteost. Videre ble det gitt uttrykk for at ICA bare trengte én leverandør i Rimi på skivepakket ost, produktet "økobit" og muligens såkalte "kjølte desserter". Han stilte spørsmål om hva det ville være verdt for Tine. Det er noe uklart hva som ble svart på dette.

I Tine hadde det blitt utarbeidet en presentasjon forut for møtet. Det fremgår av denne presentasjonen at ytelsene til ICA hadde økt vesentlig året før. Likevel hadde salgsutviklingen på Tines produkter vært negativ. Partene synes å være enige om at Tine v/Rune Jenssen ikke fremsatte noe tilbud i dette møtet, men han synes å ha vist til det høye nivået på ytelsene og den negative utviklingen som fremgår av presentasjonen. Lagmannsretten viser til Holts notater til møtet, hans uttalelser i forklaringsopptak og til Bjarne Mørcks uttalelser i forklaringsopptak.

Bjarne Mørck utarbeidet en presentasjon til det neste møtet, som ble holdt 14. oktober 2004. Den første delen av presentasjonen gjaldt oppfølgingen av første møte. Under punktet "mindre dubleringer" står det "[I]nnspill fra Tine på øko-bit (ytelsesprinsipp)". Det kan tyde på at Tine kom med en tilbakemelding på dette punktet allerede i det andre forhandlingsmøtet. Hvorvidt det ble gitt en tilbakemelding om dette i møtet, eller om det først skjedde i neste møte, er imidlertid uklart. Et annet moment som kan tyde på at Tine kom med en tilbakemelding på dette i det andre forhandlingsmøtet, er at Bjarne Mørck 13. oktober 2004 opprettet dokumentet som senere er benevnt "04.10.21 Beregning årsforsterkning dublering – ekstra omsetning". Han har forklart at tallene i dette dokumentet, etter at han hadde diskutert det med Rune Jenssen, først ble presentert på varegruppenivå og senere på produktnivå. Den presentasjonen som Audun Holt har mottatt fra Tine av beregnede omsetningsøkninger på grunn av dubleringer for henholdsvis "økobit", "risdesserter", "pizzaost" og "brunost", er imidlertid datert 26. oktober 2004. I den grad det ble gitt tilbakemeldinger på forventede omsetningsforbedringer før dette, er det grunn til å tro at det var muntlige opplysninger. Under henvisning til den tvil som

foreligger, legger lagmannsretten til grunn at ICA først 26. oktober 2004 fikk tilbakemelding på det utspillet som Audun Holt hadde fremsatt.

I e-post 1. november 2004 ba Audun Holt om at Bjarne Mørck satte en pris på forslagene til sortimentsendringer. Det at han ba om dette – og de formuleringene han benyttet i e-posten – tyder på at ICA ikke hadde blitt presentert for konkrete ytelser knyttet til dette tidligere. Bjarne Mørck oversendte deretter 11. november 2004 en ekstern versjon av et dokument som gjaldt omsetningsøkning/ytelser forbundet med dubleringer. Det er mulig dette dokumentet, eller deler av det, forelå forut for det tredje forhandlingsmøtet, jf. datoen i dokumentets navn, men det er uansett ikke grunnlag for å konstatere at dette ble overlevert i eller forut for dette møtet, eller at innholdet ble diskutert allerede da. Dokumentet ble sist lagret 10. november 2004, dvs. dagen før det ble oversendt ICA. Lagmannsretten legger til grunn at Audun Holt deretter gikk gjennom Tines utspill og at han diskuterte det med Thor Linge hos ICA.

Dokumentet som ble oversendt 11. november 2004 inneholder forslag til ytelser knyttet til at Tines produkter skulle få ekstra synlighet, eller facing, ved at et annet produkt skulle fjernes fra ICAs sortiment. Oppsummeringen på side 7 i dokumentet viser at Tine kom med et innspill på ytelser som i sum utgjorde 14 260 000 kroner. Beløpet fordelte seg på følgende fem varekategorier: 6 050 000 kroner innenfor området hvitost, 3 160 000 kroner knyttet til ”skivet hvitost”, 925 000 kroner for revet ost, 3 100 000 kroner for brunost og 1 050 000 kroner for risdesserter. Forslaget innebar i hovedsak at Tine foreslo å erstatte Synnøve Finden-produkter med ett av sine egne produkter, men det omfattet også enkelte produkter fra andre produsenter, derunder Stabburet og Arlas.

Det fjerde forhandlingsmøtet ble gjennomført 15. november 2004. Datoen er blitt klarlagt gjennom bevisførselen for lagmannsretten, og er noe partene er enige om. Til stede fra ICA var Audun Holt, Thor Linge og Mari Gjestvang Pedersen, mens Rune Jenssen, Bjarne Mørck og Karianne Bjørshoel representerte Tine. De tilstedeværende har forklart seg ulikt om hendelsesforløpet, uten at det har stor betydning for saken. Det er uklart hvorvidt det var på dette møtet diskusjonen om dubleringsytelser ble avsluttet, eller om dette skjedde senere. Videre er det noe uenighet om på hvilken måte tilbudet ble avslått eller ”lagt dødt”.

Lagmannsretten legger til grunn at det ble henvist til dubleringstilbudet mot slutten av møtet og at ICA v/Audun Holt og Thor Linge diskuterte det seg i mellom, og deretter ga uttrykk for at de ikke ville gå inn for en slik løsning. Rune Jenssen svarte at Tine tok dette til etterretning, og at han syntes det var en grei beslutning.

I e-post 29. november 2004 viser Bjarne Mørck til at han ikke har hørt noe fra Audun Holt etter siste møte, og purrer på fremdriften i forhandlingene. Han får ikke svar og saken følges deretter opp ved en e-post 2. desember fra Rune Jenssen til Thor Linge i ICA. Mørck og Holt avtaler deretter et nytt møte. Audun Holt i ICA ber forut for møtet om å få

”siste eks. av avtalen per mail”. Bjarne Mørck oversender deretter det materialet som tidligere var presentert for ICA. Dette omfatter den delen av materialet som inneholdt forslag til ytelser i forbindelse med dubleringer.

Det siste forhandlingsmøtet ble holdt 9. desember 2004. Det er reist spørsmål om ”dubleringstilbudet” var gjenstand for drøftelser i dette møtet, og om Thor Linge var til stede der, eller ikke. Det fremgår av e-post korrespondanse 6. desember 2004 mellom Bjarne Mørck og Karianne Bjørshoel i Tine at Audun Holt skulle møte alene. Videre tyder intern e-post korrespondanse i Tine på at forhandlingene mellom ICA og Tine på dette tidspunktet på det nærmeste var slutført, og at det ikke var grunn til å forvente økte ytelser i det omfanget som dubleringstilbudet som helhet ville innebære. Lagmannsretten legger etter dette til grunn at dubleringstilbudet ikke var gjenstand for drøftelser i desember.

Lagmannsrettens konklusjon etter dette er at ICA den 5. oktober 2004 ba Tine regne på hva det ville være verdt for dem å bli eneleverandør innenfor enkelte produktområder. Tine utarbeidet en oversikt over dette og fremla tallene på møtet 26. oktober 2004. Deretter ba ICA v/Audun Holt 1. november 2004 om at forslag til sortimentsendringer ble priset. Prislisten, det såkalte dubleringstilbudet, ble oversendt til ICA 11. november 2004. Tilbudet ble avslått 15. november 2004 og ble deretter ikke drøftet ytterligere.

#### 7) Tolkningen av rettskildematerialet på konkurranserettens område

I forarbeidene til konkurranseloven har Arbeids- og administrasjonsdepartementet gitt føringer for rettskildebruken, som lagmannsretten legger til grunn. Det vises til Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 68:

Departementet fremhever at praksis fra EF-domstolen, EFTA-domstolen, Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan, vil være relevante tolkningsmomenter for fastsettelse av rekkevidden til forbudsbestemmelsene i den nye norske konkurranseloven. En del av formålet med å innføre forbud som med nasjonale tilpasninger svarer til EØS-avtalen artikkel 53 og 54, er å harmonisere de norske reglene på området med disse. I forslaget til § 15 er det også uttrykkelig sagt at de nye norske forbudsbestemmelsene skal anvendes med de begrensninger som følger av forslaget til § 7 i EØS-konkurranseloven. Det må føre til at rettspraksis fra EU- og EØS-retten må veie tungt som rettskilde ved anvendelsen av de norske forbudsbestemmelsene. Imidlertid presiserer departementet, som utvalget, at en harmonisering i den nye loven ikke uten videre innebærer at norske myndigheters praksis i alt og ett vil bli identisk med praksis fra EU og EØS. Her vil blant annet ulikheter i reglens formål, virkeområde, samt rettskildesituasjonen, kunne spille inn og føre til et noe annet resultat.

## 8) Konkurranseloven § 10

I konkurranseloven § 10, første ledd heter det:

Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt, særlig slike som består i

- a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,
- b) å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,
- c) å dele opp markeder eller forsyningskilder,
- d) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
- e) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggstyelser som etter sin art etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.

Bestemmelsen rammer både horisontale og vertikale avtaler. Lagmannsretten viser til Kolstad mfl., Norsk konkurranserett, bind I (2006), side 230 med videre henvisning til EF-domstolens avgjørelse i Consten & Grundig mot Kommisjonen.

En avtale eller felles forståelse om eneleverandørposisjon, eller tilnærmet eneleverandørposisjon, vil kunne være en konkurransebegrensende avtale som rammes av konkurranseloven § 10 første ledd. Lagmannsretten kommer nærmere tilbake til hva som ligger i kravet om å være "tilnærmet eneleverandør".

Lagmannsretten legger til grunn at avtalebegrepet i bestemmelsen tolkes svært vidt. Det er på det rene at både skriftlige og muntlige avtaler omfattes. Videre er det på det rene at det ikke stilles krav om formell avtalerettslig binding. Har partene kommet til enighet vedrørende sin adferd i markedet, er det ikke avgjørende om enigheten er så omfattende og detaljert at det kan sies å foreligge en rettslig bindende avtale, jf. Kolstad mfl., Norsk konkurranserett, bind I, 2006 side 230. Såkalte "gentlemen's agreements" vil også omfattes, jf. også Evensen, Sæveraas mfl., Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer, Oslo (2009) side 104.

Alternativet samordnet opptreden består i alle fall av to komponenter. For det første må det foreligge forhold som legger til rette for en koordinering mellom foretakene. For det andre må det i henhold til Kolstad mfl., side 233 foreligge en konsensus eller felles forståelse mellom de involverte foretakene om å erstatte konkurranse med samordning. I avgjørelsen Imperial Chemical Industries Ltd mot Kommisjonen, (14. juli 1974), premiss 64, er det uttalt:

The object is to bring within the prohibition of that article a form of coordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement properly so called has been concluded, knowingly substitutes practical cooperation between them for the risks of competition.

Partene er uenige om alternativet samordnet opptreden har selvstendige betydning i forhold til vertikale avtaler. Tine har anført at det kun er i tilfeller av parallellimport at alternativet har selvstendig betydning, mens Staten har vist til at bestemmelsen gjelder mer generelt. Det er vist til at begrepet etablerer en enda lavere terskel for felles forståelse enn avtale, noe som blant annet fremgår av Evensen, Sæveraas mfl., side 109-110.

Lagmannsretten legger til grunn at det uansett må foreligge en form for enighet/felles forståelse om å erstatte konkurransen med samordning. Evensen, Sæveraas mfl. skriver på side 110 at det er et krav om at hver av partene uansett – på basis av den andre partens opptreden – må kunne utlede at de føler seg forpliktet. Det avgjørende er i henhold til forfatterne at forståelsen som oppstår som følge av kontakten, reduserer partenes usikkerhet med hensyn til hvordan konkurrenten vil opptre.

Når det gjelder kravet om konkurransebegrensende virkninger, legger lagmannsretten til grunn at avtalen må ha hatt til ”formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen”. Lagmannsretten kommer tilbake til dette vilkåret ved vurderingen av den konkrete avtalen eller forståelsen som med basis i beviskravet kan legges til grunn. Lagmannsretten nevner likevel at for å kunne ta stilling til hvilke virkninger et tiltak har på konkurransen, må det markedet som tiltaket virker inn på, defineres.

#### 9) Konkurranseloven § 11

Konkurranseloven § 11 fastslår at et eller flere foretaks utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt. Bestemmelsen etablerer således en handlingsnorm som gjelder for foretak som står i en helt spesiell stilling i markedet. Det er ikke noe krav om at misbruket skal være forankret i en avtale. Bestemmelsen rammer blant annet faktisk og avtalebasert eksklusivitet.

For å vurdere om bestemmelsen kommer til anvendelse, må lagmannsretten ta standpunkt til om Tine AS kan regnes som et dominerende foretak på det markedet som er relevant i konkurranserettslig forstand.

#### 10) Det relevante markedet

Konkurransetilsynet har – etter lagmannsrettens oppfatning – foretatt en grundig vurdering av det relevante markedet, jf. side 12 – 32 i vedtaket. Lagmannsretten er enig i hovedpunktene, men finner det likevel nødvendig å redegjøre nærmere for lagmannsrettens syn på spørsmålene.

Ved vurderingen av hva som utgjør det relevante markedet, tar lagmannsretten – som Konkurransetilsynet – utgangspunkt i retningslinjene i EFTAs kunngjøring 16. juli 1998 om avgrensningen av det relevante marked innen konkurranseretten i Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS). Det fremgår av punkt 2 i kunngjøringen at hovedformålet med markedsavgrensningen er på en systematisk måte å identifisere de begrensningene i konkurransemessig handlefrihet som de berørte foretak står overfor. Markedet avgrenses både geografisk og produktmessig for å identifisere hvilke faktiske konkurrenter som er i stand til å begrense foretakets markedsatferd og dermed hindre foretaket i å opptre uavhengig av et effektivt konkurransetrykk.

I punkt 7 heter det at et relevant produktmarked ”omfatter alle varer og tjenester som etter forbrukerens oppfatning er innbyrdes ombyttelige eller substituerbare ut fra egenskaper, pris og bruksområde”. I henhold til punkt 13 i kunngjøringen fins det tre hovedtyper av konkurransemessige begrensninger i handlefriheten; etterspørselssubstitusjon, tilbudssubstitusjon og potensiell konkurranse. Hva som nærmere ligger i disse begrepene er beskrevet i kunngjøringens punkt 15-19, 20-23 og punkt 24.

Når det gjelder mulighetene for tilbudssubstitusjon, viser lagmannsretten til Konkurransetilsynets vurderinger på side 17 i vedtaket. Lagmannsretten er i hovedsak enig i disse vurderingene.

Lagmannsretten viser særlig til kunngjøringens punkt 15-19 som gjelder undersøkelser av etterspørselssubstitusjon, dvs. undersøkelse av hvilke produkter forbrukeren anser som substituerbare. Dette kan vurderes ut fra en kvalitativ og kvantitativ analyse.

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. Lagmannsretten vurderer det også slik at svarene i den undersøkelsen blant kunder og konkurrenter som Kredittilsynet har foretatt, trekker i samme retning, selv om svarene ikke var entydige. Dette underbygges også av Synnøve Findens svar på Konkurransetilsynets spørsmål i brev fra advokatfirmaet Simonsen Føyen 1. mars 2006. Videre taler flere interne dokumenter i Tine for dette, derunder vurderinger av markedsstrategier og markedsovervåkning. Også på dette punkt viser lagmannsretten til Konkurransetilsynets konklusjon på side 16-17 i vedtaket.

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. Lagmannsretten viser til tingrettens beskrivelse av den kvantitative testen i dommen på side 24 og 26-27. I denne forbindelse er imidlertid kunngjøringens punkt 19 av sentral betydning. Det fremgår her at markedsprisen er utgangspunktet for undersøkelsen, men det kan stille seg annerledes ”dersom den

gjeldende pris ikke er fastlagt under tilstrekkelig konkurranse". Særlig ved undersøkelse av om et selskap utnytter sin dominerende stilling, vil muligheten for at gjeldende markedspris allerede er økt, måtte tas i betraktning. Problemstillingen knyttet til dette, såkalt "Cellophane Fallacy", er nærmere beskrevet av Evensen, Sæveraas mfl., Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven, Oslo (2009) side 290. Lagmannsretten viser til det som fremgår der.

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. Lagmannsretten viser i den forbindelse til uttalelser i Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 21, der det heter:

I praksis vil imidlertid markeder sjelden eller aldri fungere perfekt. Det vil av ulike grunner alltid være former for markedssvikt og ufullkommenheter som fører til at konkurransen blir begrenset. Dette skyldes blant annet at potensielle konkurrenter står overfor ulike etableringshindringer, og at bedriftene selv kan føre en markedsstrategi som gjør det vanskelig for nykommere å etablere seg. I slike tilfeller vil en bedrift kunne få en dominerende stilling eller monopol og dermed kunne utøve markedsrett overfor kunder, leverandører og konkurrenter. Bedriften kan i en slik situasjon øke prisen uten å tape inntekter. Dette fører til at forbruket av den aktuelle varen blir lavere enn ønskelig. Samtidig vil bedriftenes markedsrett svekke deres insentiver til å effektivisere virksomheten eller forbedre kvaliteten på produktene. I markeder med dominerende foretak eller monopol oppstår det et samfunnsøkonomisk tap som følge av at ressursene ikke benyttes effektivt. Størst tap oppstår dersom markedet er monopolisert.

Videre viser lagmannsretten til vurderingene til professor Lars Sørgard ved Norges handelshøyskole. Han forklarte blant annet at de høye prisene for ost i Norge, viser at ost er et eget marked. Sjøføkonom og professor Tommy Staahl Gabrielsen i Konkurransetilsynet forklarte at de høye prisene var utslag av den markedsretten som Tine har hatt i det begrensede markedet. De to har avgitt en rapport 1. 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 anvendte den såkalte SSNIP-testen, jf. kunngjøringens punkt 15 flg. Prisene var etter lagmannsrettens oppfatning ikke ”fastsatt under tilstrekkelig konkurranse”. Det forelå 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.

I henhold til EFTAs kunngjøring om avgrensningen av det relevante marked, punkt 8, er et relevant geografisk marked ”et område der de berørte foretak tilbyr varer eller tjenester, der konkurransevilkårene er tilstrekkelig ensartet, og som kan holdes atskilt fra tilgrensende områder særlig fordi konkurransevilkårene der er merkbart forskjellige”. Det er gitt nærmere retningslinjer for vurderingen i punkt 28-31 i kunngjøringen.

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. Også på dette punkt viser lagmannsretten til de sakkyndige vitnene Tommy Staal Gabrielsen og Lars Sørgard. Konklusjonen underbygges også av et notat som firmaet Econ Analyse utarbeidet for Synnøve Finden AS 15. februar 2006.

Lagmannsrettens konklusjon er at produktmarkedet i det minste er begrenset til å omfatte all ost, samt at markedet geografisk er avgrenset til Norge.

## 11. Dominansvurderingen

Lagmannsretten vil i det følgende vurdere om Tine AS var en dominerende aktør på markedet for ost i Norge i 2004. Oversatt til norsk er begrepet dominerende stilling definert slik i premiss 65 i avgjørelsen 14. februar 1978 i saken mellom United Brands og Kommisjonen:

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.

### a) Direkte eller indirekte metode

Partene er uenige om hvordan lagmannsretten skal foreta dominansvurderingen. Tine har argumentert for at lagmannsretten først må vurdere hvilken betydning de landbrukspolitiske rammebetingelsene har for Tines uavhengighet, før lagmannsretten bør gå inn på andre momenter. Det er vist til anbefalinger om en slik fremgangsmåte i nyere

konkurransøkonomisk teori, derunder av Commissioner J Thomas Rosch i US Federal Trade Commission. Tines sakkyndige vitne, professor Nils-Henrik von der Fehr, har også anbefalt lagmannsretten å benytte en slik ”direkte metode”. Tradisjonelt har det imidlertid vært vanlig å ta utgangspunkt i foretakets markedsandeler. Dette er også lagt til grunn i forarbeidene til konkurranseloven, jf. NOU 2003: 12 side 58:

For å avgjøre hvorvidt et foretak har en dominerende stilling, er det nødvendig å avgrense det relevante markedet som foretaket opererer i. Når det relevante markedet er avgrenset, må det ut fra en helhetsvurdering avgjøres om det aktuelle foretaket har en dominerende stilling i dette markedet. Etter praksis fra EF-domstolen vil høy markedsandel normalt være den viktigste indikatoren. Høy markedsandel vil vanligvis indikere dominerende stilling. I saken AKZO mot Kommisjonen (sak C-62/86 Saml. 1991 side I-3359) uttalte Kommisjonen at 50 prosent var å anse som en høy markedsandel. EF-domstolen har imidlertid akseptert at foretak kan ha en dominerende stilling med en markedsandel på 40-45 prosent hvor det også er andre momenter av betydning. Hvorvidt det foreligger en dominerende stilling, må i alle tilfeller bero på en totalvurdering og ikke på markedsandeler alene. Andre sentrale momenter er øvrige konkurrenters markedsandeler, hvilke etableringshindringer som eksisterer i markedet, og eksistens av eventuell kjøpermakt på kundesiden.

Det samme fremgår av Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) på side 60. Lagmannsretten finner at en slik fremgangsmåte – som også Konkurransetilsynet har benyttet – er fullt forsvarlig. Lagmannsretten kan ikke se at argumentene som Tine har vist til, gir tilstrekkelig grunn til å fravike dette.

#### b) Foretakets markedsandel

Tines markedsandeler i 2004 i ostemarkedet er gjengitt i vedtaket på side 33. Lagmannsretten legger disse tallene til grunn. I markedet for salg av brunost til dagligvarehandelen hadde Tine en markedsandel på 92,5 %. Synnøve Finden hadde en markedsandel på 7,2 % i markedet for brunost, mens andre aktører hadde 0,3%. I markedet for salg av hvitost var den tilsvarende markedsandelen for Tine 76 %. Synnøve Finden hadde 19,5% markedsandel, mens andre hadde 4,2 %. Det er opplyst at Tines markedsandel i markedet for fast hvitost og brunost samlet sett – som er den markedsavgrensningen lagmannsretten har valgt å bygge på – utgjorde 74%. Lagmannsretten legger dette til grunn. Det foreligger således i utgangspunktet en sterk presumsjon for dominans.

I avgjørelsen 9. juni 1976 i saken mellom Hoffmann-La Roche og Kommisjonen uttalte domstolen blant annet:

Furthermore although the importance of the market shares may vary from one market to another the view may legitimately be taken that very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position.

Som det fremgår av det ovennevnte sitatet fra NOU 2003: 12 tok domstolen i AKZO-saken utgangspunkt i uttalelsen i Hoffmann-La Roche og la til grunn at en markedsandel på 50 % kunne betraktes som så høy at den i seg selv tilsa at det forelå dominerende stilling. I avgjørelsen Hilti mot Kommisjonen la førsteinstansretten til grunn at en markedsandel på mellom 70 og 80 % i seg selv var nok til å konkludere med at det forelå dominerende stilling.

Lagmannsretten konstaterer at Tines markedsandel er på samme nivå som i den sistnevnte avgjørelsen. Likevel vurderer lagmannsretten – med utgangspunkt i uttalelsen i Hoffmann La Roche – om det foreligger ekstraordinære omstendigheter som tilsier at Tine – på tross av den høye markedsandelen – likevel ikke hadde ”vide muligheter for uavhengig atferd i forhold til konkurrenter, kunder og i siste instans forbrukere”, jf. premiss 65 i avgjørelsen United Brands mot Kommisjonen. Tine har påberopt tre forhold som det anføres begrenset Tines handlingsrom i så måte; de landbrukspolitiske rammebetingelsene, kjøpermakt og potensiell konkurranse. Lagmannsretten vil i det følgende gå nærmere inn på betydningen av disse forholdene.

#### c) Betydningen av de landbrukspolitiske reguleringene

Partene er uenige om de markedsregulatoriske forholdene innebærer at Tine ikke har en dominerende stilling. Staten har anført at disse forholdene ikke påvirker dominansvurderingen, men først kommer inn i utilbørlighetsvurderingen, jf. læren om ”state compulsion”. Dette går lagmannsretten ikke nærmere inn på. Lagmannsretten viser til Kommisjonens meddelelse 9. februar 2009 om prioritering av håndhevelsen av artikkel 82 på virksomheters misbruk av dominerende stilling gjennom ekskluderende atferd, punkt 8, der det fremgår at de særlige reglene som et foretak er undergitt på et marked, vil være relevant i vurderingen av om foretaket har en dominerende stilling. Lagmannsretten legger dette til grunn. Lagmannsretten må således vurdere i hvilken grad reguleringene influerer på foretakets mulighet til å utøve markedsrett. Begrepet markedsrett er definert i Kommisjonens ”discussion paper” 5. desember 2005, punkt 24. Det fremgår av meddelelsen at det ikke bare er evnen til å påvirke priser som er av betydning, men også omsetningen, innovasjon, produktspekter, kvalitet mv. Det er ikke tilstrekkelig at foretaket kan opptre uavhengig i en ubetydelig tidsperiode. Markedsretten må kunne utøves ”over a significant period of time”. Lagmannsretten legger til grunn at en tidsperiode på to år normalt vil være tilstrekkelig i denne sammenheng.

Partene er uenige i hvilken frihet Tine hadde i sin prissetting i 2004. Dette er et av elementene i den vurderingen som lagmannsretten må foreta. Tine har under henvisning til betenkningen fra professor Nils-Henrik von der Fehr 17. januar 2010 anført at uavhengighet med hensyn til å fastsette priser er det viktigste parameteret i dominansvurderingen. Lagmannsretten legger til grunn at det er et sentralt element i vurderingen, men det er ikke det eneste elementet.

Lagmannsretten legger til grunn at Tine er underlagt omfattende offentlige reguleringer som gjør at selskapet står i en helt spesiell stilling. Lagmannsretten er henvist til å foreta en konkret vurdering av virkningen av disse offentlige reguleringene på Tines posisjon i markedet for ost i 2004. Tine har anført at det er de samlede virkningene for Tine som sådan som må vurderes, ikke virkningen for ett enkelt produkt. Bakgrunnen for denne anførselen er henvisningen i Konkurransetilsynets vedtak på side 40 til et brev av 10. oktober 2004 fra Landbruks- og matdepartementet (LMD) til tilsynet, der det er gitt uttrykk for at det er LMDs "klare oppfatning at prisen på Norvegia F45 ikke er regulert i lov, forskrift eller avtale" som gjør at produktet står i noen særstilling i forhold til konkurranse-loven § 11. Lagmannsretten vurderer virkningen for Tine som leverandør av ost i det relevante markedet.

Tingretten har beskrevet markedsordningen for melk i dommen på side 19-20. Lagmannsretten viser til denne beskrivelsen:

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

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

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

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

administrativt og regnskapsmessig skille mellom Tines råvarehåndtering (Tine Råvare) og Tines produksjonsvirksomhet (Tine Industri).

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

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

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

Lagmannsretten viser til at det i tillegg er fastsatt en omsetningsavgift for produsenter av melk som jordbruksvare, og en overproduksjonsavgift for melk som blir omsatt utover det enkelte bruks kvote, jf. forskrift 29. juni 1999 nr. 763 om omsetningsavgift på jordbruksvarer, og om overproduksjonsavgift på mjølk §§ 1 a) og 3.

Det er også etablert et tollvern for meieriprodukter med en tollsats på mellom 4 og 5 kroner per liter melk og på mellom 25 og 28 kroner per kilo ost. Gjennom WTO og Gatt har Norge påtatt seg forpliktelser med hensyn til hvor høye disse tollsatsene kan være. Det er opplyst at Norge har angitt en bindende kronetoll for faste hvite oster på 27,15 kroner. Lagmannsretten forstår det slik at tollsatsene i 2004 lå på et så høyt nivå som det var rom

for i henhold til disse forpliktelsene, dog slik at det er mulig å etablere prosenttoll utover den tollfrie kvoten som i 2004 var på cirka 4000 tonn ost.

Tine har for det første anført at etterkontrollen etablerte et prisgulv for Tines produkter, samt at Tines frihet til å øke prisene var begrenset av prisutjevningsordningen, Tines rolle som markedsregulator og målprissystemet.

Lagmannsretten er enig med Tine i at etterkontrollen etablerte et minstenivå for prisen på melkeråvaren. Det er imidlertid ikke uvanlig at en virksomhet til en viss grad vil være bundet i prissettingen som følge av nivået på prisen for råvarene.

Ved vurderingen av hvilken virkning de offentlige reguleringene har for prisfastsettelsen, må det etter lagmannsrettens vurdering skilles mellom de begrensningene som reguleringene innebærer for prisfastsettelsen i råvareleddet, og de begrensningene som reguleringene eventuelt innebærer for prisene som Tine kan ta fra kjedene ved salg av foredlede produkter. Lagmannsretten kan ikke se at reguleringene begrenset Tines muligheter i sistnevnte henseende nevneverdig. Dette selv om det løpende foretas en kontroll av pris- og markedsforhold under prisutjevningsordningen og av noteringsprisen som ledd i etterkontrollen.

Tines sakkyndige vitne, professor Nils-Henrik von der Fehr, har i sin rapport 17. januar 2010 på side 12 vist til at Jordbruksavtalen er en form for samfunnskontrakt, som dels bestemmer bøndernes totale inntekter, og dels hvordan de finansieres. Han har hevdet at det vil innebære et brudd med denne avtalen dersom bønderne, via eierskapet i Tine, øker sine inntekter ved å ta ut mer av markedet enn det som fremgår av avtalen. Dette gjelder etter hans mening enten inntektene kom som en følge av en høy råvarepris på melk, eller i form av dividendeutbetalinger fra Tine. På den bakgrunn har han fremholdt at Jordbruksavtalen setter et tak for bøndernes samlede inntekter fra markedet, og derved også Tines priser. Det er fra Tines side også vist til at uavhengigheten dermed uansett var begrenset tidsmessig.

Lagmannsretten er enig i noe av det professor von der Fehr har pekt på, men kan ikke se at Jordbruksavtalen legger så omfattende begrensninger på prissettingen overfor dagligvarekjedene som han og Tine har gjort gjeldende. Dersom Tine oppnår vesentlig høyere overskudd enn det som er lagt til grunn i Jordbruksavtalen, vil det nok på sikt kunne få betydning for omfanget av tollbeskyttelsen. Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at det fratok Tine incitament til å konkurrere på pris, eller at det begrenset Tines uavhengighet i prissettingen overfor kjedene.

Lagmannsretten viser også til at det er fremlagt dokumentasjon som underbygger at Tine rent faktisk konkurrerte på pris. Det er også på det rene at det ble foretatt taktiske og strategiske vurderinger i Tine knyttet til hvilket prisnivå selskapet skulle legge seg på.

Lagmannsretten viser i den forbindelse til tiltaksplanen og konkurransestrategien for hvitost, som ble utarbeidet i Tine i september 2003. Videre vises det til rapporten om taktiske og strategiske prisspørsmål for ost og yoghurt, som ble utarbeidet i februar 2004.

Tine har også påpekt at foretaket ikke fastsetter hvilket volum melkeråvare som selskapet skal motta, samt at foretaket både har forsyningsplikt til andre produsenter og avsetningsplikt av egne og andres produkter. Lagmannsretten kan heller ikke se at mottaks- eller forsyningsplikten er vesentlig ved vurderingen av Tines handlefrihet mht. salg av ost overfor kunder, konkurrenter og sluttbrukere i markedet. Lagmannsretten viser til at Tine har utøvet rollen som markedsregulator på tilfredsstillende måte over lang tid. Ut fra det som har fremkommet under ankeforhandlingen, må det legges til grunn at balanseringen av tilgangen på, og avsetningen av, melkeråvare har vært oppfattet som uproblematisk. Selskapet har benyttet seg av ulike virkemidler som har gitt stor grad av fleksibilitet med hensyn til å få avsetning for et eventuelt overskudd av melkeråvare. Lagmannsretten viser også til Nils-Henrik von der Fehrs forklaring under ankeforhandlingen, der det fremkom at mottaksplikten ikke har representert noen vesentlig belastning for Tine i en slik sammenheng.

Tine har også fremholdt at selskapets faktiske priser og marginer viser at foretaket ikke har en dominerende stilling i markedet. Lagmannsretten kan ikke se at diskusjonen om Tine hadde negative marginer på salg av ost i 2004, eller at selskapet til en viss grad har tapt markedsandeler, bidrar til å avklare spørsmålet om dominans. Lagmannsretten viser i denne sammenheng til O'Donoghue/Padilla, *The law and economics of article 82 EC*, side 127-128.

Whether and to what extent profitability and dominance has a positive correlation has been subject to enormous debate among economists. The most that can be said is that the empirical relationship between performance and market structure is not clear. Serious measurement problems have affected the reliability of most studies. ...

It is clear, however, that lack of profitability is not a contra-indication of dominance. ...

Thus, in *Michelin I*, the Court of Justice rejected the argument that since Michelin was running losses, it was not dominant. The court pointed to the overall economic strength of the undertaking and its ability to engage in research and investment. It referred to "the advantages which [Michelin] may derive from belonging to groups of undertakings operating throughout Europe or even the world. Amongst those advantages was the lead which the Michelin group has over its competitors in the matters of investment and research and the special extent of its range of products". The court decided that a lack of profits may be temporary and says little about the overall firm's ability to exert market power.

Lagmannsretten konstaterer at problemer med beregne fortjenestemarginer og lønnsomhet, som O'Donoghue/Padilla påpeker utgjør en generell vanskelighet, gjør seg sterkt gjeldende

i den foreliggende saken. Dette har sammenheng med at Tine er et samvirkeforetak, eid av melkeprodusentene. 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 Gruppa for 2009 side 24. Beregninger av Tines marginer og fortjeneste med utgangspunkt i etterkontrollen har dermed etter lagmannsrettens vurdering begrenset interesse. Både 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.

Lagmannsrettens konklusjon er at de offentlige reguleringene ikke forhindrer at Tine må regnes som dominerende på markedet for salg av ost i Norge i 2004.

#### d) Kjøpermakt

Lagmannsretten går over til å vurdere spørsmålet om det foreligger ekstraordinære omstendigheter i form av kjøpermakt. Lagmannsretten legger til grunn at dette er et element i vurderingen av om den dominerende aktøren kan sies å være i stand til i vid utstrekning å opptre uavhengig av kunder, konkurrenter og sluttbrukere i markedet. Det innebærer at det må vurderes i hvilken grad kjøperne i det aktuelle markedet vil være i stand til å påvirke vilkårene som de handler på.

Lagmannsretten viser til Kommisjonens retningslinjer 5. februar 2004 (2004/C 31/03) om horisontale fusjoner punkt 64 og 65:

The competitive pressure on a supplier is not only exercised by competitors but can also come from its customers. Even firms with very high market shares may not be in position, post-merger, to significantly impede effective competition, in particular by acting to an appreciable extent independently of their customers, if the latter possess countervailing buyer power. Countervailing market power in this context should be understood as the bargaining strength that the buyer has vis-a-vis the seller in commercial negotiations due to its size, its commercial significance to the seller and its ability to switch to alternative suppliers.

The Commission considers, when relevant, to what extent customers will be in an position to counter the increase in market power that a merger would otherwise be likely to create. One source of countervailing buyer power would be if a customer could credibly threaten to resort, within a reasonable time frame to alternative sources of supply should the supplier decide to increase prices or to otherwise deteriorate quality or the conditions of delivery. This would be the case if the buyer immediatly switch to other suppliers, credibly threaten to vertically integrate into the upstream market or to sponsor upstream expansion or entry for instance by persuading a potential entrant to enter by committing to placing large orders with this company. It is more likely that large and sophisticated customers will possess this kind of of countervailing buyer power than smaller firms in a fragmented industry. A

buyer may also exercise countervailing buyer power by refusing to buy other products produced by the supplier or, particularly in the case of durable goods, delaying purchases.

I retningslinjene bruker Kommisjonen uttrykket "countervailing buyer power". I dette ligger etter lagmannsrettens vurdering et krav om at kjøpermakten "motvirker" selgerens uavhengige stilling. Dette underbygges av en artikkel skrevet av O'Donoghue og Padilla, *The Law and economics of Article 82 EC*, side 130:

Thus, the relevant test for buyer power in relation to the dominance assessment is whether one or more customers in the relevant market are able to appreciably influence the prices or other terms on which they acquire goods, and in so doing, to materially constrain the commercial independence of the allegedly dominant supplier. If they are so able, then under the Community Courts definition of dominance, that market cannot have any dominant suppliers.

Som det fremgår må kjøperene være i stand til å "materially constrain the commercial independence of the allegedly dominant supplier". Det stilles altså krav om at kjøperene "i merkbar grad" må kunne hindre selgeren i å være uavhengig. Lagmannsretten viser i denne forbindelse også til avgjørelsen *Prokent-Tomra* mot Kommisjonen, premiss 88, der uttrykket "outweigh" er brukt, dvs. at kjøperen eventuelt må være i stand til å "oppveie" selgerens makt. Avgjørelsen viser også at man ikke kan vurdere kjøpermakt uavhengig av hvilken posisjon selgeren har i det relevante markedet.

Lagmannsretten viser til at Tine hadde en usedvanlig sterk posisjon i det relevante markedet. Ikke bare ut fra sin markedsandel, men også på grunn av de etableringsutfordringene som forelå og selskapets produktspekter. Lagmannsretten viser til at selskapet tilbød en rekke varer som dagligvarekjedene var nødt til å ha i sitt vareutvalg.

Lagmannsretten legger til grunn at kjedene forhandlet uavhengig av hverandre med Tine. Når Tines grad av uavhengighet skal vurderes, må man derfor etter lagmannsrettens vurdering se på i hvilken grad den enkelte kjede kunne motvirke Tines sterke posisjon under forhandlingene. Dette underbygges av ordlyden i Kommisjonens retningslinjer, der det er vist til *kjøperens* forhandlingsstyrke "due to its size, its commercial significance" og så videre. I Konkurransetilsynets vedtak er det vist til at de fire største dagligvareleverandørene hadde 99 % av omsetningen i dette markedet. Det er påpekt at dette viser et potensial for utøvelse av kjøpermakt. Det er lagmannsretten enig i. Kjedene forhandlet imidlertid ikke sammen. Etter lagmannsrettens vurdering er det således den enkelte kjedes størrelse som er det relevante i vurderingen. Omsetningen i markedet fordelte seg i 2004 slik: Norgesgruppen 35 %, Rema 17 %, ICA 22 % og Coop 25 %.

Etter retningslinjene er det ikke bare størrelsen til foretaket, men også den "forretningsmessige betydningen" og kjedens mulighet til å bytte til alternative leverandører som er relevant i vurderingen. Lagmannsretten legger til grunn at både Rema

og ICA ut fra markedsandelene, det faktum at de var landsdekkende kjeder, og selskapenes forretningsmessige profil og suksess hadde atskillig betydning for Tine. Lagmannsretten viser i den sammenhengen spesielt til at både Rema, og Rimi i ICA, hadde satsset på å ha et begrenset sortiment, noe som innebar at hylleplassen var begrenset. Dette kunne brukes som et pressmiddel i forhandlingene med leverandørene, jf. Konkurransetilsynets hylleplassrapport. Videre hadde Reitangruppen virksomhet innenfor ”servicehandel”, eller det såkalte KBS-markedet, noe som var attraktivt for Tine.

Avgjørende er imidlertid i hvilken grad kjedene på troverdig grunnlag kunne true med å skifte til en annen leverandør, eventuelt etablere egen produksjon eller sponse slik etablering, slik at de ville komme inn i markedet. Når det gjelder muligheten for å skifte til en annen leverandør viser lagmannsretten til at Synnøve Finden hadde i underkant av 20 % av markedet for ost i Norge. Selskapet hadde begrenset produktkapasitet, og et langt mindre produktspekter enn Tine. Videre hadde ikke selskapet tilsvarende merkevarer som Tine. Etter lagmannsrettens vurdering kunne således ikke kjedene på troverdig grunnlag true med å skifte til en annen leverandør.

Det fremgår riktignok av Tines strategidokument ”Tine 2010”, at Tine vurderte kjøpermakt som en potensiell trussel i 2005. I dokumentet heter det blant annet:

”Vi risikerer å møte kundenes økte forhandlingsstyrke enda sterkere i åra fremover. Det kan i verste fall komme til uttrykk ved at vi møtes med lansering av egne kjedemerker innen våre produktkategorier og trusler om å bli kastet ut som hovedleverandør innen et av våre sentrale produktområder i kjeden”.

Tine har også vist til at forhandlingene med Norgesgruppen var fastlåst høsten 2004, samt at disse to selskapene ikke ble enige om årsavtalen for 2009, hvoretter Norgesgruppen valgte å ikke føre flere Tine-produkter. Norgesgruppen sendte i den forbindelse ut en pressemelding med beklagelse overfor sine kunder, og presiserte at de fortsatt hadde cirka 300 Tine-produkter i hyllene, derunder et titalls varianter av Norvegia- og Jarlsberg-ost. Dette illustrerer etter lagmannsrettens oppfatning at selv ikke Norgesgruppen i 2009 kunne oppveie Tines sterke posisjon. Dette til tross for at Norgesgruppen hadde dobbelt så høy omsetning innenfor dagligvaremarkedet som Rema.

Tine har også vist til at kjøpermakt har gjort seg sterkt gjeldende innenfor dagligvaresektoren i Europa. Leverandørene er i større grad enn tidligere avhengig av kjedene for å få distribuert sine produkter. Lagmannsretten viser til O’Donoghue/Padilla, The Law and economics of article 82 EC, side 132-133, der det er vist til Kommisjonens merknader om dette og konsekvensen i saken Enso/Stora. Lagmannsretten er oppmerksom på denne utviklingen, og legger til grunn at også dagligvarekjedene i Norge har fått større makt. På den annen side er det ingen tvil om at Tine hadde en helt spesielt sterk stilling i 2004. Det har historiske årsaker, men er også knyttet til markedsreguleringen og den begrensede konkurransen på markedet.

Når det gjelder lansering av egne merkevarer som potensiell trussel i 2004, viser lagmannsretten til Konkurransetilsynets vurderinger på side 37-38 i vedtaket. Tine hadde på det tidspunktet flere merkevarer, som lå høyere i pris enn konkurrentene. Produktene hadde høy preferanse i markedet, og solgte således godt til tross for at prisene lå over konkurrentenes. For at lansering av egne merkevarer skulle utgjøre noen potensiell trussel for Tine, måtte disse således både ha høy kvalitet og være konkurransedyktige på pris, noe som var vanskelig å oppnå. Samtidig var det få alternative leverandører, og begrenset produksjonskapasitet. På det aktuelle tidspunktet var det kun Coop som hadde ost som egen merkevare, og det var Tine som produserte den ene av disse. Lansering av egne merkevarer innenfor ost ble først og fremst rettet mot lavprissegmentet, noe som var en fordel for Tine.

Lagmannsrettens konklusjon er at kjedene ikke hadde tilstrekkelig makt til å hindre at Tine var dominerende i 2004.

e) Potensiell konkurranse/nyetableringer

Lagmannsretten må også vurdere om Tines mulighet til i vid utstrekning å opptre uavhengig av kunder, konkurrenter og sluttbrukere, kunne begrenses av at nye aktører kunne etablere seg i konkurranse med Tine på markedet for ost i Norge i 2004.

Lagmannsretten legger til grunn at det må vurderes om slik konkurranse var sannsynlig og ville inntreffe med tilstrekkelig styrke i løpet av relativt kort tid, anslagsvis cirka to år. Det vises til retningslinjene fra Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan, punkt 24.

Lagmannsretten viser i denne forbindelse til at etablering av meierianlegg krever forholdsvis store investeringer og særskilt kompetanse. Mer aktuelt ville det nok være å kjøpe eksisterende anlegg. Konkurransetilsynet har i vedtaket lagt til grunn at "ingen av dagligvarekjedene har vært aktive i forhold til kjøp av meierianlegg som Tine har lagt ut for salg". Lagmannsretten legger dette til grunn. Videre viser lagmannsretten til at Tine hadde en sterk posisjon i markedet, derunder mange merkevarer som var innarbeidet. Å få etablert konkurranse i markedet hadde historisk sett vist seg å være vanskelig og tidkrevende. Synnøve Finden, som ble etablert i 1996 og var Tines eneste reelle konkurrent, hadde fortsatt problemer med å oppnå lønnsomhet i 2004.

Vurdert samlet fremsto det etter lagmannsrettens vurdering som lite sannsynlig at andre aktører ville etablere seg på dette markedet i 2004. Lagmannsretten kan således ikke se at denne muligheten begrenset Tines mulighet til i vid utstrekning å opptre uavhengig av kunder, konkurrenter og sluttbrukere i markedet.

f) Kombinasjonen av kjøpermakt og offentlige reguleringer

Tine har anført subsidiært at kombinasjonen av offentlig reguleringer og kjøpermakt innebærer at Tine ikke hadde den uavhengighet som en dominerende aktør forutsettes å

inneha på det aktuelle markedet i 2004. Lagmannsretten finner at heller ikke denne anførselen kan føre frem.

\*\*\*

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

12. Inngikk Tine og Rema en avtale som rammes av konkurranseloven § 10 under årsforhandlingene for 2005

Lagmannsretten legger til grunn det som er nevnt over om beviskravet og den rettslige forståelsen av konkurranseloven § 10. Spørsmålet er om Tine og Rema inngikk en avtale under årsforhandlingene for 2005 som rammes av konkurranseloven § 10. Vurderingen er avhengig av hvilket marked Tine regnes for å operere i. Lagmannsretten viser til vurderingen over. Det legges til grunn at Tine opererte i et norsk marked for ost, og at selskapet hadde en markedsandel på omkring 74% i dette markedet i 2004.

Lagmannsretten deler den videre drøftelsen i to. Lagmannsretten behandler først spørsmålet om Tine og Rema inngikk en eneleverandøravtale i snever forstand. Deretter vil lagmannsretten vurdere om det ble inngått en avtale om at Tine skulle være tilnærmet eneleverandør.

a) Ble det inngått en eneleverandøravtale i snever forstand?

Ved vurderingen av om det ble inngått en eksklusiv avtale, må det tas utgangspunkt i den skriftlige avtalen som partene inngikk 15. november 2004. Lagmannsretten viser til at det ikke står noe i avtalen som tyder på at Tine skulle være eneleverandør av ost til Rema. Tvert om fremgår det av punkt 3 i avtalen at Reitan Handel hadde rett til å endre sortimentet fortløpende etter forutgående varsel til leverandøren. Videre fremgår det at avtalen kunne sies opp ved skriftlig melding med en måneds varsel.

Til grunn for enigheten som ble etablert 20. september 2004, lå en forutsetning om at Tine skulle være hovedleverandør av ost til Rema. Lagmannsretten viser i denne forbindelse til Rune Jensens e-post 21. september 2004 til Tore Høylye. Videre viser lagmannsretten til forklaringene til Jan Anders Brun og Tore Høylye om dette. Lagmannsretten legger til grunn at denne forutsetningen fortsatt gjaldt mellom partene da avtalen ble undertegnet 15. november 2005, selv om forutsetningen ikke ble nedfelt i avtalen.

Tore Høylye og Jan Anders Brun har forklart at de med hovedleverandør mente det som fremgår av Norgesgruppens standardvilkår på den tiden. Lagmannsretten legger dette til grunn.

I disse standardvilkårene heter det følgende om alternativet "hovedleverandør":

Leverandøren skal prioriteres innenfor definerte varegrupper. Dette skal gjenspeiles gjennom sortiment, aktiviteter og vareplassering. Det skal gjennomføres kvartalsvise oppfølgingsmøter, og iverksettes tiltak der det er avvik i henhold til avtalen.

Tore Høylye og Jan Anders Brun har forklart at dette innebar at Tine og Rema skulle ha et tett praktisk samarbeid. Lagmannsretten legger deres forklaringer om dette til grunn for avgjørelsen.

Lagmannsretten viser videre til at aktørene selv hevder at det ikke ble inngått noen form for eneleverandøravtale. Dette har fremkommet i forklaringene til Jan Anders Brun, Rune Jenssen, Tore Høylye og Harald Kalvøy. Lagmannsretten viser til Brun og Jenssens forklaringer om at det aldri ble stilt noe krav fra Tines side om å være alene. Rune Jenssen har også forklart at han "i all kommunikasjon" var tydelig på at Tine ikke ønsket å være eneleverandør. Forklaringsopptakene til Harald Kalvøy og Tore Høylye underbygger også at Tine ikke fremsatte krav eller ønsker om eksklusivitet.

Det at avtalepartene i ettertid gir uttrykk for at det ikke ble inngått noen eneleverandøravtale, vil imidlertid ofte være situasjonen i en sak som den foreliggende, og kan ikke være avgjørende. Lagmannsretten går i det følgende over til andre momenter som kan belyse spørsmålet.

Lagmannsretten viser til at administrerende direktør Geir Solstad i Rema på møtene 3. september og 20. september 2004 med Tines representanter, hadde gitt klart uttrykk for at Rema kunne klare seg uten Q og Synnøve Finden. Det var også nevnt av Harald Kalvøy at Rema vurderte et slikt alternativ overfor Rune Jenssen den 6. juli, og Tore Høylye hadde presentert dette som ett av tre scenarier overfor Tine i midten av august. Tore Høylye ga i den forbindelse uttrykk for at et slikt alternativ krevde en "tung investering fra Tine". Lagmannsretten viser til hans e-post til Harald Kalvøy 17. august 2004. Videre viser lagmannsretten til formuleringen i møteinnkallelsen internt i Rema til møtet som skulle være med Tine 3. september 2004: "Innfallsvinkel: Tine 'eneleverandør' på meieri, flytende og fast".

Det er på det rene at Tine 3. september 2004 ga et tilbud til Rema som innebar at de foreslo å øke ytelsene til Rema med 33 % i forhold til året før, forutsatt at det ble inngått en to-årig avtale. Senere ble forslaget til ytelser økt i flere omganger. Det er imidlertid ikke opplyst om det var knyttet andre forutsetninger til tilbudet 3. september enn at det skulle være en to-årig avtale. Lagmannsretten konstaterer at dette innebar en vesentlig økning i forhold til tidligere. Dette underbygges av Tore Høylyes reaksjon, jf. hans e-post 7. september 2004 til Harald Kalvøy og Geir Solstad, hvor han blant annet skriver:

Vedlagt oppsett over hvordan 2005 blir med Tine som eneleverandør. Synes tilbudet er en bra start. Vi bør selvfølgelig prøve å få det opp noe mer – men Tine har nok strekt seg rimelig langt allerede – i forhold til hva vi gir tilbake.

Lagmannsretten viser også til at Tom Høidalen i forklaringsopptak har karakterisert det som en ”enorm økning”, som etter hans mening tilsa en kraftig økning i antall varelinjer og sortiment. Han har også forklart at en slik økning ”åpenbart [gir] Tine en mer dominerende leverandørposisjon”.

Tines andre tilbud, fremsatt 16. september 2004, inneholdt krav om en rekke motytelser. Tine foreslo i dette tilbudet å øke ytelsene ytterligere, til 33 500 000 kroner, noe som innebar en økning på 43,5 % fra avtalen for 2004. Senere i forhandlingene økte Tine sitt tilbud til 36 600 000 kroner, slik at økningen i forhold til avtalen for 2004 var på 55,4 %. Lagmannsretten er enig med Tine i at økningen i beløp ikke kan ses uavhengig av motytelsene. Etter lagmannsrettens vurdering må imidlertid økningen i ytelsene uansett ses som en klar respons på Remas invitt til Tine om å være ”eneleverandør”. Lagmannsretten er således enig med Staten i at Tine økte sine ytelsene suksessivt under forhandlingene, basert på forutsetningen om å bli ”eneleverandør”, eller tilnærmet eneleverandør.

Lagmannsretten viser videre til at Tine v/ Øyvind Kristiansen den 18. august 2004 oversendte en vurdering som Tine tidligere hadde innhentet fra Genius Retail Management, om fordelene ved å ha én kontra to leverandører av melk og hvitost. Etter at rapporten var oversendt fra Tine til Rema, satte Tore Høylye opp et regneark og foretok beregninger av lønnsomheten for Rema av å ha Tine som eneleverandør innenfor de samme produktområdene. Tine har påpekt at dette også er forenlig med at Rema vurderte å implementere sin overordnede strategi om leverandørkonsentrasjon, og at det i en slik sammenheng var både naturlig og nødvendig å foreta denne typen beregninger. Det faktum at Tine ble involvert i prosessen, bidro imidlertid til å skape forventninger i Tine om en eneleverandørposisjon. Lagmannsretten legger til grunn at dette var tilsiktet fra Remas side. Dette underbygges blant annet av Harald Kalvøys forklaring under ankeforhandlingen. Det er mulig at det i første rekke ble gjort for å sikre bedre betingelser, men er likevel et moment som trekker i retning av at det ble inngått en eneleverandøravtale.

Lagmannsretten viser også til at Rema v/Tore Høylye i en telefonsamtale 3. september 2004 ba Tine v/ Jan Anders Brun om å få et tilbud på en billig hvit- og en billig brunost. I forklaringsopptak har Mads Richter Svendsen i Tine uttalt at Rema aldri ville ønsket tre forskjellige gulost-typer, slik at når de ba om et tilbud på EMV-ost, var det et signal om at de vurderte å kaste ut Synnøve Finden. Lagmannsretten er enig i dette. Dersom Synnøve Finden skulle ut av Remas sortiment, ville det oppstå behov for en ny ”prisfighter”. Også denne henvendelsen bidro således til å skape en forventning i Tine om en eneleverandøravtale innenfor ost.

Partene er uenige om Rema fikk et tilbud om EMV-ost. Lagmannsretten legger til grunn at Rema fikk en bekreftelse på at Tine ville produsere EMV-ost for Rema, og at det ble gitt en indikasjon på prisen, uten at det ble gitt noe forpliktende tilbud i forbindelse med at årsavtalen ble inngått.

Staten har anført at Rema per 20. september 2004 hadde tilstrekkelig sikkerhet for at de ville få en EMV-ost fra Tine, til at de kunne planlegge ut fra det. Lagmannsretten bemerker i den forbindelse at det ikke var gitt noe forpliktende tilbud, og at Rema heller ikke synes å ha lagt dette til grunn i sin planlegging. Det var heller ikke tatt hensyn til i beregningene som Tore Høylye foretok av lønnsomheten av å ha Tine som eneste leverandør av ost og melk. Det kan ha sammenheng med tidspress, samt at prisindikasjonen først ble gitt 16. eller 17. september 2004. Opplysningen inngikk imidlertid ikke i beregningen knyttet til påvirkningen på det såkalte kålrotfondet.

Samlet sett kan lagmannsretten ikke se at kommunikasjonen knyttet til EMV-ost har stor betydning. Henvendelsen bidro imidlertid til å skape forventninger i Tine om en eneleverandøravtale. Temaet EMV-ost er således på ingen måte irrelevant for saken, slik Tine hevdet i sin prosedyre.

Lagmannsretten viser videre til at Tore Høylye i Rema henvendte seg til Tine v/Jan Anders Brun den 9. september 2004 og ba om at det ble tegnet planogrammer for ost og melk uten Q og Synnøve Finden. Øyvind Kristiansen har forklart at dette "slo ned som en bombe" i salgsavdelingen i Tine, og at det medførte mye diskusjon i avdelingen. Lagmannsretten legger til grunn at flere i salgsavdelingen ble kjent med henvendelsen, og at den også bidro til å skape en forventning i Tine om at de kunne bli eneste leverandør av ost til Rema i 2005.

Når det gjelder lønnsomhetsberegningene som ble foretatt i Rema av å ha Tine som eneste leverandør av ost og melk, har Staten vist til at tilbudet om økning i ytelsene fra Tine ble knyttet direkte til denne beregningen. Lagmannsretten er enig med Staten i at dette er et moment som trekker i retning av at Rema på dette tidspunktet vurderte å inngå en avtale med Tine som ikke åpnet for leveranser av ost og melk fra Synnøve Finden og Kavli. Beregningene illustrerer også at beslutningen var avhengig av omfanget på ytelsene fra Tine. Det var på dette tidspunktet ikke innledet forhandlinger med Synnøve Finden om en eventuell avtale for 2005. Siden Synnøve Findens forslag til ytelser ikke var med i beregningene, ble disse noe misvisende.

Staten har vist til at dokumentasjonen i saken tyder på at partene var enige om at Rema skulle håndtere ekstern informasjon knyttet til Q, og at man ikke skulle informere om forholdet til Synnøve Finden. Som nevnt legger lagmannsretten til grunn at det man ble enige om 20. september 2004, var at Rema skulle ha regien i forhold til media når det

gjaldt Q-meieriene. Det har også fremkommet at Rune Jenssen i Tine senere anbefalte ”å ligge lavt” med hensyn til informasjon om hva som skjedde med hensyn til ost. Det er imidlertid uklart hva som var bakgrunnen for denne anbefalingen.

Staten har vist til at en rekke medarbeidere i Tine kjente til at Tine ville være alene om å levere ost til Rema etter at enigheten ble etablert 20. september 2004. Lagmannsretten viser til at Jan Anders Brun, som var til stede i forhandlingene, tolket enigheten slik at Synnøve Finden ”var ute”. Dette fremgår av hans forklaringsopptak 14. februar 2005. Det underbygges av informasjonen han ga i ledermøtet for Tine Salg Dagligvare 28. september 2004. I referatet fra posten ”Runden rundt bordet”, som det riktignok bare var satt av 5 minutter til for de 11 møtedeltakerne, er det notert ”[a]vtalen til Rema er i orden. Synnøve og Q helt ut”. Lagmannsretten viser også til at det var en rekke andre i organisasjonen som fikk denne forståelsen, derunder Øyvind Kristiansen, Bjarne Mørck og Svein Otto Olslund. Lagmannsretten er imidlertid enig med tingretten i at det synes å ha vært en alminnelig oppfatning, men at det i liten grad sier noe om den enigheten som rent faktisk var etablert mellom Tine og Rema. Lagmannsretten bemerker at det kan ha dannet seg oppfatninger med basis i andre forhold, eksempelvis gjennom oversendelsen av Genius-notatet, planogramforespørselen, henvendelsen om å produsere EMV-ost og bruddet mellom Rema og Q-meieriene. Lagmannsretten må også konstatere at Jan Anders Brun ikke var sikker på hvilke konsekvenser avtalen ville få for Synnøve Finden. I forkant av årskonferansen på Lillehammer 24-26. november 2004 ringte han til Tore Høyli og spurte om det var truffet noen beslutning om Synnøve Finden skulle være en del av Remas sortiment for 2005.

Etter lagmannsrettens vurdering er det fremkommet flere opplysninger som tilsier at det ikke ble inngått en eneleverandøravtale mellom Rema og Tine 20. september. Lagmannsretten viser i første rekke til Tore Høylies notater fra møtet, der det står ”Findemøtet – må levere betingelser”. Lagmannsretten legger til grunn at dette er skrevet i etterkant av møtet. Lagmannsretten er enig med Tine i at det viser at Synnøve Finden skulle få fremsette et tilbud i etterkant av den enigheten som var etablert med Tine, og at det ikke var utelukket at Rema kunne komme til å akseptere et slikt tilbud hvis det var godt nok. Det er i samsvar med det Høyli har forklart til Konkurransetilsynet og under ankeforhandlingen.

Lagmannsretten viser videre til at det ikke er godt forenlig med Remas filosofi å forplikte seg til ikke å innhente tilbud fra andre leverandører. Det har fremkommet at det er en del av grunnfilosofien i Rema å alltid søke etter ”de beste betingelsene”.

Det har også en sterk formodning mot seg at Rema ville ha brukt tid på forhandlinger med Synnøve Finden, dersom det var utelukket at selskapet skulle få leveranser av ost til Rema. Lagmannsretten er overbevist om at de forhandlingene som Rema gjennomførte med Synnøve Finden høsten 2004, var reelle. Ut fra den enigheten som var etablert med Tine

20. september, var det således ikke utelukket at Rema ville opprettholde en del av samarbeidet med Synnøve Finden.

Beslutningen om at Synnøve Finden ikke skulle få levere ost til Rema, var heller ikke tatt da Tom Høidalen sluttet 21. oktober 2004. Lagmannsretten viser til hans forklaring til Konkurransetilsynet, og til det han forklarte under ankeforhandlingen.

Endelig viser lagmannsretten til at Rema og Synnøve Finden ble enige om en ny avtale i februar 2005, og at det ikke ble gjort gjeldende fra Tines side at denne avtalen representerte noe brudd på årsavtalen mellom Tine og Rema for 2005. Tine økte sine ytelser til Rema da avtalen mellom Tine og Rema var gjenstand for justeringsforhandlinger høsten 2005.

Lagmannsrettens konkluderer på denne bakgrunn med at det ikke er grunnlag for å konstatere at Tine og Rema inngikk en eneleverandøravtale i snever forstand, dvs. en eksklusiv avtale.

b) Ble det likevel inngått en avtale om at Tine tilnærmet skulle være eneleverandør? Selv om det ikke ble inngått en eneleverandøravtale mellom Tine og Rema, kan det stilles spørsmål om enigheten innebar at Tine "tilnærmet" skulle være eneleverandør. Lagmannsretten legger til grunn at avtale om å kjøpe mer enn 80 % av samlede innkjøp fra en leverandør, må regnes som en eneleverandøravtale i denne forstand. Lagmannsretten viser i denne forbindelse til § 1 b) i forskrift 17. august 2004 nr. 1196 om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden, der dette er lagt til grunn. Videre viser lagmannsretten til Evensen mfl., Norsk konkurranserett, bind I (2007), side 531 med videre henvisning til premiss 89 i saken Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen.

Utgangspunktet for forhandlingene om en årsavtale mellom Tine og Rema i 2004, var at Tine hadde en markedsandel innenfor ost på cirka 74 %. Lagmannsretten finner det videre bevist at Tine styrket sin posisjon som leverandør av ost til Rema vesentlig gjennom den avtalen som ble inngått. Dette underbygges av opplysninger i dokumentasjonen, forklaringer under ankeforhandlingen samt av opplysninger som er gitt i forklaringsopptak. Lagmannsretten viser eksempelvis til Rune Jenssens e-post 19. november 2004 til sine overordnede, der han rapporterer at Synnøve Finden antakelig vil sitte igjen med "et helt marginalt sortiment". Under ankeforhandlingen forklarte han at dette var en naturlig konsekvens av avtalen som var inngått. Som eksempel viser lagmannsretten også til det Harald Kalvøy har forklart 10. februar 2005 i forklaringsopptak. Ut fra den faktiske situasjon som forelå ved inngangen til forhandlingene, og den forsterkede posisjon som avtalen innebar, finner lagmannsretten at det er nærliggende å si at det ble inngått en avtale som innebar at Tine "tilnærmet" skulle være eneleverandør.

Tine har problematisert forpliktelseelementet. Det er vist til at det følger blant av flere avgjørelser at kjøperen gjennom avtalen må bli *forpliktet* til å kjøpe hele eller en vesentlig del av de totale innkjøpene fra den ene leverandøren, jf. blant annet avgjørelsene Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen og avgjørelsen British Gypsum mot Kommisjonen. Det er anført at Rema ikke påtok seg noen slik forpliktelse, og at avtalen som ble inngått dermed går klar av bestemmelsen. Under ankeforhandlingen har Harald Kalvøy i Rema påpekt at avtalen ikke sier noen ting om at Rema ikke kan gå til Synnøve Finden. De ville ikke låse seg.

Lagmannsretten viser i denne sammenheng til den etablerte forståelsen mellom partene om at Tine skulle få en vesentlig sterkere posisjon som leverandør av blant annet ost til Rema. Gjennom denne forståelsen forpliktet Rema seg til en sterkere satsning på Tine. Remas handlefrihet i forhold til andre leverandører ble dermed begrenset, selv om dette ikke står skrevet i avtalen. Lagmannsretten viser til det som tidligere er sagt om avtalebegrepet i relasjon til konkurranseloven § 10.

Tine har også vist til at det går an å komme i eneleverandørposisjon som følge av kjedens selvstendige valg. Det er i den forbindelse vist til Konkurransetilsynets hylleplassrapport på side 34, der det heter:

Begrenset hylleplass kan også de facto føre til eksklusjon uten at leverandøren har benyttet spesielle ekskluderende virkemidler. Når plassen er begrenset, og den dominerende leverandøren har avtalt distribusjon av et bredt sortiment, kan virkningen være hel eller delvis utestengning av konkurrenter. I så fall er det kjedens strategiske valg, begrenset hylleplass, som er årsaken til eksklusjonen, jf. diskusjonen i avsnitt 4.5.

Etter bevisførselen finner lagmannsretten det tvilsomt om det er etablert en forpliktelse som legger tilstrekkelig begrensninger på Rema, til at avtalen må likestilles med en eneleverandøravtale, jf. konkurranseloven § 10. Sett på bakgrunn av beviskravet som gjelder, har lagmannsretten funnet det riktig å konkludere med at det ikke er bevist at konkurranseloven § 10 er overtrådt.

Lagmannsrettens konklusjon på drøftelsen i punkt 12, er således at Tine ikke har overtrådt konkurranseloven § 10 under årsforhandlingene for 2005 med Rema idet det ikke er funnet bevist at det er inngått eneleverandøravtale, eller tilnærmet eneleverandøravtale.

13. Innebærer den etablerte forståelsen mellom Tine og Rema under årsforhandlingene for 2005 et brudd på konkurranseloven § 11?

a) Nærmere om innholdet av konkurranseloven § 11

Konkurranseloven § 11 lyder slik:

Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt.

I lovens forarbeider, Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 226 er det henvist til praksis knyttet til EØS-avtalen artikkel 54. Kravet til utilbørlig utnyttelse er ikke definert.

I Kommisjonens ”discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses” fra desember 2005 er det sagt litt om hensynet bak bestemmelsen. Lagmannsretten viser til det som fremgår der:

The essential objective of Article 82 when analysing exclusionary conduct is the protection of competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and of ensuring an efficient allocation of resources. The concern is to prevent exclusionary conduct of the dominant firm which is likely to limit the remaining competitive restraints on the dominant company, including entry of newcomers, so as to avoid that consumers are harmed. This means that it is competition, and not competitors as such, that is to be protected. Furthermore, the purpose of article 82 is not to protect competitors from dominant firms’ genuine competition based on factors such as higher quality, novel products, opportune innovation or otherwise better performance, but to ensure that these competitors are also able to expand in or enter the market and compete therein on the merits, without facing competition conditions which are distorted or impaired by the dominant firm.

Ansvarer som en dominerende aktør har, er beskrevet nærmere i førsteinstansavgjørelsen Irish Sugar mot Kommisjonen, premiss 111 og 112. Lagmannsretten siterer følgende fra disse premissene:

111 Det fremgår af fast retspraksis, at ’misbrug’ er et objektivt begreb, som omfatter en af markedsdominerende virksomheds udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge av den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er avsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opprettholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller utviklingen af denne konkurrence, som følge af, at der tages andre midler i brug end normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grunnlag af de erhvervsdrivendes ydelser ... Heraf følger, at traktatens artikkel 86 forbyder en dominerende virksomhet at eliminere en konkurrent for herved at styrke sin stilling ved hjelp av andre midler end konkurrence på ydelser. Herved kan dog ikke enhver form for priskonkurrence anses for lovlig ... Forbudet i artikkel 86 er også begrundet i at hensynet til, at forbrukerne ikke må skades ...

112 Selv om konstateringen af, at der foreligger en dominerende stilling, ikke i seg selv er ensbetydende med en kritikk af vedkommende virksomhed, er denne virksomhed dog, uafhængigt af årsagerne til denne stilling, særlig forpliktet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet ... Tilsvarende gælde, at selv om eksistensen af en dominerende stilling ikke afskærer en virksomhed der har denne stilling, fra at beskytte sine egne handelsmæssige interesser, når disse trues, og selv om denne virksomhed har ret til i rimelig omfang at udføre de handlinger, den skøner fornødne med henblik på at beskytte sine interesser, kan man dog ikke anerkende sådanne former for adfærd, når de har til formål at styrke denne dominerende stilling og misbruge den ...

Lagmannsretten viser videre til Kolstad mfl., Norsk konkurranserett, bind I (2006) side 361-362:

Når EF-domstolen pålegger dominerende foretak en 'særlig forpliktelse', så er dette en understrekning av at et dominerende foretaks atferd kan innebære en utilbørlig utnyttelse av markedsrett selv om den samme atferden hadde vært lovlig dersom den var utført av et foretak som ikke var dominerende. Dette innebærer en streng norm for vurderingen av dominerende foretaks atferd. Et dominerende foretak kan ikke uten videre bruke alle de virkemidler i konkurransen som står til disposisjon for konkurrentene. Det må hele tiden vurderes om virkemiddelet, for eksempel en lojalitetsrabatt, har uheldige virkninger når det brukes av et foretak med markedsrett.

Det fremgår av EF-domstolens praksis at innholdet i den særlige forpliktelse domstolen har pålagt dominerende foretak, må vurderes konkret på bakgrunn av omstendighetene i den konkrete sak, jf. *Compagnie Maritime Belge Transports* ...

---

EF-domstolens avgjørelse i *Compagnie Maritime Belge Transports*, viser at den særlige forpliktelse EF-domstolen har pålagt dominerende foretak blir sterkere jo høyere markedsandel, og dermed markedsrett, foretaket har. ...

I vurderingen av om det foreligger et misbruk av en dominerende stilling, er det således avgjørende om det dominerende foretaket har forholdt seg til den konkurransen som fortsatt er på markedet, eller om foretaket har satt konkurransen til side. I vurderingen av om en atferd som vurderes innebærer et misbruk, sammenligner EF-domstolen markedsrettssituasjonen med og uten den aktuelle atferd. I *United Brands* var det spørsmål om prisforskjeller og høye priser på bananer var et resultat av misbruk av en dominerende stilling i strid med art. 82, jf. EØS § 11 og art. 54:

'[D]et skal ... undersøges, om innehaveren af denne stilling har udnyttet de muligheder, den indbærer, til at opnå handelsfordele, som den pågældende ikke kunne have opnået, såfremt der havde foreligget en normal og tilstrækkeligt effektiv konkurrence.'

Under henvisning til en uttalelse i avgjørelsen *Michelin mot Kommisjonen*, skriver Kolstad mfl. på side 366 i samme bok at de siterte uttalelsene "viser at EF-domstolen i sin analyse

av et dominerende foretaks atferd legger særlig vekt på å bevare den restkonkurranse som er i markedet". Deretter heter det:

Ved vurderingen av om et tiltak er konkurransebegrensende, vurderer EF-domstolen om det kan sies å være utslag av en 'normal' konkurranseatferd eller om de midler som tas i bruk innebærer avvik fra en slik atferd. I den konkrete sak kan det by på utfordringer å identifisere atferden til et dominerende foretak som 'normal' eller konkurransebegrensende. Så lenge § 11 og art. 54 ikke forbyr den dominerende stilling i seg selv, må en dominerende aktør kunne tilpasse seg innenfor en eksisterende markedsstruktur.

Tine har vist til at et dominerende foretak kan konkurrere på pris og at denne konkurransen kan være skarp, samt at en dominerende aktør har anledning til å øke sine markedsandeler og eventuelt konkurrere andre aktører ut av markedet. Lagmannsretten er i utgangspunktet enig i dette, men tilføyer at det er grenser for hvor langt en dominerende aktør kan gå, jf. det som er nevnt over om dominerende aktørers særlige forpliktelser og kravet om "competition on the merits". Verken EF-domstolen eller Førsteinstansretten har gitt klare retningslinjer for hvordan "competition on the merits" skal skilles fra atferd som representerer misbruk av en dominerende stilling fordi atferden ekskluderer konkurrenter fra markedet, jf. Kolstad mfl., Norsk konkurranserett, bind 1 (2006), side 536.

Tine har også påpekt at kundene til et dominerende foretak uhindret av konkurransereglene har rett til å treffe sine egne selvstendige valg. Lagmannsretten er enig i det. Det er således nødvendig å skille mellom atferden til det dominerende foretaket, og atferden til andre aktører. Grensen er imidlertid ikke skarp. Atferden til den dominerende virksomheten kan påvirke andre aktørers valg, og være en del av et samspill uten at det foreligger en avtale eller felles forståelse. I et slikt tilfelle må det vurderes om atferden til det dominerende foretaket ligger innenfor det handlingsrommet som en dominerende aktør har.

Det er også anført fra Tines side at handlingsrommet til en dominerende aktør kun er begrenset i forhold til eksklusivitetsavtaler, lojalitetsrabatter og rovpriser, samt at rabatter kun er ulovlige dersom de gis som motytelse til eksklusivitet. Lagmannsretten kan ikke se at det er grunnlag for å konstatere at handlingsnormen har så begrenset anvendelsesområde.

b) Tines handlinger vurdert opp mot handlingsrommet til en dominerende aktør  
Lagmannsretten går over til å vurdere spørsmålet om Tines ensidige atferd under årsforhandlingene innebærer en overtredelse av konkurranseloven § 11. Lagmannsretten viser til at Tine hadde en svært høy markedsandel (ca. 74 %) ved inngangen til forhandlingene. Kravet til aktsomhet fra Tines side var derfor i utgangspunktet strengt. Det faktum at det i praksis bare var en konkurrent på det norske markedet for ost, innebar at det var spesielt viktig å ha fokus på hvilken betydning Tines handlinger kunne få for denne aktøren.

Tines representanter fikk under forhandlingene opplyst at Rema kunne greie seg med en leverandør innenfor ost og melk, og at dette krevde en "tung investering" fra Tines side. Likevel valgte Tine å øke sine ytelser betraktelig. Lagmannsretten viser til at Tine på denne måten bidro til Remas valg om å ikke ha Synnøve Finden som leverandør.

Tine har anført at det er snakk om normal konkurranse på ytelser, og at det er lov selv for en dominerende aktør. Som det fremgår av lagmannsrettens redegjørelse ovenfor, må en dominerende aktør påse at atferden ikke skader restkonkurransen på markedet. Den dominerende aktøren har rett til "i rimelig omfang" å gjøre det som er nødvendig for å beskytte sine egne handelsmessige interesser, men det er grenser for hvor langt det er anledning til å gå.

Lagmannsretten finner at Tine i dette tilfellet gikk lenger enn det som var nødvendig for å sikre selskapets egne handelsmessige interesser. Gjennom den avtalen som ble inngått med Rema, styrket Tine sin posisjon vesentlig, på bekostning av Synnøve Finden. Lagmannsretten kan ikke se at Tine i handling gjorde noe for å ivareta restkonkurransen på markedet.

Under ankeforhandlingen har ikke Staten fokusert på om de enkelte motytelsene i avtalen mellom Tine og Rema, har vært verdsatt for høyt. Lagmannsretten har dermed ikke noe godt grunnlag for å konstatere om noen av ytelsene som sådan var uøkonomiske. Ut fra det som er nevnt, er det ikke nødvendig. Lagmannsretten bemerker dog at det bare er gitt skjønsmessige anslag over verdien av den enkelte motytelse. Fordelingen er videre skjedd i etterkant av at den aktuelle enigheten ble etablert, noe som ikke styrker tiltroen til at ytelsene utelukkende var økonomisk fundert.

Lagmannsretten viser også til at Tine bidro til Remas valg på andre måter enn ved å øke ytelsene. Dette gjennom oversendelsen av det såkalte "Genius-notatet", besvarelsen av den såkalte planogramforespørselen og bekreftelsen på at Tine var villig til å produsere EMV-ost for Rema. Selv om Rune Jenssen kommuniserte at Tine ikke hadde noe ønske om å være enerådende i ostedisken til Rema, bidro således Tine i handling til noe annet. Dette ble gjort både ved å oppfylle de betingelsene som Rema stilte, og på annen måte legge til rette for at Rema kunne treffe et slikt valg. Lagmannsretten kan på denne bakgrunn ikke se at det er grunnlag for Tines anførsel om at det ikke foreligger noe konkurranserettslig problem, fordi beslutningen om å kutte ut Synnøve Finden var Remas selvstendige valg.

Lagmannsretten bemerker videre at representantene for Tine handlet slik til tross for klare signaler og uttalelser om hvilke konsekvenser dette kunne få for restkonkurransen. Lagmannsretten viser i denne sammenhengen til uttalelsene fra Tore Høylye og Geir Solstad i Rema om at Rema kunne greie seg uten Synnøve Finden dersom ytelsene ble økt tilstrekkelig. Lagmannsretten må konstatere at verken Rune Jenssen eller Tine tok noe

ansvar for å ivareta denne restkonkurransen, men at de tvert imot bidro til å fjerne den. Lagmannsretten finner at dette var "utilbørlig" etter omstendighetene, jf. konkurranseloven § 11. Det er dermed nødvendig for lagmannsretten å gå nærmere inn på kravet til konkurransebegrensende virkninger.

14. Spørsmål om det må stilles krav om at et ensidig tiltak har konkurransebegrensende virkning for at konkurranseloven § 11 skal komme til anvendelse

Konkurranseloven § 11 inneholder ikke uttrykkelig noe virkningskrav, men lagmannsretten legger til grunn at dette må innfortolkes i kravet til "utilbørlig utnyttelse". Dette er partene enige om. De er imidlertid uenige om hvilke krav som stilles til de konkurransebegrensende virkningene. Staten har anført at det er nok å påvise at atferden fra den dominerende aktørens side er egnet til å begrense konkurransen, mens Tine mener det er et vilkår at den utilbørlige atferden har merkbare konkurransebegrensende virkninger. Lagmannsretten vil i det følgende gå nærmere inn på de kravene som stilles til konkurranserettslige virkninger.

Lagmannsretten konstaterer at det for tiden er noe uavklart hvilke krav som stilles til de konkurranserettslige virkningene i den europeiske konkurranseretten.

Førsteinstansdomstolen har i to avgjørelser, i saken Michelin mot Kommisjonen II, punkt 239, og British Airways mot Kommisjonen, premiss 293, uttalt at det er tilstrekkelig å vise at atferden til det dominerende foretaket er egnet til å begrense konkurransen. Det fremgår imidlertid av norsk juridisk teori, jf. Kolstad mfl., Norsk konkurranserett bind I (2006), side 368-369 at EF-domstolen i en lang rekke andre saker har lagt til grunn at det må foretas en konkret undersøkelse av en atferds virkning på konkurransen, før det kan slås fast at atferden representerer et misbruk. Som eksempel på denne tidligere praksis har Kolstad mfl. vist til EF-domstolens avgjørelse i saken Michelin mot Kommisjonen I, der det ble lagt til grunn at rabattordningen – for å være i strid med artikkel 82 – måtte skape "hindringer for opprettholdelsen eller en skærpelse af den konkurrence, der stadig findes på markedet". Videre har Kolstad mfl. henvist til Førsteinstansrettens uttalelser i saken Irish Sugar mot Kommisjonen. Konklusjonen til Kolstad mfl. er at Michelin-saken og avgjørelsen British Airways mot Kommisjonen, innebærer et brudd med tidligere praksis, og at avgjørelsene ikke er tilstrekkelig tungtveiende til å endre den tidligere praksis, som beskrives som langvarig.

På side 370 skriver Kolstad mfl.:

En konsekvens av Førsteinstansrettens avgjørelser synes å være at det må innføres et skille mellom atferd som har til formål å begrense konkurransen og der dette er nok til at atferden omfattes av art. 82, og atferd som ikke har dette til formål og som må underkastes en nærmere virkningsvurdering før det kan slås fast om atferden er i strid med art. 82. Et slikt skille har ikke støtte i EF-domstolens og Førsteinstansrettens øvrige praksis. Det kan riktignok hevdes at EF-domstolen har hatt en noe ulik

'prøvingsintensitet' i forhold til ulike typer misbruk. Således har EF-domstolen ikke ansett det for nødvendig å gå inn på en detaljert virkningsvurdering der et dominerende foretak har bundet sine kunder til seg gjennom eksklusivitetsavtaler, jf. for eksempel Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen, eller der EF-domstolen har funnet at et dominerende foretak har diskriminert mellom sine kunder, jf. for eksempel Corsica Ferries. I flere av sakene der EF-domstolen i begrenset utstrekning har gått inn på en detaljert virkningsvurdering, synes forklaringen å ha vært at atferden påvirket integrasjonshensynet negativt. I saker der det er virkningene på konkurransen som har vært avgjørende, har både EF-domstolen, Førsteinstansretten og Kommisjonen gått inn på en mer detaljert virkningsanalyse.

Lagmannsretten finner at det må stilles et krav om konkurransebegrensende virkninger, eller at det sannsynligvis vil inntre slike virkninger som følge av den utilbørlige atferden, for at en dominerende aktør kan sies å ha overtrådt konkurranseloven § 11.

Lagmannsretten finner støtte for et slikt standpunkt i boken O'Donoghue/Padilla, *The law and Economics of article 82 EC*, 2006 side 219-220. Det fremgår blant annet at et slikt standpunkt vil være i tråd med Kommisjonens vektlegging av en økonomisk-basert konkurranserettsteori. Det samme er også lagt til grunn i Kommisjonens "Discussion paper" om ekskluderende atferd i forhold til artikkel 82. Lagmannsretten finner, som O'Donoghue/Padilla og Whish, *Competition Law* (6. utgave 2008), side 196 flg. at det ikke kan stilles noe krav om at skaden rent faktisk har skjedd, men at det på den annen side ikke er nok at atferden potensielt kan skade konkurransen. Det må foretas en konkret vurdering av om konkurransebegrensende virkninger er en sannsynlig følge av den aktuelle adferden.

I kravet til konkurransebegrensende virkninger ligger at konkurransen påvirkes merkbart negativt. Dette fremgår av Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 225 i forhold til konkurranseloven § 10, og må gjelde tilsvarende i forhold til § 11.

#### 15. De konkurranseøkonomiske virkningene av Tines opptreden under årsforhandlingene for 2005 med Rema

Lagmannsretten viser til at det er foretatt en omfattende vurdering av de konkurranseøkonomiske virkningene i Konkurransetilsynets vedtak på side 77 følgende. Utgangspunktet for den virkningsvurderingen, var imidlertid et noe annet enn det som er situasjonen nå. Ut fra lagmannsrettens konklusjon, er det de sannsynlige virkningene av Tines ensidige atferd under årsforhandlingene med Rema for 2005, som skal vurderes. Lagmannsretten viser til at Tine styrket sin dominerende stilling på markedet på lovstridig måte, jf. konkurranseloven § 11. Handlingene bidro til at det ble inngått en avtale som lå nær opptil det som kan karakteriseres som en eneleverandøravtale. Spørsmålet er om det er sannsynlig at denne atferden ville ha merkbare negative konkurranseøkonomiske virkninger.

De konkurransebegrensende virkningene må vurderes konkret. Lagmannsretten viser til EFTAs retningslinjer for vertikale begrensninger, punkt 1.4.1, som riktignok gjelder vurderingen etter artikkel 53 nr. 1, dvs. konkurranseloven § 10 første ledd. Det fremgår blant annet at leverandørens markedsstilling har betydning, og at det må ses hen til den konkrete konkurransesituasjonen på markedet. Lagmannsretten viser til at Tine hadde en dominerende stilling på det aktuelle markedet med en høy markedsandel (74 %), og at selskapet i realiteten bare hadde en konkurrent; nemlig Synnøve Finden. Lagmannsretten viser videre til at Synnøve Finden over tid hadde hatt problemer med å etablere seg, samt at selskapet var inne i en vanskelig økonomisk situasjon. Disse forholdene får betydning for virkningsvurderingen, jf. EFTAs retningslinjer punkt 132-134. Lagmannsretten viser også spesielt til punkt 148 i retningslinjene, der det er lagt til grunn at for et foretak med dominerende markedsstilling vil selv en beskjeden bundet markedsandel kunne medføre "betydelige konkurransebegrensende virkninger".

Lagmannsretten legger til grunn at vurderingen av mulige konkurransebegrensende virkninger både har en tidsmessig og en materiell dimensjon, jf. retningslinjene punkt 141. Tine har anført at verken den tidsmessige eller materielle dimensjon er oppfylt i dette tilfellet.

I forhold til den tidsmessige dimensjon har Tine vist til at avtalen som ble inngått mellom Tine og Rema, kunne sies opp med en måneds skriftlig varsel. På den bakgrunn hevdes det at avtalen ikke ville ha konkurransebegrensende virkninger. Det er blant annet vist til Kolstad mfl., Norsk konkurranserett, bind I (2006), der det står at kortvarige avtaler om eksklusiv kjøpsplikt, eller avtaler som kan sies opp på kort varsel, normalt ikke vil representere en binding på en distributør som hindrer denne i å skifte leverandør. I saken Van der Bergh Foods Ltd. mot Kommisjonen fant imidlertid førsteinstansretten at distribusjonsavtaler som kunne sies opp på kort varsel likevel ekskluderte konkurrerende leverandører fordi avtalene i gjennomsnitt kun ble sagt opp hvert åttende år. Avgjørelsen viser at det ikke nødvendigvis er tilstrekkelig at partenes avtale inneholder en slik oppsigelsesklausul. Virkningen på markedet er avhengig av om det er sannsynlig at klausulen ville ha blitt benyttet. Lagmannsretten bemerker at det ikke er dokumentert at oppsigelsesklausulen har vært benyttet i avtaler mellom Tine og Rema, eller i forhold til andre kjeder. Lagmannsretten finner at det er lite sannsynlig at klausulen ville ha blitt benyttet i praksis, og kan således ikke se at den får betydning ved vurderingen av virkningen av Tines atferd i saken.

Lagmannsretten må dermed foreta en materiell vurdering. Vurderingen er innrettet mot virkninger på priser, vareutvalg og innovasjon.

Vurderingen av hvilken virkning Tines handlinger ville eller kunne få for konkurransen på markedet på kort og lang sikt, er i noen grad avhengig av hvilken betydning de aktuelle handlingene ville få for Synnøve Finden. Professor Gabrielsen har i sin forklaring for

lagmannsretten drøftet to forskjellige alternativer; delvis utestengning og full utestengning. Han har forklart at "eksklusivavtalen" med Rema kunne ha ført til at Synnøve Finden hadde forlatt markedet. Han viste i den sammenheng til Synnøve Findens vanskelige økonomiske situasjon, og det faktum at 19 % av Synnøve Findens omsetning var knyttet til Rema. Tap av et slikt volum ville på sikt kunne medføre alvorlige konsekvenser for Synnøve Finden. Dette underbygges av forklaringen til administrerende direktør Dag Swanstrøm. Han har forklart at han oppfattet det som kritisk for selskapet at de ikke fikk en avtale med Rema for 2005.

Tines sakkyndige vitne, professor Nils-Henrik von der Fehr, har i sin forklaring for lagmannsretten blant annet påpekt at dagligvarekjedene hadde en interesse av å opprettholde konkurransen mellom Tine og Synnøve Finden, og at Synnøve Finden således ikke ville forsvinne så lenge de selv ikke ønsket det. Lagmannsretten kan ikke se at bevisførselen gir grunnlag for å trekke denne konklusjonen.

Lagmannsretten legger til grunn at Tines atferd under årsforhandlingene for 2005 med Rema, kunne få stor betydning for Synnøve Finden, men at avtalen som handlingene førte til ikke nødvendigvis ville være kritisk. Lagmannsretten kan således ikke se at det ut fra den aktuelle atferden er grunnlag for å konkludere med at Synnøve Finden ville gå konkurs, og dermed falle helt ut av markedet. Lagmannsretten vurderer på denne bakgrunn kun alternativet om delvis utestengning fra markedet.

De sakkyndige vitnene har forklart seg om alternativet om delvis utestengning fra markedet, og det er også vurdert i vedtaket. Lagmannsretten må foreta en selvstendig vurdering av dette, og viser i den forbindelse særlig til forklaringen fra Statens sakkyndige vitne, professor Tommy Staahl Gabrielsen, men også til forklaringen fra professor Nils-Henrik von der Fehr.

Lagmannsretten viser til at Remas formål med avtalen var å oppnå bedre betingelser, slik at kjeden kunne møte konkurransen fra Liedl innenfor lavprissegmentet. Det var således et selvstendig poeng å spisse konseptet for å møte økt konkurranse. For kjeden ville dette gi reduserte kostnader, og dermed grunnlag for å gi lavere priser til forbruker. Lagmannsretten viser også til professor von der Fehrs synspunkt om at den sterke konkurransen mellom kjedene, kunne tilsi at prisene uansett ville gå ned.

På den annen side ville det oppstå et samfunnsøkonomisk tap på grunn av den reduserte konkurransen som Tine møter. Lagmannsretten viser til professor Gabrielsens forklaring om dette. Han viste blant annet til at Synnøve Finden utøver et prispress på Tine, og lagmannsretten forstår ham slik at han mener at dette prispresset ville bli redusert gjennom den avtalen som ble inngått.

Lagmannsretten viser videre til professor Gabrielsens konklusjon om at virkningen for Synnøve Finden på kort sikt ville bli et overskudd av varer som selskapet trengte avsetning for i markedet, noe som kunne tilsi reduserte priser. På lengre sikt ville det kunne tilsi redusert produksjon, noe som ville gi høyere kostnader per enhet. Dette ville etter hans oppfatning utløse et behov for å ta høyere priser. Samtidig ville økt etterspørsel etter Tines produkter hos Rema, kunne tilsi høyere priser. På den bakgrunn fremholdt professor Gabrielsen at den totale prisvirkningen på lang sikt ville være økte priser. Lagmannsretten er enig i denne vurderingen.

Lagmannsretten viser også til professor Gabrielsens forklaring når det gjelder vurderingen av virkningene av Tines opptreden på innovasjon. Lagmannsretten er enig med ham i at avtalen mellom Tine og Rema svekket Tines behov for å være innovativ. Videre finner lagmannsretten at redusert vareutvalg i Rema er en sannsynlig følge av avtalen. Lagmannsretten legger til grunn at dette var et tap for konsumentene. Synnøve Findens konkurransekraft ble også redusert som følge av avtalen.

Tine har fremholdt at virkningene uansett ikke er tilstrekkelig omfattende til å bli rammet av de aktuelle bestemmelsene. Det er blant annet vist til Kommisjonens avgjørelse 11. oktober 2007 i Distregas-saken. Saken gjaldt eksklusive avtaler mellom en dominerende leverandør av gass og industrielle avtakere. Til tross for at Distregas hadde høy markedsandel, og det var sterke etableringshindre på markedet, godtok Kommisjonen avtaler som gikk ut på at opptil 20 % av markedet ble bundet i mer enn ett år.

Saken er nærmere omtalt i en artikkel av Lars Kjølbye, Rebates under article 82 EC: Navigating uncertain waters, E.C.L.R (2010) side 66 flg. Lagmannsretten viser til omtalen av saken i den artikkelen. Blant annet ut fra det som fremgår på side 70 i artikkelen, legger lagmannsretten til grunn at vurderingen av om de konkurransebegrensende virkningene av en type atferd er så skadelige at de vil rammes av bestemmelsen, er svært sammensatt. Lagmannsretten kan på denne bakgrunn ikke se at Distregas-saken har direkte overføringsverdi til den foreliggende saken.

Lagmannsrettens finner etter dette at det er sannsynlig at Tines ensidige atferd under årsforhandlingene med Rema ville få merkbare negative konkurranseøkonomiske virkninger.

Lagmannsrettens konklusjon er at Tine har overtrådt konkurranseloven § 11 under årsforhandlingene for 2005 med Rema.

## 16. Vurdering av dubleringstilbudet som Tine fremsatte i forhandlingene med ICA

Lagmannsretten går over til å vurdere om fremsettelsen av dubleringstilbudet overfor ICA innebar en overtredelse av konkurranseloven § 11.

Spørsmålet lagmannsretten skal vurdere er om Tine ved å oversende dokumentet "utilbørlig" har "utnyttet" sin stilling i markedet. Dette må vurderes på basis av de kriterier som tidligere er nevnt.

Staten har anført at dokumentet i praksis innebar et bindende tilbud om betaling for å overta konkurrentens volumer, mens Tine har påpekt at tilbudet var betinget av at det ble inngått en årsavtale mellom Tine og ICA, samt at det ble tatt forbehold om juridisk godkjenning.

Lagmannsretten kan ikke se at det ble tatt forbehold ved oversendelsen av dokumentet. Videre viser lagmannsretten til at dokumentet var et svar på forespørselen om å "prise" konkrete forslag til sortimentsendringer. I dokumentet ble det angitt konkrete ytelser knyttet til hver enkelt produktkategori. Det var etter lagmannsrettens vurdering naturlig å oppfatte dokumentet som en form for "prisliste" eller "plukkliste", slik flere av vitnene har forklart.

Lagmannsretten legger til grunn at det å fremsette et tilbud som det må legges til grunn vil ha konkurransebegrensende virkning, er en handling som i prinsippet kan rammes av konkurranseloven § 11. Dette til tross for at et tilbud i utgangspunktet vanskelig kan sies å innebære en "utnyttelse" av noe. Det er imidlertid en kjensgjerning at ulike typer rabattordninger, derunder lojalitetsrabatter, har blitt ansett for å være i strid med artikkel 82. Lagmannsretten viser videre til førsteinstansavgjørelsen i saken Van der Bergh Foods Ltd mot Kommisjonen, premiss 159, der det fremgår at HB misbrukte sin dominerende stilling ved å ha "tilskyndet" detaljhandlerne til å inngå avtaler med eksklusivitetsbetingelser. Tilsidesettelsen av artikkel 86 "tager her form av et tilbud om levering av frysere til detaljhandlere samt vedlikeholdelse af fryserne uden direkte udgifter for detaljhandlerne".

Tine har anført at tilbudet går klar av regelverket fordi spørsmålet er om det foreligger en eneleveranseavtale/eksklusivavtale, og en slik vurdering må knyttes til ICA Norge AS, og ikke til konseptet Rimi. Det hevdes at det ikke er ulovlig å fremsette et tilbud om at et annet foretak får dekket 45 % av varebehovet hos en leverandør, hvilket var Rimis del av omsetningen i ICA Norge AS. Lagmannsretten bemerker at dette er en rent formell betraktning, som ikke kan føre frem. Lagmannsretten er ikke enig med Tine i at konkurranseloven § 11 har et så snevert anvendelsesområde at vurderingen kun gjelder spørsmål om det foreligger en eneleverandøravtale/eksklusivavtale. Lagmannsretten er enig med Staten i at det gjelder et tilbud om en innkjøpsforpliktelse/mengdeforpliktelse,

som må kunne vurderes etter de samme kriterier som lojalitetsrabatter, jf. EF-domstolens avgjørelse i saken Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen.

Etter en samlet vurdering finner lagmannsretten at det ikke er grunnlag for å konstatere at Tine utilbørlig har utnyttet sin dominerende stilling i markedet ved å fremsette tilbudet overfor ICA. Lagmannsretten viser særlig til omstendighetene rundt fremsettelsen av tilbudet. Tilbudet var betinget av at en årsavtale ble inngått. Videre ble tilbudet lagt til side etter kort tid uten at lagmannsretten kan se at partene hadde reelle forhandlinger om tilbudet. Lagmannsretten har vært noe i tvil, men har kommet til at det ikke er en fullbyrdet overtredelse av § 11.

#### 17. Utmåling av overtredelsesgebyr

Det følger av konkurranseloven § 29 at det kan ilegges overtredelsesgebyr ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av konkurranseloven §§ 10 og 11. Lagmannsretten legger til grunn at Tines overtredelse av konkurranseloven § 11 i forhandlingene med Rema, var forsttelig. I den forbindelse viser lagmannsretten til at Tines forhandlere la til grunn at Tine var en dominerende aktør. De visste at Tine ville styrke sin posisjon som leverandør av ost på det norske markedet betraktelig gjennom avtalen som ble inngått. Videre forsto de at det ville gå på bekostning av Synnøve Finden og at det ville få konkurransebegrensende virkninger.

Ved fastsettelse av gebyrets størrelse skal det etter § 29 tredje ledd, andre punktum, særlig legges vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet samt lempning etter § 31. I forarbeidene er det uttalt at oppregningen ikke er uttømmende, jf. Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 241. Videre fremgår det at departementet mente at utmålingen av overtredelsesgebyr så langt som mulig burde harmoniseres med det som følger av EU/EØS-reglene, jf. Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 118 og Innst. O. nr. 50 (2003-2004) side 41.

Det er gitt en forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr. I forskriften heter det blant annet følgende i § 3 andre til fjerde ledd:

Ved vurderingen av overtredelsens grovhet skal det tas særlig hensyn til:

- a) overtredelsens art,
- b) dens faktiske innvirkning på markedet
- c) størrelsen på det berørte markedet
- d) foretakets gevinst
- e) utvist skyld
- f) om overtrederen har hatt en ledende eller passiv rolle i overtredelsen

Andre momenter som kan påvirke utmålingen av gebyr, er blant annet:

- a) om avtaler eller tiltak er gjennomført,
- b) om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget overtredelsen,
- c) om foretaket har bistått Konkurransetilsynet i forbindelse med etterforskningen av overtredelsen,
- d) økonomien til det konsern foretaket er en del av

Departementet har kommentert forskriften. Lagmannsretten viser til kommentaren, der det blant annet fremgår at også potensielle skadevirkninger er et viktig moment ved utmålingen. I departementets kommentar er det blant annet også gitt uttrykk for at overtredelsens art gjennomgående vil ha mindre betydning ved overtredelser av § 11 "ettersom grovheten ved disse overtredelsene henger nærmere sammen med størrelsen på den dominerende aktøren, graden av dominans og størrelsen på markedet hvor misbruket fant sted". Lagmannsretten legger dette til grunn for avgjørelsen.

Ut fra lagmannsrettens konklusjon skal det kun utmåles overtredelsesgebyr for overtredelsen av konkurranseloven § 11 under årsforhandlingene med Rema. Dette må få konsekvenser for utmålingen.

I EFTAs retningslinjer om metoden for fastsettelse av bøter er overtredelser av § 11 kategorisert som en grov overtredelse, og det er angitt at "sannsynlige bøter" ligger fra 1 - 20 millioner euro.

Ved utmålingen viser lagmannsretten til at Tine var en stor aktør på det aktuelle markedet. Selskapets dominerende stilling var sterk. Omsetningen i markedet var på cirka 2,5 mrd. kroner. Det var bare en annen aktør av betydning på det aktuelle markedet, og denne aktøren hadde hatt vanskeligheter med å etablere seg i konkurransen med Tine, og var i en utsatt stilling. De potensielle skadevirkningene av overtredelsen var derfor etter lagmannsrettens vurdering betydelige, noe som vektlegges i skjerpene retning. Overtredelsen kunne ha blitt forhindret ved bedre intern opplæring og kontroll, jf. Veritas-rapporten.

I formildende retning ser lagmannsretten hen til at vurderingen av hvor langt man kan gå som dominerende aktør, er vanskelig og til en viss grad skjønsmessig. Overtredelsen fant videre sted kort tid etter lovens ikrafttredelse, og Tine hadde gjennomført enkelte tiltak i den forbindelse. Overtredelsen hadde også begrensede faktiske virkninger i markedet. Lagmannsretten kan i motsetning til Konkurransetilsynet ikke se at det er grunnlag for å konstatere at Tine ikke bisto under etterforskningen av saken. Tine har også anført at det må tas hensyn til at saken førte til "mediestorm", og et betydelig omdømmetap for Tine. Etter omstendighetene kan lagmannsretten ikke se at det er noe vesentlig moment ved utmålingen.

Lagmannsretten konstaterer etter dette at grunnlaget for utmålingen av overtredelsesgebyr er vesentlig annerledes enn det Konkurransetilsynet la til grunn for sitt vedtak. Selv om Konkurransetilsynet etter lagmannsrettens vurdering har lagt seg på et nøkternt nivå ved fastsettelsen av gebyrets størrelse, kan det ikke være tvil om at gebyret nå må bli lavere enn det Konkurransetilsynet kom frem til. Etter en konkret vurdering basert på de ovennevnte kriteriene fastsetter lagmannsretten overtredelsesgebyret til 30 000 000 – tredvemillioner – kroner.

#### 18. Saksomkostninger

Partene har pådratt seg betydelige omkostninger i anledning saken. Lagmannsretten viser til at Tine har innlevert omkostningsoppgave for lagmannsretten, der det er fremmet et krav på 9 225 325 kroner, hvorav 7 908 523 kroner gjelder salær til selskapets advokater. Det fremgår av omkostningsoppgaven at det i hovedsak er fire advokater som har arbeidet cirka 2 600 timer fra ankeerklæringen ble mottatt til ankeforhandlingen var avsluttet. Videre er det oppgitt at anslagsvis 690 timer av dette arbeidet gjelder dominansvurderingen. Når det gjelder utgifter til sakkyndige, er det oppgitt at godtgjørelsen til disse samlet sett utgjør 1 282 621 kroner, hvorav 951 635 kroner gjelder Copenhagen Economics, og 330 986 kroner professor Nils-Henrik von der Fehr. Andre omkostninger er oppgitt til 34 181 kroner.

Omkostningskravet fra Staten for lagmannsretten er på 2 498 000 kroner eksklusive rettsgebyr, hvorav salær for saksforberedelsen til og med ankeforhandlingen er oppgitt til 2 448 000 kroner. Det er opplyst at det er benyttet 2040 timer på saken fra og med anken.

Lagmannsretten har kommet til at Tine ikke har overtrådt konkurranseloven § 10 under årsforhandlingene for 2005 med Rema, eller at det har funnets sted en overtredelse av konkurranseloven § 11 i årsforhandlingene med ICA. Tine har imidlertid overtrådt konkurranseloven § 11 under årsforhandlingene for 2005 med Rema. Lagmannsrettens konklusjon har medført at overtredelsesgebyret er redusert. Ingen av partene har følgelig, etter lagmannsrettens oppfatning, vunnet saken fullt ut, eller i det vesentlige, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd, jf. § 20-2 annet ledd.

Både Tine og Staten har imidlertid fått medhold av betydning, uten å vinne saken, jf. tvisteloven 20-3 første ledd. Dette innebærer at begge parter kan tilkjennes sakskostnader hvis "tungtveiende hensyn tilsier det". Videre kan partene helt eller delvis tilkjennes sakskostnader uavhengig av utfallet av saken, jf. tvisteloven § 20-4.

Lagmannsretten kan ikke se at det foreligger slike tungtveiende hensyn i saken for noen av partene. Saken har riktignok reist en rekke kompliserte rettsspørsmål innenfor et rettsområde som i liten grad er belyst tidligere i norsk rettspraksis, og hvor lagmannsretten på enkelte punkter også har vært i tvil om resultatet. Ut fra begrunnelsen i

Konkurransetilsynets vedtak har lagmannsretten videre forståelse for at Tine brakte vedtaket inn for domstolene til rettslig vurdering, men uten at dette forhold kan vurderes som et tungtveiende hensyn sett opp mot lagmannsrettens konklusjon. Lagmannsretten bemerker i denne sammenheng også at Tines anførsel om at selskapet ikke var dominerende har medført et ikke ubetydelig merarbeid for Staten.

Lagmannsretten har etter dette ikke funnet grunnlag for å anvende unntaksbestemmelsen i tvisteloven § 20-3. Tvisteloven § 20-4 er også vurdert, men kommer ikke til anvendelse.

Partene bærer etter dette hver sine sakskostnader for lagmannsretten.

Lagmannsretten legger sitt resultat til grunn for prøvingen av omkostningsspørsmålet for tingretten, jf. tvisteloven § 20-9 andre ledd. Basert på drøftelsen ovenfor og lagmannsrettens konklusjon, må partene også bære egne kostnader for tingretten.

#### 19. Domsavsigelsen

Domsavsigelsen er forsinket, jf. tvisteloven § 19-4. Dette har sammenheng med rettsferien, herunder dommernes avvikling av ferie. Sakens kompleksitet og omfang har også gjort at det har vært nødvendig å benytte mer tid på domsarbeidet enn det som er normalt. Ved ankeforhandlingens avslutning ble partene meddelt at avgjørelsen ville foreligge cirka 1. september, og det var ingen innvendinger til dette. Det ble deretter gitt beskjed til partene om at dom ville foreligge innen 10. september 2010.

#### 20. Votum

Dommen er enstemmig.

## SLUTNING

1. Tine BA ilegges overtredelsesgebyr på 30 000 000 – trettmillioner – kroner for overtredelse av konkurranse-loven § 11 under årsforhandlingene for 2005 med Rema 1000 Norge AS.
2. Partene bærer egne sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

Lars Ole Evensen

Anders Blix Gundersen

Jostein W. Rovik

Bekreftes for  
førstelagmannen:

*Hilde Hartvig*

