



NORGES HØYESTERETT

Den 22. juni 2011 avsa Høyesterett dom i

HR-2011-01251-A, (sak nr. 2010/1947), sivil sak, anke over dom,

Tine SA

(advokat Stephan L. Jervell)
(Rettslig medhjelper:
advokat Magnus Hellesylt)

mot

Staten v/Konkurransetilsynet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Christian Lund)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Indreberg**: Saken gjelder prøving av et vedtak om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, og reiser spørsmål om en leverandør til en dagligvarekjede har opptrådt på en måte som rammes av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i konkurranseloven § 11.
- (2) Dagligvarehandelen i Norge domineres av fire store grupper som hver har en eller flere dagligvarekjeder, Norgesgruppen ASA, Coop Norge AS, ICA Norge AS og Rema 1000 Norge AS – heretter omtalt som Norgesgruppen, Coop, ICA og Rema. Hver høst forhandler leverandørene av dagligvarer med gruppene om leveringsbetingelser for kommende år. Det er økonomiske ytelser fra leverandøren som står i sentrum for forhandlingene. Som regel forhandles det om et totalbeløp, som deretter blir omregnet i rabatter på enkelte varelinjer, markedsføringstilskudd mv.
- (3) Saken for Høyesterett gjelder handlemåten til TINE BA – nå TINE SA, heretter omtalt som Tine – under årsforhandlingene med Rema høsten 2004.
- (4) Tine er en del av landbrukssamvirket, og hadde inntil 1997 monopolstilling i det norske markedet for meieriprodukter. I 2004 var Tines markedsandel for fast hvitost 76,3 prosent og for brunost over 90 prosent. Den eneste andre norske leverandøren av fast hvitost og

brunost var Synnøve Finden AS – heretter omtalt som Synnøve Finden – som hadde en markedsandel på 7,2 prosent for brunost og 19,5 prosent for fast hvit ost. Konkurransen fra utenlandske leverandører var liten, blant annet på grunn av høye tollsatser.

- (5) Rema var i 2004 den mest prisfokuserte dagligvarekjeden i Norge. Konseptet gikk ut på å ha et lite sortiment og gjøre alt på enkleste måte. Remas andel av markedet var i 2004 på 17,5 prosent.
- (6) Før årsforhandlingene i 2004 var det kjent at den tyske lavpriskjeden Lidl hadde besluttet å etablere seg i Norge. Lidl satset stort sett på egne merkevarer, og Rema regnet med å bli utfordret på pris. I juni 2004 utarbeidet Rema en rapport om hvordan Rema skulle møte konkurransen fra Lidl. Som strategi valgte Rema å rendyrke og forsterke sitt konsept, derunder å satse på leverandørkonsentrasjon, et smalt sortiment og å være billigst ”på de varene sjefen kjenner og foretrekker (merkevarer)”. Med ”sjefen” menes her kunden. For å bli best på pris hadde Rema som mål å oppnå de beste innkjøpsbetingelsene, noe som krevde økning av ytelsene fra leverandørene.
- (7) Forhandlingene mellom Rema og Tine startet 3. september 2004. Forut for dette hadde Rema og Tine hatt et møte 6. juli 2004, som særlig var foranlediget av Lidls inntreden i Norge. I møtet opplyste Remas forhandlere at de var villige til å satse på én leverandør innen ost og melk. På spørsmål om hva Tine var villig til å betale for dette, svarte Tines forhandlingsleder at Tine ikke kunne eller ville kjøpe seg ut av konkurranse. Remas innkjøper skisserte etter møtet tre scenarier for Tine, ett uten Q-meieriene og Synnøve Finden, ett med uendrede forhold, og ett med ”full satsing på Q og Finden”. I et e-brev til sin overordnede skrev Remas forhandlingsleder at det førstnevnte ville gi Tine tydeligere eksponeringer, heftig kampanjetrykk og tunge lanseringskampanjer, men at dette krevde en tung investering fra Tine.
- (8) I et e-brev 13. juli 2004 foreslo Tines forhandlingsleder at det ble foretatt en analyse av dagens sortiment i forhold til total lønnsomhet og ut fra en total kategoritenkning. Med bakgrunn i dette ble det på et møte 16. august etablert et samarbeid som gikk ut på å gjennomgå Remas sortiment og se på lønnsomheten. I den forbindelse oversendte en medarbeider i Tine på oppfordring av Rema et notat som var blitt utarbeidet for Tine i 2002 av konsulentfirmaet Genius Retail Management AS – heretter omtalt som geniusnotatet – om lønnsomheten ved å ha én leverandør i stedet for to av ost og melk. ”Tallenes tale er entydige”, skrev Tines medarbeider i oversendelsen.
- (9) Internt i Tine skrev forhandlingslederen i et e-brev kort tid før det første forhandlingsmøtet: ”De ønsker å jobbe tettere med oss”. Internt i Rema het det i møteinnkallelsen til det første forhandlingsmøtet: ”Tine kommer med forslag til betingelsessett for 2005. Innfallsvinkel: Tine ’eneleverandør’ på meieri, flytende og fast.”
- (10) I det første forhandlingsmøtet 3. september 2004 opplyste Remas administrerende direktør at Rema ville fokusere på leverandørkonsentrasjon, og at det var aktuelt å satse på Tine som eneste leverandør dersom ytelsene ble økt tilstrekkelig. Rema gikk frem på samme måte også i forhold til andre store leverandører.
- (11) Tines forhandlingsleder ga på møtet uttrykk for Tines ønske om vekst, at Tine ville ha mer transparente ytelser og motytelser, at de var villige til å øke sine ytelser, samt at det var behov for ryddighet i forhold til lover og regler. Han ga også uttrykk for at Tine ikke

ville kjøpe seg ut av konkurranse. Lagmannsretten har funnet det mest sannsynlig at han dessuten sa at det ikke var noe mål for Tine at Synnøve Finden og Q skulle falle ut av markedet.

- (12) Samme dag oversendte Tine et tilbud til Rema der avtalebeløpet var på 31,321 millioner kroner. Dette var en økning fra 2004 på 7,771 millioner kroner. Til grunn for tilbudet lå en forutsetning om at avtalen skulle være to-årig, og justeres høsten 2005 i henhold til volumutviklingen.
- (13) Basert på en idé som forhandlingslederen i Rema fikk, ba Rema 9. september Tine om at det ble tegnet "planogram fast/flytende uten Finden og Q ... en tradisjonell og en ny og crazy variant". Et planogram er en detaljert oversikt over plassfordelingen i en butikkhylle eller kjøledisk, der det fremgår hvilke produkter som får plass, og hvor stor plass hvert produkt skal ha. Vanligvis utarbeides planogrammer av den enkelte kjede, men i Rema hadde man fått ledende leverandører innenfor hver gruppe til å utarbeide planogrammene. Tine besvarte denne henvendelsen med et forslag for 15. september 2004. Alle faste oster fra Synnøve Finden var fjernet fra hyllene i dette forslaget.
- (14) I Rema vurderte man det første tilbudet fra Tine som godt, men Remas forhandlingsleder ga internt uttrykk for at det manglet 6-7 millioner for å få en god avtale.
- (15) Tine sendte et nytt tilbud til Rema 16. september 2004. Avtalebeløpet var nå økt til 33,5 millioner kroner. I dette tilbudet var det angitt en rekke forutsetninger om motytelser fra Rema. Nyhetslanseringer skulle prioriteres, produktserien "Småfolk barnemat" skulle gjennomgås og økes fra fem til ti varelinjer, meierienes juice skulle legges inn i A-sortimentet, det skulle foretas en sortimentsgjennomgang i alle hovedkategorier der Tine var representert, planogrammene skulle bli forpliktende, nivået i aktivitetsplanen skulle følges og Tine skulle få hovedleverandørstatus i Rema, Narvesen, 7-Eleven og Hydro Texaco innen ost, flytende meieriprodukter, kjølt juice og påsmurte produkter. I samme e-brev opplyste Tine at det ble jobbet iherdig med å utarbeide en kalkyle på "private label"-hvitost, som Rema hadde forespurt Tine om. "Private label" er det samme som egen merkevare – EMV – og tanken var at en slik ost skulle være en "prisfighter" for Rema. Det var på dette tidspunktet Synnøve Finden som hadde "prisfightere" i Remas sortiment.
- (16) Tines konsernledelse behandlet 20. september 2004 et intern notat utarbeidet av Tines forhandlingsleder hvor det var opplyst at Rema nå satset offensivt på å være best på merkevarer, samt at Rema ville snevre inn sortimentet. Det het at Rema sto overfor et "taktskifte sortimentsmessig" og at det "gir muligheter" for Tine, "men vil selvsagt koste".
- (17) Samme dag ble det siste forhandlingsmøtet mellom Tine og Rema avholdt. Rema åpnet med igjen å gi uttrykk for at Rema kunne klare seg uten Synnøve Finden og Q dersom ytelsene fra Tine var høye nok. Med unntak for Tines krav knyttet til barnemat og påsmurte produkter, aksepterte Rema vilkårene i Tines tilbud fra 16. september 2004. Tine økte på sin side de økonomiske ytelsene i to omganger slik at de endte på 36,6 millioner kroner. Tine tok forbehold om en juridisk gjennomgang og konsernledelsens samtykke. Neste dag bekreftet Tine overfor Rema at det forelå enighet. Det ble avtalt et møte senere samme uke for å gjennomgå avtaleteksten.

- (18) Den formelle samarbeidsavtalen og leverandøravtalen ble undertegnet 15. november 2004. I vedlegg til avtalene fordeles den totale godtgjørelsen til Rema slik: Innovasjonsgodtgjørelse for de nye produktene som skulle inn i Remas grunnsortiment 3 millioner kroner, godtgjørelse for planogrammer 2,3 millioner kroner, 13 fire-ukerskampanjer 18 millioner kroner inkludert selektive rabatter på 5 millioner kroner, og besparelse ved store leveranser til den enkelte butikk – ”dropsize” – 13,3 millioner kroner.
- (19) Synnøve Finden ble innkalt til årsforhandlinger med Rema 14. oktober 2004, og oversendte sitt innspill 2. november 2004. Det første forhandlingsmøtet ble holdt 17. november 2004. Synnøve Finden fikk god tilbakemelding på varelevering og oppfølging, men fikk vite at tilbudet på ytelser ikke var godt nok. Rema fremsatte et krav på 6,6 millioner kroner i økte ytelser fra 2004, noe Synnøve Finden forklarte ville være tapsbringende. Synnøve Finden fremsatte 19. november 2004 et nytt tilbud som innebar en økning fra 2004 på 1,9 millioner. Rema svarte at tilbudet ikke var godt nok. Ved e-brev 29. november 2004 oversendte Synnøve Finden et nytt tilbud som innebar en ytterligere forbedring på 500 000 kroner forutsatt at Synnøve Findens omsetning i Rema i 2005 oversteg 100 millioner kroner. I 2004 hadde omsetningen vært på 83 millioner kroner. Det siste møtet ble holdt 7. desember 2004. Lagmannsretten har lagt til grunn at mens forhandlingene fram til da hadde vært reelle, hadde Rema før dette forhandlingsmøtet bestemt seg for å avslutte samarbeidet med Synnøve Finden. På møtet ble man av hensyn til Synnøve Finden enige om å utsette offentliggjøringen av oppsigelsen til 14. desember 2004.
- (20) Synnøve Finden tok straks kontakt med Norgesgruppen, ICA og Coop for å få avsetning på større mengder ost. Synnøve Finden ble i den forbindelse klar over at Tine i løpet av sine årsforhandlinger med ICA hadde sendt et notat til ICA der Tine hadde beregnet hva det ville være verdt for dem å bli eneleverandør innenfor enkelte produktområder. I hovedsak var det Synnøve Findens produkter som ble erstattet med Tines produkter, men det omfattet også enkelte produkter fra andre produsenter. Den 14. desember 2004 sendte Synnøve Finden ut en pressemelding hvor det blant annet het at Synnøve Finden antok at Tine hadde brukt ”et betydelig millionbeløp for å sikre seg total dominans på ost i Rema 1000”, og at konkurransemyndighetene kanskje burde se nærmere på dette. Pressemeldingen fikk stor oppmerksomhet, og Konkurransetilsynet startet dagen etter informasjonsinnhenting og avhør.
- (21) I februar 2005 inngikk Rema ny avtale med Synnøve Finden. Avtalen innebar en innsnevring av sortimentet fra femten til åtte varelinjer, og en økning av Synnøve Findens ytelser med 1,1 millioner kroner.
- (22) Den 19. februar 2007 fattet Konkurransetilsynet vedtak om å ilegge Tine overtredelsesgebyr på 45 millioner kroner for overtredelse av konkurranseloven §§ 10 og 11. Vedtaket har slik konklusjon:

”TINE BA ilegges overtredelsesgebyr på 45 millioner kroner for overtredelse av konkurranseloven §§ 10 og 11. TINE har utilbørlig utnyttet sin dominerende stilling under årsforhandlingene i 2004 ved at det ble inngått en avtale eller oppstod en felles forståelse mellom TINE og Rema om at TINE skulle være eneleverandør eller tilnærmet eneleverandør av fast hvitost og brunost hos Rema i 2005 og 2006. Eneleverandørposisjonen ble oppnådd etter at TINE foretok en betydelig økning av økonomiske ytelser til Rema. Videre har TINE forsøkt å inngå en tilsvarende avtale

med ICA ved å tilby ICA økonomiske ytelser for eksklusiv levering av fast hvitost og brunost til Rimi-kjeden.”

- (23) Tine bestred lovligheten av vedtaket og tok ut stevning for Oslo tingrett 19. april 2007. Oslo tingrett avsa dom 25. mars 2009 med slik domsslutning:
- ”1. **Konkurransetilsynets vedtak av 19. februar 2007 i sak V2007-2 oppheves.**
2. **Staten tilpliktet å betale sakens omkostninger med kr. 13.187.604,- – kronertrettenmillionerethundreogåttisyvtusensekshundreogfire00/100 – med tillegg av lovens rente fra 14 dager etter dommens forkynnelse til betaling skjer.”**
- (24) Tingretten kom til at det ikke forelå noen avtale eller forståelse mellom Tine og Rema om å kutte ut Synnøve Finden som leverandør, og heller ikke noen atferd fra Tine overfor Rema som kan rammes av konkurranseloven § 11. Tingretten la særlig vekt på at forhandlingene måtte sees i lys av konkurransen fra Lidl – som tilsa at Rema satset på færre varelinjer og leverandører, at sterk økning i Tines tilbud i løpet av forhandlingsrunden ikke er tegn på noe ekstraordinært, og at de beløp som ble avtalt ikke tyder på at det ble betalt noe ekstra fra Tine når man sammenlikner med de årsavtalene de andre kjedene fikk. Tingretten fant videre at dubleringsnotatet ikke kunne anses som et bindende tilbud eller som et forslag om betaling for å få tilnærmet eneleverandørstatus på ost, og at Tine derfor ikke hadde brutt konkurranseloven § 11 i forhandlingene med ICA.
- (25) Staten v/Konkurransetilsynet anket til Borgarting lagmannsrett. Anken gjaldt bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. Lagmannsretten avsa 7. september 2010 dom med slik domsslutning:
- ”1. **Tine BA ilegges overtredelsesgebyr på 30 000 000 – trettimillioner – kroner for overtredelse av konkurranseloven § 11 under årsforhandlingene for 2005 med Rema 1000 Norge AS.**
2. **Partene bærer egne sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.”**
- (26) Lagmannsretten fant ikke grunnlag for å konstatere at Tine og Rema hadde inngått en eneleverandøravtale eller tilnærmet eneleverandøravtale, og Tine hadde derfor ikke handlet i strid med konkurranseloven § 10. Derimot mente lagmannsretten at Tine bidro til Remas valg om ikke å ha Synnøve Finden som leverandør. Tine hadde ifølge lagmannsretten handlet i strid med det strenge aktsomhetskravet som gjelder for en dominerende aktør med svært høy markedsandel på en måte som ville få merkbare negative konkurranseøkonomiske virkninger, og følgelig overtrådt konkurranseloven § 11. Men heller ikke lagmannsretten fant at Tine hadde overtrådt § 11 i forhandlingene med ICA.
- (27) Tine har anket til Høyesterett. Anken gjelder deler av lagmannsrettens rettsanvendelse; anvendelsen av konkurranseloven § 29 om rettens kompetanse, anvendelsen av utilbørlighetskravet i § 11 og anvendelsen av kravet om at atferden for å stride mot § 11 må ha merkbare konkurransebegrensende virkninger. Staten innga avledet anke over lagmannsrettens rettsanvendelse ved vurderingen av Tines opptreden i forhandlingene med ICA. Høyesteretts ankeutvalg besluttet 1. mars 2011 å tillate Tines anke fremmet til behandling i avdeling. Statens avledete anke ble ikke tillatt fremmet. Staten ba 15. april 2011 om samtykke etter tvisteloven § 30-7 første ledd til å endre påstanden slik at den

også omfattet overtredelse av konkurranseloven § 10. Ankeutvalget nektet i kjennelse 11. mai 2011 å gi slikt samtykke.

- (28) For Høyesterett er det lagt fram en erklæring fra professor Tommy Staahl Gabrielsen om hans tidligere analyser av konkurranseøkonomiske virkninger i saken, og en analyse fra Nils-Henrik M. von der Fehr av konkurranseøkonomiske virkninger av Tines atferd i årsforhandlingene med Rema i 2004. Bortsett fra at de nevnte begrensninger i tema for saken, står saken for Høyesterett i det vesentlige i samme stilling som den gjorde for lagmannsretten.
- (29) Den ankende part, *Tine SA*, har i korte trekk gjort gjeldende:
- (30) Lagmannsretten har gått utover sin kompetanse når den har idømt overtredelsesgebyr på grunnlag av Tines ensidige atferd, mens forvaltningsvedtaket lagmannsretten har prøvet, bygger på at det ble inngått en eneleverandørvtale mellom Tine og Rema.
- (31) Når det i konkurranseloven § 29 fjerde ledd heter at retten kan prøve alle sider av saken, betyr ikke det at retten kan opptre som konkurransemyndighet. Formuleringen er valgt for å markere at retten i tillegg til ordinær prøving av forvaltningsvedtaket, kan utmåle gebyret og utøve skjønn med hensyn til om gebyr skal ilegges. Dette fremgår av Konkurranselovutvalgets utredning, NOU 2003: 12 side 132 jf. side 254, og av Sanksjonsutvalgets kommentarer til den tilsvarende formuleringen i dets forslag, se NOU 2003: 15 side 355 jf. side 197. Også i proposisjonen om lov om offentlige anskaffelser gir departementet uttrykk for en slik forståelse av konkurranseloven, se Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) side 11. Reelle hensyn trekker i samme retning. En utvidet prøvelsesrett slik at retten også kan prøve om det bør ilegges gebyr og gebyrets størrelse, går i den privates favør og kompenserer for manglende klageadgang. Domstolenes manglende fagkyndighet taler imidlertid mot at de skal ha tilsvarende kompetanse som et klageorgan.
- (32) En utvidelse av prøvingsretten slik at det som i vedtaket utgjør bevisfakta, av domstolene anses som rettsfakta, kan det ikke være adgang til. Det vil ikke lenger være tale om den samme saken. Høyesteretts praksis viser at retten ved prøving av forvaltningsvedtak ikke kan legge til grunn en annen privatrettslig disposisjon enn den vedtaket bygger på, se bl.a. Rt. 2010 side 999.
- (33) Idømmelse av overtredelsesgebyr på grunnlag av ensidig atferd når Konkurransetilsynets vedtak bygger på eneleverandørvtale, er også i strid med Den europeiske menneskerettskonvensjon – EMK – artikkel 6 nr. 3 bokstavene a og b. Det følger av Den europeiske menneskerettsdomstolens – EMDs – praksis at artikkel 6 nr. 3 bokstav a krever detaljert informasjon, ikke bare om det faktiske grunnlag anklagen bygger på, men også om den rettslige karakteristik, se for eksempel EMDs dom i saken *Pélissier og Sassi mot Frankrike* 25. mars 1999 avsnitt 51. Ankebehandling kan bare reparere mangelfull informasjon dersom det skjer en full prøving av alle aspekter.
- (34) Uansett handlet ikke Tine i strid med konkurranseloven § 11 under forhandlingene med Rema. Den utnyttelse av dominerende stilling det her eventuelt er tale om, er ekskluderende misbruk. I EU-retten – som er en sentral rettskilde – er de ulike typene ekskluderende misbruk systematisert og katalogisert. Det er tre aktuelle misbrukstyper; eneleverandørvtale, ulovlig rabatt og rovprising. Lagmannsretten har fastslått at det ikke

ble inngått en eneleverandøravtale, det må legges til grunn. I avtalen ble de selektive rabattene fordelt på de konkrete produktene markedsføringsaktivitetene dreide seg om. Dropsize-rabatten ble fordelt på ulike bestemte varelinjer og gitt en fast rabattsats. Avtalen med Rema besto for øvrig av betaling for konkrete ytelser, innovasjonsgodtgjørelse, planogramgodtgjørelse og markedsføringskampanjer. Tine har altså ikke brukt lojalitetsrabatt eller andre betingede rabatter. Derimot har Tine konkurrert på pris – gitt flate rabatter – noe også dominerende selskap har anledning til så lenge det ikke er tale om rovpris. Tines priser på ost var over både gjennomsnittlige variable kostnader og gjennomsnittlige totale kostnader. Det foreligger derfor ikke rovprising. Det var heller ikke tale om selektive priskutt for å utkonkurrere Synnøve Finden. Tines atferd faller følgelig ikke innenfor noen av de etablerte misbrukstypene. Skal Tines atferd anses om stridende mot § 11, vil man statuere en ny type misbruk. Selv om EU-domstolens praksis ikke uttømmende fastsetter hvilke forhold som kan komme i strid med forbudet mot misbruk av dominerende stilling, bør Høyesterett være tilbakeholden med å skape ny rett på dette området. Man trenger en klar og forutberegnelig rettssituasjon. Lagmannsretten har under enhver omstendighet gått for langt. Opprettholdes lagmannsrettens dom, svekkes konkurransen i markedet.

- (35) For at forbudet om utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling skal være overtrådt, må atferden ha eller være kapabel til å ha merkbar konkurransebegrensende effekt. Eneleverandøravtaler har uten videre slik virkning. Avtaler som de facto medfører eksklusivitet, må virkningsvurderes. Når det gjelder ensidig atferd, er praksis sprikende. I noen saker synes man å ha ment at et konkurransebegrensende formål er tilstrekkelig. I vår sak må det imidlertid foretas en vurdering av den fortregende effekt. Saken står i et annet lys enn da Konkurransetilsynets vedtak ble fattet, siden tilsynet bygde på at det var inngått en eneleverandøravtale. Lagmannsretten har imidlertid ikke vurdert virkningen av Tines ensidige atferd, men virkningen av Remas valg om å kutte ut Synnøve Finden fra sitt sortiment. Hadde lagmannsretten vurdert virkningen av Tines atferd, ville den kommet til at atferden ikke hadde merkbare konkurransebegrensende virkninger.
- (36) Også om man forutsetter at Tine svarer for Remas valg, er den utestengende effekt for liten. Det følger av EU-retten at utestengingen må gjelde en vesentlig del av markedet. Remas andel av markedet var 17,5 prosent og Synnøve Findens andel av osteomsetningen i Rema var 14,6 prosent. Synnøve Finden mistet altså 2,55 prosent av markedet ved det som skjedde. Utestengingen må også vare over et visst tidsrom. Avtalen mellom Rema og Tine kunne sies opp med én måneds varsel, og Rema kunne dessuten endre sortimentet til enhver tid. En eventuell utestengende effekt av Tines opptreden var derfor ikke langvarig.
- (37) Tine SA har nedlagt slik påstand:
- ”1. **Oslo tingretts dom stadfestes.**
 2. **TINE SA tilkjennes sakens omkostninger for lagmannsrett og Høyesterett.”**
- (38) Ankemotparten, *staten v/Konkurransetilsynet*, har i korte trekk gjort gjeldende:
- (39) Lagmannsretten har ikke gått utover sin kompetanse etter konkurranseloven § 29. For det første baserer Konkurransetilsynets vedtak seg ikke bare på at det er inngått en eneleverandøravtale, men også på at Tines ensidige atferd krenker konkurranseloven § 11. For det andre ville retten uansett kunne legge dette til grunn. Det fremgår av konkurranselovens forarbeider at retten har samme kompetanse som et klageorgan i

forvaltningen. Den eneste begrensningen i rettens kompetanse etter § 29 er at den ikke kan gå utenfor saken. Her bygger lagmannsrettens konklusjon på de samme faktiske forhold og den samme rettslige karakteristikkk som Konkurransetilsynet, og det er ingen tvil om at retten har holdt seg innenfor saken.

- (40) Rettssikkerhetsgarantiene i EMK artikkel 6 er heller ikke krenket. Det fremgår av begrunnelsen for vedtaket at Konkurransetilsynet mener Tines ensidige atferd innebærer brudd på § 11, og det fremgår av Tines stevning til tingretten at Tine var klar over dette. Spørsmålet er uansett behandlet i to instanser. Eventuell manglende informasjon fra Konkurransetilsynet er derfor reparert.
- (41) Når det gjelder spørsmålet om konkurranseloven § 11 er overtrådt, har lagmannsretten riktig konkludert med at Tine på en utilbørlig måte bidro til at Synnøve Finden ble utestengt fra Rema. Dominerende aktørers atferd vurderes strengt. De kan ikke legge hindringer i veien for opprettholdelse av restkonkurranse gjennom andre midler enn ved konkurranse på ytelser. De har også et særlig ansvar for ikke å skade restkonkurransen. Konkurranseloven § 11 omfatter et utall av misbruksformer, og oppstiller ingen uttømmende liste. Heller ikke praksis fra EU gir uttømmende uttrykk for ulike misbruksformer. Det må tillegges vekt at lagmannsretten fant at avtalen mellom Tine og Rema lå i grenselandet for ”tilnærmet eneleverandøravtale” etter § 10. Eneleverandøravtaler inngått av dominerende aktører er i kjerneområdet for § 11, og vurderes meget strengt.
- (42) Tines handlinger, sett under ett, viser at Tine tilrettela for Remas valg om å kutte ut Synnøve Finden fra sitt sortiment. Da Tine fikk vite at Rema vurderte leverandørkonsentrasjon, oversendte Tine geniusnotatet til Rema – et notat som fokuserer på fordelene ved å ha én i stedet for to leverandører. Tine responderte også på Remas invitt om å bli eneleverandør dersom ytelsene var gode nok, ved å øke ytelsene betydelig og flere ganger. Videre tilrettela Tine for Remas valg ved å utarbeide utkast til planogrammer basert på at Tine var alene i ostehyllene til Rema, og ved å bekrefte at Tine ville produsere EMV-ost for Rema.
- (43) Dette må bedømmes i lys av at Tine hadde en særlig sterk stilling i markedet for ost. Til dette kommer at Tine bare hadde én reell konkurrent – Synnøve Finden – som var i en utsatt økonomisk stilling.
- (44) Ved vurderingen av om § 11 er overtrådt kan man ikke bare se på foretakets atferd, man må også prøve om atferden er egnet til å begrense konkurransen. Siden den ulovlige atferden består i å bidra til Remas utestenging av Synnøve Finden, er det korrekt når lagmannsretten har vurdert konsekvensene av en utestenging av Synnøve Finden fra Rema. Lagmannsretten har lagt til grunn at dette ville resultere i økte priser, redusert vareutvalg og redusert behov for Tine til innovasjon, noe som ville skade forbrukerne. Dette er ikke påanket, og kan legges til grunn av Høyesterett. Uansett er lagmannsrettens vurderinger av virkningene av Tines atferd riktige. Det kan ikke oppstilles en fast grense for hvor stor den utestengende effekt må være, og oppsigelsesadgangen har ikke betydning hvis den ikke benyttes i praksis. Lagmannsretten har funnet det lite sannsynlig at oppsigelsesklausulen i avtalen mellom Rema og Tine ville bli benyttet. Denne konklusjonen er basert på en bevisvurdering som ikke er påanket.
- (45) Staten v/Konkurransetilsynet har nedlagt slik påstand:

”1. Anken forkastes.

2. Staten tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett.”

- (46) *Jeg er kommet til at anken må tas til følge.*
- (47) Som nevnt er anken begrenset til å gjelde nærmere avgrensede rettsanvendelsesspørsmål.
- (48) På bakgrunn av at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er å anse som straff etter EMK artikkel 6, la lagmannsretten ved bevisbedømmelsen til grunn at det ikke er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt, men at det må fremskaffes en samling ”tungtveiende, nøyaktige og samstemmende bevis”. Jeg oppfatter dette som et krav om klar sannsynlighetsovervekt. Dette er i samsvar med det krav til bevis som Høyesteretts flertall i storkammerdommen i Rt. 2008 side 1409 stilte for å ilegge ordinær tilleggsrett, som også er en sanksjon som har karakter av straff etter EMK artikkel 6. Jeg kan ikke se at det for overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er grunn til å stille et høyere beviskrav. Høyesterett kan derfor, ved avgjørelsen av saken, bygge på det faktum lagmannsretten har funnet bevist.
- (49) Jeg behandler først spørsmålet om lagmannsretten hadde kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr på grunnlag av Tines ensidige opptreden under forhandlingene med Rema i 2004.
- (50) Konkurranseloven § 29 fjerde ledd lyder:
- ”Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages. Overtredelsesgebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket er fattet. Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg. Dersom foretaket går til søksmål mot staten for å prøve vedtaket, suspenderes tvangskraften. Retten kan prøve alle sider av saken. Tvisteloven gjelder så langt den passer.”**
- (51) I Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) på side 241 heter det: ”Retten kompetanse tilsvarende departementets kompetanse som klageorgan i tradisjonelle forvaltningssaker.” Retten kan dermed prøve både faktum, saksbehandling, rettsanvendelse og skjønn. Den kan fatte nytt vedtak dersom tilsynets vedtak er ugyldig, eller dersom den mener det ikke bør ilegges gebyr eller gebyrets størrelse bør endres. Noen innskrenkende tolkning på bakgrunn av lovens øvrige forarbeider, Sanksjonsutvalgets utredning eller forarbeidene til lov om offentlige anskaffelser, slik Tine anfører, mener jeg det ikke er grunnlag for.
- (52) Men også forvaltningsklageorganer må holde seg innenfor saken, jf. forvaltningsloven § 34. Tine anfører at selv om Konkurransetilsynet og lagmannsretten bygger på de samme fakta, blir det en vesensforskjell mellom vedtaket og lagmannsrettens dom. Slik tilsynet så det, beviste de faktiske forholdene – vesentlig økte økonomiske ytelser fra Tine, oversendelse av planogramforslag og geniusnotatet samt bekreftelse av at Tine ville levere EMV-ost – at det forelå en eneleverandøravtale. Slik lagmannsretten så det, utgjorde disse handlingene til sammen i seg selv en utilbørlig utnyttelse av Tines dominerende stilling, fordi de bidro til Remas valg.
- (53) Jeg er ikke enig med Tine i at lagmannsretten har gått utenfor saken. Som staten mener jeg det må kunne legges til grunn at Konkurransetilsynets vedtak ikke bare baserte seg på

at det er inngått en eneleverandøravtale, men også på at Tines ensidige atferd krenker konkurranseloven § 11.

- (54) Konkurransetilsynets vedtak består av et 97 siders brev til Tine hvor saksbehandling, rettsregler, faktum og subsumsjon behandles. I vedtakets konklusjon omtales bare ”avtale eller ... en felles forståelse mellom TINE og Rema om at TINE skulle være eneleverandør eller tilnærmet eneleverandør av fast hvitost og brunost hos Rema i 2005 og 2006.” Det sies ikke her at Tines ensidige atferd var tilstrekkelig for å ilegge gebyr. Det fremgår imidlertid klart av den forutgående teksten at tilsynet mener Tines ensidige atferd krenker § 11. I punkt 6.1 heter det:

”Konkurransetilsynet er av den oppfatning at det i denne saken forelå en avtale om kjøps eksklusivitet. Under enhver omstendighet forelå felles forståelse om at TINE skulle være eneleverandør av fast hvitost og brunost til Rema, noe som også rammes av § 11. Etter tilsynets oppfatning rammes imidlertid allerede TINES ensidige atferd under årsforhandlingene med Rema av konkurranseloven § 11.”

- (55) Selv om man skulle legge en snever forståelse av Konkurransetilsynets vedtak til grunn, finner jeg ikke at lagmannsretten har gått utenfor saken. Spørsmålet om hva som er samme sak, var oppe i Rt. 1997 side 343, hvor klageorganet hadde opprettholdt et vedtak under henvisning til en annen hjemmel enn den vedtaksorganet hadde anvendt. Når Høyesterett fant at klageorganet hadde gått utenfor saken, ble det begrunnet slik:

”Faktum er et annet. Den rettslige hjemmel og de rettslige problemstillinger er andre, likeledes de hensyn som må tas i betraktning ved den forvaltningsmessige skjønnsutøvelse. Forskjellene er så markante at jeg er tilbøyelig til å mene at fylkesmannen her ikke har handlet innenfor ”saken”, selv om sluttresultatet – pålegg om tilbakeføring til boliger – blir det samme i hans vedtak som i bygningsrådets. Mitt standpunkt er at fylkesmannen ikke hadde kompetanse til å treffe vedtaket.”

- (56) Her var det altså tale om ulikt faktum, ulik hjemmel og andre hensyn. Det er ikke tilfelle i vår sak.
- (57) I Rt. 2010 side 999 var spørsmålet blant annet om domstolene kunne legge til grunn at inntekt vunnet ved arbeidstakeres salg av aksjer var arbeidsinntekt, når vedtaket som ble prøvet, bygget på at det var kjøp av aksjene til underkurs noen måneder før, som utgjorde arbeidsinntekten. I avsnitt 54 uttalte førstvoterende:

”Det saksforholdet vedtaket bygger på er imidlertid ikke salget, men stiftelsen av selskapet. Salget er et bevismoment ved verdsettelsen av aksjene på stiftelsestidspunktet, ikke det avgjørende og utløsende moment for beskatningen slik det er dersom fordelingen skal anses innvunnet ved realiseringen av aksjene.”

- (58) Høyesterett kom til at retten ikke kunne prøve om gevinst ved salg av aksjene var arbeidsinntekt. Begrunnelsen var at det var en annen privatrettslig disposisjon og at det ville være ulike elementer i handlingsrekken som ble beskattet etter de to alternativer. I vår sak er situasjonen en annen. Det er uansett Tines opptreden under forhandlingene som skal bedømmes i forhold til § 11.
- (59) Tine har også anført at det strider mot EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav a og b å basere overtredelsesgebyret på Tines ensidige atferd. Heller ikke denne anførselen kan føre fram. Rettssikkerhetsgarantiene i artikkel 6 nr. 3 skal sikre at kravet til en rettferdig rettergang i artikkel 6 nr. 1 blir oppfylt. Det sentrale her er at den siktede får kjennskap til hva

anklagen gjelder, og får anledning til å forberede sitt forsvar. Som nevnt ble Tine ved den begrunnelse Konkurransetilsynet ga for sitt vedtak, gjort kjent med at tilsynet også mente at Tines ensidige atferd krenket konkurranseloven § 11. Dette ble også tatt opp i statens tilsvarende tilsvaret til stevningen, og ble prosedert av staten i tingretten. Spørsmålet har altså vært oppe både i Konkurransetilsynets vedtak og i alle rettsinstanser, og det kan derfor ikke være tvil om at Tine har hatt tilstrekkelig innsikt i anklagen og tid til å forberede sitt forsvar.

(60) Jeg går da over til sakens hovedtema, spørsmålet om Tine utilbørlig utnyttet sin dominerende stilling i forhandlingene med Rema i 2004.

(61) Konkurranseloven § 11 lyder:

”§ 11. Utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling

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

Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i

- a) **å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår,**
- b) **å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne,**
- c) **å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,**
- d) **å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggstyelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.”**

(62) Det er første ledd som inneholder den overordnede normen, annet ledd er en ikke uttømmende angivelse av eksempler på utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.

(63) Lovens forarbeider sier lite konkret om forståelsen av § 11. Men de opplyser at konkurranseloven §§ 10 og 11 er utformet etter modell av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, basert på et ønske om å harmonisere konkurranselovgivningen med EØS-avtalens konkurranseregler for foretak. Departementet fremhever i proposisjonen at rettspraksis fra EU- og EØS-retten må veie tungt som rettskilde ved anvendelsen av de norske forbudsbestemmelsene, men presiserer at harmoniseringen ikke innebærer at norske myndigheters praksis i ett og alt vil bli identisk med praksis fra EU og EØS. Ulikheter i reglernes formål, virkeområde og rettskildesituasjonen kan føre til noe andre resultater, se Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) på side 68.

(64) Ved anvendelsen av § 11 må det altså i lys av EU- og EØS-retten vurderes om det aktuelle foretaket har en dominerende stilling, om foretaket har opptrådt på en måte som omfattes av forbudet, og om denne opptreden er egnet til å ha merkbar konkurransebegrensende virkning. Det siste fremgår ikke uttrykkelig, men er innfortolket i vilkåret om utilbørlig utnyttelse, se for eksempel Kolstad mfl., Norsk konkurranserett, Bind I, 2006, side 368 flg.

- (65) Lagmannsretten har definert det relevante marked til ostemarkedet i Norge, og har konkludert med at Tine må regnes som en dominerende aktør innenfor dette markedet. Dette er ikke påanket, og må være riktig.
- (66) Det neste spørsmålet blir om Tine har opptrådt på en måte som er å anse som en utilbørlig utnyttelse av Tines dominerende stilling. Den motsvarende bestemmelsen i Traktaten om Den europeiske unions funksjonsmåte artikkel 102, som tidligere først sto i Roma-traktaten artikkel 82 og deretter i artikkel 86, taler om ”misbrug” av dominerende stilling. Det er imidlertid ikke tilsiktet noen innholdsmessig forskjell.
- (67) Den grunnleggende dommen i EU om handlingsrommet for dominerende foretak, er EU-domstolens dom 13. februar 1979 i saken Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Kommissjonen. Her uttalte domstolen i avsnitt 91:
- ”Misbrugsbegrebet er et objektivt begreb, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser.”**
- (68) Utgangspunktet er altså at dominerende foretak har anledning til å konkurrere, og også konkurrere hardt, så lenge det skjer på grunnlag av kvalitet, pris mv. – ofte omtalt som konkurranse ”on the merits” eller på grunnlag av ”better performance”. Derimot er det ikke adgang for et dominerende foretak til å påvirke konkurransen ved hjelp av andre midler enn det som må anses som normalt i forbindelse med næringsdrivendes utbud av varer eller tjenester. Slik påvirkning kan for eksempel skje ved eneleverandøravtaler, rabatter som skaper særlige insentiver for kjøperne til å holde seg til én leverandør, eller tjenester som skaper slike insentiver, se for eksempel gjennomgåelsen i Kolstad mfl., Norsk konkurranserett, Bind I, 2006, side 532 flg.
- (69) Etter EU-domstolens praksis har et dominerende foretak et særlig ansvar for ikke å skade en effektiv og ”ufordrejet” konkurranse, noe som blant annet er uttalt i dom 9. november 1983 i saken NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot Kommissjonen avsnitt 57. Dette innebærer at en atferd som er akseptabel hvis den foretas av en mindre aktør, ikke nødvendigvis er det om den foretas av en dominerende aktør.
- (70) Ikke enhver konkurranse på pris er tillatt. I EU-retten slås det ned på bruk av priser som er lavere enn gjennomsnittlige variable kostnader, og på priser som er lavere enn de gjennomsnittlige samlede omkostninger der prisen er fastsatt som ledd i en plan om å eliminere en konkurrent, se EU-domstolens dom 3. juli 1991 AKZO Chemie BV mot Kommissjonen avsnitt 70–72. Slike priser kan utelukke konkurrenter som er like effektive. Det er også slått ned på selektive lave priser for å underby konkurrenten, se EU-domstolens dom 16. mars 2000 i saken Compagnie maritime belge transports SA mot Kommissjonen. Compagnie maritime var medlem av en linjekonferanse som hadde redusert fraktratene i forhold til gjeldende tariff på de skipene som seilte omtrent samtidig med skipene til konkurrenten. På den måten kunne de tilby de samme eller lavere fraktrater enn konkurrenten. Domstolen uttalte i avsnitt 112 flg.:

”112. Efter fast retspraksis angiver opregningen af forskellige former for misbrug i traktatens artikel 86 ikke udtømmende de former for udnyttelse af en dominerende stilling, der er forbudt i henhold til traktaten [...]

113. I øvrigt gælder, at det forhold, at en virksomhed med en dominerende stilling styrker sin stilling således, at den dominerende indflydelse, der herved opnås, i væsentlig grad hindrer konkurrencen, under visse omstændigheder kan udgøre et misbrug [...]

114. Endvidere bemærkes, at det materielle anvendelsesområde for de særlige forpligtelser, der påhviler en virksomhed i en dominerende stilling, skal vurderes under hensyn til de særlige omstændigheder i den enkelte sag, der kunne vise en svækkelse af konkurrencen [...]

115. Søtransportmarkedet er en meget specialiseret branche. [...]

116. [...] [N]år linjekonferencerne har tilladelse til at fastsætte priser, skyldes det deres stabiliserende rolle og den omstændighed, at de bidrager til at sikre et tilstrækkeligt stort udbud af regelmæssige og fyldestgørende søtransportydelser. Resultatet heraf kan blive, at hvis én linjekonference har en dominerende stilling på et givet marked, vil det være mindre fordelagtigt for brugeren af denne tjenesteydelse at anvende en uafhængig konkurrent, medmindre denne kan tilbyde mere fordelagtige priser end linjekonferencen.

117. Heraf følger, at når en linjekonference, der har en dominerende stilling, foretager en selektiv prisnedsættelse med henblik på målrettet at tilpasse priserne til en konkurrents, opnår den en dobbelt fordel. For det første fjerner linjekonferencen den væsentligste eller eneste konkurrencemulighed, den konkurrerende virksomhed har. For det andet kan linjekonferencen fortsat af brugerne kræve højere priser for de tjenesteydelser, der ikke er truet af konkurrence.”

- (71) Domstolen fant det ikke nødvendig å ta stilling til om det generelt ville være forbudt for linjekonferansene å gå under tariffen for å imøtegå en konkurrent. Det var her tilstrekkelig å bemerke at det var tale om en atferd utvist av en linjekonferanse som hadde 90 prosent markedsandel og én konkurrent. Det var heller ikke bestridt at formålet var å fortrenge konkurrenten fra markedet. Dette var misbruk av en dominerende stilling.
- (72) Hvorvidt det foreligger brudd på konkurranseloven § 11, må vurderes konkret, basert på forholdene i det enkelte tilfellet. Som tidligere nevnt, er misbruksformene i opregningen i bestemmelsen ikke uttømmende. Det samme gjelder de typetilfellene av misbruk som er utviklet av EU-domstolen og andre håndhevingsorganer innenfor EU.
- (73) Det kan også være grunn til å peke på at konkurranselovens formål er å fremme konkurranse for å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Det skal tas særlig hensyn til forbrukernes interesser, jf. konkurranseloven § 1. I Kommisjonens diskusjonsnotat fra desember 2005 om anvendelse av Roma-traktaten artikkel 82 på ekskluderende misbruk heter det at det er konkurransen som skal beskyttes, ikke konkurrenter ”as such”.
- (74) Med dette som utgangspunkt, må det bedømmes om Tines atferd før og under forhandlingene med Rema høsten 2004 skal anses som lovlig konkurranse eller som utilbørlig utnyttelse av markedsrett.
- (75) Det er uomtvistet at Tine var klar over at Rema vurderte bare å ha én leverandør av fast hvitost og brunost da forhandlingene begynte – og at Rema ga uttrykk for at det kunne være aktuelt å satse på Tine som eneste leverandør hvis Tine ga et godt tilbud i forhandlingene. Lagmannsretten har lagt avgjørende vekt på at Tine ved sitt tilbud bidro til Remas valg om ikke å ha Synnøve Finden som leverandør. På denne måten styrket

Tine sin posisjon vesentlig på bekostning av konkurrenten, og forsømte sin plikt til å ivareta restkonkurransen på området.

- (76) Slik jeg forstår de EU-rettslige kildene, er dette å stille for strenge krav til Tine. Tine har som dominerende aktør et særlig ansvar for ikke å skade effektiv konkurranse, men er ikke forhindrede fra å konkurrere. Det avgjørende er om Tine har konkurrert på ytelser, eller om det er brukt uakseptable virkemidler i konkurransen.
- (77) Sammenholder man med de typiske misbruksmetodene, kommer Tine godt ut. For det første innebar ikke avtalen mellom Tine og Rema at Rema ble forpliktet til ikke å inngå avtale med Synnøve Finden. Lagmannsretten har da også lagt til grunn at det ble ført reelle forhandlinger med Synnøve Finden etter at Rema og Tine hadde kommet til enighet om vilkårene i avtalen. For det andre inneholder ikke avtalen mellom Rema og Tine noen faktisk binding av Rema. Til sammenlikning kan det nevnes at det i EU er slått ned på en ordning hvor en dominerende iskremprodusent lånte ut frysebokser til kiosker mot at fryseboksene bare ble brukt til produsentens iskrem. Plassmangel gjorde at dette i realiteten svekket konkurransen, se førsteinstansdomstolens dom 23. oktober 2003 i saken Van den Bergh Foods Ltd. mot Kommisjonen. Heller ikke er det tale om en rabattordning som gjør at Rema ville tape på ikke å holde seg til Tine som leverandør, slik praksis fra EU-domstolene gir en rekke eksempler på. Jeg nevner i den forbindelse at en del av Tines ytelser besto i rabatter på bestemte varelinjer. Dette gjaldt ikke slike som konkurrerte med Synnøve Findens varelinjer. Rema ville altså ikke gå glipp av noen av ytelsene fra Tine ved å beholde Synnøve Finden i sitt sortiment.
- (78) Spørsmålet blir da om Tine – med den kunnskap selskapet hadde om Remas ønske om leverandørkonsentrasjon – ved å øke sine ytelser betydelig i forhold til året før, misbrakte sin dominerende stilling på det norske ostemarkedet.
- (79) De økte ytelsene fra Tine tok først og fremst sikte på å kompensere for mer omfattende markedsføringskampanjer, fordel ved større leveranser – ”dropsize” – for at Rema tok nye produkter fra Tine inn i sitt varesortiment og for at Rema forpliktet seg til å bruke planogrammene Tine utarbeidet i alle sine butikker. Men det kan ikke utelukkes at Tines tilbud også var påvirket av et ønske om større leveranser til Rema ved at Rema gjorde alvor av sin strategi om å kutte ned på antall leverandører. Et motiv om å vinne konkurransen kan imidlertid ikke være nok til å overtre § 11 – som nevnt har også dominerende selskaper rett til å konkurrere på ytelser. For at § 11 skal være overtrådt, må det være benyttet uakseptable konkurransemetoder.
- (80) Forhandlinger om leveranseavtaler mellom leverandørene og de store dagligvaregruppene foregår vanligvis hvert år, med særlig fokus på det samlede beløpet leverandørene tilbyr gruppene. Nøyaktig hva som bestemmer sluttresultatet, beror trolig på mange faktorer, blant annet forhandlingsstyrke og personene som er involvert. Det kan nevnes at Rema i 2004 hadde ny forhandler. Det kan også nevnes at forhandlingene var preget av forventningene om økt konkurranse fra Lidl, og kanskje også av den nye konkurranseloven, som i § 11 annet ledd bokstav c forbyr anvendelse av ulike vilkår overfor handelspartnere. Tines ytelser til Rema hadde i de foregående år vært vesentlig lavere enn til de øvrige gruppene. For eksempel utgjorde ytelsene til Norgesgruppen i 2004 3,71 prosent av Tines omsetning i Norgesgruppens kjeder, mens det utgjorde 1,44 prosent av omsetningen i Rema. Også etter at Tine økte ytelsene til Rema i avtalen for 2005, var ytelsene i prosent av omsetningen lavest i avtalen med Rema – 2,28 prosent

mot 4,8 prosent i avtalen med Norgesgruppen, 2,78 prosent i avtalen med Coop og 2,58 prosent i avtalen med ICA. Dette bidrar til å forklare hvorfor Tine kunne øke ytelsene så vidt mye overfor Rema i forhandlingene i 2004. Det er heller ikke unormalt at forhandlingene starter med et betydelig lavere beløp enn de ender opp med – tvert imot. Jeg kan derfor vanskelig se at Tines tilbud til Rema – som ikke dreier seg om noe selektivt priskutt eller inneholder noen rovpris – kan anses som et uakseptabelt konkurransevirkemiddel.

- (81) Forholdet er at Rema to ganger inviterte Tine til å komme med tilbud om betaling for eneforhandleravtale, men dette ble begge ganger avslått av Tine. Det at Rema ut fra sitt ønske om leverandørkonsentrasjon valgte å bare benytte Tine som leverandør av ost dersom Tines tilbud var godt nok, var Remas valg. Jeg kan ikke se at det var utilbørlig av Tine å gi det tilbud som var nødvendig for å oppnå en god avtale med Rema, selv om Tine forstod at det temmelig sikkert ville innebære at Rema ikke lenger ville benytte Synnøve Finden som leverandør.
- (82) Lagmannsretten har, i tillegg til Tines tilbud, pekt på at Tine bidro til Remas valg ved at Tine
- oversendte geniusnotatet,
 - på oppfordring fra Rema utarbeidet planogramutkast hvor det ikke skulle med varer fra Synnøve Finden og Q, og
 - bekreftet overfor Rema å kunne produsere en EMV-ost, som var en billigere ost som ville være særlig egnet til å konkurrere med Synnøve Findens ”prisfighter-ost”.
- (83) Jeg kan ikke se at disse forholdene kan tillegges særlig vekt, verken enkeltvis eller i en helhetsbedømmelse. Geniusnotatet er et to siders notat om fordelene ved å ha én leverandør av melk og ost i stedet for to på grunn av økt tidsbruk i butikker med to leverandører. Det er tvilsomt om dette ga Rema noen vesentlig ny informasjon. Uansett var det tale om informasjon, ikke om utilbørlig påvirkning. Heller ikke Tines utarbeidelse av planogramutkast kan anses som utilbørlig påvirkning. Dette var en tjeneste Rema hadde bedt om. På samme måte må man se på Tines bekreftelse av å kunne produsere EMV-ost for Rema.
- (84) Jeg er på dette grunnlag kommet til at Konkurransetilsynets vedtak 19. februar 2007 må oppheves.
- (85) Med denne konklusjonen er det ikke nødvendig for meg å ta stilling til om lagmannsretten har bedømt virkningsspørsmålet i relasjon til konkurranseloven § 11 på riktig måte.
- (86) Tine har vunnet saken fullstendig, og må i samsvar med hovedregelen i tvisteloven § 20-2 tilkjennes sakskostnader for alle instanser. Tine ble i tingrettens dom tilkjent 13 187 604 kroner i sakskostnader. For lagmannsretten har Tine krevd 9 225 325 kroner og for Høyesterett 3 320 620 kroner med tillegg av ankegebyr, som utgjør 30 960 kroner. Staten har gjort gjeldende at kostnadene for lagmannsretten er for høye, fordi anførselen om at Tine ikke var en dominerende aktør pådro partene store kostnader, uten å føre fram. Hovedregelen er at ansvaret for sakskostnader også skal gjelde for anførsler som ikke har ført fram, og etter mitt syn er det ikke grunnlag for å fravike denne hovedregelen her. Salærkravet er høyt. Saken har imidlertid vært arbeidskrevende, og salærkravet må sees i

lys av sakens store betydning for Tines omdømme og størrelsen på overtredelsesgebyret Tine var ilagt. Jeg finner på denne bakgrunn at Tines salærkrav må tas til følge.

(87) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Tingrettens dom stadfestes.
 2. I sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett betaler staten v/Konkurransetilsynet til TINE SA 12 576 905 – tolvmillionerfemhundreogsyttisekstusenihundrefem – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
- (88) Dommer **Webster**: Jeg er – under tvil – kommet til et annet resultat enn førstvoterende for så vidt gjelder spørsmålet om Tine har utnyttet sin dominerende markedsrett i strid med konkurranseloven § 11. Jeg kan i det vesentlige slutte meg til lagmannsrettens dom på dette punktet.
- (89) Sentralt for mitt resultat er den særlige forpliktelsen et dominerende foretak har til å ivareta restkonkurransen når konkurransen i det aktuelle markedet er så begrenset som tilfellet er i vår sak. Etter min mening ivaretok ikke Tine denne forpliktelsen da Tine gjennom forhandlingene med Rema høsten 2004 styrket sin posisjon på bekostning av restkonkurransen.
- (90) Jeg kan i det vesentlige slutte meg til førstvoterendes generelle redegjørelse, men vil presisere noen punkter som er sentrale for mitt resultat – og hvor jeg til dels har et avvikende syn.
- (91) Det følger forutsetningsvis av Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Kommisjonen avsnitt 91, som er sitert av førstvoterende, at en dominerende aktør kan konkurrere med normale midler. Å konkurrere på pris, er et slikt normalt middel og er i utgangspunktet tillatelig for en dominerende aktør. Imidlertid gjelder ikke dette ubegrenset; Compagnie maritime belge transports SA mot Kommisjonen, som også er nevnt av førstvoterende, er et eksempel på dette. Her var saksforholdet at en linjekonferanse hadde dominerende stilling i linjefart fra Zaire og Angola til nordsjøkysten. På enkelte linjer som var utsatt for konkurranse satte konferansen ned prisene. Domstolen kom til at denne formen for priskonkurranse ikke var lovlig. Jeg viser til avsnittene fra dommen som er sitert av førstvoterende. Deretter fortsetter domstolen:
- ”131 Det forhold, at virksomheder, som befinder sig i en reel konkurrencesituation, følger en tilladt praksis, indebærer derfor ikke, at der aldrig kan være tale om misbrug af en dominerende stilling, såfremt en virksomhed, der har en sådan stilling, anvender samme praksis.”**
- (92) Dommen viser at priskonkurranse, som vanligvis er fullt ut akseptabel og ønskelig konkurransefremmende atferd, etter omstendighetene kan være i strid med konkurranseloven. Rettmessigheten av en dominerende aktørs handlinger i markedet må vurderes ut fra handlingenes konsekvenser for markedsstrukturen og den fremtidige konkurransen.

- (93) Et annet sentralt utgangspunkt for mitt resultat er at Tine som følge av avtalen med Rema for 2005 og 2006 ble den eneste leverandøren av harde oster til Remabutikkene. Rettspraksis innen EU har lagt til grunn at det innebærer brudd på konkurransereglene hvis en dominerende aktør inngår en eneleverandøravtale eller tilnærmede eneleverandøravtale. Av Hoffmann-La Roche-dommen avsnitt 89 følger:

”89 En virksomhet, som inntar en dominerende stilling på et marked, og som – også etter anmodning fra disse – binder kjøpere til seg ved hjelp av en forpliktelse til eller et løfte om at dekke hele eller en betydelig del av deres behov udelukkende hos virksomheten, misbruger herved sin dominerende stilling som nævnt i traktatens artikkel 86, uanset om forpliktelsen står alene eller modsvares av en bonusydelse;

Det samme gjelder, når virksomheten, uten at binde kjøperne til seg ved en formel forpliktelse, enten ifølge aftaler med kjøperne eller ensidigt anvender et loyalitetsbonussystem, dvs. prisnedslag, som ydes på betingelse af, at kunden – i øvrigt uanset om denne inkøber for betydelige eller for mindre beløb – udelukkende foretager alle eller en betydelig del af indkøbene til dækning af sine behov hos den markedsdominerende virksomhet; ”

- (94) At kjøperen ikke har en formell forpliktelse til å dekke hele sitt behov hos den dominerende aktøren, er altså ikke avgjørende hvis avtalen likevel har en slik virkning. Videre viser avgjørelsen at det ikke bare er eneleverandøravtaler som rammes, men også avtaler som ved hjelp av andre virkemidler har tilsvarende konsekvenser. Dette følger også av førsteinstansdommen Van den Bergh Foods Ltd. mot Kommisjonen, som er nevnt av førstvoterende.
- (95) I dette tilfellet har lagmannsretten kommet til at Tine og Rema ikke inngikk en eneleverandøravtale, men at Tine under forhandlingene med Rema høsten 2004 økte sine ytelser suksessivt basert på forutsetningen om at Tine skulle bli eneleverandør eller tilnærmet eneleverandør. Effekten av avtalen var at Tine reelt ble den eneste leverandøren av harde oster til Rema. Som det fremgår av blant annet Hoffmann-La Roche-dommen avsnitt 89, er det ikke avgjørende at Rema formelt sett sto fritt til å handle hos konkurrentene til Tine – og for så vidt også gjennomførte forhandlinger med Synnøve Finden – når konsekvensen av avtalen likevel var at Tine reelt sett kom i en eneleverandørposisjon.
- (96) Når dette er situasjonen, er det ikke avgjørende at Tine i forhandlingene med Rema høsten 2004 tilbød rabatterte priser som må anses som ”normale”. Jeg legger også vekt på at Tine dessuten tilbød andre ytelser som etter min mening ikke innebar ”competition on the merit”. Oversendelsen av det såkalte geniusnotatet er illustrerende. Lagmannsretten omtaler omstendighetene rundt dette notatet på følgende måte:

”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 Høylye i Rema og Jan Anders Brun i Tine hadde 16. august 2004 om temaet, informerte Tore Høylye 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 Høylye i den forbindelse, står det blant annet at ’[t]allenes tale er entydige.’”

- (97) Notatet omtales også i forbindelse med lagmannsrettens drøftelse av om det forelå en eneleverandøravtale i strid med konkurranseloven § 10:

”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. (...)”

- (98) Det er riktig som fremhevet av førstvoterende at notatet neppe inneholdt ny informasjon for Rema. Imidlertid må notatet ses i sammenheng med Tines markedsposisjon og lagmannsrettens utsagn om at det ikke var mulig for kjedene på troverdig grunnlag å true med å skifte til en annen leverandør. Etter mitt syn innebar ikke dette innspillet fra Tines side konkurranse ”on the merit”. Det er ikke bedre ytelser eller gunstigere betingelser som tilbys Rema, men fremhevelse av fordelene ved å gi Tine en eneleverandørposisjon. Dette trekker i retning av at Tine her har gått utover det en dominerende markedsaktør kan tillate seg.
- (99) Videre tilbød Tine å levere Rema en EMV-ost – en ost som skulle være et rimelig alternativ, en ”prisfighter”. Synnøve Finden hadde tidligere produsert osten som utgjorde det rimelige alternativet for Rema. Den endelige avtalen om leveransen av EMV-osten ble inngått sommeren 2005, men før avtalen mellom Tine og Rema for 2005 og 2006 ble inngått, hadde Tine gitt et prisestimat på hva denne osten ville koste Rema. Jeg mener derfor at også dette elementet må med når Tines handlinger vurderes mot konkurranseloven § 11.
- (100) Av lagmannsrettens dom fremgår det:
- ”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’.”**
- (101) Når Tine tilbød å levere denne rimeligere osten, var det med på å styrke Tines posisjon i markedet på bekostning av restkonkurransen. Dette må tas i betraktning i helhetsvurderingen av Tines opptreden i forhandlingene høsten 2004.
- (102) Det siste momentet som har vært trukket frem, er planogrammene som ble utarbeidet av Tine, og hvor det ikke var satt av plass til Synnøve Findens produkter. Planogrammene var laget på oppfordring av Rema og kunne endres til å omfatte andre leverandørers produkter hvis Rema ønsket det. Jeg legger derfor ikke stor vekt på planogrammene isolert sett, selv om også dette forholdet viser forutsetningen om at Tine skulle være eneleverandør.
- (103) Jeg vil også nevne at selv om det var Remas forretningsmessige beslutning å kutte ut Synnøve Finden, endrer ikke det vurderingen av Tines ensidige handlinger, jf. Hoffmann-La Roche-dommen avsnitt 89.

- (104) Etter min oppfatning var det ikke i seg selv problematisk at Tine inngikk en hovedleverandøravtale med Rema som styrket Tines posisjon på bekostning av Synnøve Finden. Dette ville vært akseptabelt hvis Tine samtidig hadde ivaretatt sitt særlige ansvar som dominerende aktør og sørget for restkonkurransen også i denne delen av markedet. Lagmannsretten kunne ikke se at ”Tine i handling gjorde noe for å ivareta restkonkurransen på markedet”. Etter mitt syn er det ikke fremkommet noe under forhandlingene for Høyesterett som rokker ved dette.
- (105) Tine har anført at resultatet av forhandlingene med Rema høsten 2004 ikke hadde en slik *virkning* på markedet at det innebærer brudd på konkurranse-loven § 11. Virkningskravet er en del av utilbørighetsvurderingen, men har tradisjonelt og av pedagogiske grunner vært skilt ut til egen drøftelse.
- (106) Tine har anført at det gjelder en grense – at et sted mellom 20 og 40 prosent av markedet må være stengt for konkurrentene før en dominerende aktørs ensidige atferd kan anses å være i strid med konkurransereglene. For å underbygge denne anførselen har Tine vist til EU-praksis. Jeg oppfatter imidlertid disse dommene som eksempler som ikke gir grunnlag for å oppstille en bestemt prosentsats som minimumskrav. Om en atferd er utilbørlig, beror på en sammensatt vurdering – også når man fokuserer på virkningssiden av utilbørighetskriteriet. Dette er lagt til grunn av EU-kommisjonen i Communication from the Commission, Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings punkt 20. Her fremgår det at størrelsen på markedsandelen som påvirkes av utestengningen bare er ett av flere relevante momenter. Andre relevante momenter er – blant annet – hvor sterk posisjon den dominerende aktøren har, konkurrentenes situasjon, hvor vanskelig det er å etablere seg eller ekspandere i det aktuelle markedet og den dominerende aktørens hensikt. Tilsvarende følger av EU-kommisjonens Guidelines on Vertical Restraints (2010/C 130/01) punkt 1.3.1 avsnitt 111 og 140 hvor det i forhold til EU-traktatens parallell til konkurranse-loven § 10 heter:

”For a dominant company, even a modest tied market share may already lead to significant anticompetitive effects.”

- (107) Man kan spørre om det i det hele tatt er behov for å påvise en markedsvirking når man som her står overfor en dominerende aktør i eneleverandørposisjon. Staten har anført at det stilles små krav til å påvise markedsvirkninger i en slik situasjon. Dette er åpenbart riktig for eneleverandøravtaler og tilnærmet eneleverandøravtaler, jf. Eirik Østerud, Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law, side 64. Jeg finner det ikke nødvendig å ta stilling til om det samme må gjelde for den typen faktiske eneleverandørposisjon som Tine kom i, ettersom jeg uansett kommer til at Tines handlinger har hatt tilstrekkelig innvirkning på markedet til at konkurranse-loven § 11 kan være overtrådt.
- (108) Tatt Tines helt spesielt sterke markedsmessige stilling i betraktning, at det var svak konkurranse i markedet med bare én konkurrent som sto betydelig svakere enn Tine, og at det i realiteten var fire salgskanaler for faste oster i Norge – nemlig utsalgene til de fire store dagligvaregruppene – finner jeg det utvilsomt at utestengningen av andre aktører fra 17,5 prosent av markedet – som var Remas generelle andel av dagligvaremarkedet i Norge – innebærer en virkning på markedet som taler for at Tines handlinger anses utilbørlige. Jeg viser for øvrig til lagmannsrettens mer omfattende betraktninger om hvilke markedsmessige konsekvenser utestengningen av Synnøve Finden hadde.

- (109) Tine har også anført at de markedsmessige konsekvenser av eneleverandørposisjonen som ble oppnådd ved avtalen er begrensede fordi avtalen kan sies opp med kort varsel. Også på dette punktet slutter jeg meg til lagmannsrettens betraktninger. Av Communication from the Commission, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings punkt 35 fremgår det:

”However, if the dominant undertaking is an unavoidable trading partner for all or most customers, even an exclusive purchasing obligation of short duration can lead to anticompetitive foreclosure.”

- (110) Tilsvarende må gjelde når man vurderer avtaler som faktisk medfører eneleverandørposisjon. Det var ikke realistisk at Rema ville si opp avtalen med Tine, som er en ”unavoidable trading partner” for alle dagligvarekjedene i det norske markedet. At avtalen formelt kunne sies opp, påvirker da ikke den reelle bindingen som oppstår som følge av avtalen, og dermed heller ikke den markedsmessige konsekvensen – den bindende effekten – avtalen har.
- (111) Etter en samlet vurdering av de nevnte momentene har jeg derfor kommet til at avtalen med Rema høsten 2004 innebar utilbørlig utnyttelse av Tines dominerende stilling i et marked hvor det var en særlig svekket konkurranse med bare én konkurrent som var relativt nyetablert og hadde en vanskelig økonomi – og det i et marked med høy terskel for nyetablering.
- (112) På denne bakgrunn mener jeg at anken bør forkastes. Ut fra sakens prinsipielle natur mener jeg det var grunn til å få den prøvet. Tine bør fritas for å dekke statens sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd bokstav a.
- (113) Dommer **Møse:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Webster.
- (114) Dommer **Stabel:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Indreberg.
- (115) Dommer **Skoghøy:** Likeså.

(116) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Tingrettens dom stadfestes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett betaler staten v/Konkurransetilsynet til TINE SA 12 576 905 – tolvmillionerfemhundreogsyttisekstusennihundreogfem – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekrefte: