

Nærings- og fiskeridepartementet
Pb 8090 Dep
0032 OSLO

Vår dato: 04.07.2023
Vår referanse: 23/49597 - 1
Deres dato:
Deres referanse:

Høringssvar fra Landbruksdirektoratet, "Høring av forslag til endringer i konkurranseloven m.m. - markedsetterforskning og utredning av overtredelsesgebyr og ledelseskarantene mot fysiske personer"

Innledning

Det vises til Nærings- og fiskeridepartementets (NFD) høringsbrev med høringsnotat av 31. mars 2023 med forslag til endringer i konkurranseloven (lovforslaget).

Landbruksdirektoratet ønsker med dette å inngi kommentarer til lovforslaget.

Høringen faller i to deler, hvorav hoveddelen omhandler et forslag om å innføre et nytt markedsetterforskningsverktøy for Konkurransetilsynet i konkurranseloven, mens den andre delen berører spørsmålet om konkurranseloven bør ha hjemmel for å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr og ledelseskarantene for brudd på visse handleplikter i konkurranseloven.

Direktoratets kommentarer knytter seg kun til markedsetterforskningsverktøyet.

Oppsummert, er direktoratet positiv til og støtter et nytt markedsetterforskningsverktøy, men vil understreke at lovforslagets forhold til landbrukspolitikken (primærnæringsunntaket for landbruksvarer) tydelig må avklares. Dette er ikke tatt opp i NFDs høringsnotat.

Det er direktoratets vurdering at den sentrale forutsetningen for samspillet mellom konkurranseretten og landbrukspolitikken i Norge, slik dette bl.a. er formulert i Ot.prp. nr. 6 (2003–2004). på s. 39, som at «*innholdet i landbruks- og fiskeripolitikken skal imidlertid ikke endres gjennom endringer i konkurranselovgivningen*», også må gjelde for det foreslåtte markedsetterforskningsverktøyet.¹ De særlige landbrukspolitiske hensyn, som f.eks. forsynings- og matsikkerhet, økt verdiskaping, sysselsetting og bærekraftig landbruk over hele landet med lavere utslipp av klimagasser, som ligger til grunn for kompetansefordelingen mellom landbruks- og konkurransemyndighetene, ligger fast.

Hvis lovforslaget om et nytt markedsetterforskningsverktøy gjennomføres, må det såldes gjøres samtidige endringer i §§ 1 og 2 i forskrift av 23. april 2004 nr. 651 om unntak for

¹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), s. 39, jf. også Innst. O. nr. 50 (2003-2004), punkt 1.2.4.1.

samarbeid mv. innen landbruk og fiske (unntaksforskriften), slik at det forskriftsfestes unntak fra lovforslagets §§ 41 og 42, på samme som for konkurranseloven §§ 10 og 11.²

Konkurrans i landbrukets markeder – et historisk tilbakeblikk

Norge har en lang tradisjon for at landbrukspolitik skal ivareta samfunnshensyn som går langt ut over de rene markedsmessige forhold. Flere av dagens landbrukspolitiske virkemidler har røtter tilbake til mellomkrigstiden. Konkurransproblemer knyttet til etterspørselskrise grunnet minkende kjøpekraft kombinert med at bøndene for en stor del prøvde å produsere seg ut av krisen, skapte sosial uro.³ Omsetningsloven, som gir samvirkene rett til å kreve inn omsetningsavgift, som blir administrert av Omsetningsrådet (OR), var ett av virkemidlene for å håndtere markedsutfordringer, øke sysselsetting og stabilisere priser.⁴

Hovedavtalen for jordbruket kom i 1950, og med fremveksten av jordbruksforhandlinger og avtaler ble det fastsatt konkrete prismål for jordbruksvarer. Fra da av har balansering av markedene for jordbruksvarer i tråd med Stortingets føringer, gitt rammene for ORs arbeid.

I St. meld. nr. 26 (1980-81) ble det fastslått at *«for å løse markedsreguleringsoppgavene må et sentralt organ ha full oversikt og fullstendig disposisjonsrett over en stor del av førstehåndsutbudet.»* Alternativet, ble det fremholdt, var markedsregulering i statlig regi. Det ble ellers lagt mest vekt på økonomiske sider ved markedsreguleringen og betydningen av å ha en organisasjon som kunne håndtere produksjonstilpasning og markedsregulering.

Dette systemet består fortsatt, men gjennomgikk store endringer i perioden 1994-2004 der det skjedde endringer i rammebetingelsene for verdikjeden for mat og nok også i samfunnets perspektiv på konkurranse. Man gikk over fra nasjonale systemer med statlig fastsatte priser og priskontroll, til en større grad av markedsøkonomi og vektlegging av økt konkurranse.

De regulatoriske drivkreftene til endringene i perioden 1994-2004 var, for det første, knyttet til at EØS-avtalen trådte i kraft fra 1. januar 1994. Primærnæringen i landbruket, som litt forenklet omfatter landbruksråvarer, er unntatt fra EØS-avtalen. Denne delen av landbruket er dermed også unntatt fra forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54, som langt på vei tilsvarer konkurranseloven §§ 10 og 11, samt unntatt fra EØS-avtalens regler om statsstøtte.⁵

Som ledd i arbeidet med gjennomføring av EØS-avtalen i norsk rett, jf. også EØS-loven, kom det dermed inn et eget unntak for primærnæringen i § 3-8 i 1993-konkurranseloven da den loven ble behandlet av Stortinget i 1992.⁶ I Ot.prp. nr. 41 (1992-1993), på s. 59, ble det også den gangen vist til at *«unntak for disse næringer må tilpasses den politikk som blir fastlagt i framtiden»*, og at *«konkurranspolitikk og næringspolitikk må her virke sammen, og det vil ikke være naturlig å dramatisk endre forutsetningene innenfor jordbruk, skogbruk og fiske ved ensidige endringer av konkurranselovgivningen.»*⁷ For

² FOR-2004-04-23-651.

³ Reidar Almås, Norges landbrukshistorie IV, s. 66 -67.

⁴ LOV-1936-07-10-6.

⁵ Bearbejdede landsbruksvarer ("Protokoll 3-varer"), er likevel omfattet, jf. EØS-avtalen artikkel 8 nr. 3 (b).

⁶ LOV-1993-06-11-65 (opphevet).

⁷ Ot.prp. nr. 41 (1992-1993), s. 59.

øvrige bygget likevel de den gang nye forbudsbestemmelsene i 1993-konkurranseloven på EØS-avtalens forbudsregler.

Ordningen med et unntak for primærnæringen i landbruket ble senere videreført i 2004-konkurranseloven, men slik at unntaket ikke lenger fulgte av loven, men unntaksforskriften, jf. forskriftshjemmelen som fortsatt står i konkurranseloven § 3 (se mer om dette nedenfor).

For det andre, trådte den nye WTO-avtalen i kraft fra 1. januar 1995. Med dette var norsk landbrukspolitikk rammet inn av to nye internasjonale handelsavtaler. I St. prp. Nr. 61 (1994-1995) ble det kommunisert fra departementet til Stortinget at norsk landbruk i denne perioden hadde blitt møtt med «*gradvis og reell konkurranse*» fra import, til tross for et tollbasert importvern, importkvoter og begrensninger i adgangen til å benytte eksport som virkemiddel i markedsreguleringen. Nye regulatoriske forhold gjennom Norges inntreden i EØS og WTO utløste behov for omfattende endringer i de landbrukspolitiske virkemidlene.

Noen av de viktigste grepene som ble gjort for å legge til rette for økt konkurranse var:

- Markedsregulering av melk ble flyttet til ORs sekretariat (Statens landbruksforvaltning fra 2009). Prisetjevningsordningen ble innført som erstatning for utjevning i regi av Tine i 1997. Målpris på rå melk ble innført fra 1. januar 2004.
- Prisetvalget for kjøtt (opprettet etter andre verdenskrig) ble lagt ned i 1999, og det blir slutt på samordnede maksimalpriser på nedskåret kjøtt og produserte kjøttvarer.
- Statlig kjøpeplikt på korn ble i 2001 erstattet av målpriser, Norske felleskjøp overtok som markedsregulator og det ble åpnet for konkurranse om kornleveranser fra produsent. Markedsregulator fikk ansvar for å anmode om importkvoter.
- De konkurransepolitiske virkemidlene mottakplikt, forsyningsplikt og informasjonsplikt kom i 2003 inn i ORs regelverk gjennom rammeforskriften.
- Tine Råvare (nå Norsk melkeråvare) ble etablert som en egen avdeling med administrativt og regnskapsmessig skille fra resten av Tine SA i 2004. Tine SA inngikk en avtale med staten om dette skillet (Tine-avtalen). Tine ble pålagt økt forsyningsplikt, og det ble etablert tilskuddsordninger i prisutjevningsordningen for melk for å stimulere til mer konkurranse. Disse konkurransefremmende tiltakene ble ytterligere styrket i 2007.
- Landbruksmyndighetenes etterkontroll av Tine marginer ble avsluttet fra 2007. Konkurransetilsynet etablerte så en overvåkningsordning av Tines bruttomarginer fra 2008. Konkurransetilsynet har i 2022 bedt Tine om å ikke lenger rapportere tall til ordningen. Dette med bakgrunn i at det over lengre tid hadde vært få eller ingen produkter som bryter kritisk verdi og at produktene som bryter kritisk verdi hadde blitt vurdert nærmere uten at det har blitt funnet grunnlag for å foreta nærmere undersøkelser.

Nærmere om skillet mellom landbruks- og konkurransepolitikk i Norge

Konkurranselovens formål er knyttet til konsumentvelferdsstandarden og konkurransepolitikken er utpreget økonomisk. I motsetning til landbruks- og fiskeripolitikken, forfølger i utgangspunktet ikke konkurransepolitikken såkalte ikke-økonomiske formål. Selv om konkurranselovgivningen ikke eksisterer i et vakuum, er den mest opptatt av en praksis som har en generell positiv effekt på markedet, slik at forbrukervelferden og konkurranseprosessen ikke skades. Konkurranselovgivningen tar typisk ikke hensyn til uheldig effekter, slik som påvirkning på spesielt sårbare markedsaktører.

Dette er bakgrunnen for behovet for unntak fra konkurranseloven for landbruk- og fiskerisektoren. Siden 1930-tallet har den viktigste organisasjonsformen for omsetning av landbruksvarer vært gjennom samvirker. Produksjon av landbruksvarer foregår på en måte som gjør det helt nødvendig med en samordnet opptreden i markedet. Da 1993-konkurranseloven ble behandlet av Stortinget i 1992, ble derfor også et unntak for primærnæringen hjemlet i lov, som nevnt ovenfor, for å hensynta sektorens særtrekk. Som nevnt over ble unntaket videreført i dagens 2004-konkurranselov, men på en slik måte at det lovfestede unntaket for landbruket ble flyttet inn i unntaksforskriften, jf. konkurranseloven § 3.

At konkurranseloven må utformes i tråd med den til enhver tid gjeldende norske landbrukspolitikken har blitt fremhevet gjentatte ganger i arbeidet med lovendringer.⁸ Landbruk- og fiskeripolitikken utformes for å oppnå en rekke målsettinger av såkalt ikke-økonomisk karakter, som matsikkerhet, spredt bosetting, landbruk i hele landet, levende bygder, småskalaproduksjon, miljø- og klimahensyn mv. En konsekvens av dette er at landbruksmyndighetene og Stortinget fastsetter landbrukspolitikken med tilhørende reguleringer for landbruket, herunder strukturpolitikk, ressursforvaltning, markedsorganisering, støttenivåer mv.

Hvordan de landbrukspolitiske formålene best oppnås, vil variere og til enhver tid være basert på utpregede politiske beslutninger som nødvendigvis må ta opp i seg hensyn som går utover den rent markedsorienterte tilnærmingen som konkurranselovgivningen bygger på.

Forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 3, som åpner for å forskriftsfeste egne unntak for bestemte markeder eller næringer, som landbruket, jf. unntaksforskriften, har til formål å sikre at den til enhver tid gjeldende landbrukspolitikken skal kunne gjennomføres. Det betyr at konkurranseregulerende handlinger, som for eksempel samarbeid mellom primærprodusenter og deres organisasjoner, informasjonsutveksling og systemet med utøvelse av rollen som markedsregulator gjennom samvirkeorganisasjoner, ikke er i konflikt med konkurranselovgivningen så lenge dette er forankret i landbruks- og fiskeripolitikken.

Når konkurranseloven inneholder en forskriftshjemmel til å unnta landbrukssektoren fra lovens anvendelsesområde, så er formålet å overlate til sektormyndighetene å ivareta de landbrukspolitiske hensynene. Det er således landbruksmyndighetene som skal fastlegger det til enhver tid riktige innholdet i og rekkevidden av unntaket gjennom lover, forskrifter

⁸ Se for eksempel St.meld.nr.19 (1999–2000), jf. Innst.S.nr.167 (1999–2000).

og avtaler mellom staten og næringsorganisasjoner i landbrukssektoren, som til enhver tid er gjeldende.⁹

Adferd i andre ledd i verdikjeden for landbruket enn primærnæringen (primærprodusenter og deres organisasjoner), og som ikke er regulert av landbruksmyndighetene, vil derimot være omfattet av konkurranseloven på samme måte som andre næringer og markedsaktører.

Reguleringsteknikken med en lovfestet forskriftshjemmel i konkurranseloven § 3 om at det forskriftsfestes unntak som er nødvendige for å gjennomføre landbrukspolitikken, etablerer at norsk landbrukspolitikk ikke skal endres gjennom endringer i konkurranselovgivningen.¹⁰ Konkurranseloven styrer ikke landbrukspolitikken.¹¹

At unntak fra konkurranseloven for landbruket fra 2004 blir fastsatt i forskrifter, og ikke i selve konkurranseloven, innebærer også at unntakene til enhver tid er tilstrekkelig presise og samtidig fleksible nok til å kunne tilpasses utviklingen i landbrukspolitikken. Hovedtrekkene i landbrukspolitikken fastsettes dermed av Stortinget gjennom lovvedtak, landbruksmyndighetene og gjennom fremforhandling av jordbruks- og reindriftsavtalen. Et klart uttalt generelt politisk formål, er å sikre stabile rammevilkår for primærnæringene. Dette ligger fast, og bygger på det etablerte og langvarige skillet mellom landbruks- og konkurransepolitikk, jf. bl.a. Ot.prp. nr. 41 (1992-1993), sitert over. Det samme kom også klart til uttrykk i arbeidet med 2004-konkurranseloven (med endringer) som fortsatt gjelder i dag, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004). på s. 39 og Innst. O. nr. 50 (2003-2004), hvor det ble uttalt at *«innholdet i landbruks- og fiskeripolitikken skal imidlertid ikke endres gjennom endringer i konkurranselovgivningen»*, og hvor det også ble uttalt at den endrede reguleringsteknikken hvor man gikk fra et unntak i selve loven i 1993-konkurranseloven til en forskriftshjemmel i § 3 og eget forskriftsfestet unntak for primærnæringen i landbruket *«ikke [var] å endre rammebetingelsene for disse næringene, men å finne frem til unntak som er tilpasset den utvikling som er skjedd siden nåværende konkurranselov ble vedtatt og som er fleksible nok til kunne tilpasses den politikk som vil bli fastlagt i fremtiden.»*¹²

Et blikk til EU – skillet mellom landbruks- og konkurransepolitikk

Unntaksforskriften berører ikke Norges EØS-rettslige forpliktelser og tilknytningen til EU i EØS-EFTA pillaren fordi den gjeldende unntaksforskriften kun unntar fra konkurranseloven §§ 10 og 11, og ikke fra de tilsvarende forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54. For sammenhengens skyld, er det likevel på sin plass å minne om at dette skillet mellom landbruks- og konkurransepolitikk som vi har i Norge, ikke er et særegent norsk fenomen. Som nevnt er EØS-avtalens anvendelsesområdet avgrenset materielt på landbruksområdet.

Skillet mellom konkurransepolitikk og landbruks- og fiskeripolitikk gjenfinnes også internasjonalt. I EU har medlemsstatene lenge vært tett integrert både når det gjelder landbruk og fiskeri gjennom den felles landbrukspolitikken og den felles fiskeripolitikken i EU som ble etablert på 1960- og 1970-tallet. EUs Common Agriculture Policy (CAP) har siden opprettelsen i 1962 hatt unntak fra de alminnelige konkurransereglene, herunder det som i dag er EU-traktatens artikkel 101 og 102. Det samme ser man for øvrig i USA,

⁹ Brev fra Arbeids- og administrasjonsdepartementet 12. februar 2004 – lovteknisk vurdering.

¹⁰ Innst. O. nr. 50 (2003-2004), vedlegg 2, punkt IV, med referanse til Ot.prp. nr. 6 (2003-2004).

¹¹ Innst. O. nr. 50 (2003-2004), punkt 2.3.

¹² Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), s. 39, jf. også Innst. O. nr. 50 (2003-2004), punkt 1.2.4.1.

der et spesialunntak for kooperativer ble innført allerede i 1922 for å sikre landbruket tilstrekkelig tilgang på kapital.¹³ Også internasjonalt har man på denne måten anerkjent at landbruket er en særlig sektor hvor spesielle hensyn politisk må prioriteres foran ren markedsorientering.

I CAP er det innarbeidet både generelle og spesielle unntak fra anvendelsesområdet for EUs konkurranserett.¹⁴ Begrunnelsen handler om selve formålet med CAP, som fremgår av EU-traktaten artikkel 39, og som omfatter hensyn til å øke produktiviteten i landbruket gjennom en utvikling av produksjonen og best mulig anvendelse av produksjonsfaktorene i landbruket (særlig arbeidskraften), å sikre en rimelig levestandard for landbruksbefolkningen og personer som er sysselsatt i landbruket, å stabilisere markedene, sikre forsyninger mv. På den bakgrunn fremgår det av EU-traktaten artikkel 39 bl.a. at *«ved utformingen av den felles landbrukspolitik og de særlige forholdsregler som den kan medføre, skal det tas hensyn til landbruksnæringens egenart som følger av landbrukets sosiale oppbygging og den strukturelle og naturgitte forskjell mellom de enkelte landbruksområder.»* Bestemmelsen viser også til at landbrukets egenart gir en plikt til å hensynte *«den kjensgjerning at landbruket i medlemsstatene utgjør en sektor som er nær knyttet til økonomien som helhet.»* Disse formålene og hensyn i EU har klare paralleller til norsk landbrukspolitik.

Ettersom dette er inntatt direkte i EU-traktaten, har landbruksunntaket i EU dermed også konstitusjonell status, noe som understreker unntaketets egenart og viktighet. EU-traktaten gir med dette en spesiell status til landbrukssektoren. Dette får også i EU betydning for forholdet til konkurransepolitikken i EU. Det følger av EU-traktaten artikkel 42 at EUs konkurranseregler bare gjelder for produksjon av og handel med landbruksprodukter i den utstrekning som er bestemt av Europaparlamentet og Rådet, innenfor rammen av artikkel 43 nr. 2, og under hensyntagen til formålene i artikkel 39. Dermed ser man også på EU-siden en form for kompetansefordeling som innebærer at den rene konkurransepolitikken kan vike for de landbrukspolitiske formålene i EU, som fastsattes politisk i Europaparlamentet og Rådet.

Også EU-domstolen anerkjenner den felles landbrukspolitikken i EUs forrang fremfor EU-traktatens målsetninger på konkurranseområdet. EU-domstolen har bl.a. i *APVE and Others*, relativt nylig formulert tydelig i storkammer at CAP nyter forrang fremfor traktatens øvrige regler, herunder forrang vis-a-vis EU-traktatens konkurranseregler.¹⁵ Denne avgjørelsen fra EU-domstolen fremhever den konstitusjonelle rammen for landbruksunntaket i EU-retten.

Saken handlet om at det franske konkurransetilsynet i 2012 hadde bøtelagt produsenter for konkurranseskadelig opptreden som var implementert gjennom produktorganisasjoner (POer) og samvirker av produktorganisasjoner (APOer), og som bl.a. omfattet et samarbeid med prisfiksing og kvantumsbegrensninger, herunder utveksling av konkurransesensitiv informasjon.

De sanksjonerte organisasjonene bragte saken inn for EU-domstolen og argumenterte for at samarbeidet var i samsvar med CAP, og dermed lovlig. Tvisten førte til at den franske Cour de Cassation forela tolkningssspørsmål for EU-domstolen. EU-domstolen

¹³ US Capper–Volstead Act (P.L. 67-146).

¹⁴ Se også Regulation 1308/2013.

¹⁵ C-671/15 *APVE and Others*, EU-domstolens (storkammer) avgjørelse av 14. november 2017.

understreket i storkammer at CAP innenfor EU-traktaten har forrang fremfor konkurransemålsetningene.

Av avgjørelsen fremgår det at primærprodusenter lovlig kunne utveksle informasjon og koordinere produksjonsvolumer og priser så lenge de gjorde det innenfor POer og APOer som er anerkjent av staten og som forfølger landbruksformål som å stabilisere priser mv.

EU-domstolen uttalte i *APVE and Others* bl.a. følgende:

«Med henblik på at virkeliggøre målene om indførelse af en fælles landbrugspolitik og oprettelsen af en ordning, der sikrer, at konkurrencen ikke fordrejes, anerkender artikel 42 TEUF således den fælles landbrugspolitik forrang i forhold til traktatens formål på konkurrenceområdet og EU-lovgivers kompetence til at beslutte, i hvilket omfang konkurrencereglerne skal anvendes inden for landbrugssektoren (jf. i denne retning dom af 5.10.1994, Tyskland mod Rådet, C-280/93, EU:C:1994:367, præmis 61, og af 12.12.2002, Frankrig mod Kommissionen, C-456/00, EU:C:2002:753, præmis 33).

Heraf følger, således som generaladvokaten har anført i punkt 51 og 56 i forslaget til afgørelse, at EU-lovgivers interventioner i denne forbindelse ikke har til formål at fastsætte undtagelser fra eller begrundelser for forbudet mod de former for praksis, der er omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF og 102 TEUF, men at udelukke former for praksis fra anvendelsesområdet for disse bestemmelser, hvilke former for praksis, hvis de fandt sted på et andet område end området for den fælles landbrugspolitik, ville være omfattet heraf.»¹⁶

EU-kommisjonen har fulgt opp mer utførlig om grenseoppgangen mellom konkurransereglene og CAP i en utredning til Europaparlamentet og Rådet fra 2018.¹⁷

Primærnæringsunntaket i unntaksforskriften – gjeldende rett

Lovforslaget om å innføre et nytt markedsetterforskningsverktøy springer i henhold til NFDs høringsnotat ut av «*behov for ny regulering som supplerer konkurranseloven §§ 10 og 11.*»¹⁸ Det er også slik dette er tenkt i andre jurisdiksjoner som har innført dette, bl.a. Storbritannia.

Det er derfor nærliggende å vurdere lovforslaget i lys av rekkevidden til gjeldende forbud mot konkurransebegrensende avtaler, jf. § 10, og mot misbruk av dominerende stilling, jf. § 11.

Som nevnt over, er forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 3 og unntaksforskriften for primærnæringsen i landbruket vedtatt på det grunnlaget, et utslag av det etablerte premisset om at «*innholdet i landbruks- og fiskeripolitikken skal imidlertid ikke endres gjennom endringer i konkurranselovgivningen.*»¹⁹ Dette var, som også nevnt, en videreføring av den landbrukspolitiske linjen fra arbeidet med 1993-konkurranseloven, hvor lovgiver uttalte at «*det vil ikke være naturlig å dramatisk endre forutsetningene innenfor jordbruk, skogbruk og fiske ved ensidige endringer av konkurranselovgivningen.*»²⁰ Det er på bakgrunn av disse føringene at unntaksforskriften gir unntak fra forbudene i konkurranseloven §§ 10 og 11 for primærprodusenter og deres

¹⁶ C-671/15 *APVE and Others*, EU-domstolens (storkammer) avgjørelse av 14. november 2017, avsnitt 37-38.

¹⁷ The application of the Union Competition Rules to the Agricultural Sector (COM(2018) 706 final).

¹⁸ Høringsnotatet, s. 45.

¹⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), s. 39, jf. også Innst. O. nr. 50 (2003-2004), punkt 1.2.4.1.

²⁰ Ot.prp. nr. 41 (1992-1993), s. 59.

organisasjoner for all adferd som kan hjemles i lov eller forskrift som regulerer produksjon og omsetning av landbruksprodukter, eller som fremgår av avtale mellom staten og landbrukets organisasjoner, jf. unntaksforskriften § 2, jf. også formålet i § 1.²¹

Direktoratet har innhentet en juridisk betenkning fra 22. juni 2018 om omfanget og rekkevidden av primærnæringsunntaket i unntaksforskriften fra tidligere juridisk direktør i Konkurransetilsynet og advokat, og nå director for EFTAs overvåkningsorgans (ESA) konkurranse- og statsstøtteavdeling, Harald Evensen. Notatet fra Evensen vedlegges her.

Vedlegg: Notat fra Harald Evensen datert 22. juni 2018

Om forholdet mellom landbruks- og konkurransepolitikken skriver Evensen bl.a. følgende:

*«Når det gjelder tilfeller av målkonflikt mellom konkurransepolitikken og landbrukspolitikken, er dette avklart gjennom forarbeidene til konkurranseloven hvor det heter at sektormyndighetenes reguleringer fastlegger omfang og innhold av unntaksforskriften. **Landbruksmyndighetene kan skyve konkurranseloven §§ 10 og 11 til side gjennom sine reguleringer.** Det er ikke grunnlag for å kreve at landbruksmyndighetene foretar noen interesseavveining mellom regelsettene ved utforming av regler for markedsbalansering ... Det er følgende Stortinget og landbruks- og fiskerimyndighetene som avgjør unntakets konkrete rekkevidde gjennom lov, forskrift og avtaler. Konkurransemyndighetenes kompetanse til å håndheve §§ 10 og 11 innskrenkes i tråd med unntakets utstrekning. Innenfor unntakets område har sektormyndighetene [landbruksmyndighetene] eksklusiv kompetanse. Private søksmål med grunnlag i overtredelse av §§ 10 og 11 er også utelukket.»²² (Direktoratets uthevninger.)*

Unntaket fra konkurranseloven §§ 10 og 11 i unntaksforskriften gjelder kun primærnæringsen i landbruket. Klart utenfor unntaket faller derfor eksempelvis avtaler om hylleplassering mv. i dagligvarehandelen for ost fra Tine og andre meierier, noe Tine-saken, som endelig ble avgjort av Høyesterett i 2011 er et eksempel på.²³ Utover disse utgangspunktene er det likevel på det rene at det i grenselandet kan oppstå avgrensings- og tolkningstvil knyttet til rekkevidden av primærnæringsunntaket for landbruket i unntaksforskriften. Dette ble også kommentert i Konkurransetilsynets innspill til høringen i forkant av at unntaksforskriften ble innført i 2004. Konkurransetilsynet uttalte den gang at endringer i landbruksreguleringen som kan medføre at større deler også av foredlingsleddet unntas, først bør foretas etter at Konkurransetilsynet får uttale seg om eventuelle konkurranseskadelige virkninger.²⁴

Direktoratet er enig i at det noen ganger vil være naturlig med en dialog i forvaltningen om slike spørsmål. Det står likevel fast at det er landbruksmyndighetene som gjennom reguleringen av landbrukssektoren fastsetter rekkevidden av unntakene fra §§ 10 og 11, slik at det tilsvarende er naturlig at Konkurransetilsynet går i dialog med og involverer landbruksmyndighetene i forkant av saker hvor det kan oppstå grensedragningsspørsmål.

²¹ I forskriften er betegnelsen «landbruk» en samlebetegnelse for jordbruk, skogbruk og reindrift, se Nærings- og fiskeridepartementets merknader til unntaksforskriften (FOR-2004-04-23-651) gjengitt i Lovdata.

²² Evensen, konkurranselovens betydning for anvendelse av regelverket om markedsbalansering, s. 4-5.

²³ HR-2011-01251-A (Tine-saken).

²⁴ Konkurransetilsynets høringsinnspill av 10. mars 2004.

Unntaksforskriften hjemler kun unntak fra konkurranseloven §§ 10 og 11. De øvrige reglene i konkurranseloven, herunder kompetanse til å gripe inn mot foretakssammenslutninger som et ledd i fusjonskontrollen (§ 16), iverksette tiltak for å øke markedenes gjennomsiktighet eller påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak (§ 9), gjelder også for primærnæringen i landbrukssektoren. Foretakssammenslutninger er nok likevel lite aktuelt i den delen av verdikjeden som primærnæringsunntaket gjelder, dvs. primærprodusenter og deres organisasjoner, i praksis primærproduksjon og førstehåndsomsetning i samvirkelag.

Konkurransetilsynet har på den annen side i flere uttalelser hatt klare synspunkter når det gjelder organiseringen av markedsbalansering, jf. også Evensens notat (vedlagt) om dette, hvilket viser at andre deler av konkurranseloven håndheves også overfor primærnæringen.

For fullstendighets skyld, nevnes det også at konkurransemyndighetene gjennom forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14 kan vedta forskrifter som i prinsippet kan gi regler som griper inn også overfor primærprodusenter og deres organisasjoner. Denne kompetansen ble opprinnelig lagt til Kongen i statsråd (hvor Landbruks- og matdepartementet deltar og derigjennom skal være med å vedta forskriften), men kompetansen er nå delegert til departementet. At forskriftshjemmelen er lagt til departementsnivå, og at det er krav om forskrifts form, som bl.a. krever høring, viser at det er tatt hensyn til at landbrukspolitiske formål skal ivaretas, som forutsatt i forarbeidene, jf. over. Forskriftshjemmelen har blitt benyttet i noen få tilfeller, utenfor verdikjeden for mat.²⁵

Lovforslagets §§ 41 og 42

NFDs lovforslag går ut på å innføre et nytt markedsetterforskningsverktøy for Konkurransetilsynet som er tenkt som et supplement til konkurranseloven §§ 10 og 11.

For dette formålet foreslår NFD å innføre to nye bestemmelser i nye §§ 41 og 42.

Forslaget til ny § 41 omhandler igangsetting av markedsetterforskning. Utformingen av kompetansen til å starte markedsetterforskning er generell i den forstand at Konkurransetilsynet kan gjennomføre markedsetterforskning «*i ett eller flere markeder eller deler av markeder*», dvs. at bestemmelsen etter sin ordlyd også vil kunne omfatte primærnæringen landbruket, forutsatt at inngangsvilkåret om at «*det er forhold som tilsier at konkurransen er begrenset eller står i fare for å bli begrenset*» først er oppfylt.

Forslaget til ny § 42, som må leses i sammenheng med ny § 41, gir Konkurransetilsynet hjemmel til å pålegge avhjelpende tiltak i saker hvor det er åpnet markedsetterforskning såfremt det foreligger «*forhold som vesentlig begrenser eller er egnet til å vesentlig begrense konkurransen i strid med lovens formål.*» Det foreslås at avhjelpende tiltak kan være adferdsmessige eller strukturelle. Dette tilsvarer det man finner bl.a. i fusjonskontrollen og har sett i § 11-saker som avsluttes med avhjelpende tiltak.²⁶ Fordi hjemmelen til å starte markedsetterforskning i forslaget til ny § 41 er utformet generelt, jf. over, kan Konkurransetilsynet etter ordlyden gripe inn også mot primærnæringen i landbruket, og i så fall i deler av verdikjeden for mat som etter gjeldende rett faller utenfor adferdskontrollen.

Landbruksdirektoratets kommentarer til lovforslagets §§ 41 og 42

²⁵ Foreslått forskrift om forbud mot prisdiskriminering i dagligvaresektoren ble nylig lagt på is inntil videre.

²⁶ For et eksempel, se f.eks. Konkurransetilsynets vedtak V2022-1 (Foodora).

Direktoratet er positiv til og støtter et nytt markedsetterforskningsverktøy, men vil understreke at lovforslagets forhold til landbrukspolitikken (primærnæringsunntaket for landbruksvarer) tydelig må avklares. Dette er ikke tatt opp i NFDs høringsnotat. Det er dermed uklart om NFD med lovforslaget egentlig har til hensikt å innføre en kursendring i strid med det etablerte skillet og kompetansefordelingen mellom landbruks- og konkurransepolitikk i Norge, som har gode grunner for seg og som også er anerkjent internasjonalt.

NFD har uttalelser i høringsnotat som kan gi inntrykk av at forslaget til ny §§ 41 og 42 også i prinsippet er tiltenkt å kunne hjemle en kompetanse for Konkurransetilsynet til å gripe inn mot primærnæringen i landbruket. Om strukturelle utfordringer i verdikjeden for mat og dagligvarehandelen, heter det bl.a. i høringsnotatet at *«de mest sentrale hindringene er stordriftsfordeler knyttet til innkjøp, det norske importvernet for landbruksvarer, vertikal integrasjon og begrenset tilgang til attraktive lokaler»*, og at *«det kan være utfordrende å løse slike strukturelle markedsforhold gjennom dagens lovgivning.»*²⁷ Henvisningen bl.a. til importvernet for landbruksvarer ligger i kjernen av norske landbrukspolitiske virkemidler.

Videre i høringsnotatet heter det i relasjon til konkurransen i dagligvaremarkedet at *«bruken av et markedsetterforskningsverktøy gjør det mulig å ha en helhetlig tilnærming til slike utfordringer, som ikke nødvendigvis lar seg løse gjennom bruk av forbudsbestemmelsene [dvs. § 10 og 11] i konkurranseloven.»*²⁸ NFD omtaler et annet sted i høringsnotatet det foreslåtte markedsetterforskningsverktøyet som et verktøy som vil gi Konkurransetilsynet *«potensielt vidtrekkende og inngripende fullmakter.»*²⁹ Etter ordlyden i forslaget til ny §§ 41 og 42 vil disse vidtrekkende fullmaktene da også kunne omfatte primærnæringsunntaket.

Høringsnotatet har ingen omtale om hvordan den nye regelen skal forholde seg til primærnæringsunntaket, eller hvordan hensynet til landbrukspolitikken skal ivaretas. Det fremstår dermed også som uklart hvordan de nye bestemmelsene i §§ 41 og 42, slik disse nå er utformet, vil bli tolket og anvendt i praksis, men de synes å åpne for et brudd med det grunnleggende skillet mellom landbruks- og konkurransepolitikk som er redegjort for over.

Dette spørsmålet må drøftes og klargjøres i forarbeidene til loven, og medføre en samtidig endring i unntaksforskriften, for det tilfellet at markedsetterforskningsverktøyet blir innført.

Som nevnt over, er det uttalte formålet med markedsetterforskningsverktøyet at dette *«supplerer konkurranseloven §§ 10 og 11.»*³⁰ Behovet for et supplement til §§ 10 og 11 må forstås, slik det også fremgår av høringsnotatet, som et behov for regelverk som skal gjøre det mulig for Konkurransetilsynet å gripe inn mot flere typer av adferd som ikke rammes av de gjeldende forbudene i §§ 10 og 11. De alvorligste formene for konkurransekriminalitet og konkurransekadelig adferd rammes allerede av forbudene i §§ 10 og 11. Når det er forskriftsfestet et eget unntak fra forbudene i §§ 10 og 11 for primærnæringen i landbruket, gir det etter direktoratets syn ingen mening å gi forslaget til ny §§ 41 og 42 anvendelse for den samme næringen. Noe annet vil både være i strid med

²⁷ Høringsnotatet, s. 9.

²⁸ Høringsnotatet, s. 49.

²⁹ Høringsnotatet, s. 52.

³⁰ Høringsnotatet, s. 45.

systematikken som dagens lovgivning bygger på og dessuten inkonsistent opp mot de skadevirkninger lovgiver ønsker å ramme.

Det følger av forarbeidene til konkurranseloven at konkurranseloven (som er myndighetgrunnlaget til konkurransemyndighetene) ikke skal styre landbrukspolitikken, jf. sitatet om at innholdet i landbrukspolitikken ikke skal endres gjennom endringer i konkurranselovgivningen. Dagens lovgivning innebærer at konkurransemyndighetene ikke har kompetanse til å gripe inn mot primærprodusenter og deres organisasjoners adferd innenfor unntaksforskriften, jf. også Evensens kommentarer til kompetansefordelingen.

Dette betyr imidlertid ikke at primærprodusenter og deres organisasjoners adferd er helt unntatt fra konkurransehensyn. For det første, er det kun inngrep etter §§ 10 og 11 som unntaksforskriften gjør unntak for. For det andre tas det konkurransehensyn også innenfor Jordbruksavtalen, omsetningsloven med forskrifter og andre landbrukspolitiske reguleringer.

Ifølge forsyningsplikten skal markedsregulator gi konkurrenter tilgang til råvarer (slakt, egg, melk og korn) på like vilkår som egen kommersielle foredlingsvirksomhet. Markedsregulators mottakplikt skal sikre alle primærprodusenter (også de som ikke er medlemmer av samvirkene), avsetning for sin produksjon til de vilkår som gjelder på det aktuelle mottaksanlegget på det tidspunkt leveransen finner sted. Markedsregulators informasjonsplikt skal sikre at alle markedsaktører får samtidig og lik tilgang på informasjon om aktiviteter som markedsregulator utfører i kraft av reguleringsansvaret. For melkesektoren er det innført ytterligere konkurransefremmende tiltak i prisutjevningsforskriften.³¹ Disse virkemidlene innenfor landbrukspolitikken, er et utslag av at også landbruksmyndigheten tar konkurransehensyn i utøvelsen av sin eksklusive kompetanse til å regulere denne delen av verdikjeden for mat under primærnæringsunntaket.

Hvis forslaget til ny §§ 41 og 42 innføres i tråd med lovforslaget, og uten at det samtidig gjøres endringer i unntaksforskriften, vil dette etter direktoratets syn innebære et klart brudd med prinsippet om at konkurransemyndighetene ikke har kompetanse til å regulere den delen av verdikjeden for mat som omfatter primærprodusenter og deres organisasjoner, som bygger på særtrekk i denne sektoren. På denne måten kan sies at bestemmelsen utvider konkurranselovens virkeområde, i strid med prinsippet om at landbrukspolitikken ikke skal styres av konkurranseloven, uten at dette er drøftet av departementet i høringsnotatet.

Selv om forslaget til ny §§ 41 og 42, dersom de blir vedtatt, i seg selv ikke direkte endrer rammebetingelsene for norsk landbrukspolitikk, fordi det vil være opp til Konkurransetilsynets skjønn om de skal benytte markedsundersøkelsesverktøyet på en måte som kan komme i konflikt med jordbruksavtalen³² og omsetningsloven med forskrifter, må det forutsetningsvis være slik at når en kompetanse først gis, så er det fordi denne kompetansen faktisk også potensielt kan bli benyttet i praksis. Etter direktoratets syn fremstår det som lite tvilsomt at både kriteriene for å starte etterforskning og å pålegge avhjelpende tiltak etter forslaget til ny §§ 41 og 42 (som skal anvendes der §§ 10 og 11 ikke strekker til) ville være innfridd når det gjelder den virksomheten som

³¹ FOR-2007-06-29-832.

³² Det samme gjelder for reindriftsavtalen, se Nærings- og fiskeridepartementets merknader til unntaksforskriften (FOR-2004-04-23-651) gjengitt i Lovdata.

primærprodusentene og deres organisasjoner utfører med grunnlag i primærnæringsunntaket, og dermed vil man i realiteten også på den måten indirekte gi forbudene konkurranseloven §§ 10 og 11 anvendelse for landbruket, i strid med lovgivers forutsetninger og den klare skillelinjen på dette både i Norge og internasjonalt.

Det kan dertil bemerkes at det stadig i forbindelse med gjennomganger av de konkurransemessige utfordringene i verdikjeden for mat, blir pekt på at både importvernet, jordbruksavtalen med markedsreguleringen, representerer den største utfordringen når det gjelder konkurranse.³³ Det er dermed, slik Landbruksdirektoratet ser det, et klart behov for å opprettholde materielle regler som gir anvisning på et tydelig skille mellom landbruksmyndighetenes og konkurransemyndighetenes kompetanse til å regulere konkurransen når det gjelder primærprodusentene og deres organisasjoner på den ene side, og den øvrige verdikjeden for mat på den andre siden. Dette vil være i tråd med de føringer lovgiver har lagt i forarbeidene til konkurranseloven og etablert praksis både i Norge og EU.

Oppsummering og konklusjon

Landbruksdirektoratet er positiv til og støtter et nytt markedsetterforskningsverktøy, men understreker at lovgiver må drøfte og ta aktivt stilling til forholdet til primærnæringsunntaket i forarbeidene. Direktoratets syn er at det må innføres endringer i unntaksforskriften §§ 1 og 2, ved at det tas inn ny ordlyd og henvisninger også til ny §§ 41 og 42 i konkurranseloven i de nevnte bestemmelsene i unntaksforskriften, slik at markedsføringsverktøyet gis samme rekkevidde som §§ 10 og 11 i relasjon til landbruket.

Med hilsen
for Landbruksdirektoratet

Jørn Rolfsen
administrerende direktør

Hans Peder Hvide Bang
seniorrådgiver - jurist

Dokumentet er elektronisk godkjent og trenger derfor ingen signatur.

Mottakere:
Nærings- og fiskeridepartementet Pb 8090 Dep

0032 OSLO

Vedlegg:
Evensen Konkurranseloven og markedsbalansering 22.06.18

³³ Se f.eks. Oslo Economics – Konkurransen i meierimarkedet og Konkurransetilsynets dagligvarerapport 2022.



NOTAT

Til: Landbruksdirektoratet
Fra: Advokatfirmaet Føyen Torkildsen AS v/Advokat Harald Evensen
Ansvarlig advokat: Harald Evensen
Dato: 22. juni 2018
Vår ref.: 507932

KONKURRANSELOVENS BETYDNING FOR ANVENDELSE AV REGELVERKET OM MARKEDSBALANSERING

1. INNLEDNING

Vi har fått i oppdrag av Landbruksdirektoratet å foreta en grunnleggende analyse av gjeldende rett når det gjelder hvilken betydning konkurranseloven har for utforming og anvendelse av regelverket om markedsbalanseringen i jordbruket. Formålet er å kunne foreta rettslig holdbare avveininger mellom landbrukspolitikk og konkurranse, og gjennom dette legge nødvendig vekt på målet om å hindre konkurransevridning.

Analysen vil også måtte omhandle kompetansefordelingen mellom landbruksmyndighetene, herunder Omsetningsrådet, og Konkurransetilsynet, og hvilket ansvar landbruksmyndighetene har for å ivareta konkurranserettslige hensyn i utviklingen og praktiseringen av omsetningsloven.

Direktoratet ønsker et kort notat på tre til fem sider, eventuelt med anbefaling om ytterligere utredningsbehov.

2. OPPSUMMERING

Unntaksforskriften gir primærprodusenter og deres organisasjoner unntak fra forbudene i konkurranseloven §§ 10 og 11. Det er landbruksmyndighetene som bestemmer unntaket rekkevidde gjennom innholdet i lover, forskrifter og avtaler med primærprodusentenes organisasjoner. Landbruksmyndighetene har eksklusiv kompetanse innenfor unntaket, og plikter etter landbrukspolitiske føringer å ta konkurransemessige hensyn og unngå unødig konkurransevridning ved gjennomføring av markedsregulering. Konkurransesfaglig veiledning fra konkurransemyndighetenes vedtak, særlig fra saker på landbruksmarkedene bør tillegges stor vekt.



3. UTGANGSPUNKT

Unntaksforskriften¹ § 2 bestemmer at forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10 og forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i konkurranseloven § 11, ikke kommer til anvendelse på atferd utført av primærprodusenter innen landbruk og fiske eller deres organisasjoner. Dette gjelder så lenge atferden er i samsvar med lov eller forskrift som regulerer produksjon eller omsetning, eller avtale mellom staten og næringsorganisasjoner som regulerer omsetning av landbruks- og fiskeriprodukter.

Unntaket omfatter ikke andre av Konkurransetilsynets oppgaver, som kontroll med foretakssammenslutninger og konkurransefremmende tiltak.

Forskriften viderefører unntaket i konkurranseloven 1993 § 3-8, men har forskjellig rekkevidde, ettersom unntaket nå er knyttet til landbrukspolitisk bestemte lover, forskrifter og avtaler, samt at det nå omfatter utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.²

Unntaket gjelder kun atferd utført av primærprodusenter og deres organisasjoner.³ Avtaler og samarbeid med andre aktører omfattes ikke. I dag er det bare jordbruksavtalen (hovedavtalen og de årlige jordbruksavtalene) og reindriftsavtalen som har unntak etter avtalealternativet i bokstav b.

4. REKKEVIDDE OG KOMPETANSEFORDELING

Ved konkurranseloven 2004 ble unntaket flyttet fra loven til forskrift. Formålet er fleksibilitet, slik at det er den til enhver tid gjeldende landbruks- og fiskeripolitikk som skal sette grensen mot konkurranselovens atferdsregler. Denne fastlegges av Stortinget og sektormyndighetene.⁴ Markedsregulering som finnes nødvendig for å fremme landbruks- og fiskeripolitikken vil overstyre konkurransepolitiske hensyn.⁵

Det er følgelig Stortinget og landbruks- og fiskerimyndighetene som avgjør unntakets konkrete rekkevidde gjennom lov, forskrift og avtaler. Konkurransemyndighetenes kompetanse til å håndheve §§ 10 og 11 innskrenkes i tråd med unntakets utstrekning. Innenfor unntakets område har sektormyndighetene eksklusiv kompetanse. Private søksmål med grunnlag i overtredelse av §§ 10 og 11 er også utelukket.

Unntaket gjelder opptreden som er «i samsvar med» hjemmelsgrunnlaget. Dette omfatter klart nok tilfeller hvor hjemmelsgrunnlaget gir direkte pålegg om en bestemt opptreden. Har partene frihet til å bestemme om og i hvilket omfang et samarbeid eller en handling skal gjennomføres, må opptredenen ligge innenfor hjemmelsgrunnlagets ramme, herunder at den kan anses forutsatt eller være nødvendig eller hensiktsmessig for å oppfylle formålet med hjemmelsgrunnlaget. For

¹ Forskrift om unntak for samarbeid mv. innen landbruk og fiske, FOR-2004-04-23-651, hjemlet i konkurranseloven § 3 annen setning.

² Konkurranseloven § 10 har et videre nedslagsfelt enn de tidligere §§ 3-1, 3-2 og 3-3, og forbyr atferd som tidligere var tillatt inntil Konkurransetilsynet nedla forbud. Her kunne tilsynet i prinsippet ha grepet inn med forbud og pålegg. Det samme gjelder de handlinger som i dag forbys av konkurranseloven § 11.

³ De som frembringer produktene, samt landbrukssamvirkene og fiskesalgslagene og tilsvarende organisasjoner, se merknader til forskriften § 2.

⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 38-39, Innst. O. nr. 50 (2003-2004) s. 33 flg.

⁵ Forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 3 annet ledd pålegger Kongen i statsråd å fastsette de unntak fra §§ 10 og 11 «som er nødvendige for å gjennomføre landbruks- og fiskeripolitikken.» Gjennom unntaksforskriften er det landbruksmyndighetene som definerer behovet for unntak ut fra hva som er behovet i henhold til landbrukspolitiske mål, herunder målet om minst mulig konkurransevridning, se kapittel 6.



eksempel kan forskrift eller avtale bestemme eller forutsette innkjøpssamarbeid eller felles fastsettelse av utsalgspriser for enkelte varer. Samarbeid om andre varer eller om fastsettelse av bindende videresalgspriser vil ikke være dekket, og dermed forbudt.⁶ Her kan det oppstå grensedragnings spørsmål om ikke forskriftsbestemmelser, avtaler eller retningslinjer er klare på hvilken atferd som hjemles.

Som nevnt gjelder unntaket kun atferdsreglene i konkurranseloven §§ 10 og 11. De øvrige bestemmelsene i konkurranseloven gjelder også for landbruk og fiske, herunder kontroll med foretakssammenslutninger og Konkurransetilsynets konkurransefremmende oppgaver. Etter § 9 bokstav c kan tilsynet iverksette tiltak for å øke markedenes gjennomsiktighet, for eksempel påby prisopplysning etter § 23. Etter § 9 bokstav e har tilsynet også til oppgave påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak, og kan kreve redegjørelse for hvordan de konkurranserettslige hensyn vil bli ivaretatt. Konkurransetilsynet har i flere uttalelser hatt klare synspunkter når det gjelder organiseringen av markedsbalansering, og er særlig kritisk til at de fora som skapes i forbindelse med dette, legger til rette for konkurransebegrensende informasjonsdeling.⁷ Etter konkurranseloven § 14 kan departementet ved forskrift gripe inn mot konkurransebegrensende avtaler, vilkår og handlinger dersom det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene.⁸ Men man kan nok legge til grunn at konkurransemyndighetene vil respektere landbruksmyndighetenes kompetanse når det gjelder markedsbalanseringstiltak.

5. FORHOLDET TIL EØS-AVTALEN

EØS-avtalens regler går foran nasjonal lov. Avtaler som gjelder produksjon og salg av produkter som faller innenfor EØS-avtalens virkeområde⁹ er derfor underlagt de tilsvarende forbudene i EØS-avtalen artikler 53 og 54 når avtalen har samhandelspåvirkning. Opptreden i tråd med statlige pålegg, for eksempel i forskrift, faller utenfor. Det kan tenkes at artikkel 59 vil begrense statens handlingsrom når det gjelder utformingen av pålegg til en aktør om å forestå markedsregulering, som i så fall må skje på den minst inngripende måte.

De aller fleste jordbruks- og fiskeriprodukter faller utenfor EØS-avtalen. Artikkel 19 forplikter partene til å arbeide for liberalisering av handel med jordbruksprodukter. Suksessive avtaler med EU kan sette begrensninger for norsk markedsregulering, dette behandles ikke her.¹⁰ Protokoll 9 artikkel 4 kan i praksis legge begrensninger på markedsregulering innen fiskeri og havbruk, ettersom det her plikt til å justere markedsorganiseringen slik at den ikke leder til konkurranseforstyrrelser.¹¹

⁶ Forskrift om samarbeid om produksjon og omsetning av visse hagebruks-, gartneri- og fjørfekjøttprodukter mv. 30. juni 2004 nr. 1104 gir for eksempel bare unntak for samarbeid (§ 10), ikke for ensidig atferd (§ 11).

⁷ Se for eksempel tilsynets brev av 4. oktober 2016, uttalelse om forslag om markedsbalansering fra KLF og Nortura, og høringsuttalelse av 2015 om Hjelmengutvalgets utredning. Se også Konkurransen i Norge (2009) hvor tilsynet vurderer melke- og meierisektoren, opplyser at det har etablert en bruttomarginovervåkning, samt kommer med konkrete anbefalinger til konkurransefremmende tiltak.

⁸ Nærings- og fiskeridepartementet, jf. forskrift av 14. juni 2013 nr. 634.

⁹ Artikkel 8 bestemmer at avtalen gjelder produkter innen tolltariffens (det harmoniserte system) kapitler 25-97, unntatt produkter listet i «unntakslisten» protokoll 2, samt produkter på «tilleggslisten» i protokoll 3 (hvor noen landbruksvarer inngår).

¹⁰ Gjeldende avtale trådte i kraft i 2012, ny avtale er til behandling i Stortinget og EU parlamentet, og ventes i kraft i 2019, Prop 115 S (2016-2017).

¹¹ Protokoll 9 til EØS-avtalen artikkel 20. ESA har ikke kompetanse til å håndheve reglene i protokoll 9, men mottiltak i form av anti-dumping tiltak fra EU kan skje.



Skogbruksprodukter er omfattet av EØS-avtalen. Tolltariffen kapittel 44 omfatter tømmer, trelast og en mengde bearbejdede trevarer.¹² Ordninger som har samhandelspåvirkning må derfor være i overensstemmelse med artiklene 53 og 54, og artikkel 59 dersom den er relevant.

6. KONKURRANSEHENSYN I UTFORMINGEN AV REGELVERKET OM MARKEDSBALANSERING

Konkurranselovens formål er effektiv bruk av samfunnets ressurser gjennom konkurranse som virkemiddel.¹³ Disse hensyn gjelder generelt også for landbrukssektoren, og vil være førende for konkurransemyndighetenes aktivitet her. Konkurranseloven har imidlertid ingen handlingsregler som binder landbruksmyndighetene, og legger ingen plikter på dem når det gjelder å ta konkurransemessige hensyn. Landbruksmyndighetene må som andre følge norsk lov, men det er vanskelig å se at konkurranseovens formålsbestemmelse skal begrense landbruksmyndighetenes skjønnsmyndighet.

Når det gjelder tilfeller av målkonflikt mellom konkurransepolitikken og landbrukspolitikken, er dette avklart gjennom forarbeidene til konkurranseoven hvor det heter at sektormyndighetenes reguleringer fastlegger omfang og innhold av unntaksforskriften.¹⁴ Landbruksmyndighetene kan skyve konkurranseoven §§ 10 og 11 til side gjennom sine reguleringer. Det er ikke grunnlag for å kreve at landbruksmyndighetene foretar noen interesseavveining mellom regelsettene ved utforming av regler for markedsbalansering.

I landbrukets eget regelverk foreligger det klare føringer om at Omsetningsrådets vedtak og markedsreguleringer som vedtas eller avtales skal utformes slik at de i minst mulig grad påvirker konkurranseforholdene.¹⁵ Politisk er det også klare signaler om en mer markedsrettet landbrukspolitikk. Regjeringen ønsker mindre politisk styring og mer markedsretting av den jordbruksbaserte verdikjeden.¹⁶ Stortingets næringskomité påpekte nylig at dagens system for markedsbalansering innebærer et effektivitetstap knyttet til over- og underproduksjon.¹⁷ Regelverksutformingen skal ha hindring av konkurransevridning som en av flere målsettinger.¹⁸

Landbrukspolitikkens fire overordnede mål er matsikkerhet, landbruk over hele landet, økt verdiskapning og bærekraftig landbruk. I tillegg er det også uttalte mål å sikre produsentenes inntekter, forutsigbarhet i avsetningen og stabil forsyning av varer i alle markeder til tilnærmet lik pris. Markedsbalansering kan sies å spille en avgjørende rolle som virkemiddel.¹⁹ I utformingen av virkemidler vil føringene fra landbrukets regelverk og politisk hold innebære at konkurransereglene og konkurranseøkonomiske vurderinger både er relevante og må vektlegges. Ved målkonflikt vil de landbrukspolitiske målene gå foran, men føringene gitt på overordnet politisk nivå og av sektormyndighetene, indikerer klart en plikt til å vurdere konkurransevirkningene av tiltak, og om markedsløsninger kan være formålstjenlige. Etter mitt syn er det imidlertid ikke grunnlag for å

¹² Se for eksempel inngrep mot skogbruksavtalene i saker COM 020.0131 og 0132 for EFTAs overvåkningsorgan.

¹³ Konkurranseloven § 1.

¹⁴ Innst. O. nr. 50 (2003-2004) s. 33 flg. Se også Ot.Prp. nr. 6 (2003-2004) s. 33 hvor det heter at løsning av motstrid bør skje på overordnet politisk nivå.

¹⁵ Se Forskrift om Omsetningsrådets myndighet vedrørende markedsregulering for jordbruksråvarer 1. juli 2003 nr. 919 § 1 og Forskrift om fremme av markedsregulering til å fremme omsetningen av jordbruksvarer 22. oktober 2008 nr. 1136 § 1.

¹⁶ Se kap. 1.1 i næringskomiteens innstilling, Meld. St.11 (2016-2017).

¹⁷ Ibid s. 6.

¹⁸ Brev fra Landbruks- og matdepartementet til Landbruksdirektoratet 28. september 2017.

¹⁹ Importvern og RÅK-tilskudd er også viktige virkemidler.



pålegge landbruksmyndighetene å velge løsningen som gir minst konkurransevridning, dette må balanseres mot de landbrukspolitiske målene, som har forrang.

Det er landbruksmyndighetene som ved utformingen av regelverk og tiltak skal ivareta målet om å unngå konkurransevridning.²⁰ Landbruksmyndighetene har enekompetanse på området som unntas fra konkurranseloven §§ 10 og 11, og her er minst mulig konkurransevridning et landbrukspolitisk mål.

Den konkrete vurderingen vil variere med hvilke markedssegmenter det dreier seg om og hvilke typer reguleringer som vurderes endret eller innført. Både Hjelmeng-utvalget og næringskomiteen påpeker at konkurranseforholdene og reguleringsteknikken varierer sterkt fra område til område.

En vurdering av hvilke konkurransevirkninger tiltak vil ha vil naturlig blant annet omfatte:

- Virkninger av asymmetrisk informasjonstilgang, særlig i forbindelse med at dominerende markedsaktører har markedsregulatorrolle,
- Adgangsbarrierer som følge av begrenset tilgang på råvarer gjennom volumbegrensninger, fortrinnsrett eller priser, eller at markedsregulators mottakspflicht begrenser muligheter for alternativ forsyningskjede,
- Konkurransevridning gjennom over- eller underkompensasjon for markedsreguleringstiltak, eller redusert fleksibilitet i markedstilpasning på grunn av praktiseringen av reguleringstiltak,
- Plassering av markedsregulatorrollen hos markedsaktører, om det finnes alternative virkemidler.

Disse vurderingene må baseres på konkurransefaglig anerkjente metoder. Avgjørelser fra konkurransemyndighetene vil derfor ha betydning for landbruksmyndighetenes vurdering av virkemidler for markedsbalansering. Konkurransemyndighetenes vurderinger av forholdene på landbruksmarkedene, for eksempel i fusjonssaker, bør tillegges tung vekt ved vurderingen av de foreslåtte løsningers konkurransemessige virkninger.

Konkurransetilsynet har avgitt flere uttalelser om landbruk i forbindelse med rapporter og høringer. Disse er faglig funderte, men gir også ofte uttrykk for konkurransepolitiske synspunkter. Unntaksforskriften uttrykker Stortingets vilje om at landbrukspolitiske hensyn skal veie tyngre enn konkurransehensyn når det finnes nødvendig. Konkurransetilsynets uttalelser vil være relevante faglige innspill til landbruksmyndighetenes konkurransevurderinger, men det må ved vektleggingen tas hensyn til at konkurransepolitikken er underordnet landbrukspolitikken.

Advokatfirmaet Føyen Torkildsen AS

Harald Evensen
Advokat
he@foyentorkildsen.no

²⁰ Men konkurransemyndighetene har kompetanse utenfor §§ 10 og 11, se kapittel 4 ovenfor.