

Nærings- og Fiskeridepartementet
postmottak@nfd.dep.no

Dato: 30. juni 2023
Vår ref: /Melnin
Deres ref: 23/2063-1

SVAR PÅ HØRING OM FORSLAG TIL ENDRINGER I KONKURRANSELOVEN M.M. - MARKEDSETTERFORSKNING OG UTREDNING AV OVERTREDELSES- GEBYR OG LEDELSESKARANTENE MOT FYSISKE PERSONER

1. Innledning

TINE viser til høringsnotat av 31. mars 2023 fra Nærings- og fiskeridepartementet (Høringsnotatet).

TINE stiller seg positiv til å innføre tiltak som bidrar til sunn og effektiv konkurranse, og at disse skal gjelde generelt for alle bransjer og alle deler av verdikjeden. Det forslaget som fremmes i Høringsnotatet, kan imidlertid medføre svært inngripende konsekvenser for norske foretak. Etter TINEs oppfatning krever det en grundigere og mer uavhengig utredning enn det som ligger til grunn for forslaget.

I tillegg til prosessen har TINE merknader til fraværet av primærnæringsunntak for markedsetterforskningsverktøyet, adgangen til å pålegge midlertidige tiltak, bekymringer knyttet til ressursbruken og forholdet til relevante sektormyndigheter.

2. Merknader til prosessen

I forbindelse med høringen av forslaget om forbud mot usaklige forskjeller i innkjøpspriser i verdikjeden for mat og dagligvarer, ba departementet også om høringsinstansens syn på innføringen av et markedsetterforskningsverktøy. TINE ga da uttrykk for viktigheten av en grundig prosess.¹

Det er TINEs vurdering at det arbeidet som ligger til grunn for høringen, ikke er tilstrekkelig grundig sett i lys av de inngripende konsekvensene bruken av det foreslåtte verktøyet vil kunne få for norske foretak. Etter TINEs syn bør det gjennomføres en grundigere utredning

¹ TINEs brev av 16. desember 2022 punkt 7.

uavhengig av konkurransemyndighetene. Fortrinnsvis bør den foretas av et offentlig utvalg slik at arbeidet kan munne ut i en NOU.

Et eksempel på problemstillinger som TINE mener er mangelfullt utredet i Høringsnotatet, er forholdet til Grunnloven og EMK, og da særlig beskyttelsen av eiendomsretten i GrL § 105 og EMK P1-1. Spesielt pålegg om strukturelle avhjelpende tiltak vil kunne påføre foretakene omfattende økonomiske tap. Det bør utredes nærmere hvilke rettigheter foretakene og eierne av foretakene vil ha dersom Konkurransetilsynet pålegger slike tiltak, herunder også hvilke kostnader (i form av erstatning til foretakene) det vil kunne ha for staten dersom slike tiltak gjennomføres.

Kostnadene for foretak som pålegges atferdsregulerende tiltak bør også utredes nærmere. Slike tiltak kan tvinge foretakene til en markedsatferd som avviker fra det som ellers ville vært optimalt, og dermed påføre foretakene et økonomisk tap. Dette tapet må avveies mot eventuelle samfunnsøkonomiske gevinster ved de aktuelle avhjelpende tiltakene.

TINE er videre bekymret for kostnadene for partene i en markedsetterforskningsprosess. Dette gjelder både perioden hvor Konkurransetilsynet gjennomfører markedsetterforskningen, og eventuelt i gjennomføringsperioden for det tilfellet det pålegges tiltak. Det vil kreve betydelig intern ressursbruk hos de berørte foretakene, i tillegg til store kostnader knyttet til eksterne advokater og andre rådgivere, forvalter², mm. Til illustrasjon oppnevnte Konkurransetilsynet i 2020 forvalter for å overse etterlevelsen av de avhjelpende atferdstiltakene i tilsynets vedtak V2020-20 Ringnes Norge AS for en periode på seks og et halvt år.

Ovennevnte forhold er etter TINEs vurdering, ikke tilstrekkelig vurdert i Høringsnotatet.

3 Primærnæringsunntaket

Konkurranseloven § 3 annet ledd annet punktum pålegger Kongen i statsråd (Regjeringen) å fastsette de unntak fra lovens forbudsbestemmelser som er nødvendige for å gjennomføre landbruks- og fiskeripolitikken. Bestemmelsen er et resultat av et bredt politisk flertall for at den til enhver tid gjeldende landbrukspolitik skal gå foran konkurranseloven.

I tråd med nevnte bestemmelse fastsatte regjeringen en unntaksforskrift 23. april 2004 («primærnæringsunntaket»). Forskriften inneholder unntak fra forbudsbestemmelsene i konkurranseloven §§ 10 og 11 for samarbeid mellom, eller ensidige handlinger foretatt av, primærprodusenter eller deres organisasjoner som er i samsvar med

- lov eller forskrift som regulerer produksjon eller omsetning av landbruks- og fiskeriprodukter (for landbrukets del er dette først og fremst omsetningsloven med forskrifter), eller
- avtale mellom staten og næringsorganisasjoner som regulerer produksjon eller omsetning av landbruks- og fiskeriprodukter (for landbrukets del gjelder dette først og fremst Jordbruksavtalen).

² Konkurransetilsynet vil trolig alltid oppnevne forvalter i slike saker, og særlig ved atferdstiltak vil en slik forvalterperiode normalt strekke seg over en lang periode.

Det fremgår av forskriften at "produksjon og omsetning" i denne sammenheng også skal omfatte forskning og utvikling, foredling, distribusjon, markedsføring og andre tiltak for å bringe produktet frem til markedet.

Et sentralt poeng med forslaget til nytt markedsetterforskningsverktøy, er at Konkurransetilsynet skal gis kompetanse til å iverksette en markedsetterforskning med eventuelle påfølgende tiltak (påbud) i tilfeller hvor det ikke foreligger overtredelse av konkurranselovens forbud. Siden primærnæringsunntaket kun gjelder unntak fra forbudsbestemmelsene, innebærer det at tilsynet vil få kompetanse til å iverksette markedsetterforskning og pålegge tiltak også der det foreligger mulige konkurransebegrensninger som følger av ordninger mv. som utgjør en nødvendig del av det som til enhver tid er norsk landbrukspolitikk. TINE mener at dette kan uthule effekten av primærnæringsunntaket og prinsippet om at landbrukspolitikken ikke skal styres av konkurransepolitikken.

Forholdet til primærnæringsunntaket er ikke nevnt i Høringsnotatet. For å sikre effektiv gjennomføring av landbrukspolitikken, må det inntas et slikt unntak også fra de foreslåtte reglene om markedsetterforskningsverktøy.

Et unntak kan inntas i konkurranseloven nytt kapittel 9, eller i § 3 annet ledd annet punktum (etterfulgt av endringer i kongelig resolusjon datert 23. april 2004).

For enkelhets og oversikts skyld anbefaler vi første alternativt; at det inntas et eget primærnæringsunntak i kapittel 9, for eksempel som § 41 nytt femte ledd. Et slikt unntak kan for eksempel lyde som følger:

"Konkurransetilsynet er avskåret fra å gjennomføre markedsetterforskning knyttet til atferd som er nødvendig for å gjennomføre norsk landbruks- og fiskeripolitikk, herunder atferd som er unntatt fra §§ 10 og 11 i medhold av § 3 annet ledd annet punktum."

4 Midlertidige avhjelpende tiltak

I Høringsnotatet foreslås det i § 42 første ledd a) – c) at Konkurransetilsynet skal kunne pålegge midlertidige avhjelpende tiltak mens markedsetterforskningen pågår dersom det er nødvendig. Det fremgår av forslaget at midlertidige avhjelpende tiltak kan være nødvendig dersom

- det er fare for at konkurransen vil bli skadet eller begrenset på en mer alvorlig eller varig måte dersom midlertidige tiltak ikke blir iverksatt før markedsetterforskningen er gjennomført, eller
- midlertidige tiltak er nødvendige for å unngå pålegg om mer inngripende tiltak etter gjennomført markedsetterforskning, eller
- midlertidige tiltak er nødvendig for å hindre pågående skade på konkurransen.

Det følger av forslaget § 42 tredje ledd at en markedsetterforskning kan pågå i 18 måneder. I særlige tilfeller kan Konkurransetilsynet forlenge fristen med seks måneder. En slik etterforskning kan således vare i inntil 24 måneder.

TINE ser at det kan være et saklig behov for midlertidige avhjelpende tiltak mens en markedsetterforskning pågår. Vi mener imidlertid at terskelen for at Konkurransetilsynet skal kunne pålegge midlertidige avhjelpende tiltak må heves, ved at vilkårene kvalifiseres.

Dette må sees i lys av at også midlertidige tiltak vil kunne være svært inngripende for de berørte foretakene. Til tross for at tiltakene er midlertidige, vil de kunne påføre partene og andre foretak uopprettelig skade og påfølgende økonomisk tap. I tilfeller hvor midlertidige tiltak ikke følges opp av tilsvarende mer varige tiltak, vil det for partene kunne ta lang tid å gjenopprette den kommersielle posisjonen parten hadde på markedet før de midlertidige tiltakene trådte i kraft. I noen tilfeller vil partene aldri kunne gjenopprette denne posisjonen.

5 Samarbeid med relevant sektormyndighet

I Høringsnotatet henvises det ofte til det markedsetterforskningsverktøyet som den britiske konkurransemyndigheten (CMA) har. Av beskrivelsen i notatet punkt 5.4 fremgår det at CMA i sine etterforskninger ofte samarbeider tett med den eller de relevante sektormyndighetene.

I de sektorene som nevnes særskilt som aktuelle markeder i Høringsnotat, er det allerede én eller flere sektormyndigheter/-tilsyn som har et særlig ansvar for å overvåke at disse markedene fungerer optimalt. Som eksempel kan nevnes:

- Landbruksdirektoratet
- Dagligvaretilsynet
- Forbrukerrådet og Forbrukertilsynet
- Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (nkom)

Dersom det skal gjennomføres en markedsetterforskning innenfor disse markedene, bør Konkurransetilsynet samarbeide tett med sektormyndigheten. Eventuelle avhjelpende tiltak hjemlet i konkurranseloven kapittel 9 må vurderes i sammenheng med summen av alle relevante sektorregulatoriske tiltak. Det vil være hensiktsmessig at Konkurransetilsynet koordinerer seg med sektormyndigheten(e), både i spørsmålet om det skal åpnes en markedsetterforskning, om det skal pålegges avhjelpende tiltak og i så fall hva disse tiltakene skal gå ut på.

Samarbeid med relevant sektormyndighet om gjennomføringen og utfallet av en markedsetterforskning er ikke nevnt i Høringsnotatet. Dette er en svakhet som bør rettes opp.

ooo0ooo

Med vennlig hilsen
TINE SA



Nina Melandsø
Advokat/Juridisk direktør