

Landbruks- og matdep.	
Saksnr:	2006/1317-31
Mottatt:	1 JAN 2006 ASR/SEB
Saksbehandler:	ASU 480
Kopi:	

Landbruks- og matdepartementet

Postboks 8007 Dep
0030 OSLO 1

Elverum, 15. januar 2006

Vår saksbehandler:

Vår ref.:
fhj

Deres ref.:
200603163-/HAS

Høringsuttalelse – Forskrift om konkurransebegrensende virksomhet i skogbruket

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev og høringsnotat av 18. oktober 2006, der departementet fremmer forslag til forskrift om konkurransebegrensende virksomhet i skogbruket. Dette brevet inneholder høringsuttalelsen til SB SKOG.

Markedet for tømmer og enkelte skoglige tjenester preges i dag av få og store aktører. Skogeierne andelslag under Norges Skogeierforbund deler landet seg imellom, og har samlet sett en markedsandel innenfor tømmeromsetning på oppunder 80 %, - i enkelte regioner mer enn dette. Utfordrerne til andelslagene er i hovedsak Nortømmer AS eller SB SKOG AS, som til sammen har ca. 15% markedsandel.

Skogeiersamvirket har bygd opp sin dominerende posisjon og finansielle styrke gjennom mange år med sentrale prisreguleringer for tømmer og omsetningsplikt gjennom skogeierforeningene.

Konkurranse er et nødvendig virkemiddel for å oppnå effektiv bruk av samfunnets ressurser. Bygdforsk (2006) hevder i sin rapporten "Den nye skogeieren. Hvordan øke hogsten i Trøndelag?" at mer konkurranse i skogbruksnæringa vil fremme de næringspolitiske mål som er satt.

Her heter det bl.a.: "Skogeierforeninga Nord (kommende Allskog) har stor dominans i Nord- og Sør-Trøndelag. Det både som tømmerhandler, leverandør av takstdatatjenester, privat veiledningstjeneste av skogeiere og som medlemsorganisasjon. Det har en slik dominans at en fullstendig analyse av verdikjedens systemer og mekanismer trolig ville ha vist at skogsystemet er fullstendig dominert av Skogeierforeninga. Det meste av det som skjer i verdikjeden skog "løfter seg inn" til Skogeierforeninga Nord." "Vi vil argumentere for at det er nødvendig med større konkurranse blant tømmerforhandlerne i Trøndelag for å mobilisere mer tømmer til foredlingsindustrien." ... "...ut fra dagens situasjon vil økt konkurranse mellom tømmerforhandlere sannsynligvis føre til økt proaktiv innsats i forhold til skogeierne; bidra til å optimalisere hva skogeiere kan sitte igjen med i lommeboka etter hogst; bidra til at kontaktforsøkene som tømmerforhandlerne gjør overfor skogeiere blir maksimalt tilrettelagt ..."

E-mail: frode.hjorth@sbskog.no

Vi tror at Bygdeforsk sin beskrivelse av forholdene i Trøndelag også har gyldighet for øvrige områder i landet.

Vi mener at skogbruket trenger mer konkurranse og ikke mindre. Forskriften bør derfor ikke vedtas, eventuelt bare vedtas etter omfattende endring. Dette ut i fra at:

- Vi ikke kan se at de næringspolitiske mål tilsier behov for konkurransehemmende tiltak
- Vi er tvilende til at det foreligger behov for en slik forskrift
- Forslaget til forskrift går lenger enn det hjemmelsgrunnlaget tilsier ved at den åpner for misbruk av dominerende stilling
- Saken virker dårlig utredet fra departementets side:
 - o Departementet grunngir ikke hvorfor det er nødvendig med et unntak fra konkurransereglene eller hvilke typer samarbeid som kan utøves uten hinder av konkurranselovens §10 og §11
 - o Forslaget skaper tvil om hvorvidt forskriften er ment å være et generelt unntak fra konkurranseloven, eller om det er en spesifisering av landbruksunntaket i samme lov
 - o Departementet har ikke utredet forholdet til EØS-avtalens regler
 - o Forskriften er basert på usikre forutsetninger og kan gi store negative konsekvenser

2. Foreligger behov for en slik forskrift som departementet foreslår?

SB SKOG er tvilende til om det er behov for et slikt unntak departementet foreslår. For det første kan det vises til det såkalte landbruksunntaket i konkurranseloven¹, som også inkluderer skogbruk. Ved å gi en forskrift i medhold av skogbrukslova gir departementet tilsynelatende en forskrift som regulerer det samme som landbruksunntaket etter konkurranseloven. Dette forholdet burde vært omtalt i høringsbrevet og må avklares før et eventuelt nytt unntak for skogbruket vedtas.

Det er antagelig to måter å se departementets forslag på:

- 1) Landbruks- og matdepartementet ønsker at forslaget skal gi den hjemmel som det generelle landbruksunntaket etterlyser²,
- 2) Forslaget er ment som et generelt unntak fra konkurranseloven, uavhengig av det generelle landbruksunntaket.

Forslaget, slik det er utformet, er imidlertid ikke egnet til å gi tilstrekkelig hjemmel for anvendelse av det generelle landbruksunntaket. Til dette er utformingen altfor generell. Forskriften forklarer

¹ Forskrift om unntak for samarbeid mv. innen landbruk og fiske FOR-2004-04-23-651

² Jf landbruksunntaket § 2 som lyder: *Unntak for produksjon og omsetning som er regulert i lov, forskrift eller i avtale mellom staten og næringsorganisasjoner*

Konkurranseloven § 10 og § 11 kommer ikke til anvendelse på avtaler, beslutninger, samordnet opptreden mellom, eller ensidige handlinger foretatt av, primærprodusenter eller deres organisasjoner som er i samsvar med:

- a) lov eller forskrift som regulerer produksjon eller omsetning av landbruks- og fiskeriprodukter, eller
- b) avtale mellom staten og næringsorganisasjoner som regulerer produksjon eller omsetning av landbruks- og fiskeriprodukter.

Produksjon og omsetning skal i denne sammenheng også omfatte forskning og utvikling, foredling, distribusjon, markedsføring og andre tiltak for å bringe produktet frem til markedet.

ikke hvorfor de opplistede typer samarbeid må være lovlige sett i sammenheng med norsk skogbrukspolitikk. Forslaget er derfor ikke egnet til å oppfylle rollen til alternativ 1) ovenfor.

Konkurranselovens § 3 inneholder grunnprinsippet for landbruksunntaket; "Kongen i statsråd skal ved forskrift fastsette de unntak fra §§10 og 11 som er nødvendige for å gjennomføre landbruks- og fiskeripolitikken" (vår understrekning). Det foreligger altså et nødvendighetskrav. Det kan her også vises til høringsbrevet³ til det tidligere Arbeids- og administrasjonsdepartementets vedtagelsen av det generelle landbruksunntaket. Her uttaler AAD at "*etter departementets syn bør unntaksbestemmelsen for fiskeri og landbruk utformes mer presist, slik at den bare omfatter de aktiviteter som er nødvendige for å gjennomføre landbruks- og fiskeripolitikken*" (vår understrekning).

Også Landbruks- og matdepartementet viser i sitt høringsbrev til et nødvendighetskrav, ved å vise til uttalelsene fra Ot.prp. nr 28 (2004-2005); "*Forskrifta skal gjere klart kva for samarbeidsformer som det er nødvendig å nytte som verkemiddel i skogpolitikken utan at den nasjonale konkurranselovgjevinga om prissamarbeid eller anna skal vere til hinder for slikt samarbeid for nærare avgrensa produktgrupper.*".

Departementet har i sitt utkast listet opp noen samarbeidsformer, men har ikke i tilstrekkelig grad forklart hvorfor det er nødvendig for gjennomføringen av skogbrukspolitikken med unntak fra konkurransereglene for disse samarbeidsformene. Vi kommer tilbake til disse spørsmålene nedenfor i forbindelse med våre konkrete kommentarer til utformingen av forskriften.

Slik forslaget er utformet kan det tyde på at formålet til departementet har vært at det oppstilles et unntak fra konkurranseloven som står på egne ben og som ikke må fortolkes i samsvar med det generelle landbruksunntaket, jf alternativ 2) ovenfor. Når forslagets bestemmelser leses i sammenheng fremstår forslaget således som et generelt unntak fra konkurranselovens forbudsbestemmelser for alt samarbeid som tjener til å gjennomføre norsk skogbrukspolitikk og som vanskelig lar seg gjennomføre av en skogeier alene. Etter vår oppfatning vil et slikt unntak, gitt den foreslåtte utforming, ikke gi noe mer enn det som allerede følger av det generelle landbruksunntaket. Det foreligger fremdeles ikke noen kobling mellom konkrete sider av skogbrukspolitikken og de konkrete former for konkurransebegrensende samarbeid som likevel skal være lovlige under henvisning til nettopp skogbrukspolitikken.

Etter vår oppfatning foreligger det et reelt behov for at departementet klargjør hvilket av de to alternativene departementet mener er det relevante.

3. Forholdet til konkurranseloven

Departementets forslag er for øvrig på flere punkter overraskende sammenholdt med formålet med konkurranseloven, jfr. § 1:

"Lovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Ved anvendelse av denne lov skal det tas særlig hensyn til forbrukernes interesser".

³ Datert 23. januar 2004

Samfunnsøkonomisk effektivitet er dermed et sentralt formål med konkurranselovgivningen. Forbudsbestemmelsene i krrl §§ 10 og 11 er, sammen med reglene om fusjonskontroll, de viktigste materielle reglene som skal ivareta dette formålet. Dersom det skal gjøres unntak fra konkurranseloven må det være fordi lovgiver mener at *andre hensyn* veier tyngre i noen spesielle tilfeller. Slik departementet argumenterer synes det som om departementet anfører samfunnsøkonomisk effektivitet som et hensyn som tilsier at det skal gjøres unntak fra konkurranseloven. Dette er å snu problemstillingene på hodet.

Vi nevner for eksempel at departementet sier *"Skogeigarorganisasjonen har ei samvirkebasert leverandørorganisering og fellesomsetning gjennom regionale skogeigarandelslag som deler landet geografisk mellom seg for å få til meir effektiv omsetjing av tømmer"*. Videre heter det at *"Småskalapreget i norsk skogbruk har gjort det nødvendig for skogeigarane å samarbeide"*.

Poenget er imidlertid at dersom denne organiseringen er mer effektiv for samfunnet totalt sett og hensynet til forbrukerne ivaretas, vil denne organiseringen være lovlig også etter konkurranseloven. Dersom organiseringen fører til et tap for samfunnet og forbrukerne, og bare er gunstig for produsentene, trengs unntak fra konkurranseloven.

Et minstekrav til en forskrift som oppstiller unntak fra konkurranseloven er at den klargjør hvilke hensyn som skal veie tyngre enn hensynet til samfunnsøkonomisk effektivitet og hensynet til forbrukerne. Forslaget, slik det foreligger, bidrar ikke nok til dette.

Det er videre verdt å merke seg at konkurranselovens § 10 tredje ledd oppstiller unntak fra forbudet for samarbeid som:

"bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten

- a) å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller*
- b) å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder".*

Samarbeid som bidrar til å bedre produksjonen vil dermed uansett være lovlig så lenge vilkårene i § 10 tredje ledd er oppfylt. Departementet har ikke begrunnet hvorfor unntaket ikke er tilstrekkelig og egen forskrift er nødvendig.

Når departementet gir en forskrift som er basert på forutsetninger som i beste fall er tvilsomme vil dette kunne bidra til å skape usikkerhet mht hva som er lovlig og ikke lovlig. Det er dessuten en risiko for at aktørene på bakgrunn av departementets vidtgående forslag samarbeider eller opptrer på en konkurranseskadelig måte uten at dette er egentlig er begrunnet i spesifikke skogbrukspolitiske hensyn.

Departementet uttaler at *"I landbrukspolitikken er det ei auka satsing på anna næringsverksemd som bioenergitiltak og næringsverksemd i utmarka, slik som sal av jakt, fiske og opplevingsturisme med basis i landskap, skog og utmark. Dette er tradisjonelle samarbeidsområde for norske skogeigarar, og det er nødvendig å stimulere til ei utvikling der enkelteigarane i større grad vil samarbeide om fellesløysingar ut over eigedomsgrensene på desse områda, ikkje minst på grunn av*

eigedomstilhøve og eigedomsstorleik. Til dømes er ein gjennomsnittleg eigedom rundt 600 dekar, mens ein for eksempel i mange distrikt må disponere 2000 dekar for å få fellingsløyve på elg. Dette illustrerer behovet for samarbeid og derfor også unntak for konkurranselova på dette område”.

Uttalelsen skaper usikkerhet ved om departementet har forstått grunnleggende prinsipper i konkurranseloven. Dersom det er slik at noen skogbrukere kun har eiendommer på 600 dekar, mens det kreves 2000 dekar for å få fellingstillatelse på elg, vil et samarbeid mellom disse ikke være ulovlig. Den enkelte skogbruker kan da ikke operere alene på det relevante markedet og er isolert sett ikke en konkurrent på markedet. Et samarbeid i denne situasjonen vil da være et samarbeid mellom ikke-konkurrenter. Samarbeidet begrenser ikke konkurransen, men styrker den ettersom samarbeidet gjør at det blir flere aktører på markedet. Et slikt samarbeid vil da ikke være i strid med konkurranseloven. Å oppstille et unntak med denne begrunnelse er derfor bare egnet til å skape uklarhet.

I forslaget gis det unntak i § 2 d) for samarbeid om virksomhet som vanskelig lar seg gjennomføre av en aktør alene. Her kan det være grunn til å vise til EFTAs Overvåkningsorgans retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens art 53 på horisontale samarbeidsavtaler. Avsnitt 24 gir en oppstilling av hvilke typer samarbeid som faller utenfor forbudet⁴. Her fremkommer det at *”samarbeid mellom konkurrerende foretak som ikke hver for seg kan gjennomføre det prosjekt eller den aktiviteten som samarbeidet gjelder”* er en type samarbeid som er lovlig. Også her synes departementet å mene at det foreligger et behov som i realiteten ikke eksisterer.

Departementet synes også å legge til grunn at konkurranseloven har snevre grenser for når aktører kan samarbeide om forskning og utvikling. Dette er en oppfatning SB SKOG ikke deler. Tvert i mot er forskning og utvikling en viktig del av den dynamiske konkurransen, som konkurransereglene skal verne om. Det er gitt egne gruppeunntak og retningslinjer for å avgjøre lovligheten av samarbeid om forskning og utvikling⁵. Det som er forbudt er kun samarbeid om forskning og utvikling som i realiteten er *til skade for* samfunnsøkonomisk effektivitet og forbrukerne. Det er vanskelig å se noen grunn til at skogbrukspolitikken skal føre til at slike skadelige avtaler tillates.

Alt i alt gir departementets forslag et inntrykk av at forslaget er basert på vurderinger av konkurranseloven som SB SKOG ikke kjenner seg igjen i. Å oppstille unntak på dette grunnlaget vil dermed kun gi opphav til misforståelser og resultater som er skadelige for samfunnet totalt sett.

4. Departementets forslag går utover hva hjemmelsgrunnlaget tilsier

SB SKOG er videre av den oppfatning at departementets forslag til forskrift ikke holder seg innenfor det hjemmelsgrunnlaget gir anvisning på.

Ordlyden i skogbrukslova § 18 er som følger:

”Departementet kan fastsette i forskrift at skogeigarane og organisasjonane deira skal ha rett til å samarbeide om produksjon og omsetjing av landbruksprodukt” (vår understrekning).

⁴ Retningslinjene gjelder forbudet i EØS art 53, men krrl § 10 er laget etter modell av nettopp denne bestemmelsen, så løsningen blir den samme etter begge regler

⁵ Se f.eks EFTAs Overvåkningsorgans retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens art 53 på horisontale samarbeidsavtaler pkt 2

Ordlyden tyder på at det som det eventuelt kan gis unntak for, er unntak som tillater enkelte typer *samarbeid* som ellers ville vært forbudt. Det er konkurranselovens § 10 som regulerer konkurransebegrensende samarbeid (mellom aktører). Krrl § 11 regulerer misbruk av dominerende stilling (dvs ensidige handling fra en aktør). Ordlyden taler derfor for at det kun kan oppstilles unntak fra krrl § 10⁶ og ikke krrl § 11.

Dette er også i tråd med det som følger av forarbeidene. Det vises her til Ot.prp. nr 28 (2004-2005) pkt 6.6.2, der departementet uttaler at *"Etter departementet si vurdering finst det ikkje tilsvarande behov for unntak frå konkurranselova § 11 om utilbørlig utnytting av dominerande stilling"*. I innst.O. nr. 61 (2004-2005) uttales at *"Slik konkurranselova og forskrifta til lova er utforma kan det lett bli eit behov for unntak frå konkurranselova §10 for det samarbeidet som skogeigarforeiningane gjennomfører"*. Det nevnes ikke at det kan være aktuelt med et unntak fra krrl § 11.

På bakgrunn av lovens ordlyd og forarbeidene synes det klart at lovgiver ved vedtagelsen av skogbrukslova § 18 ikke har ment å gi hjemmel for unntak fra konkurranselovens § 11. SB SKOG mener dermed at departementets forslag er i strid med hjemmelsgrunnlaget.

Et annet forhold er at det uansett ikke synes å være noe behov for et unntak fra forbudet mot misbruk av dominerende stilling. Slikt misbruk deles normalt inn i tre hovedkategorier; utestengende misbruk, utnyttende misbruk og diskriminerende misbruk. Det finnes etter SB SKOGs oppfatning ingen tungtveiende grunner for at aktørene på skogbruksmarkedet for eksempel skulle kunne få bruke sin dominerende stilling til lovlig å presse andre konkurrenter ute fra markedet. Eksempler kan være dersom en skogbruksorganisasjon bruker sin dominerende stilling til å sette sine priser så lavt at det kan defineres som for eksempel predasjonsprising eller organisasjonen inngår utestengende eksklusive avtaler med kundene eller leverandørene sine

Hvis det skal gjøres uttak fra § 11 fordrer dette, så vidt vi kan se, en lovendring. Denne lovendringen må begrunnes i tungtveiende hensyn. Som det fremgår ovenfor er det SB SKOGs oppfatning at slike hensyn ikke foreligger.

5. Konkrete kommentarer til departementets forslag

Etter SB SKOGs oppfatning vil forslaget kunne bidra til å skape uklarhet i forhold til hva som er lovlig og ulovlig. Unntaket er ment å sikre en hensiktsmessig og effektiv gjennomføring av skogbrukspolitikken, men unntaket viser ikke i tilstrekkelig grad til hvor denne politikken er formulert og hvilke samarbeidsformer som nødvendigvis må være lovlige som en følge av denne politikken. Dette til forskjell fra det ovenfor nevnte landbruksunntaket fra konkurranseloven. Det generelle landbruksunntaket sier eksplisitt at unntak må forankres i lov, forskrift eller avtale som regulerer produksjon eller omsetning av de relevante produktene. Den som påberoper seg unntak

⁶ Det må uansett stilles spørsmål ved om forslagets § 2 d) er innenfor hva hjemmelsgrunnlaget tilsier selv om en forutsetter at det kun skal være et unntak fra konkurranselovens § 10.. I Ot.prp. nr. 28 (2004-2005) sier departementet at *"Forslaget skal gjere klart kva for samarbeidsformer som det er nødvendig å nytte som verkemiddel i skogpolitikken utan at den nasjonale konkurranselovgevinga om prissamarbeid eller anna skal vere til hinder for slikt samarbeid for nærare avgrensa produktgrupper"* (vår understrekning). Forslaget holder seg stort sett innenfor dette, men § 2 d) gjelder ikke for en nærmere avgrenset gruppe produkter. Bestemmelsen gjelder generelt og er dermed videre enn det som er forutsatt i lovforarbeidene.

har etter det generelle unntaket en plikt til å påvise hjemmel for hvor i landbruksreguleringen det følger at unntak må foreligge i den enkelte sak.

I foreliggende sak følger departementets forslag en annen systematikk. Departementet har i stedet listet opp de former for samarbeid som skal være unntatt, men med en sekkepost i § 2 d). Det er muligens prisverdig at departementet har forsøkt å komme med eksempler på hvilket samarbeid som skal være lovlig. Som vist ovenfor kunne dette vært med på å gi den nødvendige hjemmel som kreves etter det generelle landbruksunntaket dersom forslaget § 2 a) til c) og e) hadde vært spesifisert mer konkret. Et ytterligere uheldig forhold er sekkepostens regulering. Denne omfatter *"andre typer samarbeid som tener til å gjennomføre norsk skogbrukspolitikk og som vanskelig lar seg gjennomføre av ein skogeigar aleine"*.

Til forskjell fra det generelle landbruksunntaket er det i § 2 d) ikke noe krav om uttrykkelig *forankring* i lov, forskrift eller avtale som gjennomfører skogbrukspolitikken. Dette er uheldig og vil skape uklarhet.

§ 2 d) burde heller vært utformet slik at det må påvises hjemmel i lov forskrift eller avtale som gjennomfører skogbrukspolitikken dersom det skal gis unntak fra konkurranse-loven. Den aktuelle hjemmelen må gjøre at det er nødvendig for den aktuelle aktør å bryte konkurranse-lovgivningen for at formålet med skogbrukspolitikken skal oppnås. Dersom skogbrukspolitikken kan oppnås med andre virkemidler (som ikke er i strid med konkurranse-loven) skal disse tas i bruk i stedet.

Det følger av høringsbrevet at *"For å gjere forskrifta brukarvennleg spesifiserast sentrale former for samarbeid"*. Som nevnt ovenfor er dette positivt. Det som gjør unntaket mindre brukervennlig er imidlertid at forholdet til EØS-avtalens konkurranseregler ikke er drøftet.

Det følger av EØS-avtalens art 8 (3) a at skogbruksnæringen i visse tilfeller er omfattet av EØS-avtalen. Dette er også bekreftet i praksis fra EFTAs Overvåkningsorgan. Det vises her særlig til EFTAs Overvåkningsorgans avgjørelse av 16. oktober 1997, om vedtekter og avtaler i tilknytning til Norges Skogeierforbund. Av avgjørelsens avsnitt 50 fremgår følgende: *"It follows from Article 8 (3) (a) that the provisions of the EEA Agreement apply to round wood. Consequently, the competition rules contained in the EEA Agreement apply to the notified arrangements"*.

Det at EØS-avtalen kan komme til anvendelse på en god del av det samarbeidet det her er snakk om, gjør også at det må stilles spørsmålsteget ved om det i det hele tatt er anledning til å gi et så generelt unntak som det departementet foreslår. Det er SB SKOGs oppfatning at departementet må foreta en grundig vurdering av hvilke deler av skogbruksnæringen et unntak vil ha realitet for, og hvilke deler som uansett må forholde seg til EØS-avtalens konkurranseregler.

Et så generelt unntak som det departementet legger opp til er egnet til å forlede aktørene til å tro at aktivitet er lovlig enda den kan være forbudt under EØS-avtalens regler. Etter SB SKOGs oppfatning burde det gå frem av forskriften at samarbeid som tillates etter forskriften likevel kan være ulovlig etter EØS-avtalens konkurranseregler

For SB SKOG

Frøde Hjorth
Adm.dir.