



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 mottaksplikt 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.